



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO COMUNE
CICLO XXVIII

**LE METAMORFOSI DELLA RECIDIVA, TRA PREVENZIONE DEL REATO E
LEGALITÀ' DELLA PENA**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottorando: Giulia Leso

“Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al bene pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere proporzione tra i delitti e le pene.”

“Egli è evidente che il fine delle pene non è di tormentare e affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso (...) Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate? Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo.”

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1766.

INDICE-SOMMARIO

| | |
|---------------|---|
| Abstract..... | 5 |
|---------------|---|

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA

| | |
|---|----|
| 1. Il fondamento e la natura giuridica della recidiva: un dibattito ancora aperto..... | 9 |
| 2. Dal Codice Zanardelli alla riforma del 1974..... | 15 |
| 3. La legge “ex Cirielli” e il nuovo volto della recidiva..... | 30 |
| 3.1 La modifica dell'art. 69 comma 4 c.p. e i limiti al giudizio di bilanciamento..... | 39 |
| 3.2 I limiti all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche..... | 45 |
| 3.3 La modifica dell'art. 81 comma 4 c.p.: recidiva e continuazione..... | 49 |
| 3.4 Recidiva e prescrizione..... | 56 |
| 3.5 Gli effetti della recidiva sul piano esecutivo e processuale..... | 59 |
| 3.6 La recidiva obbligatoria <i>ex art. 99 comma 5 c.p.</i> | 70 |
| 4. L'influenza globale del modello americano: <i>three strikes and you're out</i> | 76 |

CAPITOLO II

AUTOMATISMI SANZIONATORI E PRESUNZIONI ASSOLUTE AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA

| | |
|--|-----|
| 1. Il nuovo art. 99 comma 4 c.p.: la natura (ancora) facoltativa della recidiva reiterata e il ri- getto definitivo della discrezionalità bifasica..... | 85 |
| 2. Effetti secondari sul regime esecutivo della pena..... | 100 |
| 3. I limiti alla concessione delle attenuanti generiche: profili di illegittimità..... | 110 |
| 4. L'impalcatura dell'art. 69 comma 4 c.p. comincia a cedere..... | 117 |
| 5. Non c'è più spazio per la recidiva obbligatoria: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 99 comma 5. c.p..... | 126 |

CAPITOLO III

LUCI, OMBRE E PROSPETTIVE

| | |
|--|-----|
| 1. Tra prevenzione del reato e legalità della pena: le criticità della disciplina. Il fondamento della recidiva e il rispetto del principio di colpevolezza..... | 141 |
| 2. L'efficacia preventiva della disciplina: neutralizzazione del reo, sovraffollamento carcerario e importanza dell'esecuzione della pena..... | 148 |
| 3. Quale futuro per la recidiva? Da circostanza aggravante a indice di commisurazione della pena in concreto: il caso della Germania..... | 157 |
| 4. Osservazioni conclusive..... | 162 |
| | |
| Bibliografia..... | 169 |

Abstract

Il lavoro è incentrato sull'analisi della recidiva, istituto dalla natura ibrida e dal carattere proteiforme, che ha interessato per anni il dibattito dottrinale e giurisprudenziale senza mai trovare una collocazione davvero definitiva.

L'interesse per l'argomento nasce da un lato dalla considerazione circa la centralità dello stesso rispetto al più ampio problema della finalità della pena all'interno del sistema sanzionatorio, ed in particolare in relazione al principio fondamentale, recentemente riaffermato anche della giurisprudenza sovranazionale, di legalità della pena. Dall'altro lato, con specifico riferimento alla normativa nazionale, proprio negli ultimi anni si è assistito ad un interessante processo interpretativo da parte della giurisprudenza, sia di legittimità sia costituzionale, finalizzato a rendere compatibile la disciplina dell'istituto – così come ridisegnata dall'ultima grande riforma del 2005 – con i principi cardine del nostro diritto penale costituzionale.

È dunque in quest'ottica che l'attenzione è stata dedicata, nel capitolo I, all'analisi delle riforme fondamentali che hanno avuto ad oggetto la recidiva nel nostro ordinamento: dal Codice Rocco del 1930, alla novella del 1974, per arrivare infine alla legge c.d. “ex Cirielli” del 2005, infatti, le caratteristiche dell'istituto sono state via via ridisegnate, rispondendo a politiche criminali spesso differenziate e ispirate a finalità non sempre condivisibili.

Particolare considerazione quindi è stata assegnata all'analisi dell'ultima riforma, mettendone in luce anche i profili di analogia con la politica criminale che, negli ultimi decenni del secolo scorso, ha portato alla diffusione in America delle leggi dei c.d. “three strikes and you're out”. La nuova normativa risulta caratterizzata da un estremo rigore repressivo nei confronti del soggetto recidivo e dalla previsione di un vero e proprio statuto penale differenziato in peius, che coinvolge anche la fase di esecuzione della pena, generando una sorta di doppio binario esecutivo, in base alla qualifica soggettiva dell'autore del reato. Si è così avvertito sia in dottrina che in giurisprudenza il rischio concreto di un pericoloso ritorno al passato e a un diritto penale d'autore, in evidente contrasto con i principi costituzionali di colpevolezza e personalità della responsabilità penale.

Rilevate, quindi, le numerose criticità cui ha dato vita la novella del 2005, nel capitolo II si analizzano compiutamente le soluzioni ermeneutiche proposte dalla giurisprudenza per cercare di depotenziare gli automatismi sanzionatori e le preclusioni basate su presunzioni assolute introdotte dalla riforma: mentre in alcuni casi le censure di costituzionalità hanno trovato risposta negativa, essendo percorribile una strada interpretativa idonea a salvare la norma a condizione di essere applicata in maniera conforme a Costituzione, in altri casi, anche recentissimi, la Consulta è arrivata a dichiarare la illegittimità costituzionale della previsione. Si tratta, dunque, di un percorso ermeneutico di assoluta rilevanza ed ancora in fieri, posto che l'ultima declaratoria di incostituzionalità, che ha avuto ad oggetto l'unica ipotesi di recidiva obbligatoria ancora presente nel nostro ordinamento (art. 99 co. 5 c.p.), è intervenuta pochi mesi fa e la portata degli effetti della stessa è attualmente al centro della analisi degli interpreti.

L'ultimo capitolo affronta, in chiave critica e con spunti comparatistici, i permanenti punti di perplessità che l'attuale disciplina della recidiva pone, in particolare dal punto di vista dei principi di colpevolezza e proporzionalità della pena. Lo studio dia-cronico della disciplina normativa si pone in costante dialogo con l'analisi dogmatica circa il fondamento e la natura giuridica dell'istituto, nell'ottica di individuare un difficile punto di equilibrio tra contrasto al fenomeno del recidivismo e rispetto dei principi costituzionali.

The work focuses on the analysis of recidivism, a hybrid and multifaceted legal institution that has been at the center of the debate among scholars and courts for years without ever being given a truly definitive classification.

On one side, the interest in recidivism stems from the relevance of this subject with respect to the broader issue of the purpose of criminal penalties within the sanctioning system; such interest is also associated to the strong connection of recidivism with the fundamental principle of legality of criminal sanctions, recently reaffirmed also by supranational courts. On the other hand, with specific reference to Italian national legislation, in the last few years the Italian Supreme Court and the Italian Constitutional Court have both offered interesting interpretations of the provisions governing recidivism, with the aim of reconciling such rules – as amended by the latest major reform in 2005 – with the fundamental principles of criminal law that are enshrined in the Italian Constitution.

It is therefore under this perspective that chapter I focuses on the main reforms which have dealt with recidivism in our legal system: indeed, since the approval of the “Rocco Code” in 1930, and through the 1974 Reform and the so-called “ex Cirielli” Act of 2005, the features of the institution have been gradually redesigned, according to criminal policies often conflicting and some times driven by questionable purposes.

The study devotes considerable attention to the analysis of the latest reform, while highlighting the analogies with the so-called “three strikes and you're out” criminal policy that has inspired numerous criminal legislations throughout the United States of America in the last decades of the twentieth century. Under the new Italian legal framework, the recidivist offender is subject to a particularly harsh treatment and is accorded a differentiated and more detrimental criminal status, extended also to the enforcement of sentences, which results in a sort of double enforcement track based on the qualification of the relevant offender. In this respect, both courts and scholars have outlined the actual risk that such provisions may represent a dangerous return to the past, as well as to laws openly conflicting with the constitutional principles of culpability and of individual criminal liability.

Once the numerous critical issues arisen out of the reform passed in 2005 have been identified, chapter II thoroughly investigates into the various interpretations set

forth by criminal courts to try and mitigate the system of automatic sanctions and foreclosures based on absolute presumptions, introduced by the 2005 reform. Whereas some questions of constitutionality have been rejected, as the Italian Constitutional Court maintained that the contested provisions could be interpreted and enforced in accordance with the Constitution, others - even very recent - have been upheld and the relevant provisions declared unconstitutional. Such interpretation process is therefore of the utmost importance and is yet in fieri: indeed, the latest decision of the Constitutional Court, regarding the unconstitutionality of the only case of compulsory application of recidivism still existing in our legal system (article 99 par. 5 of the Italian Criminal Code) was rendered only few months ago, and the its effects are still being discussed by interpreters.

The last chapter deals, from a critical prospective and with comparative insights with the outstanding critical issues arising from the discipline on recidivism, namely regarding the principles of materiality, culpability and proportionality of criminal penalties. The diachronic study of the legal framework is in a constant dialogue with the dogmatic analysis of the legal foundations and nature of the institution, with a view to finding a difficult balance between combating the phenomenon of recidivism, and complying with constitutional principles.

Capitolo I

La disciplina della recidiva

Sommario: 1. Il fondamento e la natura giuridica della recidiva: un dibattito ancora aperto. - 2. Dal Codice Zanardelli alla riforma del 1974. - 3. La legge “ex Cirielli” e il nuovo volto della recidiva. - 3.1. La modifica dell'art. 69 comma 4 c.p. e i limiti al giudizio di bilanciamento. - 3.2. I limiti all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche – 3.3. La modifica dell'art. 81 comma 4 c.p.: recidiva e continuazione. - 3.4. Recidiva e prescrizione. - 3.5. Gli effetti della recidiva sul piano esecutivo. - 3.6. La recidiva obbligatoria ex art. 99 comma 5 c.p. - 4. L'influenza globale del modello americano: *three strikes and you're out*.

1. Il fondamento e la natura giuridica della recidiva: un dibattito ancora aperto

La recidiva, intesa tecnicamente quale istituto che fotografa la ricaduta nel reato da parte di un soggetto già precedentemente condannato per altro reato, individua un fenomeno di estremo interesse per il giuspenalista. Sembrano a questo proposito del tutto attuali le riflessioni che sul tema aveva formulato, alla fine del XIX secolo, il forse più importante esponente della Scuola Classica¹: *“La recidiva, che apparve a taluno sterile tema, e suscettibile appena di essere costruito a teoria, porge argomento ad importantissimi ed eleganti problemi, che richiamano le attente meditazioni dei criminalisti e dei legislatori. Ciò si dimostra, a parer mio senza fallo, mercè una rapida escursione intorno le divergenze e questioni che su cotesto proposito dividono non solo le scuole, ma anche i Codici modernamente preposti ai vari Stati d'Europa. Avvegnachè mi sembri incontrastabile, che quando sopra un punto di gius discordano legislazioni contemporanee di popoli culti, e massimamente legislazioni sorte sotto le ispirazioni progressive del secolo presente, sia necessità convenire che su tal punto la scienza non abbia ancora detto la sua ultima sillaba”*.

Non solo, infatti, il tema - oggetto di profonde e non sempre coerenti modifiche nel corso del tempo da parte del legislatore - risulta assolutamente centrale nello studio della parte generale del diritto penale², considerate le sue strettissime interrelazioni con

¹CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Prato, 1878, 127.

²In questo senso v. LATAGLIATA A. R., in *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, 17 che, a proposito della recidiva, ne afferma la natura di “istituto ricco di un significato etico-sociale che si rivela direttamente ispirato al sistema di valori da cui sorge il nostro diritto positivo”.

questioni di politica criminale che attengono al fondamento stesso della pena e alle finalità cui essa deve assolvere; la stessa *ratio* dell'istituto, in realtà, e, di conseguenza, la natura giuridica del medesimo, sono sempre state e costituiscono ancora oggi terreno fertile per la nascita e la contrapposizione di tesi e orientamenti molto lontani tra loro. In tal senso val la pena di richiamare la metafora con cui la recidiva è stata efficacemente definita “la croce dei criminalisti”³ proprio all'indomani dell'entrata in vigore del Codice Zanardelli.

Ebbene, se le radici di un tale confronto sono certamente remote⁴, va rilevato come di recente l'ampiezza e i caratteri del dibattito si siano rivelati sempre più attuali ed intensi, sia dal punto di vista di un rinnovato interesse storico-giuridico da parte della dottrina⁵, sia rispetto all'incessante opera della giurisprudenza, la quale, proprio nell'ultimo decennio, ha contribuito in maniera fondamentale a ridisegnare i confini dell'istituto, nel tentativo primario di renderlo compatibile con i principi cardine del nostro sistema di diritto e della nostra Costituzione.

Tanto premesso, pare indispensabile, ai fini della presente analisi, soffermare la nostra attenzione in via preliminare proprio sulle caratteristiche del dibattito che ha visto coinvolte dottrina e giurisprudenza allo scopo di identificare il fondamento e la natura giuridica dell'istituto della recidiva. Si tratta cioè di individuare quale sia la risposta più adeguata da dare al quesito fondamentale che concerne la *ratio* giustificatrice dell'istituto e, in secondo luogo, verificare in che termini esso sia stato disciplinato dal legislatore alla luce del diritto positivo. Come vedremo, infatti, le principali posizioni espresse a riguardo e i termini fondamentali del problema non hanno mai trovato una risposta risolu-

³Così TUOZZI P., *Corso di diritto penale*, I, Napoli, 1889, 360.

⁴Le tesi c.d. “abolizioniste” si diffusero sul finire del XVIII secolo per poi trovare numerosi esponenti agli inizi del 1800, in particolare all'indomani dell'approvazione del *Code Pénal Napoleon*. Si veda a questo proposito MANZINI V., *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze, 1889, 413 ss.

⁵Si veda in tal senso l'interessante recente contributo di NAVARRA M., *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* e quello di RANDAZZO S., *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 2013, 457 ss. In particolare, si segnala, a fronte della mancanza nelle fonti del diritto romano del termine *recidiva* o dell'aggettivo *recidivus*, la testimonianza in dette fonti di aggravamenti sanzionatori in caso di reiterazione del crimine da parte dello stesso soggetto, ciò che dimostrerebbe, al di là del nomen iuris, la sussistenza del fenomeno e la relativa scelta di disciplinarlo giuridicamente.

tiva davvero definitiva, nonostante i plurimi interventi legislativi sul tema. Anzi, com'è stato acutamente osservato⁶, proprio all'indomani di ogni grande riforma che ha riguardato l'istituto, il confronto e lo scontro tra orientamenti diversi si è nuovamente riproposto; a questo proposito, se certamente, da un lato, è possibile ritenere complice la non sempre felice formulazione legislativa, che ha sempre mancato di esplicitare i parametri ai quali l'organo giurisdizionale avrebbe dovuto attenersi nella valutazione da compiere per ritenere sussistente o meno in concreto la recidiva, dall'altro lato ben si comprende come dalla soluzione del quesito in esame dipendesse la stessa individuazione dei criteri regolativi della discrezionalità giudiziaria. Si trattava e si tratta, quindi, di una questione assolutamente nevralgica che di conseguenza, soprattutto negli ultimi due secoli, ha visto incessantemente impegnati gli studiosi e gli operatori del diritto.

Quasi a conferma della vitalità del dibattito che ha interessato l'argomento e su cui avremo modo di soffermarci compiutamente nel corso della presente analisi, pare curioso notare come già per quanto concerne l'etimologia del termine *recidiva* non vi sia stata unanimità d'opinioni; così, vi è stato chi ha richiamato la locuzione *rursus cadere* che significa cadere nuovamente⁷, chi invece ha fatto riferimento al verbo *recidere*⁸, chi ancora ha affermato la derivazione di *recidere* – inteso come “ricadere nuovamente”, da cui appunto “recidiva”, da *re-cadere*⁹ o, diversamente, da *re-caedere*¹⁰. Quale che sia la ricostruzione scientificamente più corretta, va sottolineato che tutte le diverse ipotesi ricostruttive risultano tuttavia accomunate da un dato fondamentale condiviso: è possibile cioè iniziare correttamente a discorrere di *recidiva* solo rispetto al momento in cui con tale termine si è indicata la peculiare situazione del soggetto che – dopo essere stato pre-

⁶V. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 10, rispetto alla novella del 1974 e sempre AMBROSETTI E. M., *Il nuovo volto della recidiva*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale. Atti della Giornata di Studi penalistici in ricorso di Alessandro Alberto Calvi*, Padova, 2013,

⁷ANDREOTTI A., voce *Recidiva*, in *Enc. Giur. Italiana*, XIV, 283.

⁸BRUSA E., *Studi sulla recidiva*, Milano, 1886, 11.

⁹ERNOUT A. - MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Parigi, 1985, riconducono le origini del termine all'ambito agricolo (da “cado”) in cui sarebbe stato riferito ai semi generatori di ulteriori piante; da qui il termine si sarebbe poi diffuso in ambito medico per poi venire utilizzato.

¹⁰In questo senso RANDAZZO S., *Note*, cit., 461. Nell'italiano giudiziario sia “recidiva” che “recidivo” sono attestati per la prima volta, a quanto pare, a partire dal primo Settecento nelle “Leggi e Costituzioni di S. M. da osservarsi nelle materie civili e criminali”, Torino, 1723. Cfr. MARIANI BIAGINI P., (a cura di), *Indice della lingua legislativa italiana. Inventario lessicale dei venti massimi testi di legge tra il 1723 e il 1973*, Firenze, 1993.

viamente condannato - delinque di nuovo¹¹. Solo tenendo presente questo parametro di riferimento è possibile infatti differenziare la vera e propria recidiva da fenomeni che potrebbero definirsi come “collaterali” rispetto ad essa, quali la mera ripetizione di reati o la c.d. reiterazione criminosa, intesa come unica categoria dogmatica onnicomprensiva di tutte le ipotesi normativamente previste in cui lo stesso soggetto ponga in essere una molteplicità di reati e dunque riferibile, oltre alla recidiva, anche alla continuazione, all'abitudine e professionalità, al concorso materiale di reati¹².

La scelta di riservare un aumento di pena al recidivo - in quanto autore di un reato successivamente e nonostante una precedente condanna - effettuata esplicitamente dal legislatore francese con il *Code Pénal* napoleonico del 1810 rimase successivamente immutata nei due secoli seguenti fino ai giorni nostri. Si tratta, dunque, di un carattere fondamentale che descrive il nucleo centrale dell'istituto e che andrà quindi valorizzato per indagare la *ratio* dell'istituto stesso.

A questo proposito sembra opportuno sottolineare come, proprio all'indomani dell'approvazione del codice francese napoleonico, si sia cominciato a vivacizzare il dibattito intorno al fondamento della recidiva. Va infatti segnalato che, in quell'occasione, il legislatore aveva previsto una forma di recidiva generica, secondo la quale, cioè, il trattamento sanzionatorio *in peius* per l'autore del secondo reato si sarebbe applicato indipendentemente dal tipo di reato per il quale era stata pronunciata la prima condanna; risulta quindi ancora più enfatizzato il ruolo aggravante riservato, in generale, a qualsiasi

¹¹Il principio era già conosciuto sia nel diritto penale romano, sia nel diritto medievale, ma è solo dalla fine del XVIII in poi che la recidiva come istituto giuridico conosce un vero e proprio approfondimento dogmatico, riscontrandosi nei secoli precedenti una certa tendenza a non differenziare questa figura dalla mera ripetizione di un crimine. In questo senso v. MARCHETTI P., *Le "sentinelle del male". L'invenzione del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, 2009, 1030. Sul punto v. anche MANZINI V., *La recidiva nella sociologia*, cit., Torino, 1890.

¹²Esprimono rilievi critici rispetto alla possibilità di ricomprendere in detta categoria le ipotesi summenzionate sia LATAGLIATA A. R. in *Contributo*, cit., Napoli, 1958, 18 ss., sia MAZZA L., voce *Recidiva*, in *Enc. Dir.*, 1988, 72: “Occorre guardarsi dall'abusare di ragionamenti che si richiamano al procedimento induttivo (...) La enfattizzazione della reiterazione, elevata a criterio di interpretazione dell'esperienza giuridica, ha comportato che anche la disamina delle singole disposizioni attinenti alla recidiva finisse con l'essere condizionata dall'esigenza di rispettare un dato ontologico dell'ordinamento, di segnare analogie e differenze tra i suoi vari casi, più di frequente con riguardo alla figura di maggior espansione del concorso materiale dei reati (...) Può così comprendersi perché sia sempre rimasto in ombra uno degli elementi della recidiva evidenziati dal nostro legislatore, vale a dire il requisito della precedente condanna penale, ridotto alla funzione di semplice limite formale per procedere alla distinzione con il concorso materiale di reati”.

si precedente penale del reo. Tale circostanza non è priva di rilievo, se si pone attenzione alle opinioni di matrice illuministica che già circolavano nella seconda metà del Settecento e si caratterizzavano in senso assolutamente contrario alla recidiva¹³: si tratta di quel filone dottrinario, poi autorevolmente sostenuto anche in Italia¹⁴ come derivazione dalla Scuola Classica, che è stato definito “abolizionista”¹⁵ e che affermava l'impossibilità da parte del giudice di tener conto, nella determinazione della pena per il secondo reato, della precedente condanna, pena la violazione del fondamentale principio del *ne bis in idem*. In un'ottica cioè di tipo prettamente razionalistico e retribuzionistico¹⁶ si sosteneva che aumentare la pena da comminare per il secondo reato commesso, proprio in virtù della precedente condanna subita, avrebbe significato punire due volte il soggetto per il medesimo fatto. Non solo: valorizzare la recidiva nei termini di un aumento di pena collegato alla precedente carriera criminale del soggetto avrebbe comportato l'inammissibile ingresso, in un giudizio di accertamento di responsabilità necessariamente basato sul fatto, di elementi di tipo morale-soggettivo.

Tale orientamento, seppur apprezzabile per l'affermazione dell'esigenza rigorosa di rintracciare un fondamento giustificativo per la recidiva, fu superato in tempi relativamente brevi anche da parte della Scuola Classica, nell'alveo della quale si era originato: non era infatti condivisibile una visione del fenomeno delittuoso che prescindesse completamente dalla valorizzazione di ogni elemento psicologico, legato alla personalità del reo¹⁷. In particolare, grazie anche alle elaborazioni della Scuola Positiva, si co-

¹³V. in questo senso quanto già riportato nel *Code de la nature* del 1755 di ETIENNE-GABRIEL MORELLE, puntualmente ripreso da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 760: “terminata la pena sarà proibito a ogni cittadino di farne il minimo rimprovero alla persona che l'ha scontata (...) e anche di mostrare il minimo disprezzo per i colpevoli, in loro presenza o assenza, sotto pena di subire la stessa punizione”.

¹⁴Ne è un esempio quanto sostenuto da CARMIGNANI G., in *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale* (1831), Napoli, 1843, III, 133. Lo stesso Carrara, non collocandosi certamente tra gli “abolizionisti” avrà modo di affermare che “La quantità del delitto è tale quale la costituiscono le circostanze del fatto. I precedenti reati, in ordine ai quali il delinquente saldò il suo debito verso la società, non aumentano la gravità del delitto successivo” ed ancora “Col punire di più il recidivo non gli si rinfaccia di nuovo il delitto precedente; non si tiene a calcolo la malvagità dell'uomo; non si mortifica perché non siasi corretto. Nulla di questo. La imputazione rimane l'istessa. Ma la pena è dimostrata dal fatto insufficiente relativamente alla sensibilità dell'uomo” in *Stato della dottrina*, cit., 133.

¹⁵V. sul punto DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, 21 ss.

¹⁶Così PITTARO P., voce *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penali*, IX, 1996, 366.

¹⁷V. MAZZA L., voce *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 73 ss.

minciò a sottolineare la necessità che la sanzione penale basata sulla gravità del reato fosse intimamente collegata non solo al mero fatto materiale commesso, ma anche alle caratteristiche soggettive del colpevole, in accordo con il principio costituzionale che pretende la personalità della responsabilità penale.

Si sono così delineati nel tempo, secondo due diverse linee direttrici, quelli che, per certi versi ancora oggi, rappresentano i due orientamenti più rilevanti in tema di fondamento della recidiva. Da un lato, infatti, sulla base di una visione derivata dalla Scuola Classica di tipo retribuzionistico, si è affermato che la *ratio* dell'istituto – e dunque la giustificazione dell'aumento sanzionatorio per il recidivo - consisterebbe nella valutazione di maggior colpevolezza ascrivibile al reo: il recidivo, cioè, commettendo un secondo reato dopo e nonostante la precedente condanna dimostra con ciò da una parte la insufficienza della pena già scontata e dall'altra parte la propria insensibilità rispetto alla sentenza di condanna, il proprio disprezzo per l'ordinamento giuridico e la società civile; egli merita¹⁸, quindi, una sanzione più severa. Su altro fronte, che potremmo definire di tipo “soggettivistico”, nell'ambito del quale si colloca anche la Scuola Positiva, altra tesi ha interpretato il fenomeno della recidiva in un'ottica di tipo spiccatamente prognostico: il recidivo, delinquendo nuovamente dopo la precedente condanna, dimostra la propria maggior pericolosità sociale e la *ratio* che spiega l'applicazione dell'istituto, con il connesso trattamento sanzionatorio più severo, va letta quindi in chiave special-preventiva.

Delineati così, nei tratti essenziali, i caratteri dei due orientamenti fondamentali sul tema, si tratterà ora di verificare come gli stessi si siano riproposti ed evoluti nel tempo, soprattutto in occasione delle più importanti riforme legislative intervenute sul punto - ovvero il d.l. 11 aprile 1974 n. 99 e alla l. 5 dicembre 2005 n. 251, la c.d. legge “ex Cirielli” - e in che termini si sia pronunciata la giurisprudenza.

La medesima analisi andrà poi condotta rispetto all'altro elemento centrale su cui si è concentrato il dibattito relativamente alla recidiva, ovvero la natura giuridica da ri-

¹⁸In questo senso è inquadrabile la teoria neoretributiva che negli Stati Uniti a partire dagli anni '70 del secolo scorso affermava la necessità di riaffermare il principio del *just desert* ovvero il giusto merito nel sistema sanzionatorio. Sul punto v. VON HIRSCH A., *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York, 1976 ed anche EUSEBI L., *La nuova retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1983, 914 ss.

conoscere all'istituto. Anche rispetto a tale problematica, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza, si sono delineati due grandi orientamenti¹⁹ che nel corso degli anni e in concomitanza con le novelle legislative hanno trovato nuovi argomenti a loro sostegno. La prima tesi, in dottrina assolutamente maggioritaria²⁰, e, come vedremo più avanti, confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, ha riconosciuto alla recidiva la natura di circostanza aggravante in senso tecnico: in questo senso militano sia l'art. 70 co. 2 c.p., che espressamente qualifica la recidiva come circostanza inerente alla persona del colpevole, sia l'art. 69 co. 4 c.p., che prevede che il giudizio di comparazione tra aggravanti e attenuanti si applichi anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, dunque anche alla recidiva. La tesi opposta, diversamente, sostenuta da autorevole dottrina²¹ benché minoritaria, afferma la natura di circostanza *sui generis* della recidiva: si tratterebbe cioè di una qualifica personale del reo, una condizione soggettiva che deriva dal fatto di aver subito una precedente condanna, e per ciò stesso incompatibile con la nozione propria delle circostanze accolta dal nostro codice penale.

Tanto premesso pare ora opportuno analizzare, seppur per brevi cenni, l'evoluzione legislativa che ha interessato l'istituto, per poter meglio comprendere l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale che ne è seguita.

2. Dal Codice Zanardelli alla riforma del 1974

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, la prima disciplina normativa contro la recidiva è di origine francese: il *Code Pénal* napoleonico del 1810, infatti, disciplinava agli articoli 56-58²² due tipologie di recidiva generica, rispettivamente sanzionate con una pena automaticamente più severa di quella che sarebbe stata irrogata per il secondo

¹⁹Minoritarie le posizioni, pur interessanti, espresse da GUERRINI F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, 35 ss.

²⁰Si può fare riferimento, tra i molti, a DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, 127; MULLIRI C., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, 1321; DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, 101; PADOVANI T., *Diritto penale*, 251; ROMANO M. in ROMANO M. - GRASSO G., *sub art. 99*, in *Commentario sistematico al codice penale*, 92; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1468.

²¹In questo senso v. BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, 1982, 521; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1994, 605; MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, NUVOLONE P., *Il sistema*, 337.

²²Articoli contenuti sotto la rubrica “*Des peines de la récidive pour crimes et délits*” Cap.IV del Libro I.

delitto commesso da un soggetto non recidivo. Nel 1885, sempre in Francia, a testimonianza della progressiva rilevanza assunta dal tema e, soprattutto, del sempre maggior allarme sociale che suscitava il fenomeno del recidivismo, venne approvata la *loi sur la relégation*²³, che prevedeva appunto una relagazione perpetua in colonia per i plurirecidi. Negli stessi anni, anche in Italia, il dibattito sulla recidiva era estremamente vivo e fecondo: così nelle codificazioni pre-unitarie troviamo disciplinate varie ipotesi di recidiva sia nella forma generica che in quella specifica²⁴.

È però con il Codice Zanardelli del 1889, primo codice penale unitario, che la recidiva viene collocata, da un punto di vista sistematico, in un titolo autonomo (il titolo VIII) collocato subito dopo quello relativo al concorso di reati. La recidiva, inoltre, viene disciplinata come circostanza aggravante della pena – in forma sia generica che specifica – ma di tipo temporaneo²⁵. Era cioè previsto un limite temporale, a partire dalla prima condanna, superato il quale non sarebbe più stato possibile contestare al reo la recidiva. Veniva infine prevista un'ipotesi di recidiva reiterata, sempre temporanea e soltanto specifica – quindi relativa a reati *della stessa indole* – riferibile soltanto a determi-

²³Sul punto v. TANGUY J., *Ceux qu'il faut renoncer à amender... La loi de 1885 sur la relégation: origines et implications politique*, in *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XX siècle*, Genève, 2006, 289 ss.

²⁴Il Codice penale per il regno delle Due Sicilie del 1819 prevedeva all'art. 78 una forma di recidiva generica (“è recidivo chiunque, dopo di essere stato condannato per un reato, commetta altro reato”); il Codice penale per il Granducato di Toscana del 1853 e il Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati estensi del 1855 prevedevano invece due forme di recidiva specifica (artt. 82: “Chiunque ha espiato pienamente la pena della consumazione, o del tentativo di un delitto doloso, sia, che ne fosse autore, sia che ne fosse ausiliatore; ognoarché, dentro il tempo dichiarato dalla Legge, torni a tentare o a consumare, sia come ausiliatore, sia come autore, un altro delitto doloso della medesima specie, si fa debitore di recidiva”).

²⁵Art. 80: “Colui che, dopo una sentenza di condanna, e non oltre i dieci anni dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena era superiore ai cinque anni di durata, o non oltre i cinque anni negli altri casi, commette un altro reato, non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato. Se il nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunciata la precedente condanna il colpevole soggiace ad un aggravamento della pena incorsa, secondo le norme seguenti:

1. se la pena incorsa per il nuovo reato sia la reclusione, la durata ordinaria della segregazione cellulare continua è aumentata in ragione di un sesto della pena stabilita per il reato commesso; e ove la reclusione debba scontarsi interamente in tale segregazione, o il prolungamento suddetto non possa farsi nei limiti della pena da infliggere, per applicare il prolungamento stesso si aumenta proporzionalmente la durata della pena;

2. se la pena incorsa per il nuovo reato sia diversa dalla reclusione, essa è aumentata da un sesto a un terzo.

In nessun caso l'aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte; e ove si tratti di pene pecuniarie, per determinare tale misura si fa il ragguaglio secondo le norme stabilite nell'art. 19”.

nati reati puniti con pene detentive²⁶. Va rilevato, infine, come, nel caso della recidiva semplice, l'effetto della recidiva non fosse quello di un aumento ultra-edittale della pena, bensì, quello “minore” ed intra-edittale di prevedere un limite minimo di pena da comminare al reo.

Il legislatore del 1889, quindi, esprimendo una concezione liberale e garantista del diritto penale, aveva disciplinato la recidiva da un lato in termini di *obbligatorietà*, prevedendo così un eguale trattamento per tutti i soggetti recidivi, ma dall'altro lato come recidiva *temporanea* e tendenzialmente *specificata* (tranne, come si è rilevato, il caso della recidiva semplice, ipotesi per la quale, però – è bene rilevarlo – l'istituto spiegava un effetto meramente intraedittale sulla commisurazione della sanzione); tali caratteri si spiegano proprio in considerazione del fatto che il legislatore ha ritenuto che solo un soggetto che commette nuovamente un delitto, dopo un certo tempo da una condanna precedente e per un reato omogeneo a quello già commesso, sia meritevole di un trattamento differenziato e più severo dal punto di vista sanzionatorio.

Successivamente, anche grazie all'estrema diffusione delle ideologie sostenute dalla Scuola Positiva e alle connesse istanze di prevenzione generale e speciale, il legislatore del 1930 elabora una disciplina della recidiva decisamente più severa della precedente. Le disposizioni del Codice Zanardelli venivano ritenute eccessivamente miti, non in grado di predisporre un argine adeguato al dilagare dei crimini commessi sempre più spesso da delinquenti socialmente pericolosi, quali i recidivi²⁷.

Con il Codice Rocco, quindi, il legislatore cerca di realizzare una sorta di compromesso tra le diverse istanze di tipo retributivo e quelle, estremamente attuali, di tipo

²⁶Art. 81: “Colui che, dopo essere stato più volte condannato a pena restrittiva della libertà personale, superiore per ciascuna volta ai tre mesi, commette, nei termini indicati nell'art. Precedente, un altro reato della stessa indole e che importi anch'esso una pena restrittiva della libertà personale, soggiace ad un aumento della pena incorsa pari alla metà della durata della pena stessa, ove questa sia inferiore ai trenta mesi, e ad un terzo negli altri casi; purché non si superino i trent'anni per la reclusione e la detenzione.

Se la nuova pena incorsa sia la reclusione, si applica anche la segregazione cellulare continua nella misura stabilita dal precedente articolo”.

²⁷In questo senso v. FERRI E., *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola Positiva*, 1921, 5: “Criterio fondamentale per una riforma delle leggi di difesa sociale contro la criminalità deve essere che i provvedimenti repressivi siano più severi, cioè più efficaci, per i delinquenti abituali e più pericolosi per tendenza congenita o acquisita, e siano meno rigorosi ossia meglio adatti per la grande maggioranza dei delinquenti occasionali e meno pericolosi”. È in questo clima che si inizia a configurare l'idea del recidivo come delinquente incorreggibile, espressione massima di pericolosità sociale.

preventivo, intervenendo sostanzialmente lungo due linee direttrici: da un lato, si assiste infatti ad un generale inasprimento delle sanzioni in chiave repressiva, dall'altro lato, invece, vengono previste, a fianco della pena, le misure di sicurezza, istituite primariamente e finalizzate alla prevenzione dei reati, secondo il meccanismo del c.d. “doppio binario”.

Per quanto concerne in particolare l'istituto della recidiva, va rilevato come la disciplina della stessa sia contenuta in un apposito titolo dedicato alla personalità del delinquente (Titolo IV del libro I) – quindi autonomamente sia dal titolo riguardante il reato sia dalle disposizioni in tema di commisurazione della pena - in termini notevolmente differenti dalla codificazione precedente: si prevede, infatti, all'art. 99 c.p. una recidiva obbligatoria, perpetua e generica. Gli aumenti di pena sono poi previsti in maniera automatica, tranne che per l'ipotesi di cui all'art. 100 c.p., che prevede la possibilità per il giudice di escludere la recidiva tra delitti e contravvenzioni, tra contravvenzioni o tra delitti dolosi o preterintenzionali e contravvenzioni (sempre che non si tratti di recidiva specifica, ovvero della commissione di un reato della stessa indole rispetto al reato per cui vi fu la precedente condanna). L'art. 99 c.p., inoltre, distingue alcune ipotesi di recidiva aggravata, per le quali non è prefissato dalla legge un limite minimo della pena, costituite rispettivamente dalla recidiva specifica, da quella infraquinquennale, e dalla situazione in cui il nuovo delitto sia commesso durante l'esecuzione della pena o nel tempo in cui il reo si sottrae volontariamente all'esecuzione stessa. È prevista infine, all'ultimo comma dell'art. 99 c.p., l'ipotesi della recidiva reiterata, in cui a commettere un nuovo reato è un soggetto già recidivo.

L'architettura complessiva dell'istituto, per come ridisegnata sulla base della disciplina appena descritta, non può che rendere palese la *voluntas* del legislatore, che si dimostra fortemente preoccupato dal fenomeno della delinquenza e configura la recidiva in termini doppiamente obbligatori, ovvero sia per quanto concerne l'“an” della sua applicazione – tranne l'unica ipotesi di facoltatività prevista dall'art. 100 c.p. - sia nel “quantum” relativo agli aumenti sanzionatori. Non solo, la stessa previsione della totale irrilevanza del fattore temporale ai fini del perfezionarsi della recidiva rende la prima condanna in un certo senso illimitata dal punto di vista cronologico, perché non appena

il soggetto commetta qualsiasi altro reato, questa continuerà a spiegare i propri effetti *sub specie* di aggravamento sanzionatorio²⁸.

Come è stato correttamente sottolineato, quindi, dalla configurazione in questi termini della recidiva è possibile rilevare un progressivo passaggio dalla considerazione del fatto alla considerazione prevalente del suo autore²⁹. Non va comunque minimizzata la rilevanza della previsione di una forma facoltativa di recidiva³⁰, a fianco di quella obbligatoria³¹: si afferma infatti così l'esistenza di uno spazio di valutazione concreta e discrezionale in capo all'organo giudicante, che – come si vedrà oltre – costituirà uno dei temi di maggiore interesse su cui si confronteranno dottrina, giurisprudenza e lo stesso legislatore.

Nei confronti della disciplina così articolata dal codice Rocco cominciarono ben presto a sollevarsi le critiche e le perplessità della dottrina e dell'opinione pubblica: in particolare, il rigore degli aumenti di pena, predisposti in maniera automatica e meccanica, non appariva sempre giustificato³²; la situazione si rese poi ancora più critica all'indomani dell'avvento della Costituzione: l'art. 27, in particolare, affermava da un lato il principio fondamentale della personalità della responsabilità penale (al comma 1) e, dall'altro lato, quello del necessario finalismo rieducativo della pena (comma 3). Non appariva dunque conforme ai canoni di un diritto penale basato sul criterio della colpevolezza una previsione obbligatoria e peggiorativa del trattamento sanzionatorio del reo, senza la possibilità di un apprezzamento in concreto, da parte del giudice, circa il reale significato del nuovo reato in relazione alla precedente condanna.

²⁸Proprio il carattere temporaneo della recidiva per come disciplinata nel Codice Zanardelli aveva suscitato forti resistenze in dottrina, spiegandosi proprio con tale scelta la inefficacia dell'istituto. V. ROCCO A., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, I, Roma, 1929, 149.

²⁹PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 973.

³⁰Secondo LATAGLIATA A. R. si tratta in realtà dell'ipotesi più rilevante di recidiva “proprio per il fatto che l'accertamento di essa deriva non da una presunzione assoluta della legge, ma da un giudizio di valore connesso con l'esame di merito della singola situazione”, in *Contributo allo studio*, cit., 121.

³¹Sul punto e sull'origine della distinzione tra le due ipotesi di recidiva v. DASSANO F., *Recidiva*, cit. 38.

³²V. MAZZA L., *La recidiva*, cit., 69 e AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 3, che sottolinea come estremamente critici verso il regime di automatismo sanzionatorio previsto per la recidiva dal codice del 1930 fossero sia coloro che sostenevano una funzione principalmente preventiva della pena, sia coloro che al contrario ne affermavano il finalismo retributivo.

La varie istanze di riforma così elaborate³³ trovarono risposta soltanto nel 1974 con l'emanazione del d.l. 11 aprile n. 99, convertito poi nella legge 7 giugno 1974 n. 220. La nuova disciplina segnò una decisa inversione di tendenza rispetto alle coordinate disegnate dal codice Rocco, inserendosi in un più ampio intervento di mitigazione del sistema penale. Per quanto riguarda in particolare la recidiva il legislatore interviene su più fronti. Innanzitutto, oltre all'abrogazione dell'art. 100 che – come già rilevato – prevedeva l'unica ipotesi in cui il giudice avrebbe potuto non ritenere integrata la recidiva, l'art. 99 c.p. viene considerevolmente modificato da un punto di vista sia quantitativo sia qualitativo; in primo luogo, si prevede infatti una diminuzione notevole degli aumenti di pena per le ipotesi aggravate e per alcuni casi di recidiva reiterata, viene eliminato il limite minimo di aumento di pena nel caso di concorso tra altre circostanze aggravanti e recidiva reiterata³⁴ e viene fissato un limite generale massimo per l'aumento sanzionatorio derivante dalla recidiva, in base al disposto dell'ultimo comma dell'art. 99: “*in nessun caso l'aumento di pena per l'effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato*”. In secondo luogo, e questo è in realtà l'aspetto più innovativo dal punto di vista sostanziale della novella, si trasforma il regime applicativo della recidiva, passando da quello obbligatorio – previsto dal vecchio testo dell'art. 99 c.p. - a quello facoltativo. Proprio la previsione di uno spazio di discrezionalità in capo all'organo giudicante³⁵ circa il concreto apprezzamento della recidiva, in luogo del precedente meccanico automatismo, rispondeva alla necessità ormai fortemente sentita di abbandonare un sistema fondato su astratte presunzioni per adottare un sistema coerente con il fondamentale principio di colpevolezza e di individualizzazione e proporzionalità della sanzione penale³⁶.

Alla luce di questi medesimi principi, e dunque sempre nella direzione di riaffer-

³³v. VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, 39 ss.

³⁴Tranne che nell'ipotesi di cui al n. 3 del secondo comma, ovvero quella in cui il nuovo reato è commesso durante o dopo l'esecuzione della pena ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

³⁵Il primo periodo del primo comma dell'art. 99 c.p., come modificato, prevede che “*Chi dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto a un aumento...*” e non si utilizza più la locuzione “*è sottoposto*”.

³⁶In questo senso, tra gli altri, STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale e giudiziaria*, in *Studi urbanati*, 1976-1977, 289 ss.; DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 110.

mare un ambito di valutazione concreta per il giudice che conduca ad una sanzione avvertita come “ponderata” e quindi comprensibile dal soggetto autore del reato, è possibile inquadrare l'altra grande novità introdotta dalla riforma del 1974: il legislatore interviene infatti modificando il testo dell'art. 69 c.p., che già prevedeva il giudizio di bilanciamento tra circostanze, stabilendo che tale valutazione (c.d. giudizio di valenza o, appunto, di bilanciamento) debba ora riguardare anche le circostanze inerenti alla persona del colpevole, tra le quali, ai sensi dell'art. 70 c.p., proprio la recidiva.

La discrezionalità del giudice, quindi, viene rafforzata in una duplice direzione: innanzitutto, per ritenere applicabile la recidiva, non è più sufficiente il mero riscontro di una precedente sentenza di condanna, ma il giudice, in concreto, dovrà valutare se il nuovo delitto sia significativo, cioè idoneo a cagionare gli effetti di aumento di pena e, in generale, sanzionatori ricollegati alla recidiva. In questo senso, ben si capisce, diventa fondamentale proprio la comprensione di quale sia il fondamento che si riconosce all'istituto, posto che a seconda della *ratio* si dovrà verificare se il nuovo reato, in “combinato disposto” con la precedente condanna, sia rilevante dal punto di vista di una maggior colpevolezza del reo o viceversa di una sua particolare pericolosità sociale. Dall'altra parte, riconducendo anche le circostanze inerenti alla persona del colpevole – tra cui la recidiva - all'oggetto del giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p., si amplia ancora una volta la discrezionalità dell'organo giudicante, il quale si troverà chiamato a valutare se la recidiva sia, nel caso concreto, talmente rilevante da dover prevalere rispetto alle circostanze di segno opposto o viceversa risulti equivalente o addirittura subvalente rispetto a queste ultime.

Tanto premesso in ordine alle principali novità introdotte dalla novella in esame, sulle quali il giudizio della prevalente dottrina si è orientato in senso positivo proprio per la diffusa esigenza di adeguamento ai principi costituzionali in tema di necessaria colpevolezza e proporzionalità della pena³⁷, è opportuno però a questo punto soffermarsi brevemente sulle principali criticità che la stessa novella ha presentato all'indomani della sua approvazione.

³⁷Si veda però una parte della dottrina che ha criticato la novella del '74 per l'eccessiva indulgenza che avrebbe dimostrato proprio nel trattamento sanzionatorio dei recidivi: v. LATAGLIATA A. R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 339; v. MAZZA L., *Recidiva*, cit., 68.

Una prima censura, di tipo formale e per certi versi superabile, ha disapprovato il fatto che la riforma fosse stata realizzata con lo strumento del decreto legge: qualcuno ha intravisto, nel ricorso a tale modalità normativa, alternativa al consueto iter legislativo, un sintomo della natura affrettata e non adeguatamente ponderata della riforma³⁸. In realtà, a tale rilievo si è correttamente³⁹ opposto che se certamente da un punto di vista formale la riforma è stata realizzata con un decreto-legge, osservando la questione in un'ottica sostanziale non si può non rilevare come gli ambiti su cui la stessa riforma è intervenuta – ed in particolare la recidiva - fossero al centro del dibattito ormai da decenni. Non si trattava quindi certamente di un provvedimento il cui contenuto potesse ritenersi inatteso o imprevedibile, al contrario.

La seconda perplessità, che, diversamente dalla precedente, ha riguardato il contenuto sostanziale della novella, è parsa fin da subito più difficilmente risolvibile, anche se non sono mancate opinioni più moderate e in certo qual modo ottimistiche relativamente ai possibili risultati positivi della riforma⁴⁰; l'elemento che ha da più parti sollevato le preoccupazioni e le riserve della dottrina è stato infatti l'eccessivo spazio di discrezionalità che, con la modifica degli art. 99 c.p. e 69 c.p., si è riservato al giudice. Non solo, infatti, il nuovo regime di facoltatività della recidiva ha reso sempre discrezionale l'applicazione della stessa e, dunque, sempre necessaria una accorta valutazione da parte del giudice che si rifletta anche nella motivazione della pronuncia⁴¹, ma la maggior lacu-

³⁸In questo senso NUVOLONE P., *Commento al d.l. n. 99/1974*, in *Indice penale*, 1974, 332 parla di “urgenza emotiva” sulla base della quale sarebbe stata predisposta la riforma.

³⁹Per tutti AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 4: “Non va dimenticato che il nuovo testo dell'art. 99 c.p., adottato nel decreto-legge, corrisponde esattamente a quello del c.d. disegno di legge Gonella, approvato dal Senato dapprima nel corso della quinta legislatura e in seguito anche nella sesta. Siffatta circostanza è emblematica del fatto che la riforma del 1974, in ordine al regime della recidiva, ha recepito istanze già da lungo tempo avanzate in dottrina, istanze che il Parlamento, con il progetto Gonella, aveva avuto occasione di dibattere nell'ambito di ben due legislature, proponendo una soluzione identica a quella poi adottata nel d.l. 99/1974”.

⁴⁰In questo senso v. MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel d.l. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, 1975, II, 504: “...il giudice può, spaziando in una maggiore discrezionalità nell'applicazione della pena, rapportare meglio questa al reato e al suo autore. Il reato viene così valutato nelle sue giuste dimensioni, mediante una seriazione di verifiche, che, partendo dal fatto, inteso questo come nucleo centrale dell'illecito, porti al risultato ultimo della attuazione della pretesa punitiva dello Stato nella maniera più aderente alla soddisfazione di tale interesse”.

⁴¹Precedentemente alla novella del 1974 la giurisprudenza era concorde nel ritenere che la motivazione del giudice sarebbe stata necessaria solo ove la recidiva fosse stata in concreto esclusa, nell'ipotesi “eccezionale” prevista dall'art. 100 c.p., essendo negli altri casi l'applicazione della stessa obbligatoria e, di conseguenza, non essendo richiesta al giudice una specifica motivazione sul punto.

na della riforma consiste proprio nel fatto di non aver prestabilito e indicato sulla base di quali criteri il giudice sia chiamato ad effettuare tale indagine. Tale deficienza legislativa⁴² ha generato quindi una serie di conseguenze: *in primis*, come rilevato, le critiche di chi ha intravisto quale esito della riforma un “arbitrio immotivato” per il potere giudiziario, in violazione dei principi più basilari di legalità e tassatività che devono informare un sistema moderno di diritto penale⁴³. *In secundis* proprio il silenzio del legislatore su un punto tanto fondamentale quale quello dei criteri su cui basare la valutazione circa la sussistenza della recidiva ha dato nuova vita all'annoso dibattito circa il fondamento dell'istituto.

All'indomani della riforma, infatti, essendo venuto meno l'unico riferimento normativo in base al quale il giudice avrebbe potuto decidere di escludere la recidiva – sulla base dell'abrogato art. 100 c.p. che richiamava la non omogeneità dell'elemento psicologico e la mancanza della medesima indole tra i reati commessi – diventò fondamentale inquadrare la recidiva in un'ottica retribuzionistica ovvero prognostica e preventiva⁴⁴.

Accogliendo il primo orientamento, per vero ampiamente condiviso dalla dottrina maggioritaria⁴⁵, la valutazione circa l'applicazione della recidiva non potrà prescindere da una valutazione sulla effettiva maggior colpevolezza del reo: questi, infatti, potrà dirsi meritevole di un trattamento sanzionatorio aggravato rispetto al c.d. “delinquente primario” solo qualora il secondo reato esprima proprio una riprovevolezza più accentuata della condotta; all'opposto, collocando l'istituto nell'ambito di un giudizio prognostico⁴⁶, la valutazione positiva che precede l'applicazione della recidiva sarà basata prioritariamente sull'analisi della personalità del reo e sulla sua maggiore o minore pericolo-

⁴²Così AMBROSETTI E. M., *Recidiva*, cit., 6.

⁴³In questo senso Nuvolone P., benché in *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, in *Bollettino dell'istituto di diritto e procedura penale dell'Università degli Studi di Pavia*, 1960-1961, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, avesse affermato la assoluta necessità di uno spazio di discrezionalità nel campo della determinazione della pena per evitare il ritorno a un diritto penale primordiale, avrà modo di criticare fortemente la novella del 1974 proprio per la totale indeterminatezza dei parametri e dei limiti cui tale discrezionalità dovrebbe fare riferimento (v. NUVOLONE P., *Il sistema*, cit. 336).

⁴⁴V. DE VERO G., *Circostanze del reato*, cit. 110.

⁴⁵In questo senso: DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale*, cit., 176 ss.; LATAGLIATA A. R., *Contributo*, cit., 242; PITTARO P., voce *Recidiva*, cit., 366; MAZZA L., voce *Recidiva*, cit., 72.

⁴⁶In questo senso v. ANTOLISEI F., *Teorie e realtà della pena*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 202 ss.

sità sociale. È quindi in questo preciso senso che alla recidiva è stata acutamente attribuita la natura di “Giano bifronte”⁴⁷, che, anche dopo la novella del 1974 non sembrerebbe mutata; anzi, proprio il nuovo regime di facoltatività dell'istituto, al posto della precedente e generale obbligatorietà, è stato valorizzato e posto a fondamento di entrambe le differenti ricostruzioni⁴⁸.

La giurisprudenza, per parte sua, ha in un certo senso contribuito al perdurare dell'incertezza sul punto⁴⁹, eludendo il problema relativo all'inquadramento dogmatico dell'istituto⁵⁰; in molte pronunce, infatti, a proposito del fondamento della recidiva, e dunque dei criteri che devono guidare il giudice nel suo accertamento, si fa genericamente riferimento a concetti tra loro eterogenei, quali insensibilità etica, pericolosità, maggiore capacità a delinquere. Rimane quindi in un certo modo confermata solo la necessità di un collegamento psicologico tra la condanna precedente e il nuovo reato, continuando a perdurare il riferimento a entrambi gli orientamenti sostenuti dalla dottrina e delineandosi così quel fondamento bidimensionale⁵¹ della recidiva che, come vedremo, manterrà la sua validità anche successivamente all'ultima riforma dell'istituto.

Vi è infine un ulteriore elemento di incertezza generato dalla novella e che pare opportuno segnalare soprattutto per le divergenti opinioni che sono state espresse a riguardo in dottrina e giurisprudenza; la questione concerne l'esatta delimitazione degli spazi attribuiti alla neo-introdotta facoltatività dell'istituto. Più precisamente, il novella art. 99 c.p., prevedendo un regime di discrezionalità giudiziale in ordine all'applicazione della recidiva, si deve ritenere riferito unicamente agli aumenti di pena che da

⁴⁷L'espressione è di AMBROSETTI E. M., *Recidiva*, cit. 10.

⁴⁸Si veda da un lato VASSALLI G., *La riforma*, cit. 65, e dall'altro ROMANO M., in ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1996, sub. Art. 99, 85-86.

⁴⁹Particolarmente critici nei confronti di tale atteggiamento elusivo della giurisprudenza sono PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, 307 e BERTONI R., *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, 1400.

⁵⁰Si veda in particolare Cass. pen., sez. V, 21 agosto 1975, n. 79, in cui si sostiene *apertis verbis* l'inutilità, ai fini dell'individuazione dei criteri su cui si basa il potere discrezionale dell'organo giudicante ai sensi dell'art. 99 c.p., della soluzione della questione “se la causa dell'aggravante della recidiva sia ravvisabile nell'aumento della pericolosità criminale dell'agente, oppure nella maggiore gravità del reato successivo ai precedenti, per effetto del mutamento dell'energia spirituale che lo caratterizza”.

⁵¹Per un fondamento bidimensionale della recidiva e nel senso della compatibilità tra rimproverabilità per il singolo reato e pericolosità quali criteri su cui basare il potere discrezionale del giudice si pronuncia in particolare MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 646.

essa derivano, o, viceversa, anche a tutti gli altri effetti c.d. “secondari” di tipo sanzionatorio ad essa collegati? Fin dalla disciplina contenuta nel Codice Zanardelli, infatti, dalla dichiarazione di recidiva si erano fatte derivare plurime conseguenze giuridiche, diverse ed ulteriori rispetto agli aumenti sanzionatori, ma sempre di tipo limitativo per il condannato, per esempio in tema di amnistia, nel campo dell'esecuzione della pena rispetto alla possibilità di usufruire di permessi premio, rispetto all'oblazione e alla sospensione condizionale della pena.

Di fronte a tale interrogativo, come anticipato, furono notevolmente divergenti le conclusioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza: la prima, infatti, ha ritenuto che la modifica del regime della recidiva nel senso della discrezionalità dovesse riguardare integralmente tutti gli effetti di tale circostanza, di modo che il giudice, una volta ritenuto di non applicarla al caso concreto, avrebbe perciò stesso escluso non solo l'aumento di pena ma anche tutti gli altri effetti collegati, riguardanti vari istituti del diritto penale e accomunati dal fatto di prevedere, per il recidivo, una disciplina notevolmente più rigorosa⁵².

La giurisprudenza assolutamente prevalente dell'epoca, al contrario, ha sposato la tesi opposta, affermando cioè che, in seguito alla riforma, ciò che era divenuto facoltativo, relativamente alla recidiva, era soltanto l'effetto consistente nell'aumento di pena; il giudice, quindi, di fronte alla contestazione della recidiva da parte del pubblico ministero, avrebbe potuto unicamente non procedere all'aumento di pena per il soggetto nel caso concreto, ma gli effetti c.d. secondari derivanti dalla dichiarazione di recidiva si sarebbero sempre prodotti in maniera automatica⁵³.

⁵²In particolare, con la riforma del 1974, le conseguenze giuridiche discendenti dalla recidiva, ulteriori all'aumento di pena ai sensi dell'art. 99 c.p., riguardavano: amnistia (art. 151 comma 5 c.p.), indulto (art. 174 comma 3 c.p.), sospensione condizionale della pena (artt. 164 comma 2 n.1 e 168 comma 1 c.p.), estinzione della pena per decorso del tempo (art. 172 comma 7 e art. 173 comma 1 c.p.), perdono giudiziale (art. 169 comma 3 c.p.), riabilitazione (art. 179 comma 2 c.p.), liberazione condizionale (art. 176 comma 2 c.p.), oblazione speciale (art. 162 *bis* comma 3 c.p.), sostituzione della pena detentiva (art. 59 commi 1-2 l. 689/1981), sanzioni comminabili dal giudice di pace (art. 52 comma 3 d. lgs. 274/2000).

⁵³Cfr. Cass. pen., sez. VI, 5 aprile 1974, n. 3874, Mele, in *Cass. pen. mass.*, 1966, 163, in cui si afferma che è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice soltanto la facoltà di escludere in concreto che l'imputato sia meritevole di essere assoggettato ad una pena maggiore per effetto della recidiva. Nel medesimo senso anche Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1975 n. 4340; Milo, in *Cass. Pen. Mass.*, 1976, 184; Cass. pen., sez. II, 30 novembre 1983, n. 10248, Querzola in *CED Cass.* n. 161468; Cass. pen., sez. II, 27 maggio 1987, n. 6948, Leone in *CED Cass.* n. 176079.

Si diffonde così la teoria per cui il giudice avrebbe un potere discrezionale che è solo parziale, una discrezionalità che è stata correttamente definita “bifasica”⁵⁴, in quanto limitata, nel suo oggetto, alla mera facoltà di aumentare o non aumentare la pena sulla base della disciplina della recidiva.

Vedremo oltre come tale teoria, generata all'indomani della novella del 1974 e condivisa negli anni successivi dalla prevalente giurisprudenza anche di legittimità, troverà ancora riscontro – benché integrando un orientamento minoritario⁵⁵ – anche successivamente all'approvazione della legge n. 251 del 2005, che ha modificato talmente in profondità la disciplina della recidiva da indurre gli interpreti a parlare di un nuovo volto dell'istituto⁵⁶.

Per il momento sembra opportuno ricordare gli argomenti fondamentali che la dottrina ha sostenuto per confutare la tesi prevalentemente accolta dalla giurisprudenza⁵⁷ e ribadire così la rilevanza della novella del 1974 nel senso dell'affermazione della facoltatività della recidiva e di tutti gli effetti derivanti dalla stessa.

È stato in questo senso sottolineato in primo luogo che, ritenendo di limitare la discrezionalità del giudice al solo effetto dell'aumento di pena – e non anche a tutti gli altri effetti secondari – si finirebbe per affermare la sussistenza, dopo la riforma del 1974, di una situazione del tutto peggiore per il reo rispetto a quella precedentemente disciplinata dal Codice Rocco. Prima della novella, infatti, l'art. 100 c.p. riconosceva al giudice la possibilità di “*escludere la recidiva*” in determinate ipotesi, ciò che consentiva di escludere qualsiasi effetto derivante dalla stessa, posta la locuzione volutamente riferita alla recidiva in generale⁵⁸; ebbene, dopo l'abrogazione dell'art. 100 c.p., se si fos-

⁵⁴Sul punto v. BRICOLA F., *La discrezionalità*, 116 ss., e, in particolare sulla discrezionalità anche dopo la riforma del 2005, CARUSO G., *La discrezionalità penale, tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova, 2009, 210 ss.

⁵⁵v. Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 18302, Ben Hadhria in *CED Cass.* n. 236426; Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2008, n. 15232, Fahir in *CED Cass.*, n.240209.

⁵⁶AMBROSETTI E. M., *Il nuovo volto della recidiva*, in A.A. V.V., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Atti della giornata di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 2013, 51 ss.; CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, cit., 53 ss.

⁵⁷In senso contrario, già all'indomani della riforma, si veda però Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 1976, n. 136901, Tosto, in *Cass. pen.*, 1979, 339.

⁵⁸Nella Relazione sul libro I del progetto del Codice Rocco veniva sottolineato come, a differenza dell'originario progetto in cui era utilizzata la locuzione “*il giudice ha la facoltà di escludere gli aggravamenti di*

se interpretato il nuovo regime di facoltatività previsto dal novellato art. 99 c.p. come riferito unicamente agli aumenti di pena derivanti dalla recidiva, evidentemente si sarebbe configurata per il soggetto recidivo una situazione nel complesso deteriore, posto che, anche quando il giudice avesse escluso gli aumenti di pena, gli effetti secondari si sarebbero comunque continuati a produrre in maniera automatica.

Nel nuovo assetto delineato dalla riforma del 1974, avendo il legislatore abrogato l'art. 100 c.p. e riformulato in termini di discrezionalità l'art. 99 c.p., si è voluto in sostanza rovesciare il sistema precedente: prima il giudice che voleva escludere la recidiva avrebbe potuto farlo solo nei casi espressamente previsti dall'art. 100 c.p. e, dunque, solo per mezzo di una specifica motivazione sul punto; ora, al contrario, il giudice che ritenga di applicare la recidiva dovrà sempre svolgere un'analisi concreta ed approfondita circa la reale significatività del nuovo episodio criminoso, analisi che di conseguenza si tradurrà nella motivazione della pronuncia⁵⁹.

È stato in secondo luogo rilevato - e questa osservazione si collega direttamente al secondo problema fondamentale inerente al dibattito sulla recidiva cui si è fatto cenno in apertura, ovvero la natura giuridica ascrivibile dell'istituto - che circoscrivere la facoltatività della recidiva agli aumenti di pena sarebbe del tutto incompatibile con la qualificazione della recidiva stessa in termini di circostanza aggravante⁶⁰.

Richiamando brevemente i termini del problema, se, come abbiamo visto, rispetto alla questione del fondamento della recidiva, dopo la riforma del 1974 non si può certo affermare di aver trovato una risposta univoca e definitiva, la medesima osservazione può essere validamente espressa in relazione al problema della natura giuridica dell'istituto.

In dottrina, in particolare, si sono contrapposti l'orientamento, maggioritario, che ha ricostruito la recidiva in termini di vera e propria circostanza aggravante e la tesi che

pena” il nuovo testo, poi approvato, proprio allo scopo di fugare ogni dubbio interpretativo, aveva previsto letteralmente “l'esclusione della recidiva”.

⁵⁹In particolare sulla portata dell'obbligo motivazionale prima e dopo la riforma del 1974 si veda BERTONI R., *La riforma penale*, cit., 1401. Contra v. VIRGILIO M., *Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere*, in BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V., (a cura di), *Codice penale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, 867.

⁶⁰Cfr. Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 1976, in *Cass. pen.*, 1979, 339.

viceversa ne ha affermato la natura di circostanza *sui generis*, di status personale o condizione personale del reo. Abbiamo già visto come, a sostegno della prima teoria, si sia fatto riferimento al dato letterale di cui all'art. 70 co.2 c.p. - che disciplina la recidiva come circostanza inerente alla persona del colpevole- e a quello di cui all'art. 69 co. 4 c.p. che, così come modificato dalla novella, ha stabilito che il giudizio di comparazione tra circostanze si estenda anche a quelle previste dall'art. 70 co.2 c.p., e dunque anche alla recidiva.

A sostegno dell'orientamento opposto sono stati valorizzati elementi diversi: *in primis* la considerazione che, da un punto di vista sistematico, l'art. 99 c.p. - riguardante la recidiva – sia collocato nel capo II, titolo IV del Libro I del codice penale, dedicato al reo e alla persona offesa, e disciplinante, accanto alla recidiva, l'abitualità e la professionalità nel reato e la tendenza a delinquere. In secondo luogo, a differenza delle circostanze aggravanti che hanno come effetto unicamente quello di aumentare la pena, la recidiva spiega tutta una serie di altri effetti ulteriori, i c.d. effetti secondari su cui poc'anzi si discuteva rispetto al problema dell'estensione della discrezionalità del giudice. In terzo luogo, dal punto di vista processuale, la recidiva – diversamente dalle altre circostanze aggravanti – non incide sulla procedibilità del reato, non essendo idonea a modificare il reato procedibile a querela in reato procedibile d'ufficio. Da ultimo, infine, dopo l'approvazione della l. 7 febbraio 1990 n.9 con cui è stato modificato l'art. 59 co. 2 c.p. introducendo il principio della necessaria conoscenza o conoscibilità delle circostanze aggravanti, si è affermata l'estraneità della recidiva a tale previsione⁶¹, posto che si tratterebbe di circostanza che si fonda sul presupposto dello status di condannato, un presupposto cioè di tipo oggettivo che non può essere oggetto di un giudizio di conoscenza o conoscibilità.

Sembra opportuno segnalare che, per quanto concerne il rilievo di tipo processuale relativo alla procedibilità del reato, esso deriva da un'importante pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite⁶² con cui, relativamente al reato di truffa *ex art.* 640 co.2

⁶¹Sul punto v. le obiezioni di MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze aggravanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 1468. Nella stessa direzione, sottolinea la conciliabilità della recidiva intesa quale circostanza aggravante e il novellato art. 59 co. 2 c.p. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 63.

⁶²Cass. pen., Sez. Unite, 16 marzo 1987, n. 3152, Paolini in *CED Cass.* n.175354: “ La recidiva qualifica

c.p., “punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante”, si è esclusa l'idoneità della recidiva – in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole e non riguardante il fatto di reato – a modificare il regime di procedibilità del reato in questione. La Suprema Corte, quindi, ha sostanzialmente escluso la natura di vera e propria circostanza della recidiva, sottolineandone il carattere di inerenza alla persona del reo. Va rilevato, tuttavia, come da un lato la sentenza non affronti direttamente il problema generale della qualificazione dogmatica della recidiva, ma, al contrario, si limiti a prevedere l'inidoneità della stessa a influire sulla procedibilità del reato di truffa; dall'altro lato, non va dimenticato che si tratta comunque di una pronuncia che – nell'escludere la natura di circostanza in senso tecnico della recidiva – si colloca certamente in controtendenza e isolatamente rispetto al contrario e prevalente orientamento condiviso dalla giurisprudenza⁶³. Com'è stato correttamente osservato⁶⁴, in realtà, la giurisprudenza, più che prendere esplicitamente posizione sul delicato punto della natura giuridica della recidiva, ha molto spesso dato la questione per risolta nel senso che, quand'anche ne abbia sottolineandone la natura di circostanza inerente alla persona del colpevole, è stato rilevato che la stessa nel nostro ordinamento viene comunque considerata come una circostanza propria e dunque ad essa va applicata la disciplina che il legislatore ha previsto per tale fattispecie.

Cercando di fare il punto sulla questione, e prima di affrontare la successiva grande riforma che ha riguardato la recidiva, possiamo quindi rilevare come, anche rispetto al problema della natura giuridica dell'istituto, nonostante la prevalente dottrina nonché la maggior parte della giurisprudenza abbiano dimostrato di aderire alla tesi che qualifica la recidiva come circostanza aggravante in senso tecnico, permangono tuttavia profili di incertezza e perplessità. La tesi che individua nella recidiva uno *status* personale e la qualifica come circostanza *sui generis* offre certamente spunti di riflessione in-

il soggetto, ma resta del tutto estranea alla fattispecie legale, comunque circostanziata, del reato. Essa, infatti, a differenza di altre condizioni personali che incidono sulla tipicità del reato, incide esclusivamente sulla quantità della pena da infliggere in concreto”.

⁶³Cass. pen., sez. V, 22 novembre 1974 n. 4337, Caccavaro in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 307; Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1978, n. 16038, Martino, *CED Cass.* n. 140728

⁶⁴MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008, 62.

teressanti, anche se non pare riuscire efficacemente a distinguere tra essa e gli indici di commisurazione in concreto della pena di cui all'art. 133 c.p., lasciando spazio a ipotetiche figure intermedie che difficilmente appaiono accettabili sul piano dogmatico⁶⁵.

L'incertezza e il disorientamento dell'interprete si fanno ancora maggiori se si cercano poi di coniugare la tesi maggioritaria in tema di natura giuridica della recidiva - qualificata come aggravante in senso proprio - e l'orientamento in prevalenza sposato dalla giurisprudenza in ordine all'ampiezza del potere discrezionale del giudice dopo la riforma in base al quale tale potere sarebbe limitato all'aumento di pena derivante dalla recidiva e non anche agli altri effetti secondari - ; in questo senso, a monte, la stessa facoltatività è stata ritenuta, come abbiamo visto, incompatibile con la stessa natura circostanziale dell'istituto che configurerebbe, per certa dottrina, un mero status personale del colpevole, mentre, al contrario, proprio le modifiche introdotte dalla novella del '74 sono state valorizzate, da altri studiosi, per affermarne proprio lo status di circostanza.

Pare interessante notare infine come, essendo i due problemi relativi al fondamento e alla natura giuridica dell'istituto tra loro assolutamente autonomi e indipendenti, non raramente si riscontrino autorevoli posizioni in dottrina che concordano sull'uno per poi arrivare a conclusioni opposte relativamente all'altro⁶⁶. Vedremo ora come, anche con l'ultimo grande intervento del legislatore sul tema, da un lato non siano stati risolti gli antichi dubbi sui caratteri di tale istituto proteiforme, dall'altro lato siano invece emersi nuovi e forse più gravi problemi di compatibilità della introdotta normativa con i principi fondamentali del nostro sistema penale.

3. La legge “*ex Cirielli*” e il nuovo volto della recidiva.

Come si è avuto modo di rilevare nel paragrafo precedente, la riforma del 1974 si è inserita in un trend generale finalizzato a mitigare il rigore sanzionatorio a cui era ispirato il Codice Rocco, ridimensionandone la portata afflittiva e gli automatismi.

⁶⁵MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro italiano*, 1987, II, 635.

⁶⁶V. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit. 33 che riporta le tesi di Bettiol e Nuvolone, concordi quanto alla *ratio* dell'istituto, discordi quanto invece alla natura giuridica dello stesso.

Per quanto concerne in particolare l'istituto della recidiva abbiamo visto però che le rilevanti modifiche realizzate – in particolare la facoltatività introdotta dal novellato art. 99 c.p. e l'estensione del giudizio di bilanciamento ex art. 69 co. 4 c.p. alle circostanze inerenti alla persona del colpevole – hanno prestato il fianco a numerose critiche; il nuovo regime di discrezionalità, specialmente, ha lasciato solo l'organo giudicante di fronte ad un compito estremamente complesso, privandolo della predeterminazione di criteri legali idonei a fungere nello stesso tempo da ausilio nell'esercizio del potere e da garanzia nei confronti del condannato⁶⁷. A tale problema fondamentale inerente all'esercizio della discrezionalità giudiziale, si sommavano poi numerose incertezze relative all'istituto rimaste irrisolte: dal fondamento giustificativo, alla natura giuridica, alla estensione dell'obbligo di motivazione da parte del giudice⁶⁸.

Il quadro così descritto era poi ulteriormente complicato dal fatto che, proprio per effetto del nuovo regime facoltativo e del novellato art. 69 co. 4 c.p., esteso anche alla recidiva, la giurisprudenza tendeva alla sostanziale disapplicazione dell'istituto, ritenuto non sussistente nel caso concreto o bilanciato con circostanze di segno opposto e così “neutralizzato” nei suoi effetti sanzionatori *in peius*. Destavano inoltre ulteriori perplessità le caratteristiche della recidiva, mantenute dalla novella del 1974, consistenti nella genericità e nella perpetuità⁶⁹.

Alla base della riforma attuata con la l. 251 del 2005, 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” – la c.d. legge “ex Cirielli”-, è possibile individuare proprio una volontà

⁶⁷V. GENTILE DONATI D., *La recidiva*, Padova, 2012, 9: “Con le modifiche apportate dalla novella del 1974 si era dunque assistito ad un mutamento del significato della discrezionalità riconosciuta al giudice penale: da istituto indispensabile per proseguire nel caso concreto entro binari certi e definiti l'opera del legislatore, la recidiva si era trasformata in uno strumento di rottura del sistema, per consentire di superare le previsioni normative della parte speciale del codice senza modificarle direttamente”. Si veda, inoltre, relativamente in particolare alla critica della modifica dell'art. 69 co.4 c.p., MULLIRI C., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, 1326 ss.

⁶⁸Sul punto la tesi prevalente, dopo la riforma, ha affermato la necessità che la motivazione del giudice espliciti le ragioni in base alle quali la recidiva giustifica, nel caso concreto, una maggiore punizione per il reo, a differenza che nel regime ante riforma, in cui l'obbligo motivazionale era previsto solo in termini “negativi” ai sensi dell'abrogato art. 100 c.p..

⁶⁹MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 177.

legislativa finalizzata a rivitalizzare un istituto che pareva destinato a ricoprire una sempre minore rilevanza pratica. Va sottolineato però, come è stato correttamente osservato⁷⁰, che il dibattito precedente la riforma si era articolato in termini tutt'altro che univoci. Il progetto di riforma della parte generale del codice penale, c.d. Progetto Grosso⁷¹, elaborato nel 2001, prevedeva infatti un deciso depotenziamento della recidiva, limitandone la rilevanza ad un'unica ipotesi sia specifica che infraquinquennale, eliminando dunque proprio i due caratteri di genericità e perpetuità che non apparivano conformi a un ordinamento penale ispirato al principio di colpevolezza e personalità della responsabilità; ancora più estremo, in una direzione “abolizionista”, il suggerimento avanzato da una parte della dottrina⁷², proprio all'indomani dell'approvazione della l. 251/2005, che si interrogava precisamente sull'opportunità di eliminare del tutto la recidiva dal sistema, per tornare ad un diritto penale del fatto, in armonia con i precetti della Costituzione.

Pur a fronte di tali rilievi, che militavano nel senso di un ripensamento generale dell'istituto, alla luce dei principi fondamentali del diritto penale moderno e coerentemente con i principali orientamenti sul punto condivisi in Europa⁷³, il legislatore italiano, al contrario, una volta naufragata l'ipotesi di poter realizzare una riforma generale del codice penale, è intervenuto con la legge n. 251/2005 ponendo in essere una vera e propria rivoluzione della recidiva in senso repressivo.

Vedremo oltre⁷⁴ quanta influenza ha avuto sul nostro legislatore del 2005 la politica criminale che ha portato negli Stati Uniti d'America, a partire dal 1994, all'approva-

⁷⁰DOLCINI E., *La recidiva riformata, ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 525.

⁷¹V. *Progetto preliminare di riforma del Codice penale, parte generale*, Testo approvato dalla Commissione il 26 maggio 2001, art. 65, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2001, 670 ss.

⁷²ROMANO M. - GRASSO G., *art. 99*, in *Commentario sistematico al codice penale*, II, 2005, 85.

⁷³La legislazione europea degli ultimi decenni degli anni '90 era prevalentemente orientata nel senso di limitare la rilevanza e gli effetti della recidiva. In particolare, oltre al caso paradigmatico della Germania su cui si tornerà più approfonditamente nel corso dell'analisi, in Spagna nel 1983 è stata eliminata la figura della recidiva reiterata, mentre nel 1995 il codice penale ha eliminato la recidiva generica, conferendo rilievo solo a quella specifica; in Portogallo, in base al codice del 1995, rileva solo la recidiva infraquinquennale, ex art. 75 co. 2 infatti “il precedente delitto per il quale l'agente è stato condannato non rileva ai fini della recidiva se tra la sua commissione e quella del delitto successivo sono trascorsi più di cinque anni”. Cfr. DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit.

⁷⁴V. par. 4 Cap. I.

zione, in un numero sempre maggiore di Stati e a livello federale, delle leggi c.d. dei *three strikes and you're out*, finalizzate alla vera e propria neutralizzazione del condannato recidivo, considerato alla stregua di un nemico pubblico da relegare ai margini della società.

Ciò che però è apparso evidente fin da subito, e fin dai primi commenti alla legge *ex Cirielli*, è la chiara ispirazione autoritativa della novella, tesa a potenziare al massimo l'istituto della recidiva, ricollegando ad esso plurimi effetti negativi sul trattamento sanzionatorio del condannato: non solo, infatti, vengono predisposti consistenti e automatici aumenti di pena, ma viene istituita per il recidivo tutta una serie di limiti e di ostacoli, anche in fase esecutiva, tanto da far correttamente dubitare che con la riforma in esame si sia in realtà voluto introdurre una sorta di “doppio binario”, costruito sul tipo di autore anziché sul fatto di reato⁷⁵.

Prima di affrontare in modo più analitico i molteplici profili critici della riforma⁷⁶, pare opportuno ripercorrere brevemente l'iter che ha portato alla sua approvazione, posto che il percorso della novella *ab origine* è stato caratterizzato da una notevole problematicità. Le finalità che il legislatore mirava a raggiungere, per mezzo della modifica in particolare della disciplina della recidiva, erano – come si è rilevato poc'anzi – tese a rafforzare un istituto che nella prassi giurisprudenziale tendeva a non essere applicato, nell'ottica generale di restituire rigore al sistema penale; ciò è particolarmente evidente dalle parole con cui il senatore Luigi Bobbio era intervenuto nel corso di una seduta della Commissione Giustizia in Senato⁷⁷: “Le disposizioni (di cui alla proposta di legge) sono infatti centrali nell'ottica di restituire credibilità all'ordinamento penale e fare in modo che lo stesso possa svolgere la sua naturale funzione di repressione dei reati e di prevenzione della commissione dei medesimi. L'intervento effettuato sull'istituto della recidiva tiene conto della sua scarsa applicazione, molto spesso per difetto di contestazione da parte del pubblico ministero, anche quando sussisterebbero i presupposti di

⁷⁵V. FLORA G., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 559 ss.

⁷⁶Sul punto v. PUCETTI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO M. (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, III, Bologna, 2006, 161 ss.

⁷⁷L'intervento riporta, sostanzialmente, le osservazioni dell'originaria proposta di legge avanzata dall'on. Cirielli e presentata alla Camera dei Deputati in data 29 novembre 2001. Il testo è reperibile in www.senato.it, ed è tratto dal resoconto della seduta della Commissione permanente Giustizia n. 449 del 3 marzo 2005.

legge. Ne deriva che la recidiva rischia di non concorrere più in concreto a definire il trattamento sanzionatorio, in contrasto con l'intenzione del legislatore e con l'evidenza del dato normativo”.

Tale progetto, così originariamente pensato e predisposto, venne però successivamente “allargato” fino a ricomprendere contenuti tra loro molto diversi e per certi versi contraddittori, tanto che l'On. Cirielli si determinò a ritirare la propria firma dalla proposta, che evidentemente non trovava più una corrispondenza con gli intenti del suo promotore⁷⁸ (da qui nasce appunto la locuzione con cui la legge è conosciuta ancora oggi come “ex Cirielli”). In particolare, nel progetto era stata inserita una riforma della disciplina in tema di prescrizione dei reati, tesa ad abbreviarne notevolmente i termini; l'effetto, quindi, sarebbe stato quello di una generalizzata impunità per gli autori di una serie di reati tutt'altro che “bagatellari”⁷⁹. La riforma, quindi, guardata nel suo complesso, da un lato accelerava i tempi di prescrizione per reati anche molto gravi, dall'altro lato, con la modifica della disciplina della recidiva, predisponendo un sistema assolutamente repressivo e discriminatorio per il recidivo, con le conseguenze che ne conseguono in tema di aumento della popolazione carceraria.

Risulta dunque evidente, e così è risultata ai primi commentatori della novella, l'intima contraddizione della legge, già a livello di considerazione delle finalità perseguite⁸⁰.

Le critiche e le più pesanti riserve nei confronti della riforma⁸¹, tuttavia, hanno

⁷⁸V. in particolare GIOSTRA G., *Le insanabili contraddizioni della “ex Cirielli”*, in *Italia oggi*, 9 novembre 2005, che parla di “brutale manipolazione genetica” del progetto di legge.

⁷⁹Tra i quali, a titolo esemplificativo, reati contro la pubblica amministrazione, reati societari e tributari. Si veda, in particolare, in chiave critica sulla questione della riforma della prescrizione: PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier mensile*, 2006, I, 67 ss.. Sul punto v. anche MARINUCCI G., *La legge “ex Cirielli”: certezza di impunità per i reati gravi e “mano dura” per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 170 ss.

⁸⁰Ha segnalato il pericolo, condiviso in dottrina, che la scelta di ridurre i termini prescrizionali corrispondesse in realtà all'ennesima “amnistia mascherata” AMBROSETTI E. M., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, 2011, 680. Nel medesimo senso v. sempre AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la “costituzionalizzazione” del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2007, 438.

⁸¹Sul nuovo testo dell'art. 99 c.p. cfr: DOLCINI E., *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, in *Il corriere del merito*, I, 2006, 56; BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 41; PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir., Dossier mensile*, 2006, I, 61 ss.; CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 53 ss.

avuto ad oggetto proprio il contenuto specifico delle disposizioni introdotte.

In particolare, per quanto riguarda l'istituto di cui ci stiamo occupando, le modifiche hanno riguardato in primo luogo l'ambito applicativo dello stesso: la novella ha infatti previsto che il presupposto formale per la recidiva non sia più un qualsiasi reato, ma solo un delitto non colposo, commesso dopo che sia intervenuta una sentenza di condanna definitiva per altro delitto non colposo. Vengono così esclusi dal novero dei reati rilevanti ai fini della applicazione della recidiva sia le contravvenzioni sia i delitti colposi; la scelta è parsa non ragionevole sotto diversi punti di vista. Innanzitutto, nel contesto generale di un estremo potenziamento dell'istituto, si fatica a comprendere una limitazione così estesa del suo ambito applicativo; da un punto di vista sostanziale, inoltre, è stato rilevato come a fronte della proclamata "maggiore rilevanza in termini di pericolosità sociale che si collega all'avvenuta commissione di delitti connotati dal dolo"⁸², sia viceversa del tutto improponibile ogni equazione tra criminalità colposa e criminalità minore⁸³, posto che molte fattispecie colpose risultano caratterizzate da notevole gravità e spesso vengono realizzate in maniera seriale, basti pensare alla delicata materia degli infortuni sul lavoro, alla circolazione stradale o all'attività medica. Non sono mancati di conseguenza interventi estremamente critici da parte sia della giurisprudenza⁸⁴, sia della più attenta dottrina, che ha rilevato come tale limitazione si sia in realtà tradotta in un "odioso privilegio categoriale"⁸⁵.

⁸²Così il sen. Guido Ziccone nel proprio intervento in Senato in qualità di relatore, citato da CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 64.

⁸³DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., 530.

⁸⁴Proprio l'esclusione delle contravvenzioni dalla disciplina della recidiva è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Aosta che, con l'ordinanza 16 febbraio 2006, ha adito la Consulta, sostenendo la non conformità del novellato art. 99 c.p. all'art. 3 della Costituzione: la dedotta violazione dell'art. 3 Cost. discenderebbe dalla previsione di un trattamento diversificato per i soggetti recidivi nel caso in cui commettano un delitto ed un trattamento indifferenziato, rispetto al delinquente primario non recidivo, qualora commettano una contravvenzione. La Corte Costituzionale si è pronunciata sul punto con l'ordinanza n. 164 del 2007, dichiarando manifestamente inammissibile la questione ed affermando che si tratta di una scelta di politica criminale non sindacabile se non nei limiti di una violazione del principio di ragionevolezza che non sussiste nell'ipotesi *de qua*, posta la mancanza di "alcun elemento di incoerenza del sistema penale, caratterizzato da un trattamento differenziato dei delitti e delle contravvenzioni sotto plurimi profili, in correlazione al maggior disvalore tradizionalmente assegnato ai primi rispetto alle seconde".

⁸⁵Così PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 33. Critici anche MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 176; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 454; DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, cit., 55-56.

Il secondo profilo di novità della novella ha riguardato specificamente gli aumenti di pena previsti per la recidiva: il legislatore è intervenuto anche su questo aspetto in senso decisamente repressivo, prevedendo in alcune ipotesi una frazione più elevata di aumento rispetto alla pena base, in altri casi un aumento in misura fissa, sottraendo quindi al giudice qualsiasi potere discrezionale in ordine al *quantum* della maggiorazione, in altri casi ancora cumulando entrambe le previsioni.

Relativamente alla recidiva semplice è stato previsto che l'aumento non sia più “fino ad un sesto” ma necessariamente “di un terzo”: è quindi elevato il *quantum* di aumento della pena da comminare per la recidiva e tale quantità è prefissata in maniera obbligatoria. È opportuno chiarire, tuttavia, che l'unico aspetto vincolato è proprio quello relativo alla quantità di pena, posto che l'affermazione della sussistenza della recidiva rimane legata alla valutazione discrezionale del giudice – tranne che per l'ipotesi, su cui ci si soffermerà oltre data la rilevanza della previsione, della recidiva obbligatoria di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p..

Per quanto riguarda la recidiva aggravata, di cui al comma 2 dell'art. 99 c.p., il legislatore del 2005 ha lasciato invariati i presupposti sostanziali che integrano la circostanza, continuando a fare riferimento alla medesime ipotesi previste prima della riforma⁸⁶, con la limitazione generale della rilevanza dei soli delitti non colposi. Viene invece modificata la soglia massima di aumento di pena comminabile dal giudice che diventa “fino alla metà” (in luogo del precedente “fino a un terzo”) nel caso di recidiva aggravata⁸⁷, mentre si prevede un aumento fisso “della metà” e non più discrezionale nel caso di recidiva pluriaggravata, ovvero nel caso in cui ricorrano contemporaneamente più

⁸⁶In particolare il nuovo art. 99 co. 2 ai nn. 1,2 e 3 prevede l'ipotesi della recidiva specifica (nuovo delitto non colposo è della stessa indole del precedente), la recidiva infraquinquennale (il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dal passaggio in giudicato della precedente sentenza di condanna), la recidiva c.d. vera (il nuovo delitto è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena) e la recidiva c.d. finta (il nuovo delitto è stato commesso durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena).

⁸⁷Si coglie in questa previsione, confrontata con la disciplina prevista dalla novella in tema di recidiva semplice, una certa contraddittorietà: mentre, infatti, per l'ipotesi meno grave di recidiva semplice, ai sensi dell'art. 99 comma 1, è sottratto al giudice qualsiasi potere discrezionale relativo alla scelta del *quantum* dell'aumento di pena da irrogare, nel caso più grave di recidiva aggravata il legislatore predispone solo un limite massimo per l'aumento di pena, lasciando quindi all'organo giudicante la possibilità di irrogare – in maniera discrezionale – un aumento di pena minimo, anche di molto inferiore a quello previsto per la recidiva semplice.

ipotesi che danno luogo all'aggravamento.

Il comma IV dell'art. 99 c.p. è dedicato alla disciplina della recidiva reiterata che è applicabile al “recidivo che commette un altro delitto non colposo”; viene previsto un aumento in misura fissa per la recidiva reiterata semplice “della metà” (in luogo del precedente limite solo massimo dell'aumento “fino alla metà”) e, nel caso in cui ricorrano una o più ipotesi di cui al comma secondo, l'aumento è previsto sempre in misura fissa di due terzi (il testo nella versione precedente distingueva le fattispecie di cui al comma secondo n. 1) e 2) per le quali era previsto un aumento fino a due terzi e quella di cui al n. 3) in cui l'aumento previsto era da un terzo a due terzi). Ancora una volta quindi il legislatore interviene, aumentandola o rendendola obbligatoria nel *quantum*, sulla misura degli aumenti di pena ricollegabili alla recidiva.

Nel caso particolare della recidiva reiterata, però, l'intervento riformatore della novella non si è limitato a prevedere un innalzamento degli aumenti di pena o una quantità di pena obbligatoria da comminare per l'organo giudicante; al contrario, le modifiche sul *quantum* della pena sembrano quasi secondarie e passano in secondo piano se si pone attenzione al complesso e dettagliato disegno che il legislatore del 2005 ha costruito attorno alla figura della recidiva reiterata.

All'applicazione di tale istituto, infatti, vengono ricollegati plurimi effetti sostanziali che riguardano sia la fase di cognizione che quella esecutiva, delineando una sorta di trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso e repressivo per il soggetto a cui venga in concreto applicata tale circostanza. Vedremo nei paragrafi successivi dettagliatamente in cosa si sostanziano tali conseguenze *lato sensu* peggiorative del trattamento penale del recidivo reiterato, e vedremo, soprattutto, in che modo dottrina e giurisprudenza hanno reagito alle notevoli criticità sollevate dalla disciplina in oggetto.

Preliminarmente pare opportuno segnalare come già la stessa definizione di “recidivo” sia stata oggetto di incertezze e perplessità: in particolare ci si è chiesti se, per poter applicare la recidiva reiterata al soggetto che commette il terzo delitto non colposo, sia necessario che questi sia stato previamente “dichiarato” recidivo nella precedente sentenza di condanna⁸⁸, ovvero se non sia invece sufficiente che il colpevole sia stato

⁸⁸Questo l'orientamento di una parte della dottrina, che ha tuttavia precisato che con “dichiarazione” di re-

condannato almeno due volte per delitto non colposo con sentenza irrevocabile. La giurisprudenza maggioritaria ha sposato questa seconda tesi, ricevendo l'avallo anche delle Sezioni Unite della Cassazione⁸⁹, e ritenendo dunque che per il riconoscimento della recidiva reiterata basti il dato formale costituito dalle precedenti condanne per delitto non colposo, salvo poi che il giudice non ritenga, nella valutazione del caso concreto, di escludere la sussistenza della circostanza.

Proprio quest'ultima osservazione ci permette di introdurre il secondo grande problema che ha riguardato la figura della recidiva reiterata all'indomani della riforma, ovvero la natura facoltativa od obbligatoria della stessa.

Il problema, in realtà, si è posto in maniera particolarmente viva rispetto a uno degli effetti sostanziali ricollegati dalla riforma alla recidiva reiterata, ovvero il neo introdotto limite al giudizio di bilanciamento tra circostanze *ex art. 69 co. 4 c.p.*, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

Va però fin d'ora segnalato come lo stesso testo di cui al novellato art. 99 co. 4 c.p. - nella parte in cui dispone che “se il recidivo commette un altro delitto (...) l'aumento della pena è della metà nel caso di cui al primo comma e, nei casi previsti dal secondo comma, è dei due terzi” avesse indotto inizialmente parte degli interpreti⁹⁰ a ritenere che il legislatore, utilizzando tale locuzione invece della differente “*la pena può essere aumentata*”, intendesse con ciò introdurre un'ipotesi di recidiva obbligatoria (idem dicasi per la recidiva pluriaggravata), privando così il giudice della discrezionalità nella valutazione circa la sussistenza o l'insussistenza della recidiva reiterata nel caso concreto. In realtà, sia l'argomento letterale⁹¹, che valorizza la differenza tra il testo

cidiva debba intendersi ogni situazione concreta in cui la recidiva sia stata discrezionalmente “applicata”, quindi non solo nei casi in cui la stessa abbia comportato un aumento di pena, ma anche in quelli in cui il suo riconoscimento abbia determinato, ai sensi del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 comma 4 c.p., la mancata diminuzione di pena per una circostanza attenuante. v. ROMANO M., *sub art. 99 c.p.* in ROMANO M. - GRASSO G., (a cura di), *Commentario sistematico*, cit., 86; MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 198. Hanno sostenuto l'orientamento opposto, poi confermato in giurisprudenza, AMATO G., *Il recidivo va a caccia di “generiche”*, in *Guida dir., Dossier*, 2006, 58.

⁸⁹Cass. pen., Sez. Unite, 5 ottobre 2010, n. 35738, in *Giur.cost.*, 2011, 1629 con nota di TRUCANO A. In precedenza cfr. Cass. pen., sez. III, 25 giugno 1993, n. 6424; Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2003, n. 24023.

⁹⁰V. PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 32; BATTISTA D., *Recidiva*, cit., 105; SALERNO G. M., *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier, 47.

⁹¹Sottolineato, tra gli altri, da MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 181; SCALFATI A.,

dell'art. 99 co. 4 e quello del successivo co. 5 art. 99 c.p. - che espressamente prevede l'obbligatorietà della recidiva – sia i successivi interventi della giurisprudenza, che affronteremo nel corso della trattazione, hanno correttamente portato a ritenere che l'unica ipotesi di recidiva obbligatoria sia quella prevista dall'art. 99 co. 5 c.p., e che dunque la recidiva reiterata, pur prevedendo aumenti di pena obbligatori nel *quantum*, continui ad essere facoltativa.

Proprio la previsione dell'art. 99 co.5 c.p., che sarà oggetto di approfondita analisi nel prosieguo del presente lavoro alla luce delle rilevanti problematiche anche di legittimità costituzionale che ha sollevato, integra, infine, la terza grande novità introdotta dal legislatore della riforma: si prevede, infatti, in totale controtendenza rispetto alla legge n. 220 del 1974 che aveva previsto un generale regime di facoltatività per la recidiva, un'ipotesi di recidiva obbligatoria – in una sorta di ritorno al passato⁹² – privando il giudice di qualsiasi discrezionalità in relazione alla decisione circa la sussistenza in concreto dei presupposti per l'applicazione dell'aggravante.

3.1. La modifica dell'art. 69 comma 4 c.p. e i limiti al giudizio di bilanciamento.

Tra gli effetti di tipo sostanziale che il legislatore della riforma del 2005 ha previsto quale corollario dell'applicazione della recidiva reiterata, ai sensi dell'art. 99 co. 4 c.p., vi è sicuramente da annoverare *in primis*, per l'importanza della previsione e per le molteplici problematiche cui la stessa ha dato vita, la modifica dell'art. 69 co 4 c.p.. Abbiamo visto come la riforma del 1974 avesse modificato il testo del medesimo articolo, prevedendo che entrassero a far parte delle circostanze oggetto del giudizio di bilanciamento da parte del giudice anche quelle – in precedenza escluse - inerenti alla persona del colpevole e qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato. La precedente modifica, dunque, da un lato affermava la assoggettabilità

Cade il bilanciamento delle "circostanze", in Guida dir., 2006, Dossier, 40; PISTORELLI L., Ridotta la discrezionalità, cit., 62.

⁹²Utilizzano questa espressione in riferimento alla riforma introdotta con la legge "ex Cirielli": TIGANO S., *La recidiva reiterata tra teoria e prassi*, in *Archivio penale*, 2012, 294 e BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 46, 104 ss.

della recidiva al giudizio di comparazione tra circostanze, dall'altro lato ampliava notevolmente lo spazio di discrezionalità riservato al giudice, con la conseguenza che, come abbiamo rilevato, la recidiva – la cui applicazione era comunque sempre facoltativa – spesso non veniva concretamente applicata, perché ritenuta equivalente o soccombente rispetto alle concorrenti circostanze attenuanti.

Ecco allora che il legislatore, come si è visto mosso anche dall'intenzione di restituire effettività all'istituto della recidiva, interviene proprio sul contenuto dell'art. 69 co.4 c.p. introducendo per l'organo giudicante il divieto – qualora nel giudizio di comparazione tra circostanze ricorra anche la recidiva reiterata di cui al co.4 dell'art. 99 c.p. - di concludere tale valutazione nel senso della prevalenza delle attenuanti⁹³. Si fornisce in questo modo alla recidiva reiterata la natura di circostanza parzialmente privilegiata o “blindata”, posto che il divieto si estende solo alla dichiarazione di prevalenza delle attenuanti concorrenti, non anche all'affermazione dell'equivalenza tra queste e la recidiva.

Come si è poc'anzi rilevato la modifica in esame ha sollevato immediate perplessità da parte sia della dottrina che della giurisprudenza.

Si è infatti rilevato, da parte della più attenta dottrina, come il giudizio di bilanciamento tra circostanze sia istituito primariamente deputato alla funzione di personalizzazione della pena, che verrebbe nondimeno irrimediabilmente frustrata dalla imposta rilevanza rafforzata di una circostanza su tutte le altre di segno opposto e meritevoli di ridimensionare il trattamento sanzionatorio concreto da riservare all'autore del reato⁹⁴. Verrebbero in tal modo irrimediabilmente compromessi sia il principio di eguaglianza, sia il principio di necessaria proporzionalità della pena.

Tali rilievi hanno assunto ancora più rilevanza se si considera che, all'indomani della riforma del 2005, ha ripreso linfa l'antico dibattito, fiorito all'indomani della novella del 1974, circa l'estensione della discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva facoltativa: in altre parole, considerando la recidiva reiterata di cui al novellato

⁹³Il divieto di prevalenza è stabilito, oltre che rispetto alla recidiva reiterata, anche relativamente alle c.d. circostanze aggravanti concorsuali di cui agli artt. 111 e 112 co. 1 n. 4 c.p.

⁹⁴Cfr. AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, cit., 60; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit. 426; SCALFATI A., *Cade il bilanciamento*, cit., 40.

art. 99 co.4 una circostanza discrezionale – e superando così quell'orientamento dottrinale, pur autorevolmente sostenuto, che nell'utilizzo del verbo al presente indicativo (*l'aumento della pena è*) aveva voluto leggere la volontà del legislatore di introdurre un'ulteriore ipotesi di recidiva obbligatoria⁹⁵ - quale estensione è tuttavia consentito attribuire a tale facoltatività?

Ebbene, se si condividesse la tesi della c.d. discrezionalità bifasica, per cui ciò che è discrezionale è unicamente l'effetto consistente nell'aumento di pena derivante dalla recidiva reiterata, mentre tutti gli altri effetti ad essa connessi sono conseguenze automatiche derivanti dallo *status*, evidentemente il divieto di cui all'art. 69 co.4 c.p. sarebbe destinato a trovare sempre applicazione, in conseguenza della semplice contestazione della recidiva reiterata, anche qualora il giudice, in concreto, ritenesse di non applicarla⁹⁶.

Al contrario, ritenere che la discrezionalità del giudice sia da considerare unitariamente rispetto sia all'aumento di pena sia a tutti gli altri effetti “secondari” ricollegati dalla disciplina legislativa alla circostanza facoltativa, permetterebbe di rimodulare gli aspetti più problematici della neointrodotta riforma, posto che il divieto di subvalenza della recidiva reiterata troverebbe applicazione solo ove il giudice di cognizione valutasse la stessa come concretamente sussistente e dunque meritevole di essere apprezzata.

Tanto premesso, due considerazioni sembrano opportune. Se si considerano entrambi gli orientamenti appena esposti, non si può non rilevare come agli stessi corrispondano, in sostanza, le due opposte concezioni della recidiva su cui ci siamo soffermati in precedenza, affrontando il problema relativo alla natura giuridica dell'istituto.

Ed infatti, la teoria della discrezionalità bifasica concepisce in realtà la recidiva come uno *status* o particolare condizione del soggetto autore del reato, limitando l'apprezzamento del giudice alla possibilità di non irrogare l'aumento di pena, e affermando, al contempo, che la contestazione della “circostanza” dovrebbe comunque continuare a qualificare il fatto (*rectius* il soggetto) relativamente a tutte le conseguenze

⁹⁵V. qui nota 89, anche relativamente all'ipotesi della recidiva pluriaggravata, costruita mediante l'utilizzo della medesima locuzione.

⁹⁶Questa tesi era, come si è visto in precedenza, quella assolutamente prevalente in giurisprudenza negli anni successivi alla riforma del 1974.

giuridiche sostanziali e processuali che l'ordinamento ad essa ricollega.

All'opposto, riconoscere alla recidiva la natura giuridica di vera e propria circostanza aggravante significa che, posto l'obbligo di contestazione specifica della stessa in capo alla pubblica accusa (fondamentale anche per l'effettività dell'esercizio del pieno diritto di difesa da parte dell'imputato)⁹⁷, competerà poi all'organo giudicante una valutazione concreta e specifica, e dunque realmente discrezionale, circa l'attitudine della contestata aggravante, nel caso sottoposto al suo giudizio, a qualificare il reato. Solo se tale valutazione dovesse concludersi con esito positivo sarà possibile riconoscere la circostanza in concreto e, di conseguenza, troveranno applicazione anche tutti gli altri effetti giuridici ricollegati dal legislatore alla sussistenza dell'aggravante stessa. Al contrario, qualora la valutazione abbia esito negativo – ovvero il giudice ritenga di non riconoscere la recidiva – non sarà applicabile nessuno degli effetti che la circostanza avrebbe comportato, appunto, solo se applicata.

Ebbene, tali divergenti opzioni ricostruttive, che, come abbiamo visto, hanno alla propria origine differenti convincimenti in ordine alla natura giuridica dell'istituto, immediatamente dopo l'approvazione della legge “ex Cirielli” sono state entrambe pervicacemente sostenute dalla stessa giurisprudenza di legittimità⁹⁸, contribuendo in tal

⁹⁷Sottolinea questo aspetto CARUSO G., voce *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento, 2008, 1051.

⁹⁸Si veda in questo senso Cass. pen. Sez. I, 18 maggio 2006, n. 17316, Giunta, in *Riv. pen.*, 2007, 58, e, in particolare, Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 18302, Ben Hadhria, cit., che sposano la concezione bifasica della discrezionalità. Con la seconda pronuncia la Suprema Corte annulla con rinvio una sentenza di patteggiamento in cui il giudice, avendo escluso l'aumento di pena conseguente alla recidiva, non aveva viceversa rispettato il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla contestata recidiva ai sensi del novellato art. 69 co. 4 c.p.. Specificamente sul punto si afferma che “(...) è *ius receptum* che il giudice è vincolato ad applicare la recidiva, una volta accertato che sia stata correttamente contestata. Mentre la discrezionalità riguarda solo la scelta di aumento o meno di pena, fermo restando che, in ogni caso, la recidiva ha gli altri effetti penali per essa stabiliti dalla legge. (...) La recidiva, al pari di ogni circostanza inerente alla persona del colpevole, in caso di concorso con altre circostanze aggravanti e attenuanti comporta l'operatività delle regole stabilite dall'art. 69 c.p., come espressamente stabilito dal comma 4 dello stesso articolo. In altre parole, lo status individuale del recidivo determina sia una qualificazione giuridica soggettiva, in quanto si riferisce ad una situazione inerente alla persona del reo, sia una circostanza aggravante soggettiva. Ne consegue che la recidiva è soggetta al meccanismo giuridico del giudizio di comparazione delle circostanze attenuanti, indipendentemente dalla valutazione ex ante che il giudice possa effettuare sull'aumento o meno di pena”. Accoglie invece la tesi opposta Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2007, n. 16750, Serra, in *CED Cass.* n. 236412, che, pur facendo riferimento al precedente orientamento, afferma che “esiste un orientamento un tempo minoritario (...) 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 (...) Non è da ritenere

modo al mantenimento delle incertezze sull'istituto sia a livello dogmatico, sia sul piano applicativo. Vedremo nel capitolo seguente in quale senso si siano pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione.

Va rilevato, nello stesso tempo, come proprio tale stato di incertezza abbia in un certo senso amplificato le grandi criticità che la stessa riforma aveva sollevato. In particolare, come abbiamo rilevato poc'anzi, proprio l'introduzione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, di cui al novellato art. 69 co. 4 c.p., è apparso, non solo a gran parte della dottrina ma anche in giurisprudenza, difficilmente conciliabile con i principi di uguaglianza, ragionevolezza e finalismo rieducativo della pena. Numerose sono state, infatti, le ordinanze⁹⁹ con cui, nel corso del 2006, i giudici di merito hanno adito la Corte Costituzionale, deducendo la violazione degli art. 3, comma primo, e 27, comma terzo, della Costituzione.

È stato sottolineato dai giudici *a quibus* come il fatto stesso dell'avvenuta corretta contestazione della recidiva reiterata, da parte del p.m. agli imputati, rendesse obbligato l'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze, con ciò inibendo *a priori* la possibilità che le attenuanti potessero in concreto incidere in positivo – e dunque non solo nel senso dell'equivalenza – sul trattamento sanzionatorio da riservare al recidivo.

applicata l'aggravante solo 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 cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sopraffà, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta "tamquam non esset". Nel medesimo senso v. Cass. pen., sez. IV, 24 ottobre 2007, n. 39134, Mazitta, in Cass. pen. 2008, 1905: "Ai sensi dell'art. 69 c.p., per stabilire se la recidiva reiterata costituisce un limite alla prevalenza delle circostanze attenuanti è necessario, per il giudice, valutare se la recidiva rappresenti, nella fattispecie concreta, una circostanza rilevante ai fini della commisurazione della pena. Nel caso in cui tale valutazione sia negativa, pur in presenza di una pluralità di condanne non vi è un ostacolo al giudizio di prevalenza delle attenuanti. Nel passato la giurisprudenza ha mostrato, comprensibilmente, scarsa attenzione a tale passaggio, poiché nella maggior parte dei casi il giudizio di bilanciamento era libero e consentiva, quindi, di caducare i possibili effetti della recidiva sulla pena attraverso il giudizio di prevalenza delle attenuanti. Nel presente, per contro, le evidenziate limitazioni introdotte dal novellato art. 69 c.p. impongono, come si è accennato, una autonoma valutazione, ed un autonomo passaggio motivazionale, che riguarda l'essere o non essere (rilevante) della recidiva reiterata". Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2007, n. 29228, Farris, in CED Cass., n. 236910.

⁹⁹Precisamente: Tribunale di Ravenna, ordinanze del 12 gennaio 2006 n. 102-103 e ordinanza del 24 gennaio 2006 n. 104; Tribunale di Cagliari, ordinanze dell'8 marzo 2006, n. 295, del 3 marzo 2006, n. 223, del 28 febbraio 2006, n. 235, dell'8 aprile 2006, n. 297, dell'11 marzo 2006 n. 404, del 3 aprile 2006, n. 307, del 23 giugno 2006, n. 559; Tribunale di Livorno, ordinanza del 14 marzo 2006, n. 405; Tribunale di Perugia, ordinanza del 25 marzo 2006 n. 308, ordinanza del 6 aprile 2006 n. 408 e ordinanza del 20 maggio 2006 n. 615; Tribunale di Firenze, ordinanza del 24 febbraio 2006, n. 406.

La conseguenza, tra l'altro, risulta ancora più grave rispetto a quelle circostanze attenuanti che individuano una cornice edittale di pena, per la fattispecie attenuata, di molto inferiore rispetto a quella del reato base¹⁰⁰, come, ad esempio, l'art. 73 co.5 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 in tema di sostanze stupefacenti.

Tale preclusione assoluta¹⁰¹, in sostanza, priverebbe il giudizio di bilanciamento della sua primaria attitudine di fungere da sede in cui avviene l'adeguamento della pena al caso concreto¹⁰², determinando un "appiattimento" del trattamento sanzionatorio di situazioni potenzialmente molto diverse tra loro, con palese violazione del principio di eguaglianza. Il medesimo appiattimento sanzionatorio, impedendo di valorizzare le circostanze attenuanti nella misura che concretamente meriterebbero, si tradurrebbe poi in

¹⁰⁰Sottolinea tale aspetto MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 212: "Ed è soprattutto con riguardo a casi di questo tipo che più è stata avvertita la delicatezza e l'importanza della disciplina del bilanciamento, perché, come si è detto, quando questo viene applicato a *circostanze che spostano i limiti edittali si apre un buco nero nella scala della possibili scelte sanzionatorie che è incoerente con la stessa logica del bilanciamento e conduce ad applicazioni non compatibili col principio di uguaglianza-ragionevolezza*" (il corsivo si riferisce alla citazione di PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005, 575.). V. anche PIFFER G., *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it, che sottolinea la preoccupazione concreta che dal rischio dell'applicazione di una sanzione fortemente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto derivi un'applicazione della recidiva condizionata da fattori casuali e non basata su una "rigorosa verifica dell'esistenza del suo presupposto discrezionale".

¹⁰¹La scelta di predeterminare in un certo senso l'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze di segno opposto non configura un unicum nel panorama legislativo nazionale. Già con la l. n. 15 del 1980, infatti, il legislatore aveva previsto che l'aggravante relativa di reati commessi "con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico" non potesse essere ritenuta né subvalente né equivalente rispetto alle circostanze attenuanti, dunque conferendo all'aggravante *de qua* natura totalmente privilegiata. Sul punto cfr. Corte Cost., sentenza del 7 febbraio 1985, n. 38, con cui la questione della legittimità costituzionale della norma in esame (art. 1 co. 3, l. 15/1980) è stata dichiarata manifestamente infondata, sul rilievo che "una corretta interpretazione della norma consente, infatti, l'applicazione delle circostanze attenuanti qualora il giudice non intenda esercitare quel giudizio di bilanciamento che la legge consente solo a favore dell'aggravante *de qua*. In tal caso, le diminuzioni saranno apportate sulla pena risultante dagli aumenti indotti dalle aggravanti, secondo la regola generale". Si segnalano, inoltre, ulteriori e recenti previsioni simili con cui il legislatore ha conferito natura c.d. blindata a determinate circostanze: art. 590 bis c.p. modificato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, poi convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125; art. 628 co. 4, c.p., aggiunto dall'art. 3 l. 15 luglio 2009, n. 94; art. 186 co. 2 *septies* e art. 186 bis co. 4 del d. lgs. n. 285 del 30 aprile 1992.

¹⁰²Sul punto in particolare v. però MELCHIONDA A., in *Le modifiche*, cit. 216 e anche in *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 692 ss., che sottolinea da un lato la natura propria del giudizio di bilanciamento di passaggio intermedio tra la fase di commisurazione legale della pena e quella di definitiva personalizzazione infraedittale; dall'altro lato rileva, in ordine ai dubbi di legittimità costituzionale di cui al novellato art. 69 co.4 c.p., come la regola generale, cui il co. 4 deroga con il divieto di prevalenza, sia una soluzione che "nel rispetto dell'ovvio divieto di una inopinata e manifesta disparità di trattamento di situazioni tra loro uguali, il legislatore può liberamente correggere ogniqualevolta ritenga che determinati elementi debbano più rigidamente pesare in senso favorevole o sfavorevole al reo. L'ordinamento vigente è ricco di esempi in tal senso, e la previsione di queste eccezioni ha più volte superato il vaglio di legittimità costituzionale".

maniera inevitabile in una pena chiaramente sproporzionata alla gravità del fatto, con la conseguenza che l'esecuzione della pena stessa – avvertita come ingiusta dallo stesso condannato - non potrebbe certo rispondere alla finalità rieducativa di quest'ultimo.

Molti, quindi, risultano i nodi ancora sul tappeto all'indomani della novella, in particolare, come abbiamo visto, in relazione alla modifica dell'art. 69 co.4 c.p.. Analizzeremo, nel prossimo capitolo, come tali criticità abbiano trovato una progressiva seppur parziale risposta per mezzo dell'opera interpretativa della giurisprudenza, che, in alcuni casi, ha fornito preziose indicazioni idonee a depotenziare i rigidi automatismi cui sembrava essersi ispirato il legislatore, in altri casi, invece, ha dovuto constatare la non conformità delle previsioni legislative ai nostri principi costituzionali.

Continuiamo per ora, nel presente capitolo, l'analisi dei plurimi effetti giuridici ricollegati dalla riforma del 2005 al trattamento sanzionatorio del recidivo reiterato.

3.2. I limiti all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche.

Il legislatore della legge “ex Cirielli” è intervenuto, nell'ambito del più generale disegno relativo al regime penale da riservare al recidivo reiterato, anche sul testo dell'art. 62 *bis* c.p., introducendo un secondo comma che prevede che “*ai fini dell'applicazione del primo comma – cioè delle c.d. attenuanti generiche – non si tiene conto dei criteri di cui all'art. 133, primo comma, n.3) e secondo comma, nei casi previsti dall'art. 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'art 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni*”.

Si introduce quindi un'ulteriore limitazione – rispetto all'ipotesi appena vista di cui all'art. 69 co.4 c.p. - dell'ambito di apprezzamento discrezionale del giudice. In questo caso però il limite riguarda direttamente una circostanza specifica, ovvero le attenuanti generiche, e il legislatore ricollega tale limitazione al ricorrere di tre differenti presupposti: da un lato, infatti, si fa riferimento ai “casi previsti dall'art. 99 co.4 c.p.” - e dunque nuovamente alla recidiva reiterata -, dall'altro lato si prevede che la recidiva reiterata debba riguardare un nuovo delitto che rientra nel catalogo di cui all'art. 407, co.2

lett.a) c.p.p. e che tale delitto sia punito con una pena edittale non inferiore nel massimo a cinque anni di reclusione.

Ebbene, sia il tenore letterale che il contenuto della neo-introdotta disposizione, hanno generato immediatamente diverse perplessità¹⁰³.

In primis, infatti, si è rilevata la poca chiarezza del riferimento alla recidiva reiterata: in questo senso, infatti, si sono riproposti i problemi, su cui ci siamo già soffermati relativamente alla portata del divieto di prevalenza nel paragrafo precedente, collegati alla natura dell'istituto *de quo*. Il primo dubbio, quindi, ha investito la natura facoltativa ovvero obbligatoria da riconoscersi all'ipotesi di recidiva di cui al co. 4 dell'art. 99 c.p., e, nel caso della facoltatività, l'esatta estensione del potere discrezionale del giudice; il secondo riguarda l'estensione del divieto previsto dall'art. 62 *bis* comma 2 c.p., posto che la locuzione “nei casi previsti dall'art. 99 quarto comma” si presta ad essere ricollegata a due differenti tipologie di casi: da una parte infatti, il divieto potrebbe estendersi solo a coloro che, colpevoli di un delitto rientrante nel novero di cui all'art. 407, co.2, lett. a) c.p.p., siano stati previamente dichiarati recidivi in una precedente sentenza di condanna; secondo altra prospettiva ermeneutica, viceversa, il divieto avrebbe portata applicativa più ampia, estendendosi al soggetto che, avendo commesso un reato compreso nel catalogo sopra menzionato, pur non essendo stato dichiarato recidivo in precedenti sentenze, sia stato tuttavia condannato almeno due volte per un delitto non colposo.

Per quanto concerne la prima questione va rilevato, come in precedenza, che nonostante parte della dottrina avesse espresso opinioni contrarie¹⁰⁴, la tesi che si è rivelata preferibile da parte della stessa dottrina maggioritaria¹⁰⁵ e che poi è stata accolta anche dalla giurisprudenza, è quella che ha riconosciuto il carattere discrezionale della recidiva reiterata, pur a fronte dell'utilizzo del verbo essere all'indicativo (*l'aumento della*

¹⁰³V. DOLCINI E., *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, cit., 55 che afferma “il nuovo art. 62 *bis* co.2 c.p. sembra un esempio scolastico di norma penale oscura, l'antitesi delle leggi penali chiare e precise auspicate da Cesare Beccaria, quando affermava che l'oscurità delle leggi è un male e che anzi *è un male grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo*”.

¹⁰⁴V. qui nota 89.

¹⁰⁵V. SCALFATI A., *Cade il bilanciamento*, cit., 40; DOLCINI E., *Le due anime*, cit., 56; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit. 181.

pena è di) che si limita dunque a prevedere un profilo di obbligatorietà solo relativamente al *quantum* dell'aumento di pena da irrogare se in concreto la circostanza verrà ritenuta sussistente. Risolto, quindi, il preliminare problema nel senso della facoltatività della recidiva reiterata, riguardo all'aspetto della c.d. discrezionalità bifasica o unitaria dell'organo giudicante rinviato a quanto rilevato poc'anzi in tema di giudizio di bilanciamento, sottolineando tuttavia come la questione risulti sempre più imprescindibile e centrale quanto più numerosi e penetranti sono gli effetti giuridici che il legislatore ha ricollegato alla sussistenza della circostanza in esame.

Relativamente all'ultimo punto, ovvero alla portata del combinato disposto tra art. 62 *bis* co. 2 e art. 99 co. 4 c.p., va rilevato che, nonostante l'orientamento più estensivo condiviso inizialmente dalla giurisprudenza¹⁰⁶, la tesi più restrittiva, condivisa da subito dalla maggior parte della dottrina, è apparsa preferibile perché più rispettosa dei principi di colpevolezza e personalità della responsabilità penale: la recidiva, cioè, non è un mero status, ricavabile dal certificato penale del condannato, di conseguenza per poter produrre conseguenze penalmente rilevanti la stessa deve essere *ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione in tale sede*¹⁰⁷.

Per quanto riguarda, specificamente, il contenuto del nuovo co. 2 dell'art. 62 *bis*, le ragioni di perplessità sono state forse ancora più forti.

Con la nuova disposizione, infatti, si inibisce al giudice – rispetto al condannato che si trovi nella situazione caratterizzata dai tre presupposti descritti – di riconoscere le circostanze attenuanti generiche sulla base di una minore intensità del dolo (art. 133 co.1 n.3) ovvero in forza dell'apprezzamento di una minore capacità a delinquere del soggetto (art. 133. co. 2 c.p.). Ebbene, in tal modo, la discrezionalità dell'organo giudicante viene ad essere fortemente limitata, nel senso che l'eventuale riconoscimento delle attenuanti generiche sarà possibile, in queste circostanze, solo valorizzando i c.d. indici oggettivi di commisurazione della pena, ovvero quelli che connotano la *gravità del reato*, ad esclusione dell'intensità del dolo (posto che per il delitto colposo non vi è *ab ori-*

¹⁰⁶Cfr. Cass. pen., sez. III, 25 giugno 1993, Mighetto, in *Gius. pen.*, 1994, n. II, 319; in dottrina, valorizzando tale giurisprudenza, si esprime negli stessi termini AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, cit., 58.

¹⁰⁷Così Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2004, n. 46229, Nardelli, in *CED Cass.*, n. 230295.

gine la possibilità che sussista la recidiva dopo la riforma del 2005). Rispetto a tale limitazione sono state formulate diverse osservazioni che meritano di essere condivise: da un lato, infatti, è stato sottolineato come la modifica, parziale e poco comprensibile¹⁰⁸, rischi in sostanza di condurre, sul piano pratico, a una generalizzata disapplicazione delle attenuanti generiche nei confronti del recidivo reiterato¹⁰⁹; dall'altro lato, con preoccupazioni ancora maggiori, si è segnalata la difficile compatibilità costituzionale di una previsione che impone una limitazione (per i poteri valutativi dell'organo giudicante) fondata in sostanza su una presunzione assoluta, ovvero l'elevata intensità del dolo e l'elevata capacità a delinquere dei recidivi reiterati che abbiano commesso un delitto di cui al catalogo *ex art. 407, co.2 lett. a) c.p.p.*

Il legislatore del 2005, dunque, anche con questa norma ha contribuito alla costruzione di una disciplina sanzionatoria fortemente “discriminatoria” per una particolare categoria di soggetti (i recidivi reiterati) basandosi su una presunzione *iuris et de iure* che non ammette prova contraria, precludendo di fatto al giudice un apprezzamento concreto di tutte le circostanze caratterizzanti la vicenda e, di conseguenza, minando alla radice la possibilità di comminare al reo una pena individualizzata, proporzionata e finalizzata alla rieducazione in accordo con l'art. 27 co.3 della Costituzione.

¹⁰⁸La stessa ragionevolezza del richiamo effettuato ai reati di cui all'art. 407, co.2 lett.a) è stata messa in discussione, benché il legislatore abbia fatto ricorso al medesimo criterio di collegamento nel testo dell'art. 99 co.5 c.p., lasciando quindi intendere che alla base di tale scelta vi fosse la volontà di individuare reati particolarmente gravi e di maggior allarme sociale. V. in particolare sul punto MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, cit. 189: “Al pari di quanto rilevabile rispetto a questa nuova disciplina specifica della recidiva (co.5 art. 99) nell'insieme non è dato, tuttavia, comprendere quale *ratio* possa accomunare la selezione legislativa dei reati per i quali vengono previsti più lunghi termini di durata delle indagini preliminari – selezione che dovrebbe essere guidata solo da alcune specifiche caratteristiche di questi reati e dalla conseguente prevedibile maggior complessità delle indagini stesse – alla scelta di stabilire, per questi medesimi reati, una più rigida disciplina per i casi di recidiva”. Poco ragionevole è parsa anche la scelta di sottrarre alla valutazione del giudice solo alcuni dei parametri di cui all'art. 133 c.p.: “Una volta che il legislatore in linea generale fa dipendere la valutazione giudiziale della gravità del reato dall'utilizzo di criteri a carattere sia oggettivo che soggettivo, non si comprende quale sia la logica che consente di derogare ad alcuni di questi criteri con riferimento ad alcuni tipi di autore e ad alcune tipologie, sia pur gravi, di illecito penale” così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit. 872.

¹⁰⁹In questo senso v. ancora MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 200 e anche FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1325; esprime la medesima preoccupazione ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione in Nuove norme su prescrizione del reato recidiva* a cura di SCALFATI A., Cedam, 2006, Padova, 17: “appare alquanto arduo ipotizzare situazioni concrete che possano essere degne di valutazione per ritenere il reato *attenuato* in conseguenza di alcuni profili oggettivi della condotta posta in essere o per la lieve entità del danno”.

La bontà di tali considerazioni, condivise già all'indomani della riforma dalla più attenta dottrina, ha trovato ulteriore riscontro nella giurisprudenza, che, sulla base dei medesimi rilievi, ha sollevato dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale della norma in esame¹¹⁰, gli esiti della quale saranno esaminati nel capitolo seguente.

3.3. La modifica dell'art. 81 comma 4 c.p.: recidiva e continuazione.

La modifica dell'art. 81 co.4 c.p., realizzata con la riforma del 2005, può essere considerata come ulteriore esempio di quell'atteggiamento di sostanziale sfiducia¹¹¹ da parte del legislatore, nei confronti dell'esercizio della discrezionalità giudiziale in sede di commisurazione della pena, di cui i novellati artt. 62 *bis* co.2 e art. 69 co. 4 c.p. - su cui ci siamo soffermati nei paragrafi precedenti - sono espressione.

Come noto, l'art. 81 c.p., come modificato in seguito alla novella del 1974, prevede per l'ipotesi di concorso formale di reati e per quella di continuazione nel reato che si applichi dal punto di vista sanzionatorio la disciplina – più favorevole per il reo – del cumulo giuridico, anziché quella del cumulo materiale; il legislatore prevede inoltre, al comma terzo, un tetto massimo per l'aumento di pena comminabile per il reato meno grave: la pena prevista per la violazione più grave, infatti, potrà essere aumentata fino al triplo, ma non superando mai il *quantum* di pena che sarebbe stato irrogato in base alle regole del cumulo materiale.

Ebbene, con la riforma “ex Cirielli”, il legislatore interviene prevedendo un limite minimo inderogabile per tale aumento di pena che “non potrà essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave se i reati in concorso formale o in continuazione sono commessi da soggetti *ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma*”. specularmente, rispetto all'art. 671 c.p.p. - in tema di applicazione dell'art. 81 c.p. in sede esecutiva – il legislatore interviene inserendo un nuovo comma 2 *bis*, specificando che “si applicano le disposizioni di cui all'art. 81, co.4 c.p.”.

¹¹⁰L'ordinanza è stata emessa dal GIP presso il Tribunale di Perugia, in data 28 aprile 2009.

¹¹¹BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 70.

Dal tenore letterale degli interventi emerge quindi chiaramente che la finalità cui gli stessi sono ispirati ben si inserisce nel quadro complessivo di inasprimento sanzionatorio del trattamento penale del recidivo, realizzato principalmente per mezzo della limitazione della discrezionalità giudiziale. Tanto premesso, però, non si può non rilevare come anche rispetto a queste innovazioni numerose siano state le perplessità¹¹² e gli spunti critici elaborati in dottrina, che, condivisi e sostenuti dalla giurisprudenza, hanno dato vita ad orientamenti spesso confliggenti, anche in sede di legittimità.

Va sottolineato in primo luogo, ancora una volta, come risulti assolutamente non determinato in maniera chiara ed univoca l'ambito applicativo del limite introdotto. Non si comprende, infatti, la ragione per cui il legislatore si sia riferito ai soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata, utilizzando il plurale in luogo del singolare, lasciando così intendere di riferirsi in maniera indeterminata a tutti i soggetti che, al di fuori o meglio a prescindere dal processo in corso, siano stati dichiarati recidivi reiterati¹¹³. Nella stessa direzione, inoltre, la stessa locuzione “*soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata*” non solo non risolve il problema, ma, se possibile, lo ripropone: non è agevole infatti comprendere se il divieto si debba intendere esteso ai recidivi reiterati già dichiarati tali in altro precedente provvedimento oppure, in maniera più restrittiva, a coloro ai quali la recidiva reiterata venga applicata nel procedimento in cui si accertano i reati tra loro in concorso formale o in continuazione.

La prima impostazione, accolta da una parte della dottrina¹¹⁴, trova sostegno nel dato letterale che, facendo espresso riferimento alla *recidiva applicata*, parrebbe potersi collegare solo alle ipotesi in cui la circostanza sia stata previamente riconosciuta nelle pregresse condanne; lo stesso uso di tempi verbali differenti nella costruzione della norma (*i reati sono commessi e sia stata applicata la recidiva*) troverebbe senso maggiore ritenendo che la recidiva debba già essere stata applicata al momento della commissione dei reati in concorso formale o in continuazione; infine, è stato valorizzato anche il neo-introdotto co. 2 *bis* nell'art. 671 c.p.p. che per sua natura, riguardando il giudizio di ese-

¹¹²V. PADOVANI T., *Alcuni rilievi sul progetto ex-Cirielli*, in www.camerepenalonline.it, che afferma che la disposizione in esame ha la chiarezza di un oracolo.

¹¹³V. CARUSO G., *voce Recidiva*, cit., 1056.

¹¹⁴V. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 185.

cuzione nel quale non è possibile contestare e dichiarare la recidiva, farebbe riferimento necessariamente a ipotesi in cui la circostanza è stata già applicata e dichiarata.

Tale orientamento, sebbene in apparenza efficacemente sostenuto dal tenore letterale della disposizione¹¹⁵, è stato fortemente criticato da altra parte della dottrina, che ha sottolineato come, accedendo a tale interpretazione, verrebbe in sostanza a determinarsi un peggioramento del trattamento sanzionatorio sulla base del mero *status* di recidivo reiterato – accertato in una precedente sentenza – senza che nel processo presente (in cui si accerta invece la responsabilità del recidivo per i reati in concorso formale o in continuazione) la circostanza in esame espliciti alcuna efficacia, perché non dichiarata o applicata dal giudice.

Tale dottrina ha, di conseguenza, proposto di accogliere una differente chiave di lettura dell'art. 81 co.4 c.p., che si allontani dal rischio di configurare un inasprimento sanzionatorio collegato non già alla gravità del fatto ma ad una qualità personale, in chiara violazione dei principi di materialità da un lato e di colpevolezza dall'altro. La nuova disposizione, dunque, andrebbe riferita soltanto ai casi in cui la recidiva reiterata venga contestata ed applicata nel corso del processo in cui si accerta la responsabilità del soggetto per i reati avvinti dal vincolo della continuazione o in concorso formale¹¹⁶. Tale tesi, che è successivamente stata condivisa anche in giurisprudenza, ed anche in tempi più recenti¹¹⁷, lascia però aperti due interrogativi, l'uno di carattere ancora interpretativo, l'altro invece di tipo prettamente dogmatico.

Per quanto concerne il primo è infatti necessario chiedersi, posta la necessità che

¹¹⁵Si veda però, in termini assolutamente critici, PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 33; PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, cit., 61 ss.; BISORI L., *La nuova recidiva*, cit. 80 che, nel confutare il predetto orientamento, rileva che “Agli argomenti testuali e sistematici sopra illustrati si possono opporre valide obiezioni. La prima di esse è che la fattura della norma è a tal punto scadente, da non potersi pretendere che ne promanino argomenti testuali decisivi. Ad un legislatore che si esprime impropriamente al plurale, che adopera una *consecutio temporum* stravagante, che ricorre a locuzioni del tipo «aumento della *quantità* di pena» o «pena *stabilita* per il reato più grave», non crediamo – in tutta franchezza – che possano assegnarsi intendimenti raffinati di distinguo lessicali”.

¹¹⁶Condivide la tesi per cui la recidiva reiterata dovrebbe essere già stata applicata nella precedente sentenza e ugualmente dovrebbe essere ritenuta nel processo in corso CORBETTA S., *Il nuovo volto*, cit., 82.

¹¹⁷Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 agosto 2009, n. 32625, Delfino, in *CED Cass.*, 244843; Cass. pen., sez. I, 11 maggio 2010, n. 17928, Caniello, in *CED Cass.* n. 247048; Cass. pen., sez. I, 12 agosto 2010, n. 31735, Samuele, in *CED Cass.* n. 248095; Cass. pen., sez. V, 19 marzo 2011, n. 9636, Ortoleva, in *CED Cass.* n. 250434; Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2012, n. 431. In questo senso v. BORSARI R., *Il reato continuato*, in RONCO M. (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, Bologna, 2007, 656.

la recidiva sia applicata nel giudizio presente per l'operatività dell'art. 81 co.4 c.p., in relazione a quale fattispecie di reato essa dovrà esplicare il proprio effetto. Sul punto, anche valorizzando i lavori parlamentari che hanno condotto alla forma definitiva della disposizione¹¹⁸, sembra preferibile ritenere che la circostanza dovrebbe trovare riscontro in relazione ad ogni singolo reato¹¹⁹ (non già in maniera indifferente rispetto a quello più grave o a quelli satellite), considerando anche che tale impostazione è la sola che permette di evitare, in queste ipotesi, un doppio effetto sanzionatorio della recidiva sul trattamento del reo¹²⁰: il primo, di due terzi, rispetto alla pena base comminata dal giudice; il secondo, almeno uguale ad un terzo della violazione più grave, per l'aumento di cui all'art. 81 c.p.. Ritenendo infatti che la recidiva debba essere riconosciuta rispetto ai reati satellite, si tratterà di due aumenti sanzionatori che trovano due distinte cause giustificatrici, rispettivamente nella recidiva che involge il reato più grave il primo, nella recidiva che riguarda i reati satellite il secondo.

La seconda questione, che merita in questa sede di essere segnalata, anche alla luce dei confliggenti orientamenti cui ha dato vita, riguarda il problema della compatibilità a livello logico-giuridico tra l'istituto della continuazione nel reato e quello della recidiva. In particolare il punto che ha generato più incertezza, soprattutto in giurisprudenza, è stato quello relativo alla possibilità di applicare il regime sanzionatorio del cumulo giuridico, più favorevole al reo, in caso di continuazione tra più reati, alcuni dei quali già accertati ad opera di una sentenza definitiva, altri dei quali invece commessi in epo-

¹¹⁸La formulazione originaria della norma prevedeva che l'aumento minimo di un terzo della pena dovesse applicarsi "per ogni reato satellite in continuazione", mentre la versione definitiva poi approvata si fa riferimento genericamente alla "pena stabilita per il reato più grave". Cfr. verbale dell'Assemblea del 15 dicembre 2004 in www.parlamento.it.

¹¹⁹CARUSO G., voce *Recidiva*, cit., 1058.

¹²⁰V. ancora BISORI L., *La nuova recidiva*, cit., 85, che affronta anche la più specifica questione in cui vi sia una pluralità di reati satellite. In tale ipotesi, se la recidiva sia applicabile solo ad alcuni di questi e non a tutti, sarà conseguentemente doveroso applicare la regola di cui all'art. 81 co.4 c.p. - e dunque il divieto di un aumento inferiore al terzo - solo per i reati rispetto ai quali sia operante la recidiva, sciogliendo il vincolo della continuazione in accordo con la dottrina e la giurisprudenza che riconoscono la natura unitaria ovvero pluralistica della figura in base al principio del *favor rei*. V. a questo proposito Cass. pen., Sez. Unite, 30 giugno 1999, n. 14 che, affermando il principio della scindibilità, nel corso dell'esecuzione, del cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, hanno sottolineato come l'unitarietà del reato continuato "deve affermarsi là dove vi sia una disposizione apposta in tal senso o dove la soluzione unitaria garantisca un risultato favorevole al reo, non dovendo e non potendo dimenticarsi che il trattamento di maggior favore per il reo è alla base della ratio, della logica, appunto, del reato continuato".

ca successiva, attualmente *sub iudice* e rispetto ai quali viene contestata la recidiva.

In passato la giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite¹²¹, si era pronunciata nel senso della incompatibilità tra i due istituti e quindi della impossibilità di applicazione congiunta degli stessi: la *ratio* sottesa alla continuazione, infatti, prevede in un'ottica di *favor rei* un trattamento sanzionatorio più mite, proprio in considerazione della minor colpevolezza rinvenibile nel soggetto che commette più violazioni in esecuzione del medesimo disegno criminoso¹²². La recidiva, al contrario, esprime proprio una valutazione di maggior riprovevolezza nei confronti di colui che ricade nel reato dopo una precedente condanna, aggravandone perciò la pena¹²³.

La Suprema Corte, sempre a Sezioni Unite, è tornata sul tema in epoca successiva esprimendo un punto di vista parzialmente differente¹²⁴: i due istituti, infatti, benché ispirati a logiche antitetiche, non per questo non potrebbero essere in concreto applicati contemporaneamente, dovendosi in tal caso applicare un primo aumento di pena per l'applicazione della recidiva e poi un secondo aumento per la continuazione. Lo stesso art. 81 c.p., in realtà, non prevede nessun limite all'operatività della continuazione tra reati commessi prima della sentenza di condanna e ulteriori reati commessi in epoca successiva. Tale principio, confermato anche in tempi piuttosto recenti¹²⁵, non ha trovato tuttavia completa e pacifica attuazione: la stessa giurisprudenza di legittimità, infatti, è tornata sull'argomento affermando nuovamente la sostanziale incompatibilità tra i due istituti.¹²⁶

¹²¹Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, 4 maggio 1968, Piero, in *Giust. pen.*, 1968, II, 803.

¹²²Sul punto v. AMBROSETTI E. M., *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Padova, 1991 e ROMANO M., *sub art. 81 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, Milano, 756.

¹²³Condivide tali considerazioni PITTARO P., *voce Recidiva*, cit., 368.

¹²⁴Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, 17 aprile 1996, n. 9148, Zucca, in *Cass. pen.* 1997, 354.

¹²⁵Sempre Cass. pen. a Sez. Unite del 23 gennaio 2009, n. 3286, Chiodi, *CED Cass.*, n. 241755.

¹²⁶Cfr. Cass. pen., sez. V, 11 novembre 2010, n. 5761, Melfitano, *CED Cass.*, n. 249254: "Come ha esattamente rilevato il ricorrente, non poteva tenersi conto della recidiva una volta che era stata ritenuta la continuazione tra il reato per cui era stata pronunciata la sentenza passata in giudicato, valutato come più grave, quindi considerato reato base, e quello oggetto del presente giudizio, atteso che tra recidiva e continuazione c'è una sostanziale differenza strutturale e concettuale, di modo che se si ritiene la continuazione tra reati, in quanto momenti di un'unica condotta illecita caratterizzata dalla reiterazione di diversi episodi delittuosi, consumati in attuazione di medesimo disegno criminoso, non può ritenersi contemporaneamente la recidiva per gli episodi successivi al primo, essendo i due istituti in assoluta antitesi in quanto la recidiva valorizza la speciale proclività a delinquere espressa dalla reiterazione di reati consumati in piena autonomia rispetto a vicende pregresse, mentre la continuazione elide proprio la suddetta autonomia, collegando con il suo peculiare nesso ed unificandoli i diversi episodi criminosi".

La questione ci sembra dunque di estrema importanza, non solo perché, come rilevato, di estrema attualità ed ancora molto dibattuta, ma proprio perché involge, in realtà, uno dei nodi problematici fondamentali relativi all'istituto di cui ci stiamo occupando, ovvero il fondamento stesso della recidiva.

Attribuendo, infatti, all'istituto in esame, in accordo con la prevalente dottrina e giurisprudenza - una valenza caratterizzante del fatto di reato che denota sia una maggiore colpevolezza sia una più elevata pericolosità sociale del suo autore, risulta difficile comprendere come, di fronte alla commissione di plurime violazioni¹²⁷ realizzate dallo stesso soggetto, a questi possa riconoscersi il trattamento sanzionatorio più favorevole derivante dalla disciplina della continuazione e, nello stesso tempo, l'aggravamento di pena previsto per la recidiva. Alla base dei due istituti, infatti, è rinvenibile, da un lato, una considerazione circa la minor riprovevolezza del soggetto che, commettendo i reati in esecuzione del medesimo disegno criminoso, cede un'unica volta all'impulso criminale¹²⁸. Dall'altro lato, al contrario, il soggetto recidivo, commettendo un nuovo delitto non colposo dopo una precedente sentenza di condanna (per altro delitto non colposo) dimostra l'insufficienza della precedente condanna, la propria insensibilità verso l'ordinamento e una maggior pericolosità sociale¹²⁹, essendo dunque meritevole di una pena aggravata rispetto al delinquente primario.

Ebbene, se questi rilievi trovano conforto sia nell'ambito della dottrina che in quello della giurisprudenza, sembra possibile – forse - intravedere una possibile forma di conciliazione della questione (che sembra essere condivisa anche dalle pronunce giurisprudenziali più recenti) valorizzando i tratti distintivi dei due istituti, nell'ottica però della loro possibile convivenza: la disciplina in tema di continuazione nulla prevede rispetto al tempo di commissione dei diversi illeciti, potendo gli stessi essere stati in parte

¹²⁷Da un punto di vista applicativo non va dimenticato che dal 1974 il potenziale ambito operativo dell'istituto della continuazione è stato notevolmente ampliato, ricomprendendo anche le ipotesi di concorso eterogeneo di reati, ovvero di plurime violazioni di diverse disposizioni di legge realizzate dallo stesso soggetto.

¹²⁸V. MAZZACUVA N. – AMBROSETTI E. M., voce *Reato continuato*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991; FLORA G., *Concorso formale e reato continuato nella riforma del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1975, 506. .

¹²⁹Si richiamano, rispetto al fondamento bivalente della recidiva, per tutti MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 646; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 531; NUVOLONE P., *Il sistema*, cit., 339.

già accertati da una sentenza di condanna ed in parte ancora da giudicare. Unico elemento davvero imprescindibile per l'applicazione dell'art. 81 co.1 c.p. è, come sottolineato, la sussistenza del medesimo disegno criminoso¹³⁰, in grado di avvicinare finalisticamente le differenti violazioni dimostrando con ciò una colpevolezza “ridotta” del reo. In tema di applicazione della recidiva, invece, requisito imprescindibile è proprio la presenza di una sentenza di condanna, dopo (e nonostante) la quale il reo commette un ulteriore delitto non colposo. Sembra allora possibile, valorizzando in particolare la dimensione prognostico-preventiva della recidiva, ricavare uno spazio applicativo per entrambi gli istituti¹³¹, privilegiando un approccio atomistico rispetto alla valutazione della recidiva (che è circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, idonea a giustificare un più rigoroso giudizio di pericolosità sociale) e mantenendo invece una visione globale rispetto ai vari reati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso, atta a giustificare una minor riprovevolezza del “reato continuato”.

Certo permangono serie perplessità su una questione tanto delicata¹³², soprattutto di ordine logico e sistematico, avvertite e condivise in particolare da chi – in ottica principalmente retribuzionistica – rintraccia alle origini dell'istituto della recidiva un'imprescindibile valutazione di maggiore colpevolezza. Non resta che attendere i futuri sviluppi delle ricerche sul tema che, pur lontano da una soluzione e nella sua problematicità, meritava in questa sede di essere segnalato.

¹³⁰In giurisprudenza, rispetto ai criteri in base ai quali l'organo giudicante deve verificare la sussistenza del medesimo disegno criminoso, v. Cass. pen., sez. I, 5 novembre 2008, n. 44862, Lombardo, in *CED Cass.*, n. 242098: “l'identità del disegno criminoso è ricavabile da indici rivelatori, quali la distanza cronologica tra i fatti e le modalità della condotta, la tipologia dei reati, il bene tutelato, la causale, le condizioni di tempo e di luogo, anche attraverso la constatazione di alcuni soltanto di detti elementi purché significativi”.

¹³¹In questo senso v. Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 19541, *CED Cass.*, n. 252847; Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37759, Lopreste *CED Cass.*, n. 256212. Anche di recente v. Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2014, n. 49568, in *CED Cass.*, n. 261169, dopo aver rilevato la perdurante presenza di orientamenti contrastanti sul punto, si è pronunciata nei seguenti termini: “Ritiene questa Corte che maggiormente persuasiva è la tesi della compatibilità, le cui argomentazioni fanno leva sul rilievo che recidiva e continuazione rappresentano istituti autonomi, con struttura e finalità diverse, ma nient'affatto inconciliabili tra loro. La prima tende a punire in maniera più incisiva chi, avendo già violato la legge, persiste nel suo atteggiamento criminoso, commettendo un nuovo reato e dimostrando, in tal guisa, un rafforzamento della deliberazione criminosa e una maggiore pericolosità sociale e costituisce, perciò, una circostanza aggravante di carattere soggettivo in quanto inerisce esclusivamente alla persona del colpevole. Il secondo, invece, attiene al trattamento sanzionatorio unitario, cui va sottoposto il reo per vari illeciti compresi, sin dal primo momento e nei loro elementi essenziali, nell'originario disegno criminoso, in ossequio al principio del “favor rei” che deroga a quello del cumulo materiale delle pene.”

¹³²V. GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Roma, 2013, 1286.

Si segnala infine, per completezza – e rinviando al capitolo seguente per l'analisi della pronuncia della Consulta - che anche relativamente alla modifica dell'art. 81 co.4 c.p. è stata sollevata questione di legittimità costituzionale¹³³, rispetto agli articoli 3, 25 comma 2 e 27 commi 1 e 3 della Costituzione.

3.4. Recidiva e prescrizione.

Come abbiamo rilevato all'inizio della presente analisi, l'istituto della prescrizione è stato, insieme alla recidiva, l'altro grande terreno di intervento del legislatore della riforma del 2005¹³⁴. La riforma della prescrizione costituiva in realtà, in quegli anni, un'esigenza avvertita come estremamente attuale, sia per la più generale crisi del sistema sanzionatorio – a cui la stessa legge “ex Cirielli” si proponeva di rimediare – sia per la necessità di dare attuazione ai principi fondamentali del giusto processo, tra cui, in particolare per ciò che qui rileva, quello della sua ragionevole durata¹³⁵.

A fronte di tali obiettivi, sembra in questa sede opportuno soffermarsi direttamente sulle modifiche normative in tema di prescrizione che hanno avuto diretta attinenza al tema della recidiva¹³⁶.

Da questo punto di vista sono due, essenzialmente, le novità rilevanti. Da un lato, infatti, l'art. 6 della l. 251/2005 interviene sull'art. 157 c.p. (Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere) prevedendo *in primis*, in luogo dei sei diversi regimi estintivi per i reati in base alla loro gravità, un criterio unitario di prescrizione che corrisponde, per tutti i reati, alla durata massima della pena detentiva prevista per ogni illecito, con l'ulteriore fissazione di limiti minimi di prescrittibilità, corrispondenti a sei anni per i delitti e

¹³³La questione è stata promossa, congiuntamente a quella relativa all'art. 69 co.4 c.p. come modificato dalla l. 251/2005, con ordinanza del Tribunale di Cagliari del 7 febbraio 2007, n. 487.

¹³⁴Proprio la rilevanza degli interventi modificativi in tale ambito – e la sostanziale disomogeneità degli stessi rispetto alle disposizioni in tema di recidiva - avevano portato l'On. Cirielli a ritirare la propria proposta. Come rileva MICHELETTI D., in *Nuova disciplina della prescrizione*, in GIUNTA F. (a cura di) *Le innovazioni al sistema penale*, Padova, 2006, 225 nt. 11: “l'on. Cirielli ritirò la firma dal provvedimento di cui egli era relatore proprio nel momento in cui la maggioranza parlamentare scelse di avvalersene per mettere mano alla riforma della prescrizione, originariamente assente dal progetto di legge”.

¹³⁵Sul punto, in particolare, v. FERRUA P., *Il “giusto processo”*, Bologna, 2005.

¹³⁶Per un'analisi più dettagliata della riforma in tema di prescrizione e delle criticità cui la stessa ha dato luogo, si rimanda a BRICCHETTI D., *Il restyling dei tempi di prescrizione*, in SCALFATI A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato*, cit., 97 ss.

a quattro anni per le contravvenzioni¹³⁷. Dall'altro lato, si prevede come regola generale che siano prive di effetti, rispetto al tempo di prescrizione, le circostanze attenuanti e aggravanti, ad eccezione però delle aggravanti a effetto speciale e di quelle che determinano una pena di specie diversa da quella ordinaria (c.d. aggravanti autonome).

Ebbene, già l'analisi di tali modifiche, di cui al novellato art. 157 c.p., rende evidenti le potenziali conseguenze estremamente repressive e quasi discriminatorie delle stesse sul trattamento penale del recidivo: ed infatti, considerando che, in base alla nuova disciplina di cui all'art. 99 c.p., la recidiva integra quasi sempre (tranne che nell'ipotesi di recidiva semplice) un circostanza aggravante ad effetto speciale – prevedendo un aumento della pena superiore ad un terzo – è evidente che gli effetti della stessa, da un punto di vista sanzionatorio, duplicheranno la propria efficacia. La recidiva rileverà perciò in un primo momento innalzando il termine ordinario di prescrizione per il reato – in quanto circostanza ad effetto speciale – e, in secondo luogo, comporterà concretamente un aumento di pena per il reato stesso.

Si aggiunge nella medesima direzione, andando quindi ad aggravarne gli effetti, la modifica dell'art. 161 comma secondo c.p. con cui, in tema di eventi interruttivi della prescrizione, si prevede specificamente - nei casi di recidiva pluriaggravata e reiterata - che l'interruzione della prescrizione possa determinare un aumento del tempo necessario alla prescrizione uguale alla metà o ai due terzi dello stesso (in deroga alla regola generale che fissa in un quarto il limite di tale aumento)¹³⁸.

Ancora una volta, dunque, si prevede un trattamento penale più rigoroso, diversificato *in peius* per il recidivo. E non possono essere quindi che condivise quelle perplessità, *sub specie* di mancato rispetto dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza, condivisi dalla maggior parte della dottrina sul punto¹³⁹. Non solo, le perplessità risultano ancor più pregnanti posto che le modifiche analizzate riguardano un istituto – la prescrizione – che trova la propria *ratio* nella mancanza di interesse dello Stato a comminare

¹³⁷A tale regola generale si prevede che facciano eccezione una serie di reati – specificamente indicati dal co. 6 dell'art. 157 c.p. - per i quali i termini prescrizionali sono raddoppiati.

¹³⁸La modifica del limite di aumento del tempo di prescrizione arriva addirittura al doppio per i delinquenti abituali o professionali.

¹³⁹V. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006, II, 186.

una sanzione penale quando sia trascorso ormai un certo lasso di tempo dalla commissione del relativo fatto di reato¹⁴⁰. Si tratta, quindi, di istituto che dovrebbe essere estraneo a considerazioni di tipo soggettivo riguardanti il reo, pena la inaccettabile discriminazione nel trattamento penale basata proprio sul tipo d'autore¹⁴¹.

La modifica dell'art. 161 co.2 c.p. perciò moltiplica anch'essa gli effetti negativi della recidiva in tema di prescrizione, posto che, come poc'anzi rilevato, oltre all'aumento del termine ordinario di prescrizione (derivante, ai sensi dell'art. 157 c.p., dalla recidiva che opera come aggravante ad effetto speciale), sarà modificato, nel senso dell'innalzamento, anche il limite massimo previsto per la prescrizione nel caso di eventi interruttivi della stessa.

Non solo, la previsione di cui al novellato art. 161 co. 2 c.p. sembra difficilmente compatibile anche con un altro principio costituzionale, ulteriore e diverso rispetto a quelli di ragionevolezza ed eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: si tratta, infatti, del principio di colpevolezza (ai sensi dell'art. 27 Cost.) nella sua declinazione che impone che l'imputato non sia considerato colpevole fino alla pronuncia di condanna definitiva. Se, infatti, la colpevolezza può essere accertata solo all'esito del processo, ed anzi, solo con il giudicato, non si comprende come possano prevedersi aumenti dei termini prescrizionali – nei casi di eventi interruttivi - per un reato la cui ascrivibilità all'imputato si sta ancora accertando. In tali ipotesi, infatti, gli effetti negativi della recidiva sull'imputato verrebbero a prodursi - a differenza di quanto accade ai sensi dell'art. 99 c.p. che richiede come presupposto operativo una condanna passata in giudicato - , proprio nel procedimento in corso, andando ad innalzare il termine di prescrizione per l'accertamento di un reato solo sulla base della contestazione della recidiva pluriaggravata o reiterata all'autore dello stesso¹⁴².

Queste ultime considerazioni, estensibili anche ai delinquenti abituali e

¹⁴⁰Sul punto v. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 807.

¹⁴¹V. PADOVANI T., “Cade il principio secondo cui il tempo necessario a prescrivere deve svilupparsi in una dimensione obiettiva ed impersonale perché il fondamento della sua rilevanza estintiva dipende dal venir meno delle esigenze di prevenzione generale. Se l'effetto estintivo si basa sull'oblio sociale dell'illecito, risultano del tutto irrilevanti le potenzialità criminogene del reo”, in *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 36.

¹⁴²V. MICHELETTI D., *Nuova disciplina della prescrizione*, cit., 290.

professionali (posto che il testo dell'art. 161 co. 2 c.p. prevede per questi ultimi un aumento ancora più consistente del termine di prescrizione rispetto a quello introdotto per i recidivi), sono state fatte proprie anche dalla giurisprudenza di merito¹⁴³ che ha investito la Consulta della questione di legittimità costituzionale degli artt. 6, co.1-4 e 5 della l. 251/2005 nella parte in cui dispongono un aumento dei termini di prescrizione “più cospicuo in caso di atti interruttivi riguardanti i delinquenti recidivi, abituali e professionali”, utilizzando in tal modo criteri meramente soggettivi.

Nonostante la condivisibilità¹⁴⁴ dei rilievi esposti, la Consulta, diversamente che in altre situazioni che analizzeremo nel prossimo capitolo, non si è pronunciata nel merito della questione, ritenendo la stessa inammissibile a causa della poco chiara formulazione¹⁴⁵, e lasciando dunque gli interpreti con più di qualche perplessità.

3.5. Recidiva ed effetti sul piano esecutivo e processuale.

A completamento di quello che possiamo definire come vero e proprio statuto differenziato per il recidivo reiterato, il legislatore della riforma è intervenuto, oltre che sul piano sostanziale, anche su quello esecutivo, rendendo ancora una volta più rigida e repressiva la risposta sanzionatoria prevista dall'ordinamento nei confronti di questa particolare categoria di autore del reato. Si è correttamente intravista, a questo proposito (ma sul punto si avrà modo di soffermarsi oltre in maniera più approfondita¹⁴⁶) una profonda analogia con la politica criminale che, pochi anni prima, negli Stati Uniti d'America ha portato all'approvazione delle leggi c.d. dei *three strikes and you're out*, chiaramente ispirate a una finalità di neutralizzazione del reo (*incapacitation*) che, in quando

¹⁴³Due le ordinanze emesse rispettivamente dal Trib. Salerno, 24 gennaio 2006, n. 192, in www.dirittoegiustizia.it (con nota di CARDILE F. - PINTOR A., *Ex Cirielli di nuovo davanti alla Consulta*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, IX, 50 ss.) che ha dedotto la violazione degli artt. 3, 13, 25, co.2 e 27 Cost., e Trib. Padova, 18 luglio 2006, che ha dedotto la violazione degli artt. 3 e 111, co. 2 Cost.

¹⁴⁴Si sottolinea, sulla base delle osservazioni di MICHELETTI D., *op.cit.*, 286-287, come in realtà non vi sia un'intrinseca contraddittorietà tra principio di eguaglianza e una diversificazione anche soggettiva del termine prescrizione. Ciò che è essenziale, tuttavia, è proprio la ragionevolezza della diversificazione, in questo caso l'aumento del tempo prescrizione in caso di eventi interruttivi, che deve trovare una giustificazione proprio in base al differente status personale posto alla base della disciplina derogatoria.

¹⁴⁵Cfr. Corte Cost., 30 luglio 2008, sentenza n. 324, e C. Cost., 6 febbraio 2009, ordinanza n. 34, in www.giurcost.it.

¹⁴⁶Cfr. par. 4, Cap. I.

third striker, ovvero, *mutatis mutandis*, recidivo reiterato, è destinatario di una pena detentiva obbligatoria minima, di durata tendenzialmente molto elevata.

Tanto premesso, analizziamo dunque quali sono stati i campi di intervento del legislatore del 2005 sulla disciplina dell'esecuzione penale¹⁴⁷.

In primo luogo, per quanto concerne il codice di procedura penale, va segnalata la modifica del co. 9 dell'art. 656, che, come noto, concerne l'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione: contestualmente all'ordine di esecuzione della condanna, se la pena non supera i tre anni, il p.m. emette un decreto con cui sospende l'efficacia della stessa, permettendo così al condannato, prima di entrare a contatto con il mondo carcerario, di chiedere l'applicazione di una misura alternativa alla detenzione ovvero l'affidamento "terapeutico" nei casi peculiari di soggetti tossico o alcolodipendenti (ai sensi degli artt. 90 e 94 d.p.r. n. 309/1990).

Il legislatore interviene sulla disciplina *de qua* inserendo una nuova causa ostativa alla sospensione automatica dell'esecuzione (oltre alle due già disciplinate, relative ai condannati già in carcere in custodia cautelare e ai condannati per delitto di cui all'art. 4 *bis* ord.penit.): essa non potrà, infatti, essere disposta nei confronti dei condannati "ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, c.p."

Ancora una volta la poca chiarezza delle locuzioni utilizzate dal legislatore ha generato dubbi interpretativi in ordine all'ambito di applicazione della norma: così, da un lato si è ritenuto di estendere il divieto solo ai condannati ai quali la recidiva reiterata fosse stata applicata nella condanna della cui esecuzione si tratta¹⁴⁸; dall'altro lato, diversa tesi ha ipotizzato di poter estendere la norma in via generale a tutti i soggetti recidivi reiterati in ragione del loro *status* e, dunque, relativamente a qualsiasi condanna pronunciata nei loro confronti, essendo irrilevante che in essa fosse stata o meno riconosciuta l'aggravante.

¹⁴⁷Tra le conseguenze c.d. "minori" ricollegate alla recidiva già sussistenti prima della riforma v.: art. 151, co.5 c.p. in tema di amnistia; art. 174, co. 3 c.p. in tema di indulto; art. 162 *bis*, co. 3 c.p. in tema di oblazione; art. 164, co.2, n.1 e art. 168, co. 1 c.p. in tema di sospensione condizionale della pena; art. 169, co. 3 c.p. in tema di perdono giudiziale; art. 172, co.2 c.p. in tema di estinzione della pena per il decorso del tempo; art. 176, co. 2 c.p. in tema di liberazione condizionale, ed art. 179, co. 2 c.p. in tema di riabilitazione.

¹⁴⁸v. MARCHESELLI A., *Permessi premio con il contagocce per il recidivo*, in *Guida al diritto, Dossier*, 1, 2006, 80.

In realtà, già la valorizzazione dell'argomento letterale (si parla non di “soggetti” ma di *condannati* a cui sia *stata applicata* la recidiva) avrebbe dovuto suggerire di accogliere la prima interpretazione, che, in secondo luogo, risulta essere anche quella più rispettosa di un diritto penale del fatto basato sul principio di colpevolezza¹⁴⁹. Diversamente, infatti, si introdurrebbe in sostanza una preclusione fondata esclusivamente su uno *status*, con tutta la serie di conseguenze che questo determina in punto di personalità della responsabilità penale e necessità di rispetto del principio di eguaglianza.

Coerentemente con tali premesse anche la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata nel senso che la recidiva reiterata può esplicare effetti unicamente nel processo in cui è stata contestata e riconosciuta dal giudice in esito ad una valutazione concreta circa la maggior colpevolezza o pericolosità espressa dal nuovo episodio delittuoso; tale conclusione non conosce deroghe e, di conseguenza, vale anche per gli effetti preclusivi in sede esecutiva che il legislatore ha previsto con la modifica dell'art. 656 co.9 c.p.p.¹⁵⁰

Il secondo ambito nel quale si sono realizzate le modifiche in tema di esecuzione della pena per il recidivo reiterato è quello dell'ordinamento penitenziario. In particolare gli articoli 7 e 8 della legge “ex Cirielli” sono intervenuti a modificare la disciplina di vari istituti¹⁵¹, ispirandosi sempre ad una *ratio* estremamente repressiva e limitativa della possibilità di accedere ai benefici penitenziari da parte di tali soggetti.

Con l'art. 30 *quater* della l. n. 354 del 1975, “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative delle libertà” (*breviter* o.p.), il legislatore interviene – limitandola notevolmente - sulla possibilità di usufruire di permessi premio per i recidivi reiterati. Si prevedono infatti, in deroga alla regola generale

¹⁴⁹BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in GIUNTA F. (a cura di) *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 37 ss.

¹⁵⁰Cfr. Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2007, n. 8152, Labiati, in *CED Cass.* n. 235520; Cass. pen., sez. I, 29 febbraio 2008, n. 9205, Milano in *CED Cass.* n. 239174; Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2010, n. 21603, Musci, in *CED Cass.* n. 247956; Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2011, n. 36704, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹⁵¹Si segnala che anche relativamente a tali preclusioni previste per il recidivo reiterato il legislatore ha utilizzato la locuzione “condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, co.4 c.p.”, legittimando con ciò l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza che già abbiamo segnalato in tema di sospensione dell'ordine di esecuzione, secondo la quale gli effetti preclusivi della recidiva reiterata possono operare solo rispetto al giudizio in cui al soggetto è stata contestata e discrezionalmente applicata la circostanza medesima.

di cui all'art. 30 *ter*, frazioni sempre maggiori di pena espiata per la possibilità di ottenere la misura premiale. In particolare, per i soggetti che avrebbero potuto accedere immediatamente al beneficio, viene introdotto il limite consistente nell'aver scontato almeno un terzo della pena; per coloro che avrebbero avuto accesso al beneficio dopo l'espiazione di un quarto della pena, si prevede invece che tale accesso sia differito all'esecuzione della metà della pena; infine, per i soggetti che conoscevano già il limite della metà della pena (condanne *ex art. 4 bis* ord.pen.), si innalza ulteriormente il tetto minimo ai due terzi.

Le previsioni, dunque, traducono in fase esecutiva gli stessi meccanismi automatici e presuntivi che il legislatore della riforma ha dettato per la disciplina della recidiva nella fase di cognizione. Ciò che però, in questo caso, ha sollevato notevoli perplessità, tanto da far sollevare questione di costituzionalità relativamente all'art. 30 *quater* o.p.¹⁵², (su cui ci soffermeremo nel prossimo capitolo), è il fatto che nel campo dell'esecuzione della pena il principio cardine fondamentale è dato proprio dalla finalità rieducativa del condannato. La preclusione, fondata su una presunzione di maggior colpevolezza e pericolosità del recidivo reiterato, quindi, per essere legittima deve necessariamente confrontarsi con le esigenze imposte dal finalismo rieducativo della pena, non potendo al contrario tradursi in un automatismo che le inibisce *ab origine*.

Ulteriori modifiche sono state introdotte anche rispetto all'istituto della detenzione domiciliare, disciplinata dall'art. 47 *ter* dell'ordinamento penitenziario.

In primo luogo, al neo-introdotto co.1, si prevede, con una norma ispirata al *favor rei* in controtendenza rispetto alla legge in cui è inserita, che il condannato ultrasettantenne possa espiare la pena presso la propria abitazione a condizione di non essere mai stato dichiarato delinquente abituale, professionale, per tendenza e di *non essere mai stato condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p.*¹⁵³. In secondo luogo viene

¹⁵²L'ordinanza è stata emessa dal Magistrato di Sorveglianza presso il Tribunale di Livorno n. 62 del 7 gennaio 2006 ed ha dedotto la violazione dell'art. 25 co.2 Cost., da parte dell'art. 30 *quater* ord.penit. introdotto dall'art. 7 della legge 251/2005, nella parte in cui prevede che i nuovi limiti di pena, stabiliti per l'accesso al beneficio del permesso premio, si applichino anche ai condannati, recidivi reiterati, per delitti commessi prima dell'entrata in vigore della predetta legge n. 251 del 2005.

¹⁵³La disposizione configura l'unico caso in cui l'effetto restrittivo derivante dalla recidiva è ricollegato a tutte le ipotesi di cui all'art. 99 c.p. in maniera indifferenziata.

aggiunto un comma 1.1. che dispone, questa volta rispetto ai soli recidivi reiterati, la possibilità di accedere alla misura alternativa solo quando la pena detentiva da espiare non superi i tre anni. L'art. 47 *ter* co.1 *bis*, infine, relativo all'accesso alla detenzione domiciliare quando la pena da espiare sia inferiore ai due anni, viene modificato nel senso della totale preclusione per i condannati a cui sia stata applicata, ancora una volta, la recidiva reiterata¹⁵⁴.

L'art. 50 *bis* o.p., che concerne il beneficio della semilibertà, viene modificato dal legislatore nello stesso senso in cui è stato modificato l'art. 30 *quater*, ovvero prevedendosi un innalzamento della quantità di pena che il condannato recidivo reiterato deve aver scontato per poter accedere alla misura in oggetto.

Viene infine modificato, in due direzioni, anche l'art. 58 *quater* o.p.: da un lato si prevede ora un vero e proprio divieto di concessione dei benefici al soggetto condannato per il reato di cui all'art. 385 c.p., in luogo della previgente limitazione; dall'altro lato si introduce un nuovo comma 7 *bis* al testo dell'articolo, stabilendo che le misure alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà non possano essere concesse per più di una volta al condannato *a cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, c.p.*.

Quest'ultima disposizione ha generato notevoli perplessità e incertezze; in primo luogo rispetto all'esatta individuazione dell'estensione del divieto: da una parte, infatti, non era chiaro se questo si riferisse in maniera generica ad un solo accesso ad una qualsiasi tra le misure alternative menzionate, o, viceversa, se dovesse intendersi come riferito ad una seconda richiesta di concessione di una misura già sperimentata in precedenza. Dall'altra parte, a monte, ci si è chiesti, ancora una volta, se il limite all'accesso alla misura dovesse operare solo limitatamente alla fase esecutiva della condanna con la quale è stata anche applicata la recidiva, ovvero, secondo un'interpretazione più estensi-

¹⁵⁴Sul punto si segnala tuttavia l'intervento della legge n. 199 del 26 novembre 2010 - "disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a un anno"- che nello stabilire la possibilità che la pena detentiva non superiore ai dodici mesi, anche se costituente residuo di maggior pena, possa essere eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo di cura e assistenza, non prevede tra le cause ostative all'accesso di detto beneficio proprio la recidiva reiterata. L'anno seguente, inoltre, il d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, poi convertito in l. n. 9 del 17 febbraio 2012, ha innalzato a diciotto mesi il limite di pena, anche residua, al di sotto del quale è possibile chiedere di eseguire la pena presso il proprio domicilio.

va, potesse operare indistintamente per qualsiasi esecuzione temporalmente successiva.

Possiamo rilevare, per quanto riguarda entrambe le questioni, che la giurisprudenza, già nelle prime pronunce successive alla riforma, ha optato, in maniera del tutto condivisibile, per l'indirizzo più restrittivo del divieto, reso necessitato, tra l'altro, dal fatto che trattasi di norma di sfavore per la quale vige il fondamentale divieto di analogia *in malam partem*¹⁵⁵; così, da un lato si è affermato che il divieto non sia destinato a trovare applicazione ogni volta in cui l'istanza riguardi una misura alternativa diversa da quella in precedenza concessa¹⁵⁶. Dall'altro lato, secondo la medesima *ratio*, si è affermata la limitazione del divieto al procedimento di esecuzione relativo alla condanna definitiva con cui è stata applicata la recidiva¹⁵⁷.

Nonostante tali opzioni ermeneutiche restrittive, il carattere assoluto della preclusione è stato posto a fondamento di una questione di legittimità costituzionale¹⁵⁸: in particolare, il nuovo art. 58 *quater*, così come modificato dalla l. 251/2005, è stato ritenuto

¹⁵⁵V. FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 563.

¹⁵⁶Cfr. Cass. sez. I, 22 novembre 2006, n. 42415, Del Genio, in *CED Cass.* n. 235585; Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 2006, n. 5853, Falcin; Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 2007, n. 4688, Brendolin, che sottolinea "A favore di tale conclusione militano plurime argomentazioni di tipo letterale e logico-sistematico. Sotto il primo profilo è da evidenziare che l'interpretazione letterale della norma appare inequivocabile nel senso che l'applicazione di una specifica misura è preclusiva per il futuro della stessa misura, come si desume dalla indicazione degli specifici benefici e dalla previsione che ciascuno di essi non possa essere concesso più di una volta. Anche l'interpretazione logico-sistematica conduce alla stessa conclusione, poiché ogni misura penitenziaria ha presupposti e finalità diverse che il legislatore ha sempre tenuto ben presenti e distinti, laddove ha riservato un'autonoma e specifica regolamentazione a ciascuna delle misure".

¹⁵⁷Cfr. Cass. pen., sez. I, 9 agosto 2006, n. 28632, www.neldiritto.it, con cui la Suprema Corte riafferma il principio, già condiviso in altre pronunce della giurisprudenza di legittimità, per cui in tema di recidiva deve prevalere la natura di circostanza aggravante della stessa rispetto a quella di *status* personale del soggetto, con la conseguenza che per produrre il suo effetto tipico di aggravamento della pena la recidiva deve essere previamente contestata e, quindi, riconosciuta e dichiarata nella sentenza di condanna, essendo altrimenti improduttiva di effetti: "(...) La prevalenza della sua natura di circostanza aggravante del reato rispetto a quella di "status" personale del soggetto desumibile dal suo certificato penale, si riflette anche nella fase dell'esecuzione, come ad esempio in tema di estinzione della pena a seguito del decorso del tipo (art. 172 c.p.) che richiede una dichiarazione giudiziale della recidiva, sicché non è possibile desumere la recidiva dall'esame del certificato penale in mancanza di una sua declaratoria emessa in sede di cognizione (...) Analoghi principi si ritiene debbano valere a maggior ragione in materia di preclusione o limitazioni in genere dei benefici penitenziari nei confronti dei recidivi, dovendosi attentamente vagliare interpretazioni e letture della nuova normativa contrastanti con le finalità rieducative della pena (art. 127 Cost., comma 3), secondo cui tali finalità non sarebbero, in via di principio, perseguibili mediante l'ammissione alle misure alternative per la categoria dei recidivi, senza altra possibilità di ulteriori verifiche e valutazioni di condotte e percorsi di vita del soggetto, nei cui confronti la recidiva potrebbe essere stata dichiarata con sentenze risalenti nel tempo e relative a reati commessi in epoca lontana."

¹⁵⁸La questione è stata sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Catania con ordinanza del 6 febbraio 2006.

in contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3 della Costituzione, nella parte in cui prevede che le preclusioni stabilite per l'accesso all'affidamento in prova si applichino anche i condannati per condotte punibili ai sensi dell'art. 385 del codice penale, o recidivi reiterati, per delitti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, "indipendentemente dal comportamento tenuto successivamente alla condanna e alla casuale data di irrevocabilità delle sentenze da eseguire"¹⁵⁹.

Si è posta, infine, all'attenzione della giurisprudenza, una diversa questione problematica relativa alla disposizione in esame e concernente, nello specifico, l'applicabilità o meno del divieto *ex art. 58 quater co. 7 bis o.p.* al condannato cui sia stata applicata la recidiva reiterata, il quale abbia tuttavia già beneficiato, durante l'esecuzione di precedenti condanne, di una delle misure alternative inibite dal divieto stesso.

Sul punto è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, per contrasto tra il neo-introdotta divieto e gli articoli 3 e 27, co. 3 Cost.¹⁶⁰, ma anche di tale pronuncia ci occuperemo più approfonditamente nel capitolo seguente.

Sembra per vero più opportuno, giunti a conclusione di questo punto della trattazione inerente all'analisi dei plurimi effetti introdotti dalla legge *ex Cirielli* sul trattamento penale del recidivo, richiamare un'ulteriore previsione legislativa che – pur estranea alla novella – risulta ispirata alla medesima *ratio*: si tratta della legge del 12 giugno 2003, n. 134, che ha introdotto il c.d. patteggiamento allargato.

Il nuovo art. 444 c.p.p., infatti, tra le preclusioni soggettive all'accesso al rito alternativo (comma 1 *bis*) prevede ora anche la dichiarazione di recidiva reiterata: precisamente il legislatore dispone che siano esclusi "coloro che siano stati *dichiarati recidivi* ai sensi dell'art. 99, co.4 c.p.". Ancora una volta, la locuzione utilizzata dal legislatore per delineare l'ambito applicativo dell'esclusione non ha chiarito in maniera univoca i confini della disposizione, tanto che sia in dottrina che, soprattutto, in giurisprudenza si

¹⁵⁹La pronuncia della Consulta sarà analizzata nel Cap. II, nel più ampio quadro dedicato proprio alle risposte che la giurisprudenza ha saputo fornire ai numerosi elementi di criticità sollevati dalla legge "ex Cirielli"; sembra opportuno sottolineare fin d'ora, tuttavia, come alla base della sopracitata ordinanza sia ravvisabile la medesima *ratio* che ha ispirato l'ordinanza con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 30 *quater o.p.*, ovvero la necessità, perché una preclusione in tema di esecuzione della pena sia legittima, di considerare il tempo già trascorso tra la data di irrevocabilità della condanna e quella in cui è entrata in vigore la preclusione stessa.

¹⁶⁰Il Tribunale di Sorveglianza di Genova ha sollevato la questione con ordinanza del 25 novembre 2009.

sono diffusi orientamenti contrastanti sul punto; da una parte, infatti, è stato sostenuto che la preclusione potesse riguardare soltanto i soggetti che, al momento della richiesta del rito alternativo, fossero già stati formalmente dichiarati recidivi reiterati in una precedente sentenza di condanna, secondo una ricostruzione ermeneutica più restrittiva e più rispettosa del dato letterale che si riferisce, appunto, alla “dichiarazione” di recidiva¹⁶¹. Dall'altro lato non sono mancate, specialmente in giurisprudenza, pronunce che hanno sposato la tesi opposta, ovvero quella che sostiene la possibilità di estendere la preclusione anche ai soggetti che, non essendo previamente stati dichiarati recidivi, tuttavia si trovino, al momento della richiesta *ex art. 444 c.p.p.*, nella condizione per poter essere dichiarati tali, sulla base delle risultanze del certificato del casellario giudiziale¹⁶². Come è agevole comprendere la questione risulta di estrema rilevanza, non solo perché determina l'estensione applicativa da riconoscere alla preclusione in oggetto, ma anche perché si interseca con quella, differente ma rispetto ad essa complementare, relativa all'esatta identificazione degli effetti della discrezionalità giudiziale nel caso di facoltatività della recidiva, su cui ci siamo già soffermati in precedenza¹⁶³, per verificare se oggetto del potere discrezionale del giudice sia soltanto la decisione circa l'aumento di pena da irrogare per la recidiva ovvero anche tutti gli altri effetti c.d. secondari che la legge ricollega alla sussistenza della circostanza.

Per ora – e prima di analizzare gli ultimi approdi a cui è giunta la giurisprudenza di legittimità all'esito di un complesso percorso che ha definitivamente chiarito la questione rispetto ai molteplici ambiti in cui la stessa si era posta – sembra opportuno segnalare che anche relativamente alla preclusione introdotta con l'art. 444 co. 1 *bis* c.p.p.

¹⁶¹In questo senso si è pronunciata la maggior parte della dottrina, v. PUCETTI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, cit., 72; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 25, 23 ss.. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. I, 13 novembre 2008, n. 1007 in *Cass. pen.*, 2010, 1080.

¹⁶²Cfr. Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 2006, n. 1097, in *Cass. pen.*, 2008, 3365: “*Ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del “patteggiamento”, secondo quanto previsto dall'art. 444, comma 1-bis, c.p.p., è sufficiente che essa sia stata contestata, in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di “dichiarazione” al quale si richiama la suddetta disposizione normativa per individuare, oltre alla recidiva, anche le altre situazioni soggettive alle quali esso più propriamente si attaglia, costituite dalla condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza*”. Nello stesso senso cfr. Cass. pen., VI, 9 dicembre 2008, n. 48477, in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 242148; Cass. pen., sez. II, 1 luglio 2009, n. 28610, in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 245321.

¹⁶³In particolare, relativamente alla delicata questione della discrezionalità bifasica cfr. par. 3.1 del presente capitolo e Cap. II, par. I.

è stata sollevata questione di legittimità costituzionale¹⁶⁴ per violazione degli articoli 3 ed 111 della Costituzione; la Consulta, tuttavia, si è pronunciata ritenendo la questione manifestamente infondata, sul rilievo, rispetto al punto che qui interessa, che la determinazione dell'ambito di accesso al patteggiamento allargato rientri nell'ambito della discrezionalità riservata al legislatore e che sia quindi “coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale che il legislatore, nell'ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, abbia previsto specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e, dall'altro, 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, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni”¹⁶⁵.

Concludiamo infine l'analisi degli “effetti penali” della recidiva richiamando le altre norme, contenute nel codice penale, che ne completano il quadro e che, a causa del dato letterale non sempre univoco e del dibattito giurisprudenziale intorno alla natura della recidiva non ancora sopito se non negli ultimi anni, hanno posto agli interpreti i medesimi problemi ermeneutici affrontati nei paragrafi precedenti in tema di bilanciamento tra circostanze, attenuanti generiche, reato continuato e prescrizione.

L'art. 151 co. 5 c.p., in tema di amnistia, dispone che “l'amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99” e a tale previsione rinvia espressamente anche l'art. 171 co. 3 c.p. rispetto all'indulto¹⁶⁶.

Analogamente con medesima locuzione l'art. 172 co. 7 c.p., in tema di prescri-

¹⁶⁴Il Tribunale di Torre Annunziata ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 444, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, introdotto dall'art. 1, comma 1, della legge 12 giugno 2003, n. 134 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti), “nella parte in cui esclude l'applicazione integrale del comma 1 dell'articolo 444 cod. proc. pen. ai procedimenti nei confronti dei recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, codice penale, limitandola, invece, alle richieste di pena contenute nei due anni di pena detentiva”, con ordinanza del 9 dicembre 2003, n. 166. Analogamente la questione è stata sollevata dal G.u.p. presso il Tribunale di Bari con ordinanza n. 749 del 25 settembre 2003 e dal G.u.p. presso il Tribunale di Asti con le ordinanze del 6 aprile e del 20 giugno 2005 nn. 347 e 478.

¹⁶⁵Cfr. Corte Cost., ordinanza del 13 dicembre 2004 n. 421 e ordinanza del 13 dicembre 2006 n. 455, in www.giurcost.it.

¹⁶⁶Va rilevato a questo proposito che in tema di indulto è intervenuto nel 2006 il d.p.r. n. 241 che ha eliminato la preclusione alla concessione dell'indulto proprio per i recidivi.

zione della pena, dispone che “l'estinzione delle pene non ha luogo se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99 (...)”. A questo proposito non sono mancate pronunce giurisprudenziali del tutto contrastanti: da una parte infatti, in linea con quella che poi vedremo essere la tesi assolutamente prevalente sposata dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶⁷, si è ritenuto imprescindibile, per l'operatività del divieto, che la recidiva sia stata previamente dichiarata dal giudice di cognizione¹⁶⁸, rifiutando di qualificare la stessa nei termini di status soggettivo ricavabile dal certificato del casellario giudiziale; non sono però mancate, dall'altra parte, pronunce di segno opposto, che hanno affermato la natura di status della recidiva, operante quindi – una volta contestata e dichiarata dal giudice – per tutte le condanne subite dal recidivo, indipendentemente dal fatto che queste siano antecedenti o posteriori rispetto a quella in cui la recidiva è stata formalmente dichiarata¹⁶⁹.

L'art. 179 co. 2 c.p. in tema di riabilitazione e l'art. 176 co. 2 c.p. in tema di liberazione condizionale utilizzano, nel prevedere le relative restrizioni per i soggetti recidivi, una locuzione omogenea: “se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99 (...)”. Ebbene, per entrambe le ipotesi, la giurisprudenza ha affermato la necessità della previa dichiarazione di recidiva da parte del giudice di merito¹⁷⁰, sottolineando la rilevanza del riconoscimento in concreto della stessa, anche qualora da tale riconoscimento non sia derivato un aumento della pena perché il giudizio di bilanciamento con circostanze di segno opposto si è concluso nel senso dell'equivalenza (situazione che integra la c.d. “applicazione” della recidiva)¹⁷¹.

Rispetto all'istituto dell'oblazione l'art. 162 *bis* co. 3 c.p. dispone che questa “non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo comma dell'art. 99 (...)”: rispetto a tale previsione la giurisprudenza si era orientata, precedentemente alla legge “ex Cirieli-

¹⁶⁷v. sul punto la fondamentale pronuncia a Sezioni Unite del 5 ottobre 2010 n. 35738, su cui più approfonditamente par. I, Cap. II.

¹⁶⁸In questi termini cfr. Cass. pen., sez. I, 13 settembre 2002, n. 30707, Triulcio, in *CED Cass.* n. 222238; Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2005, n. 10425, Esposito, in *Cass. pen.*, 2006, 2467; Cass. pen., sez. I, 22 giugno 2010, n. 23878, Di Muro, in *CED Cass.* n. 247673.

¹⁶⁹Cfr. Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2006, n. 11348, Boscarolo in *CED Cass.*, n. 233469.

¹⁷⁰Cfr. rispettivamente Cass. pen., sez. I, 25 settembre 2008, n. 36751, Siciliano, in *CED Cass.* n. 241139 e Cass. Sez. I, del 9 giugno 2009, n. 26472, Chiti, in *CED Cass.*, n. 26472.

¹⁷¹Sul punto e sulla fondamentale differenza tra “riconoscimento” e “applicazione” della recidiva si tornerà più approfonditamente nel par. I, Cap. II.

li”, nel senso di ritenere preclusa tale possibilità di estinzione del reato per il recidivo sulla base del mero riscontro di una pluralità di condanne ricavabile dal casellario giudiziale¹⁷²; va tuttavia sottolineato come, in seguito alla riforma del 2005 - che come abbiamo visto ha limitato la rilevanza della recidiva ai soli delitti - , la questione risulti ormai relativamente marginale, ponendosi di fatto soltanto rispetto ai soggetti che, previamente condannati per delitto con riconoscimento della recidiva, commettano in un secondo momento una contravvenzione.

Ha dato luogo, infine, a ricostruzioni ermeneutiche contrastanti anche il testo novellato dell'art. 157 co. 2 c.p., in tema di prescrizione del reato: come abbiamo già avuto modo di rilevare¹⁷³, sulla base delle modifiche introdotte dalla riforma, la recidiva viene ad assumere rilievo - rispetto all'istituto della prescrizione - sotto molteplici punti di vista; essa incide *in primis*, aumentandolo, sul tempo necessario a prescrivere il reato quando determina un aumento di pena superiore ad un terzo, ed agisce cioè come circostanza ad effetto speciale. In secondo luogo, in base all'art. 161 co.2 c.p., determina un aumento del tetto massimo di prolungamento del tempo di prescrizione nel caso in cui si verificano eventi interruttivi dello stesso. Ebbene, a fronte di tale pluralità di conseguenze negative sulla prescrizione del reato a carico del recidivo, che si sommano a quella “primaria” consistente nell'aumento di pena, la giurisprudenza di legittimità ha sposato tesi differenti affermando la necessità, ai fini della produzione di tali conseguenze, che la recidiva sia stata solo contestata o, viceversa, concretamente riconosciuta da parte del giudice di cognizione. Il contrasto è stato tale da determinare la rimessione della questione alle Sezioni Unite della Cassazione¹⁷⁴, le quali tuttavia - come avremo modo di approfondire nel capitolo seguente - si sono pronunciate¹⁷⁵ ritenendo non sussistente il contrasto stesso, ed affermando, in accordo con gli ultimi arresti delle stesse

¹⁷²Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 settembre 1994, n. 10294, Cosentino; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2006, n. 14751, Guazzini, in *CED Cass. rv. 234024*; Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2006 n. 17316, Giunta, in *CED Cass. n. 234251*.

¹⁷³Sul punto si rinvia specificamente al par. 3.4 del presente capitolo.

¹⁷⁴Cfr. Cass. pen., sez. VI, 7 novembre 2011, n. 40156, Corbo, e sul punto v. ROMEO G., *In tema di incidenza della recidiva sulla prescrizione del reato*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁷⁵Il Primo presidente delle S.U., con decreto 11 novembre 2011, restituisce il ricorso alla sezione VI della Cassazione sulla duplice considerazione dell'inesistenza di contrasti giurisprudenziali sulla questione e della impossibilità di "prospettazione di un contrasto potenziale, non essendosi espressa alcuna specifica valutazione sul tema devoluto".

S.U., che per qualsiasi effetto discendente dalla recidiva è necessario ed imprescindibile un previo accertamento circa la sussistenza della stessa nel caso concreto.

Sembra quindi di poter concludere l'analisi finora svolta sottolineando due aspetti che ci appaiono fondamentali: da un lato, come abbiamo visto, il novero delle conseguenze derivanti dalla recidiva sul trattamento in senso lato sanzionatorio del condannato è vastissimo. Si tratta, infatti, di effetti che coinvolgono una serie di istituti molto diversi tra loro, di carattere sia sostanziale che processuale. Dall'altro lato, abbiamo rilevato l'estrema difficoltà incontrata dagli interpreti nel delineare precisamente i confini e il *modus operandi* di tali disposizioni: se la recidiva è facoltativa fino a che punto si può estendere il potere discrezionale del giudice? Non solo: se il legislatore della riforma si è rivelato molto spesso impreciso e poco chiaro nella tecnica di formulazione delle norme, facendo uso di locuzioni sempre diverse per fare tuttavia riferimento al medesimo presupposto, la natura stessa della recidiva, che abbiamo visto oscillare – anche nelle pronunce della giurisprudenza - tra quella di circostanza aggravante in senso tecnico e quella di status soggettivo ricavabile dai precedenti penali del condannato, ha contribuito a rendere ancora più incerto il destino dell'istituto. Vedremo nel capitolo seguente in che modo, negli anni successivi alla riforma, la giurisprudenza ha cercato di fornire una lettura delle norme quanto più conforme al testo costituzionale possibile, e in che modo, soprattutto negli ultimi anni, siano emersi tuttavia degli ostacoli insuperabili se non percorrendo la via della declaratoria di illegittimità costituzionale.

3.6. *La recidiva obbligatoria ex art. 99 comma 5 c.p.*

L'ultimo, ma non meno importante, elemento di novità introdotto dal legislatore della “ex Cirielli” è costituito dalla reintroduzione (rispetto alla novella del 1974 che aveva in questo profondamente modificato il quadro normativo disegnato dal Codice Rocco, prevedendo un regime di generale facoltatività) di un'ipotesi espressamente “obbligatoria” di recidiva. Ad essa è dedicato il comma 5 dell'art. 99 c.p., il quale dispone un aumento della pena, appunto, *obbligatorio* “se si tratta di uno dei delitti indicati dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del c.p.p., e prevede che detto aumento – nei casi di recidiva aggravata di cui al comma 2 – non possa essere inferiore ad un terzo della

pena prevista per il nuovo delitto.

Si tratta quindi, posto che lo stesso tenore letterale della locuzione utilizzata è esplicito in tal senso – differenziandosi così da quanto previsto dai commi precedenti¹⁷⁶-, dell'unico caso di recidiva obbligatoria nell' *an*: al giudice, cioè, è preclusa qualsiasi valutazione discrezionale in ordine alla decisione sull'aumento di pena da comminare per la recidiva.

Ebbene, tale scelta del legislatore, che segna un parziale ritorno al passato imponendo un limite assoluto e insuperabile alla discrezionalità giudiziale, sembra chiaramente ispirata alla stessa *ratio* di tipo repressivo che abbiamo visto in realtà caratterizzare l'intero impianto della novella. Tralasciando per il momento – poiché sul punto si tornerà *funditus* nel corso della trattazione¹⁷⁷- la questione concernente l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una disposizione che ricollegghi un aumento di pena al ricorrere di un'ipotesi qualificata di recidiva in maniera inderogabile, e dunque sulla base di una presunzione assoluta di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo, va tuttavia preliminarmente rilevato che la stessa tecnica legislativa utilizzata per disciplinare la figura della recidiva obbligatoria e l'ambito applicativo della stessa ha generato notevoli incertezze e difficoltà interpretative.

Innanzitutto, estremamente problematico è apparso il ricorso da parte del legislatore alla tecnica del rinvio per delimitare l'ambito applicativo della disposizione: come abbiamo visto, infatti, la recidiva obbligatoria si ricollega ad una serie di reati – quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a*) c.p.p. – che sono tra loro notevolmente differenti, ma risultano tuttavia accomunati dal fatto che per essi è previsto un termine più lungo per la conclusione delle indagini preliminari. Ebbene, tale caratteristica non pare idonea a spiegare per quale ragione, soltanto per questi determinati reati, la recidiva debba perdere il proprio carattere discrezionale per divenire obbligatoria¹⁷⁸; in secondo luogo, anche in-

¹⁷⁶Sulla corretta qualificazione della recidiva pluriaggravata e reiterata nei termini di facoltatività, piuttosto che in quelli di obbligatorietà, come pure era stato suggerito da parte della dottrina all'indomani della riforma, v. specificamente ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul giudizio di bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cassazione penale*, 2007, 11, 4097 ss. e qui, *infra*, par. I, Cap. II.

¹⁷⁷Cfr. *funditus* Cap. II, par. 5.

¹⁷⁸Sottolinea tale profilo di irrazionalità MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 182.

interpretando il richiamo del legislatore a tale catalogo di reati quale volontà di riferire la disciplina della recidiva obbligatoria a fattispecie delittuose di particolare gravità¹⁷⁹, il tenore applicativo della disposizione non pare chiaro. Il legislatore, infatti, non specifica se il riferimento alle fattispecie di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p. sia da intendersi come collegato al primo delitto commesso dal recidivo (c.d. "precedente fondante"), al secondo, cioè al reato che integra la recidiva per lo meno nella sua forma semplice (c.d. "precedente espressivo"), ovvero, ancora diversamente, ad entrambi i delitti.

In dottrina, e così anche in giurisprudenza, sono state sostenute tutte e tre le tesi sulla base di argomenti diversi: si è così sostenuto che solo il delitto "presupposto" debba rientrare nel catalogo predetto, valorizzando l'argomento di tipo logico per cui sarebbe meritevole di un aumento di pena il condannato di un reato particolarmente grave che, dopo la condanna, ne commetta un altro anche meno grave¹⁸⁰; all'opposto, altro orientamento ha affermato che il riferimento all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p. dovrebbe riguardare il secondo reato, cioè quello "espressivo" che va ad integrare lo status di recidivo, perché la norma di cui all'art. 99 co. 5 risponderebbe alla logica di punire più severamente il recidivo che pone in essere una sorta di progressione criminale¹⁸¹. Ulteriore posizione, che ha trovato riscontro soprattutto in dottrina¹⁸², ha sostenuto la necessità di una lettura più costituzionalmente orientata della disposizione in esame ed ha quindi affermato l'esigenza che entrambi i delitti (sia quello presupposto che quello espressivo) facciano parte del catalogo di cui all'art. 407 co.2 lett. a) per potersi legittimamente applicare la recidiva obbligatoria¹⁸³.

¹⁷⁹CARUSO G., voce *Recidiva*, cit., 1044.

¹⁸⁰In questo senso MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. Merito*, 2006, 842 ss.

¹⁸¹In dottrina tale posizione è sostenuta da MELCHIONDA A., op. ult. cit., 181; PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità*, cit., 62; CASSANO M., *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in BARTOLI R. (a cura di), *La recidiva fra prassi e Costituzione*, in *Diritto penale e processo. Speciale Recidiva*, 2012, 31. In giurisprudenza la medesima tesi è stata, alla fine, quella condivisa dalle Sez. Unite della Cassazione con la pronuncia del 24 maggio 2011 n. 20798 e dalla giurisprudenza successiva.

¹⁸²In questo senso, e anche valorizzando il dato letterale-sistematico, v. CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva*, cit. 78 ss.; ROMANO M., *Sub art. 99 c.p.*, cit., 5; CARUSO G., op. cit. loc. cit.

¹⁸³La Corte Costituzionale ha in realtà suggerito anche tale interpretazione con l'ordinanza n. 171 del 29 maggio 2009: "il remittente dà, in effetti, per scontato che l'obbligatorietà scatti allorché – come nel caso di specie (in cui si procede, tra l'altro, per il delitto di estorsione aggravata, richiamato dal numero 2 dell'art. 407, comma 2, lettera a, c.p.p.) - appartenga all'elenco il nuovo reato, senza perscrutare affatto

Ebbene, sul punto va rilevato che la giurisprudenza degli ultimi anni si è trovata concorde¹⁸⁴ nel condividere la seconda delle tesi sopraesposte, ovvero nel ritenere necessario – ai fini dell'applicabilità del comma 5 dell'art. 99 c.p. – che solo il nuovo reato *sub iudice* sia ricompreso tra quelli di cui all'elenco dell'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.. A conforto di tale orientamento le S.U. della Cassazione¹⁸⁵ hanno richiamato la necessità di un'interpretazione sistematica che ponga in collegamento il comma 5 dell'art. 99 con i commi precedenti del medesimo articolo: in questo modo, infatti, risulta evidente che, ove il legislatore ha preteso un'omogeneità tra primo reato e reato “espressivo”, ciò è stato esplicitato mediante la previsione del requisito della “stessa indole” tra i delitti, integrando la figura della recidiva specifica. Diversamente, ed in tutti gli altri casi, il legislatore ha fatto riferimento genericamente al “nuovo reato” o ad “un altro reato”, sicché non pare desumibile – nel silenzio legislativo del co. 5 – un requisito che non è presente e che dunque non può essere posto a fondamento di differenti ricostruzioni circa l'ambito applicativo della disposizione in esame.

La questione appena affrontata risulta fondamentale: non solo, infatti, essa dimostra, ancora una volta, la scarsa precisione del legislatore della riforma e le conseguenti incertezze applicative che ne sono derivate, ma, da un punto di vista sostanziale, la disposizione così interpretata, limitando il requisito dell'appartenenza al catalogo *ex art* 407 co. 2 lett. a) c.p.p. al solo nuovo delitto, finisce per estendere notevolmente l'ambito applicativo della recidiva obbligatoria, rendendo in tal modo ancora più evidenti i limiti costitutivi della disposizione.

E infatti, nei confronti dell'art. 99 co. 5 c.p., si sono concentrate forse le più severe critiche rispetto alla riforma da parte della scienza penalistica: v'è chi ha parlato, a questo proposito, di dato sconcertante¹⁸⁶, sottolineando come la reintroduzione di un regime di obbligatorietà, seppur parziale, nel campo dell'applicazione giudiziale della re-

le alternative ermeneutiche, e, segnatamente la possibilità di ritenere che, a detti fini, debbano rientrare nell'elenco anche il reato o i reati oggetto di precedente condanna”. In senso differente, tuttavia, pare orientarsi Corte Cost., n. 183 del 7 giugno 2011, che non prende posizione sul punto.

¹⁸⁴Cfr., anche prima della pronuncia delle S.U., Cass. pen., 23 settembre 2010, n. 36218, Pisanello, in *CED Cass.*, 248289; Cass. pen. Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875, Moussaid in *CED Cass.*, n. 246254; Cass. pen., sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599, Huyer, in *CED Cass.*, n. 244668.

¹⁸⁵V. qui nota 179.

¹⁸⁶AMBROSETTI E. M., *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 62.

cidiva si ponga in contrasto non solo con le consolidate risultanze del diritto penale e della criminologia¹⁸⁷, ma addirittura con il quadro del diritto europeo come risultante in particolare dalle indicazioni del Consiglio d'Europa¹⁸⁸ che – con la Raccomandazione n. R (92) 17 adottata il 19 ottobre 1992 dal Comitato dei Ministri¹⁸⁹ – già invitava i governi degli Stati membri ad abolire presunzioni legali ed automatismi nella dichiarazione di recidiva e, nel caso in cui venisse applicato il relativo aumento di pena, esortava gli stessi a garantire un rapporto di proporzionalità tra pena comminata e reato commesso. Infine sollecitava gli organi giudicanti ad escludere in concreto la recidiva ogniqualvolta fosse trascorso un non trascurabile intervallo temporale tra la prima e la seconda condanna, quando si fosse trattato di un reo minorenne ovvero quando il nuovo delitto o quello già commesso avessero avuto natura “bagatellare”. È quindi evidente il netto contrasto tra tali “linee guida” e la previsione di cui al neo-introdotta co. 5 dell'art. 99 c.p..

Le criticità emergono in maniera netta sia rispetto al profilo dell'automaticità degli effetti connessi alla recidiva, che risulta basata su una presunzione assoluta che non ammette prova contraria e si ricollega ad un'astratta qualificazione di particolare colpevolezza e pericolosità sociale del soggetto che commette un delitto compreso nel catalogo dell'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.; sia, su diverso ma connesso piano, rispetto alla ineludibile esigenza di proporzionalità della pena. Paradigmatiche a questo proposito risul-

¹⁸⁷La necessità di abbandonare presunzioni assolute e rigidi automatismi era stata già condivisa dalla dottrina, come si è rilevato nella prima parte del presente capitolo, già molto prima della riforma del 1974, la quale, appunto, aveva notevolmente innovato l'impianto della disciplina della recidiva rispetto al Codice Rocco prevedendo un generale regime di facoltatività per l'applicazione della circostanza. Sul punto si veda PISAPIA G. D., *Riflessioni in tema di recidiva*, cit., 973.

¹⁸⁸Sul punto v. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, cit., 685 ss.

¹⁸⁹Il testo dell'articolo D “*Previous convictions*” dell'appendice della Raccomandazione n. R (92) 17 – reperibile online sul sito www.wcd.coe.int - prevede: «1. *Previous convictions should not, at any stage in the criminal justice system, be used mechanically as a factor working against the defendant.* 2. *Although it may be justifiable to take account of the offender's previous criminal record within the declared rationales for sentencing, the sentence should be kept in proportion to the seriousness of the current offence(s).* 3. *The effect of previous convictions should depend on the particular characteristics of the offender's prior criminal record. Thus, any effect of previous criminality should be reduced or nullified where: a) there has been a significant period free of criminality prior to the present offence; or b) the present offence is minor; or the previous offences were minor; or c) the offender is still young.* 4. *There should be a coherent policy with regard to the relevance of discontinued proceedings, foreign judgements, amnesty, pardon or time-barred offences.* 5. *Where an offender is sentenced on one occasion for several offences, the decision on the severity of the sentence or combination of sentences should take some account of the plurality of offences but should also remain in proportion to the seriousness of the total criminality under consideration».*

tano le ipotesi in cui la recidiva obbligatoria, di cui al co. 5 dell'art. 99 c.p., sia anche, nello stesso tempo, reiterata ovvero pluriaggravata; ebbene, in tali casi l'aumento di pena collegato all'aggravante *de qua* sarà obbligatorio e determinato in misura fissa nella metà o addirittura nei due terzi. Considerando che i delitti di cui all'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p. già prevedono cornici edittali decisamente elevate, è agevole comprendere come, per effetto del combinato disposto dei commi 3-4 e 5 dell'art. 99 c.p., vengano a crearsi meccanismi sanzionatori potenzialmente severissimi che difficilmente potranno ritenersi compatibili, oltre che con il già citato principio di proporzionalità tra illecito e sanzione, anche con quello fondamentale di finalismo rieducativo della pena.

Tali gravi conseguenze, naturalmente, risultano *a fortiori* aggravate dal fatto che si tratta – ai sensi del comma 5 dell'art. 99 – di un meccanismo sanzionatorio ineludibile, posto che al giudice è inibita la possibilità di una valutazione concreta circa l'attitudine della recidiva a qualificare la vicenda delittuosa nel senso di un aggravamento della colpevolezza o delle pericolosità sociali del reo, dovendo procedere in maniera automatica all'aumento di pena in presenza della mera contestazione della circostanza.

Come vedremo nel prosieguo della trattazione tali rilievi critici, originariamente manifestati dalla più attenta dottrina, sono stati in seguito condivisi anche dalla giurisprudenza di legittimità che, proprio recentemente¹⁹⁰, ha per la prima volta ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 99 co. 5 c.p., rimettendo dunque la stessa al vaglio della Consulta. Si tratta, a ben vedere, di una vicenda davvero considerevole, sia per le implicazioni rispetto al più generale problema del sistema sanzionatorio e della funzione assegnata alla pena nel nostro ordinamento, sia perché si tratta di una sentenza¹⁹¹ che si inserisce al termine di un complicato percorso ermeneutico intrapreso dalla giurisprudenza nel tentativo – come vedremo non sempre possibile - di rendere la disciplina della recidiva conforme ai principi cardine del nostro sistema di diritto.

¹⁹⁰Cfr. Cass. pen., sez. V, ordinanza del 10 settembre 2014, n. 37443 in www.penalecontemporaneo.it con commento di GATTA G. L., *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co.3 Cost.*

¹⁹¹Corte Cost., sentenza del 23 luglio 2015, n. 185 in www.giurcost.it, su cui vedi par. 5, Cap. II.

4. L'influenza globale del modello americano: “three strikes and you're out”.

Abbiamo analizzato nei paragrafi precedenti i caratteri fondamentali della riforma della recidiva realizzata nel nostro ordinamento dalla legge “ex Cirielli”, mettendone in luce gli aspetti più problematici, soprattutto rispetto ai principi costituzionali in tema di personalità della responsabilità penale, proporzionalità tra illecito e sanzione penale e finalismo rieducativo della pena. Indagheremo più approfonditamente nel prossimo capitolo quali siano state le specifiche risposte che la giurisprudenza nazionale ha elaborato per cercare di ridimensionare tali criticità, ed in che misura la disciplina attuale dell'istituto possa considerarsi davvero legittima e realmente efficace dal punto di vista della prevenzione del reato.

Prima di affrontare tale analisi sembra però opportuna una riflessione, per così dire di più ampio spettro, sulle motivazioni più profonde che hanno indotto il nostro legislatore del 2005 ad intervenire nei termini che abbiamo visto sulla disciplina della recidiva: tale disciplina, infatti, presenta importanti analogie con le leggi che - in tema di recidiva- sono state adottate da altri ordinamenti, anche molto lontani da quello italiano.

A questo proposito la dottrina più attenta, proprio all'indomani dell'approvazione della legge “ex Cirielli”, ha sottolineato come con essa la maggioranza politico-governativa abbia voluto in sostanza “scimmiettare l'ideologia punitiva statunitense della c.d. tolleranza zero”¹⁹².

Il riferimento immediato è, quindi, all'ordinamento americano e, in particolare, all'approvazione che in esso hanno avuto, a partire dal primo caso nello Stato di Washington nel 1993¹⁹³, sia a livello statale che federale, le c.d. leggi dei *three strikes and you're out*¹⁹⁴. In base a tali disposizioni, efficacemente indicate con la locuzione “tre col-

¹⁹²FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 869.

¹⁹³Il secondo stato in cui sono state approvate le *three strikes laws* è la California, nel 1994. Successivamente nei due anni successivi queste si sono diffuse in altri 26 Stati e anche a livello federale. V. ZIMRING F. E. - HAWKINS G. - KAMIN S., *Punishment and democracy: three strikes and you're out in California*, Oxford, 2001, p. 17.

¹⁹⁴L'espressione è utilizzata, rispetto a tali provvedimenti legislativi, per la prima volta nel 1993 dal Presidente Bill Clinton in occasione del discorso annuale al Congresso, durante il quale si affermò anche che tali leggi sarebbero ben presto diventate “*the law of the land*”. V. SCHIRALDI V. - COLBURN J. - LOTKE E., *Three strikes and you're out: an examination of the impact of 3 Strike Laws 10 years after their enactment*, settembre 2014, in www.justicepolicy.org/reports/adult-corrections.html.

pi e sei fuori” - mutuata dal gioco del *baseball*, in cui il battitore che per tre volte sbaglia il colpo viene eliminato dal gioco – il reo, alla sua terza condanna, esce per così dire dal sistema normale sanzionatorio basato sul *sentencing*, costruito in maniera discrezionale con pene flessibili, per divenire al contrario destinatario di una pena detentiva minima di durata uguale alla vita del condannato stesso ovvero indeterminata. L'idea di fondo, quindi, è quanto di più lontano dal principio del finalismo rieducativo della pena sposato dalla nostra Costituzione all'art. 27 co.3.

E infatti, pur nella varietà di contenuti specifici che le caratterizzano¹⁹⁵, le *third strikes laws* risultano tuttavia accomunate da un dato fondamentale e unitario: la finalità politico-criminale a cui esse rispondono è quella di neutralizzare determinati soggetti che, all'interno della società, sono considerati particolarmente pericolosi, incorreggibili e, in quanto tali, meritevoli di essere eliminati dall'orizzonte stesso della società civile¹⁹⁶. Tali leggi sono la conseguenza di politiche che mirano a rassicurare l'opinione pubblica promettendo una diminuzione della criminalità da realizzarsi da un lato per mezzo dell'innalzamento dei livelli delle pene detentive e, dall'altro lato, con una progressiva erosione dello spazio riservato alla discrezionalità giudiziale nella determinazione delle pene stesse. Il giudice, infatti, a fronte del terzo “strike” si trova ad essere completamente vincolato sia nell'*an* che nel *quantum* relativamente alla pena da irrogare al recidivo reiterato (il c.d. *third striker*).

Ebbene, l'approvazione di leggi precipuamente finalizzate ad introdurre limiti minimi di pena inderogabili da parte del giudice per i soggetti plurirecidenti (il c.d. *mandatory sentencing*¹⁹⁷) è un fenomeno che, negli ultimi anni, ha riguardato la maggior parte degli ordinamenti di *common law*, originariamente orientati, al contrario, verso un sistema ampiamente basato sulla discrezionalità giudiziale nella determinazione della

¹⁹⁵I singoli provvedimenti legislativi differiscono tra loro sotto diversi punti di vista: dall'individuazione dei reati che rilevano come *strike* precedente, al numero di condanne necessarie perché scatti la *incapacitation*, alla disciplina del *wash out period*, ovvero il periodo di tempo che rende non rilevanti le precedenti condanne. Sul punto v. CLARK J. - AUSTIN J. - HENRY A., *Three strikes and you're out: a review of state legislation*, settembre 1997, in <http://nij.ncjrs.gov/publications/pubs-db.asp>.

¹⁹⁶Emblematica, a questo proposito, è la vicenda che ha portato in California all'approvazione della legge dei tre *strikes* nel *California penal code*, per la quale si rinvia per un'analisi più approfondita al contributo di DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2007, 836-839.

¹⁹⁷Sul punto, per un'analisi dettagliata del modello del *mandatory sentencing* si rinvia a WARNER K., *Mandatory sentencing and the role of the academic*, in *Crim.law for.*, 2007, 322 ss.

pena.

Si sono venuti in tal modo a produrre esiti concreti davvero “paradossali”: pensiamo, in California¹⁹⁸ – in cui la legge del *third strike* ha trovato un'applicazione davvero consistente – al caso del soggetto con due precedenti per droga condannato all'ergastolo per il furto di una pizza¹⁹⁹ o a quello del recidivo condannato alla reclusione per 50 anni a fronte della terza condanna per furto di tre “videotapes”²⁰⁰.

Si comprende, dunque, come la maggior parte degli interpreti abbia denunciato l'ispirazione assolutamente repressiva e incapacitante della legislazione in esame, frutto più di un “panico morale”²⁰¹ diffuso tra la collettività, grazie anche all'azione allarmante svolta dai mass-media, che di una reale ponderazione preceduta da studi di tipo criminologico in ordine alla possibile efficacia deterrente di misure di tal fatta.

A fronte di ciò due osservazioni appaiono opportune. *In primis*, va sottolineato che, se da un lato la proposizione della questione di legittimità costituzionale²⁰² relativamente alle leggi dei *three strikes* non ha trovato l'avallo della Corte Suprema, che, al contrario, ha affermato la mancanza di contrasto tra esse e i principi sanciti dalla carta fondamentale²⁰³, dall'altro lato, la considerazione circa le effettive conseguenze dell'introduzione di tali leggi in America può forse ridimensionare le condivisibili pre-

¹⁹⁸In California, a differenza di quanto accaduto in molti altri Stati americani, la legge dei tre colpi ha conosciuto una diffusione decisamente maggiore in conseguenza del novero estremamente ampio dei reati che costituiscono precedente rilevante per l'applicazione della legge stessa: *serious or violent felonies*, infatti, ai sensi dei paragrafi 667.5 e 1192.7 del *California Penal Code*, sono anche reati contro la proprietà e anche il mero accordo di commettere uno dei reati contenuti nell'elenco. Una volta riportata la prima condanna per un *serious or violent felony* il reo sarà destinatario della legge dei tre colpi qualora commetta un qualsiasi reato qualificato come *felony*, ovvero ogni reato punito con la reclusione non inferiore ad un anno. Infine, terzo *strike*, sarà integrato da qualsiasi reato commesso a fronte di due condanne precedenti per *serious or violent felonies*, con la conseguenza dell'applicazione di una pena detentiva non inferiore a 25 anni e indeterminata nel massimo.

¹⁹⁹FEELEY M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2000, 420.

²⁰⁰Il caso è stato sottoposto al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza del 5 marzo 2003, *Lockery v. Andrade*, in www.caselaw.findlaw.com.

²⁰¹FEELEY M., *Le origini e le conseguenze del panico morale*, cit., 417 ss.

²⁰²Sul sindacato di costituzionalità rispetto alla misura della pena si veda Papa M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in PIZZORUSSO A. - VARANO V. (a cura di) *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 687 ss.

²⁰³I casi sottoposti al vaglio della Suprema Corte nel 2003 in California riguardavano entrambi due ipotesi di condanna all'ergastolo a fronte di un furto come terzo *strike*. V. Sul punto *Ewing vs. California*, 5 marzo 2003, in www.caselaw.findlaw.com.

occupazioni che le stesse hanno destato. Il rischio concreto che in tale normativa si nascondesse in realtà un pericoloso strumento finalizzato all'incapacitazione di fasce marginali della popolazione in totale spregio di qualsiasi esigenza retributiva²⁰⁴ e di proporzionalità della pena si può in un certo senso ritenere controllato osservando che, come è stato efficacemente sottolineato, l'effetto reale di tale normativa è stato in sostanza notevolmente depotenziato nei suoi effetti concreti²⁰⁵, soprattutto grazie all'opera dei giudici e dei *prosecutors*, i quali hanno cercato con i mezzi a loro disposizione di eludere gli automatismi sanzionatori previsti dalla legge²⁰⁶, di modo che è possibile affermare in maniera corretta che, nonostante le leggi dei tre colpi, la recidiva era ed è tuttora nell'ordinamento californiano un istituto a carattere pienamente facoltativo²⁰⁷.

Ciò posto, e si tratta della seconda considerazione che qui interessa, al di là del concreto mancato effetto della legge dei tre colpi *sub specie* di introduzione di un rigido automatismo sanzionatorio per i plurirecidivi, in realtà le conseguenze di tali previsioni legislative si sono dispiegate in due direzioni.

²⁰⁴La dottrina prevalente che ha analizzato la vicenda legislativa delle leggi dei *three strikes* negli Stati Uniti ha rilevato come l'approvazione di tali provvedimenti abbia in sostanza segnato l'abbandono da parte della politica criminale americana dell'ideologia neoretributiva della pena, che, in contrapposizione al sistema fortemente discrezionale basato sul *sentencing*, sosteneva la necessità di valorizzare quale unico o principale criterio di commisurazione della pena quello di proporzione tra illecito e sanzione (il c.d. *just desert* o "giusto merito"). Sul punto v. VITIELLO M., *Three strikes: can we return to rationality?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, 421 ss.; VON HIRSCH A., *Doing Justice: The Choice of Punishment*, 1976; SINGER R., *Just desert: sentencing based on equality and desert*, Cambridge, 1979. Per quanto concerne la dottrina italiana sul punto v. EUSEBI L., *La nuova retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1983, 914 ss.; MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Cedam, 1996, e, più recentemente DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. Penit. Crimin.*, 2005, 2-3, 69 ss.

²⁰⁵Cfr. DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., 522-523: "Nella maggioranza degli Stati le leggi "three strikes" hanno avuto scarsa o scarsissima applicazione (...) Per altro verso la sostanziale neutralizzazione delle leggi "three strikes" in quasi tutti gli altri Stati americani (si differenzia il caso della California, su cui v. nota 195) si spiega con una forte resistenza opposta dai giudici che si avvalgono ampiamente dei margini di discrezionalità loro riconosciuti (in ordine alla qualificazione del reato e anche alla considerazione dei precedenti del soggetto) per smussare gli apparenti automatismi della legge: un fenomeno che si registra in tutti gli Stati, California compresa (nella quale si calcola che la pena per il terzo *strike* sia stata applicata solo in una percentuale tra l'8 e il 16% dei casi in cui si offriva al giudice tale possibilità)".

²⁰⁶Sul punto v. DELLA BELLA A., *Three strikes*, cit. 846, che rileva l'ampio utilizzo, da parte della giurisprudenza, del potere – da ritenersi potere implicito dei giudici nella fase del *sentencing* - di ignorare la sussistenza di precedenti *strikes* ove ciò corrisponda all'"interesse della giustizia". Sul punto v. anche la sentenza della Corte Suprema della California *People v. Superior Court (Romero)*, 20 giugno 1996 e il commento alla stessa in ZIMRING F. E. - HAWKINS G. - KAMIN S., *Punishment and democracy*, cit., 128 ss.

²⁰⁷V. BOTTALICO F., *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in GAROFOLI V. (a cura di) *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006, 32 ss.

Rimanendo nell'orizzonte americano, l'effetto di tale normativa è stato paradossalmente quello – esattamente contrario a ciò che probabilmente si ripromettevano i promotori della legge stessa – di aumentare di fatto gli spazi attribuiti alla discrezionalità del giudice: continuando, infatti, a considerare la recidiva in maniera facoltativa (per mezzo della possibilità di escludere in concreto la rilevanza di un precedente *strike*), i giudici si sono in sostanza trovati a dover utilizzare, nella fase di determinazione della pena, cornici sanzionatorie potenzialmente molto elevate per i recidivi, con la necessità quindi di utilizzare con estrema cautela un potere discrezionale ancora maggiore di prima e spesso esercitato proprio per porre rimedio a trattamenti sanzionatori avvertiti come estremamente sproporzionati e perciò ingiusti²⁰⁸.

Dall'altro lato, non possiamo non rilevare l'estrema influenza che il modello americano, icasticamente condensato nell'immagine dei *three strikes and you're out*, ha esercitato non solo su ordinamenti di altri paesi della tradizione di *common law*²⁰⁹, ma anche direttamente nel nostro ordinamento²¹⁰ e in quelli ad esso più vicini. Si è parlato efficacemente, a questo proposito, di globalizzazione dell'esperienza americana²¹¹, accompa-

²⁰⁸Sottolinea questo aspetto FEELEY M., *Le origini*, cit., 430.

²⁰⁹Emblematici, a questo proposito, i casi di Inghilterra e Australia. Nel primo caso il legislatore interviene nel 1993 a modificare il *Criminal Justice Act* (del 1991) eliminando da esso sia la norma che impediva la considerazione dei precedenti penali del reo ai fini della valutazione della gravità del fatto, sia quella che stabiliva (la c.d. *two offence rule*) che per scegliere tra sanzione detentiva e non detentiva, nel caso di reo con plurime condanne, la corte non avrebbe potuto considerare più di due illeciti per stabilire la gravità della sanzione. Nel 1997 viene emanato il *Crime Sentences Act* che sul modello americano dei *three strikes* prevede pene minime obbligatorie per la terza condanna per determinati reati e obbliga il giudice a irrogare una pena detentiva minima per la seconda condanna per un reato violento o a sfondo sessuale. Nel 2003, infine, il *Criminal Justice Act* è ulteriormente modificato con l'introduzione del principio per cui il giudice nella determinazione della pena per il recidivo è obbligato ad aggravare la stessa per ogni precedente. Sul punto v. ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, Londra, 2003. Per quanto concerne l'Australia nel 1993 il legislatore dello Stato del Victoria, inaugurando una tendenza poi divenuta generale per il continente, prevede che il reo considerato “serio pericolo per la comunità” possa essere destinatario di una pena detentiva più lunga di quella che sarebbe irrogabile in base alla gravità del fatto e addirittura indeterminata nella durata, fino a che non venga accertata l'assenza di pericolosità sociale del condannato. V. sul punto TONRY M. - HATLESTAD K., *Sentencing Reform in Overcrowded Times*, New York-Oxford, 1997.

²¹⁰Sul punto v. PAVARINI M., “La *ex Cirielli*, per quanto concerne almeno gli effetti della recidiva reiterata sul momento commisurativo ed esecutivo della pena è, non tanto «ispirata», quanto «copiata», con l'apporto di soli ritocchi tecnici per adattarla alla realtà normativa del nostro paese, dall'esperienza nord-americana dello «*three strikes and you're out*», dalla legislazione dei «tre reati (anche bagatellari) e si è fuori» dal sistema normale del *sentencing*, cioè da un sistema discrezionale di pena flessibile” in *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in Insolera G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 16.

²¹¹Grande E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007, 133 ss.

gnata ed anzi forse favorita, dal progressivo abbandono dell'ideale rieducativo della pena, soprattutto detentiva.

Interessante a questo proposito il percorso “involutivo” compiuto dalle legislazioni di Spagna e Francia, nel medesimo periodo in cui in Italia è stata approvata la legge “ex Cirielli”. In Spagna, dopo la soppressione nel 1983 della figura della recidiva reiterata²¹² e la successiva eliminazione, nel Codice penale spagnolo del 1995, anche della recidiva generica²¹³, assistiamo a una drastica inversione di tendenza con l'approvazione nel 2003 della “*Ley Orgànica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integraciòn social de los extranjeros*”. Tale provvedimento – sulla falsariga delle leggi “dei tre colpi” americane²¹⁴ – introduce una figura aggravata di recidiva (la *multirreincidencia*²¹⁵) e nello stesso tempo dispone, relativamente alle fattispecie di lesioni, furto e sottrazione di veicolo, la *conversion de faltas en delito*²¹⁶, prevedendo che, qualora un soggetto commetta quattro contravvenzioni nello stesso anno, debbano applicarsi – in luogo della sanzioni ordinarie – le pene più gravi per le corrispondenti ipotesi delittuose²¹⁷. Evidenti, anche in questo caso, sono apparsi i profili di criticità²¹⁸, derivanti dal raffronto tra la finalità di tali istituti, ispirati quasi unicamente alla neutralizzazione del recidivo, e la funzione della pena ai sensi dell'art. 25 co. 2 della

²¹²L'eliminazione della recidiva reiterata è stata realizzata, prima dell'avvento del nuovo codice penale, ad opera della *Ley Orgànica* n. 8/1983. Cfr. MUNOZ CONDE F. - GARCIA ARÀN M., *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 2007.

²¹³In base al testo dell'art. 22 co. 8 del Codice Penale Spagnolo (Cfr. MIR PUIG S., *Derecho penal, parte general*, 5 ed., Barcellona, 1998) può sussistere “recidiva” solo quando, dopo una prima condanna definitiva per delitto, “venga commesso un delitto compreso nello stesso titolo del codice, sempre che sia della stessa natura”.

²¹⁴Cfr. PALAZZO F.– PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 117.

²¹⁵Per un approfondimento dell'istituto si rinvia a AGUADO LÓPEZ S., *La multirreincidencia y la conversion de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas politico-criminales*, Iustel, 2008 e a Puente Segura L., *La multirreincidencia*, in *Revista General de Derecho Penal*, 2, 2004, 1 ss.

²¹⁶La *Exposiciòn de Motivos* (ovvero la relazione di accompagnamento) alla *Ley Orgànica* chiarisce la finalità della conversione delle *faltas* in *delito*, sottolineando l'utilità di detta misura allo scopo di contrastare la delinquenza professionale. Il testo è reperibile all'indirizzo www.boe.es.

²¹⁷Si segnala, a fini di completezza e per le conseguenze che potrebbe avere in punto di rilevanza della recidiva, che nel 2012 sono state avanzate alcune proposte di riforma del codice penale spagnolo che, in nome del principio della *extrema ratio* del diritto penale (*intervenciòn minima*), suggeriscono di eliminare la categoria delle *faltas*, le quali andrebbero in parte ad essere incorporate nelle ipotesi di delitto, in parte sarebbero depenalizzate o qualificate solo come illeciti amministrativi. Sul punto si rinvia a GARCIA ALVAREZ J. F. - GÓMEZ ALLER DOPICO J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013.

²¹⁸V. MANFREDI F., *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, 2015, in www.altrodiritto.unifi.it.

Costituzione spagnola, che esprime l'imprescindibile necessità della rieducazione e del reinserimento sociale del reo²¹⁹. In Francia, similmente, a fronte di un sistema sanzionatorio articolato sull'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice nella determinazione della sanzione²²⁰, al fine di garantire rispetto del principio fondamentale della individualizzazione della pena, si è introdotta, tra il 2005 e il 1 2007²²¹ una vistosa “eccezione alla regola”, prevedendo un regime di pene minime obbligatorie (il c.d. *régime des peines plancher*) proprio in caso di recidiva, con una chiara finalità repressiva di inasprimento sanzionatorio²²². In realtà, è bene sottolinearlo, nonostante le perplessità suscitate da tale riforma²²³, va ricordato che con essa non è stato introdotto – a differenza di quanto è accaduto nel nostro ordinamento per mezzo del comma 5 dell'art. 99 c.p. - alcun automatismo ineludibile nella risposta sanzionatoria riservata al recidivo. È infatti prevista per l'organo giudicante la possibilità di discostarsi dal limite della pena minima stabilito dalla legge valorizzando le circostanze della violazione, la personalità del reo e le possibilità di suo reinserimento, nel caso di recidiva semplice; nel caso di recidiva reiterata, invece, (c.d. *nouvelle récidive*) la facoltà di derogare alla pena minima è limitata alla ri-

²¹⁹Sul punto, e nella direzione dell'accoglimento di una concezione polifunzionale della pena da parte della Costituzione spagnola, si veda ALVARREZ GARCÍA F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento consitucional espanol*, Granada, 2001, 42 ss.

²²⁰Il c.d. *systeme du seul plafond*, che prescrive per i singoli reati solo un limite edittale massimo di pena, senza prevedere alcuna indicazione per il minimo e disponendo al contempo la abolizione delle circostanze attenuanti. Per un'analisi critica relativa agli effetti di tale scelta di sistema v. FORNASARI G. - MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, 223 ss.

²²¹Si tratta della legge promulgata il 10 agosto 2007, n. 2007-1198. Già nel 2005 tuttavia il progetto riformatore dell'istituto della recidiva aveva trovato un'importante precedente, con la legge n. 2005-1549 del 12 dicembre 2005. Per mezzo di tale provvedimento infatti il legislatore aveva non soltanto esteso la nozione di “recidiva” (sul punto rinviamo a HERZOG – EVANS M., *Récidive: quelles réponses judiciaires? - Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ pénal*, 2005, 9, 305 ss.), ma era intervenuto con rilevanti modifiche anche sul testo dell'art. 134-24 del codice penale francese in tema di finalità della pena, stabilendo che il giudice debba tenere conto, per stabilire la natura, la quantità e il regime delle pene, anche della “*protection effective de la société*”, “*les intérêts de la victime*” e “*la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions*”.

²²²Per un approfondito contributo sul tema della recidiva nell'esperienza francese si rinvia a PERSIO P. T., *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 372 ss.

²²³Particolarmente critica sull'ampliamento delle condizioni in presenza delle quali il giudice può escludere i minori di sedici anni dal beneficio dell'attenuazione della responsabilità penale di cui all'ordinanza n. 174 del 1945 è PERSIO P. T., *op. cit.*, 385 ss.: “L'aspetto più controverso e criticato della riforma è certamente quello che riguarda la modifica del regime di attenuazione delle pene applicabili ai minori (...) il Legislatore francese ha intrapreso una strategia repressiva che evoca gli spettri del determinismo sociale e pone nuovamente in discussione il principio di presunzione di immaturità del minore, nonostante il diverso avviso del Consiglio costituzionale (*Décision* n. 2007-554) il quale si è affrettato a respingere le questioni di legittimità costituzionale relative alla riforma della legislazione minorile, previste dalla Legge n. 2007-1198”.

correnza di *garanzie eccezionali di reinserimento del reo* che richiedono una adeguata e specifica motivazione da parte del giudice, ma consentono comunque il rispetto del fondamentale principio di personalizzazione della pena.

Pensando, infine, ai caratteri fondamentali della riforma della recidiva introdotta in Italia con la legge “ex Cirielli”, non possiamo non rilevare una profonda assonanza di fondo con l'ideologia americana della c.d. tolleranza zero: in particolare, lo statuto speciale disposto dal legislatore per il recidivo reiterato (ovvero proprio il *third striker* americano), con tutte le conseguenze sul piano sostanziale e processuale che abbiamo analizzato, sembra agli antipodi rispetto alla filosofia rieducativa dello strumento penale e pare, al contrario, sposare *in toto* quell'ideale di pena finalizzata alla neutralizzazione del reo (*incapacitation*) ed eventualmente, in secondo luogo, alla deterrenza, che è alla base delle leggi dei tre colpi. Sembra dunque evidente che le fondamentali perplessità e criticità sollevate dall'ondata riformatrice che in America ha portato all'approvazione delle leggi dei tre colpi siano suscettibili di essere condivise, per molti aspetti, anche per quanto riguarda l'assetto attuale dell'istituto della recidiva nel nostro ordinamento.

In particolare due gli elementi che meritano di essere sottolineati. *In primis* la considerazione che i dati statistici per ora in possesso delle scienze sociali e criminologiche dimostrano che l'adozione di leggi improntate al modello dei tre colpi non ha alcun effetto positivo in termini di diminuzione dei tassi di criminalità²²⁴; dall'altro lato, invece, un effetto assolutamente censurabile e nello stesso tempo preoccupante di tale legislazione è l'estremo incremento della popolazione carceraria cui ha dato luogo²²⁵, prevedendo pene detentive obbligatorie estremamente severe per il recidivo e rendendo di fatto molto più difficile per colui che si trova in carcere accedere a misure alternative

²²⁴V. DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., 524, che riporta le indicazioni ricavate dalla comparazione tra le dodici maggiori contee della California suddivise in due gruppi, a seconda che nella contea si faccia larga o scarsa applicazione della legge “dei tre colpi”. Detto studio (cfr. EHLERS S.- SCHIRALDI V.- ZIEDENBERG J., *Still striking out: ten years of California's three strikes*, marzo 2004, in www.justicepolicy.org/reports/adult-corrections.html) ha rilevato nel primo gruppo una maggiore diminuzione solo del tasso dei reati contro il patrimonio (-46% a fronte del -43% nel secondo gruppo), mentre per tutti gli altri tipi di reati si registra una maggior diminuzione del tasso di criminalità nelle contee a bassa applicazione delle leggi “dei tre colpi”. Si veda inoltre SCHIRALDI V.- COLBURN J.- LOTKE E., *Three strikes and you're out*, cit., p. 10, per un confronto tra l'andamento della criminalità in California e nello Stato di New York (in cui non sono state approvate le *three strikes laws*): il raffronto dimostra una maggiore diminuzione del tasso di delinquenza nello stato *strikless*, sia per quanto riguarda i reati in generale, sia relativamente ai crimini violenti.

²²⁵V. RE L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Bari, 2006.

extramurarie²²⁶.

Va sottolineato, infine, che, se certamente - come abbiamo rilevato - l'impatto delle leggi "dei tre colpi" in America è stato sensibilmente ridimensionato grazie alla discrezionalità riconosciuta, in quell'ordinamento, a giudici e *prosecutors* - per mezzo della quale è stato sostanzialmente posto nel nulla il meccanismo di automatismo sanzionatorio dettato per il plurirecidivo -, simile risultato non è stato, e non è tuttora, così scontato per quanto riguarda il nostro ordinamento²²⁷.

Nonostante gli sforzi ermeneutici della giurisprudenza di legittimità e costituzionale - che ci accingiamo ad analizzare nel capitolo che segue - vedremo in che modo la disciplina della recidiva, così come riformata nel 2005, abbia posto alcuni ostacoli rivelatisi insuperabili per mezzo dell'ordinario criterio esegetico della interpretazione costituzionalmente orientata, costringendo la Consulta a dichiarare la non conformità della norma rispetto ai valori costituzionali.

²²⁶Sul punto si tornerà più approfonditamente nel Cap. III, par. 4, ma pare opportuno sottolineare già qui che anche rispetto alla fase esecutiva della pena la legislazione dei "tre colpi" e quella italiana della legge "ex Cirielli" presentano profonde analogie. Cfr. DELLA BELLA A., *Three strikes*, cit. p. 842: "Sul terreno dell'esecuzione la legge prevede che le pene detentive applicate per il secondo e per il terzo *strike* debbano essere necessariamente eseguite in forma intra-muraria in un istituto penitenziario statale (*prison*), che non possa essere concesso il *probation* e che il *parole* possa essere applicato entro spazi molto ristretti (nei casi di condanna per secondo *strike*, il *parole* può essere concesso solo dopo l'espiazione dell'80% della pena detentiva inflitta ed in caso di terzo *strike* solo dopo l'espiazione di almeno 25 anni di pena)". Per un approfondimento degli istituti si rinvia a FASSONE E., voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. Dir.*, vol. 35, 1986, 783 ss.

²²⁷Condivisibile a questo proposito l'auspicio di DOLCINI E., *op.cit.*, 545, che il giudice italiano "sia cauto almeno quanto il giudice americano nell'applicazione della recidiva riformata".

Capitolo II

Automatismi sanzionatori e presunzioni assolute al vaglio della giurisprudenza

Sommario: 1. Il nuovo art. 99 comma 4 c.p.: la natura (ancora) facoltativa della recidiva reiterata e il rigetto definitivo della discrezionalità bifasica. - 2. Gli effetti secondari sul regime esecutivo della pena. - 3. I limiti alla concessione delle attenuanti generiche: profili di illegittimità. - 4. L'impalcatura dell'art. 69 comma 4 c.p. comincia a cedere. - 5. Non c'è più spazio per la recidiva obbligatoria: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 99 comma 5 c.p.

1. Il nuovo art. 99 comma 4 c.p.: la natura (ancora) facoltativa della recidiva reiterata e il rigetto definitivo della discrezionalità bifasica.

Abbiamo avuto modo, nel corso del capitolo precedente, di analizzare compiutamente le modifiche introdotte dalla legge “ex Cirielli” del 2005 sulla fisionomia dell'istituto della recidiva. Sono emerse, a questo proposito, plurime ragioni di criticità, che hanno coinvolto in modo peculiare lo statuto penale riservato dal legislatore della riforma al *recidivo reiterato*: dal divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui al nuovo art. 69 co. 4 c.p., alla previsione di un limite minimo di aumento di pena in caso di reato continuato (art. 81 co.4 c.p.), al divieto di concessione delle attenuanti generiche ex art. 62 co. 2 c.p., per arrivare infine ai molteplici effetti in sede di esecuzione della pena, abbiamo delineato un quadro normativo che, in maniera del tutto condivisibile, ha suscitato grandi perplessità tra gli studiosi e gli operatori del diritto²²⁸.

Tanto premesso, si tratta ora quindi di analizzare quale sia stato il percorso ermeneutico effettuato dalla giurisprudenza, nel tentativo di elaborare una soluzione soddisfacente a tali criticità e nell'ottica di rendere la disciplina normativa – che, come abbiamo sottolineato, presenta numerosi elementi di incertezza anche a causa di una tecnica legislativa non sempre precisa ed univoca – conforme ai principi della nostra Costituzione.

Nodo interpretativo fondamentale della questione abbiamo visto essere quello relativo alla reale natura della recidiva reiterata, così come descritta dal nuovo art. 99 co.

²²⁸Si rinvia sul punto in particolare ai paragrafi 3 e 3.1 del Cap. I e al contributo di VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 1339 ss., che sottolinea le importanti ricadute derivanti dalla nuova conformazione della recidiva realizzata con la legge “ex Cirielli” in punto di sproporzione della pena e di frizione con il principio del necessario finalismo rieducativo della pena.

4 c.p.: intendere la stessa in termini di obbligatorietà o viceversa di facoltatività, infatti, non solo determina conseguenze applicative notevolmente diverse, ma, già a livello dogmatico, implica l'adesione a concezioni della recidiva diametralmente opposte.

E infatti, configurando la stessa come *status* o condizione personale del reo, sarà sufficiente l'esistenza di almeno due condanne passate in giudicato, ricavabile dal certificato del casellario giudiziale, perché si producano tutti gli effetti ricollegati dal legislatore della riforma alla sussistenza della recidiva reiterata. Al contrario, qualificando la recidiva come vera e propria circostanza, è necessario applicare alla stessa la disciplina prevista per tutte le altre circostanze aggravanti, con la conseguenza che si potranno produrre tutti gli effetti previsti soltanto se la recidiva sia stata previamente contestata dalla pubblica accusa e successivamente riconosciuta come sussistente dal giudice di merito.

La questione inerente all'estensione della discrezionalità riconosciuta al giudice nella valutazione della recidiva – in particolare reiterata, posta la pluralità di effetti negativi che la stessa produce sul trattamento sanzionatorio del reo – come abbiamo rilevato nel capitolo precedente, si era posta già all'indomani della riforma del 1974. All'epoca abbiamo visto²²⁹ che, a fronte della generalizzata facoltatività dell'istituto, l'orientamento assolutamente maggioritario in giurisprudenza aveva sposato la tesi della c.d. discrezionalità bifasica, con ciò sostenendo che la discrezionalità rispetto alla recidiva fosse limitata al profilo dell'aumento di pena – l'unico rispetto al quale il giudice avrebbe quindi potuto decidere in maniera davvero facoltativa – mentre per tutti gli altri effetti penali c.d. secondari non vi sarebbe stata alcuna possibilità di apprezzamento concreto, poiché questi ultimi si sarebbero comunque prodotti in maniera automatica. All'opposto la dottrina prevalente aveva sottolineato la profonda contraddittorietà di tale orientamento giurisprudenziale, rilevando come fosse assai poco convincente un'opzione interpretativa che pretendesse di considerare e apprezzare la recidiva allo stesso tempo sia come circostanza aggravante (rispetto alla determinazione della pena), sia come *status* personale (rispetto a tutti gli altri effetti ad essa collegati).

Ebbene, tali differenti approcci ermeneutici non solo sono sopravvissuti alla riforma del 2005, ma se è possibile hanno reso ancora più urgente la soluzione della que-

²²⁹Cfr. qui nota 53.

sione, posto che, come si è visto, con la legge “ex Cirielli” il legislatore è intervenuto pesantemente, in senso peggiorativo, sul novero degli effetti secondari ricondotti alla sussistenza della recidiva reiterata. Stabilire, quindi, in che misura il giudice potesse, in maniera discrezionale, riconoscere l'esistenza della circostanza, solo rispetto all'aumento di pena o, al contrario, anche rispetto a tutti gli altri effetti, era davvero fondamentale.

A questo proposito, e a testimonianza di quanto il punto fosse realmente dibattuto, anche all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, sembra fondamentale richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale che nel 2007 ha affrontato e risolto – affermandone l'inammissibilità - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p.²³⁰. Come abbiamo rilevato, infatti, il novellato articolo aveva introdotto il divieto per l'organo giudicante di concludere il giudizio di bilanciamento tra circostanze – tra le quali vi fosse stata anche la recidiva reiterata *ex art. 99 co. 4 c.p.* - nel senso della prevalenza delle circostanze attenuanti. Ebbene, la portata di tale limite alla discrezionalità giudiziale – e, in ultima analisi, la legittimità stessa del medesimo - chiaramente dipende dall'opzione ricostruttiva, in tema di estensione del potere facoltativo del giudice rispetto ai plurimi effetti della recidiva reiterata, che a monte si è scelto di condividere. Adottando, infatti, la tesi poc'anzi descritta fondata sulla discrezionalità bifasica dell'organo giudicante – che, come abbiamo già segnalato, ha trovato importanti conferme anche nella giurisprudenza di legittimità degli anni successivi alla riforma²³¹ -, l'effetto ricollegato alla recidiva reiterata, consistente nel divieto di concludere il giudizio di bilanciamento dichiarando la subvalenza della recidiva stessa, sarebbe un effetto automatico ed obbligatorio, suscettibile di trovare applicazione ogni qual volta dal casellario giudiziale relativo all'imputato risultino almeno due condanne per delitto non colposo passate in giudicato.

Ed è proprio sulla base di tali conseguenze, ritenute – proprio in ragione della loro ineludibilità - non conformi ai principi di uguaglianza, di personalità della responsabilità penale e di necessario finalismo rieducativo della pena, che viene sollevata la

²³⁰La sentenza è la n. 192, del 14 giugno 2007, reperibile in www.giurcost.it ed in *Cass. Pen.*, 2008, 532 ss., con nota di VINCENTI R., *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69 comma 4*. Per quanto concerne le ordinanze di rimessione della questione alla Corte Costituzionale v. qui nota 98. Sul punto v. anche ARRIGONI F., *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 324 ss.

²³¹Si rinvia sul punto alla nota 97.

questione della costituzionalità dell'art. 69 co. 4 c.p.: il combinato disposto degli articoli 69 co. 4 c.p. e 99 co. 4 c.p., infatti, se interpretato – così come da parte dei giudici *a quibus* – come integrante un divieto assoluto e automatico di ritenere prevalente qualsiasi circostanza attenuante in comparazione con la recidiva reiterata si pone in diretto contrasto con gli articoli 3 e 27 commi 1 e 3 della Costituzione. Il giudice, infatti, obbligato ad un esito predeterminato del giudizio di valenza tra circostanze eterogenee, si troverebbe costretto a comminare una sanzione spesso sproporzionata rispetto all'effettiva gravità dell'illecito, in particolar modo e con conseguenze ancora più gravi quando tra le attenuanti in comparazione vi sia una circostanza indipendente, che descrive cioè, per il fatto di reato attenuato, una cornice edittale di pena inferiore, spesso in maniera notevole, rispetto a quella prevista per la fattispecie di reato base²³². Non solo, tale automatismo sanzionatorio sarebbe basato su una presunzione legale circa la particolare pericolosità sociale del recidivo che non trova giustificazione sul piano razionale, posto che il divieto di prevalenza si estende a qualsiasi tipo di circostanza, anche di tipo oggettivo o ad effetto speciale o, come poc'anzi rilevato, indipendente: tipologie queste tutte atte a qualificare un fatto in termini di limitata gravità e offensività.

Ebbene, a fronte di tali rilievi, la pronuncia di inammissibilità della Consulta si pone, potremmo dire, quale stella polare nel caos interpretativo generato dalla “ex Cirielli” rispetto ai limiti della discrezionalità giudiziale. La Corte, infatti, afferma che le censure avanzate dai giudici remittenti prendono le mosse da un presupposto – ossia l'indefettibilità degli effetti derivanti dalla recidiva reiterata, tra cui appunto il divieto di prevalenza *ex art. 69 co. 4 c.p.* - che è in realtà errato²³³. È infatti possibile, aderendo ad un'altra e preferibile opzione interpretativa, ritenere che il contenuto del novellato art. 69 co. 4 c.p. sia conforme al testo costituzionale.

²³²Nelle ordinanze di rimessione della questione l'ipotesi che più frequentemente viene formulata a questo proposito dai giudici *a quibus* concerne il caso in cui il giudizio di bilanciamento riguardi, oltre alla recidiva reiterata, la circostanza attenuante del “fatto di lieve entità” di cui all'art. 73 co. 5 d.p.r. 309/90, T.U. in materia di stupefacenti, che prevede una cornice sanzionatoria notevolmente inferiore rispetto a quanto previsto dal co. 1 del medesimo articolo.

²³³“Quella che i remittenti danno per scontata non rappresenta, tuttavia, l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo (...) Pertanto la mancata verifica preliminare – da parte dei giudici remittenti, nell'esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie), comporta l'inammissibilità delle questioni sollevate”. Così Corte Cost., sent. 192/2007, cit.

Il presupposto ermeneutico corretto riposa, infatti, sulla qualificazione della recidiva reiterata come circostanza aggravante tutt'ora facoltativa. Lo stesso argomento letterale, richiamato dalla Consulta, che valorizza le differenti locuzioni utilizzate dal legislatore ai commi 3 e 4 dell'art. 99 (*l'aumento di pena "è" di...*) va in realtà a corroborare la tesi per cui ad essere obbligatorio – rispetto alla recidiva reiterata – è soltanto il *quantum* dell'aumento di pena, stabilito in maniera fissa dal legislatore. Per quanto concerne invece l'*an*, ossia il riconoscimento concreto della circostanza, si tratta pur sempre, come in tutti gli altri casi delineati dai commi precedenti dell'art. 99 c.p., di una circostanza facoltativa. Il fatto stesso che il legislatore abbia riservato soltanto all'ultimo comma l'espressione “recidiva obbligatoria” conforta pienamente tale assunto, sulla base dell'argomento *a contrario* “ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”²³⁴.

Da tali premesse²³⁵ deriva che il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, lungi dal configurarsi come effetto automatico derivante dalle risultanze del casellario giudiziale del reo, potrà trovare concretamente applicazione “unicamente quando [il giudice] ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede, mentre in caso contrario non vi sarà luogo ad alcun giudizio di comparazione: rimanendo con ciò esclusa la censurata elisione automatica delle circostanze attenuanti”. È dunque evidente che, con la pronuncia in esame, la Consulta prende espressamente posizione sulla *vexata quaestio* dell'estensione della discrezionalità del giudice rispetto alla recidiva reiterata e ai suoi effetti, segnando così il definitivo superamento della teoria della discrezionalità bifasica²³⁶. Gli stessi principi vengono infatti successivamente riaffermati in diverse pronunce

²³⁴V. già in questo senso, in dottrina, PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale*, 2006, 532 ss.

²³⁵“*Nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è d'altro canto possibile ritenere – come rilevato, nella sostanza, anche dall'Avvocatura dello Stato- che venga meno, eo ipso, anche l'«automatismo» oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale. Conformemente, infatti, ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo quando ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura e 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., sent. 192/2007, cit.

²³⁶Sul punto la Consulta è estremamente critica, denunciando la profonda incongruenza logica di detta ricostruzione: “*In effetti qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato mantenga il carattere di facoltatività, ma dall'altro abbia efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti (...) ne deriverebbe la conseguenza, all'apparenza paradossale, di una circostanza “neutra” agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pe-*

con le quali la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla legittimità dell'art. 69 co. 4 c.p.²³⁷. Nel medesimo senso anche la giurisprudenza di legittimità – che abbiamo visto sul punto essere particolarmente oscillante – ha condiviso la posizione espressa dalla Consulta²³⁸, ripudiando la tesi della discrezionalità bifasica ed affermando contestualmente la necessità di considerare la recidiva a tutti gli effetti come una vera e propria circostanza aggravante e non, al contrario, quale *status* soggettivo caratterizzante il reo e idoneo a produrre effetti in ogni caso in maniera automatica.

Le stesse conclusioni sono infine state riaffermate, qualche anno più tardi, dalle Sezioni Unite della Cassazione²³⁹, chiamate a pronunciarsi sull'effettiva portata da riconoscere ad un altro dei c.d. effetti penali secondari della recidiva reiterata, ovvero il divieto di accesso al c.d. patteggiamento allargato previsto per coloro che siano stati *dichiarati recidivi*, ai sensi del novellato art. 444 co. 1 *bis* c.p.²⁴⁰.

Abbiamo già segnalato come sul punto si fossero diffusi, in seguito alla riforma, due orientamenti opposti: da un lato, valorizzando il dato letterale che testualmente prevede una “dichiarazione” di recidiva, si era ritenuto presupposto imprescindibile, per l'applicabilità della preclusione al rito alternativo, che il soggetto imputato fosse già stato dichiarato recidivo reiterato in una precedente sentenza di condanna; al contrario, un altro orientamento affermava la sufficienza – perché l'accesso al rito premiale fosse inibito all'imputato – che la recidiva reiterata fosse stata contestata dalla pubblica accusa.

Il punto, evidentemente, è fondamentale, anche perché involge la delicata questione della differenziazione tra i vari momenti in cui si articola, nel processo, il percor-

ricolosità del reo), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto “aggravante” - eventualmente anche in rilevante misura – nell'ipotesi di reato circostanziato “in mitius”.

²³⁷Cfr. Corte Cost., ordinanze n. 409 del 21 novembre 2007; n. 33 dell'11 febbraio 2008; n. 90 del 31 marzo 2008; n. 193 del 21 maggio 2008; n. 257 del 7 luglio 2008; n. 171 del 18 maggio 2009; reperibili in www.giurcost.it.

²³⁸Si veda a questo proposito, oltre alla già citata sentenza n. 16750 del 2007 della sez. IV (v. qui nota 97), anche Cass. pen., sez. IV, 20 luglio 2007, n. 29228, cit., di pochissimo successiva alla pronuncia n. 192/2007 della Consulta, con cui la Suprema Corte riconosce che “il divieto, previsto dalla l. 251/2005, di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata non ha introdotto un automatismo sanzionatorio che precluda al giudice di non sottoporre l'imputato alla recidiva allorquando ritenga che il nuovo delitto non sia in concreto espressione di una più marcata pericolosità del reo ovvero indice della sua maggiore colpevolezza”.

²³⁹Si tratta della sentenza Cass., Sez. Un., n. 35738, del 5 ottobre 2010, Calibè, in *Cass. Pen.*, 2011, 2103 ss., con nota di ROCCHI F., *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di “discrezionalità bifasica” o di politica legislativa?*

²⁴⁰Rinviamo sul punto specificamente al par. 3.5 del Cap. I.

so operativo della recidiva. È infatti centrale, a questo proposito, tenere ben distinti il momento della contestazione²⁴¹ della circostanza ad opera del pubblico ministero, che è sempre imprescindibile perché la stessa possa successivamente produrre qualsiasi effetto - come accade per qualsiasi altra circostanza aggravante - dal diverso e posteriore momento della valutazione concreta da parte del giudice circa la sussistenza dei presupposti di operatività della recidiva stessa. È a questo punto che l'organo giudicante, se si tratta dell'unica ipotesi di recidiva obbligatoria di cui al co. 5 dell'art. 99 c.p., pone in essere un'opera di “dichiarazione” della circostanza e degli effetti della stessa, in maniera automatica²⁴²; viceversa, in tutti gli altri casi per i quali vige appunto un regime di facoltatività, il giudice dovrà valutare se la contestata recidiva sia idonea nel caso concreto a qualificare il fatto: se la verifica ha esito positivo, vi sarà il *riconoscimento* della stessa, al contrario il giudice la escluderà, con la conseguenza che non si produrrà né l'aumento di pena relativo, né nessun altro degli effetti penali che abbiamo analizzato.

Le Sezioni Unite, dunque, nel rifiutare qualsiasi automatismo sanzionatorio derivante dalla concezione della recidiva come *status*, chiariscono che, ai fini dell'operatività della preclusione di cui all'art. 444 co. 1 *bis* c.p., unica condizione necessaria e sufficiente è che il giudice abbia verificato, nel caso concreto, che la recidiva sia indice di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo, ed abbia di conseguenza proceduto al *riconoscimento* della stessa. Con l'espressione *riconoscimento*, dunque, si fa riferimento alla valutazione positiva effettuata dal giudice sulla sussistenza dei presupposti sostanziali della recidiva facoltativa, che è quindi idonea, nel caso concreto, a incidere sul trattamento sanzionatorio del reo²⁴³.

Pare opportuno ripercorrere brevemente le conclusioni della Suprema Corte che

²⁴¹Sulla necessità di una formale contestazione della recidiva, unanimemente riconosciuta in giurisprudenza, v. anche GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, 1426, che sottolinea come tale obbligo sia facilmente desumibile anche dalla lettura sistematica degli artt. 517 e ss. del c.p.p. e dall'art. 522 co. 2 che, nell'affermare il principio di necessaria correlazione tra accusa e sentenza, deve intendersi riferito anche alle circostanze aggravanti. La giurisprudenza, inoltre, ha sottolineato come la contestazione della recidiva da parte del pubblico ministero debba essere formulata necessariamente in termini specifici, posto che la disciplina legislativa ricollega effetti sanzionatori notevolmente diversi alle diverse tipologie di recidiva. Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 28 maggio 1996, n. 5335, Caccavallo, in *CED Cass.* n. 205072; Cass. Pen., sez. II, 24 settembre 2009, n. 37523, Dimitri, in *CED Cass.* n. 205072; Cass. Pen., sez. III, 12 febbraio 2010, n. 5849 Oudhini, in *CED Cass.* n. 246195.

²⁴²Sul punto si rinvia specificamente al par. 5 del presente capitolo.

²⁴³Sulla differenza tra “riconoscimento” e “applicazione” si tornerà tra breve, analizzando la sentenza Cass. Pen., Sez. Unite, 24 maggio 2011, n. 20798, Indelicato.

si distinguono per particolare chiarezza: “è compito del giudice, quando la contestazione concerne una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa l'ipotesi «obbligatoria» del quinto comma), 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 di precedenti penali”.

Ebbene, possiamo quindi affermare che, sia la giurisprudenza costituzionale – con riferimento diretto al divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata – sia la giurisprudenza di legittimità – pronunciata rispetto alla preclusione per i recidivi reiterati all'accesso al patteggiamento allargato – hanno accolto una ricostruzione sostanziale e non formale della recidiva (almeno per quanto concerne i primi quattro commi dell'art. 99 c.p.): si pretende, infatti, perché la stessa possa concretamente qualificare il trattamento sanzionatorio del reo inteso in senso ampio – quindi non soltanto rispetto all'aumento di pena, ma relativamente a tutti i gravosi effetti penali che abbiamo analizzato nel capitolo precedente e che la riforma del 2005 ha notevolmente potenziato – che il giudice effettui una valutazione specifica verificando se il nuovo episodio delittuoso sia davvero significativo *sub specie* di una più accentuata colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato.

Un ultimo punto rimane da chiarire, sul quale vedremo che nuovamente accorreranno in soccorso le Sezioni Unite della Cassazione. Abbiamo poc'anzi rilevato come sia di fondamentale importanza distinguere le diverse fasi attraverso le quali è necessario passare per l'operatività concreta della recidiva. Questa, infatti, ormai pacificamente alla luce di quanto evidenziato, va qualificata come circostanza aggravante e, in quanto tale, dev'essere previamente contestata in maniera specifica dal pubblico ministero. Successivamente, qualora ritenuta concretamente sussistente dall'organo giudicante, la recidiva sarà riconosciuta o dichiarata. Numerose pronunce, e, per vero, lo stesso legislatore

in diverse disposizioni²⁴⁴, fanno tuttavia riferimento ad un concetto differente da quello di riconoscimento, ovvero alla “*applicazione*” della recidiva.

La giurisprudenza²⁴⁵ ha chiarito che con “*applicazione*” è necessario intendere l'effettiva incidenza della recidiva sulla quantificazione della pena comminata al reo. E dunque vi sarà *applicazione* della recidiva sia quando questa sia l'unica circostanza caratterizzante il reato, e determini quindi il relativo aumento di pena, sia quando, in concorso con circostanze attenuanti, essa determini – ai sensi dell'art. 69 c.p. - l'effetto di paralizzare queste ultime, concludendosi il giudizio di valenza nel senso dell'equivalenza tra le circostanze di segno opposto. Di conseguenza, è chiaro che vi potrà essere *riconoscimento* della recidiva senza contestuale *applicazione* della stessa, in tutte le ipotesi in cui il bilanciamento tra circostanze eterogenee si concluda nel senso della prevalenza delle attenuanti e della corrispondente subvalenza della recidiva. Tale risultato, come abbiamo visto, sarà sempre possibile anche nei casi in cui ad essere contestata sia la recidiva reiterata, posto che il limite di cui all'art. 69 co. 4 c.p. potrà operare solo ove il giudice abbia previamente riconosciuto la recidiva stessa. È chiaro che, in tale ultima ipotesi, vi sarà perfetta coincidenza tra *riconoscimento* della recidiva reiterata e *applicazione* della stessa, perché il divieto di prevalenza è di per sé un effetto direttamente incidente sulla quantificazione della pena.

Tanto premesso sembra opportuno affrontare un ulteriore aspetto problematico che, come abbiamo anticipato, è stato affrontato e risolto dalle Sezioni Unite nel 2011 con una fondamentale pronuncia²⁴⁶ in cui, oltre a confermare le conclusioni appena ana-

²⁴⁴Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 81 co. 4 c.p.

²⁴⁵Sul punto v. già Cass. Pen., Sez. Un., 18.6.1991, n. 17, Grassi, in *Cass. pen.* 1991, 1959, Rv 187856, in tema di indulto: “*Una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche 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 solo 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 cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sopraffà, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta tamquam non esset.*” Ma anche, più recentemente, la già citata Cass. Pen., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750.

²⁴⁶Si tratta della già citata (v. nota 241) Cass. Pen., Sez. Unite, 24 maggio 2011, n. 20798, Indelicato, in *Cass. Pen.*, 2011, 4202 ss., con nota di AGOSTINI L., *Sez. Un. 24 febbraio 2011, Indelicato: il sistema neutralizza un corpo estraneo*; in www.penalecontemporaneo.it, 25 maggio 2011, con nota di GATTA G. L., *Le Sezioni Unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti a effetto speciale*, ed in *Dir. Pen.*

lizzate in tema di qualificazione circostanziale della recidiva e conseguente estensione della discrezionalità giudiziale, è stata ribadita la distinzione concettuale esistente tra il momento del riconoscimento e quello dell'applicazione²⁴⁷.

La pronuncia in esame si occupa specificamente di risolvere un problema “applicativo” oggetto di opposte ricostruzioni ermeneutiche²⁴⁸: data per presupposta la natura di circostanza della recidiva, ci si interroga infatti sul modo in cui debba essere calcolato il relativo aumento di pena nel caso in cui concorrano con essa altre circostanze aggravanti ad effetto speciale. Sul punto, le due tesi contrapposte valorizzavano, come proprio fondamento, due diverse accezioni della recidiva, confortate entrambe da un puntuale riscontro a livello codicistico. Sulla base dell'art. 70 co. 2 c.p., che qualifica espressamente la recidiva quale circostanza aggravante *inerente alla persona del colpevole*, - e dunque, in sostanza una circostanza “sui generis” non assimilabile, anche quando determina un aumento di pena superiore ad un terzo, alle circostanze ad effetto speciale - un primo orientamento²⁴⁹ ha ritenuto non applicabile alla stessa la disciplina di cui all'art. 63 co. 4 c.p.; conseguentemente, nel caso in cui la recidiva concorra con altra circostanza aggravante ad effetto speciale, dovrebbe farsi luogo ad un duplice aumento di pena, sia per la recidiva, sia per la diversa circostanza.

Al contrario, diverso orientamento²⁵⁰, condiviso anche dalle Sez. Unite con la

Proc., 2011, 1366, con nota di PELLEGRINI L., *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*.

²⁴⁷“La piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante comporta che essa sia produttiva di effetti unicamente se il giudice ne accerti i requisiti costitutivi e la dichiari, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna (presupposto che, nel caso di recidiva obbligatoria, è necessario e sufficiente), ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo, da accertarsi discrezionalmente. E' sotto tale profilo che viene in rilievo la distinzione tra riconoscimento della recidiva – per tale dovendosi intendere la verifica dell'esistenza dei presupposti formali e sostanziali della stessa – e applicazione della recidiva, avuto riguardo alla sua effettiva incidenza sul meccanismo di determinazione della pena (Sez. 4, n. 16750 dell'11/04/2007, cit.). Una circostanza aggravante deve essere riconosciuta come applicata non solo quando nel processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 cod. pen., 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 da irrogare per il reato oggetto del giudizio (Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, dep. 24/07/1991, Grassi, Rv. 187856)”.

²⁴⁸La questione è stata sottoposta all'esame delle Sez. Unite dall'ordinanza della Cass. Pen., sez. II, del 4 novembre 2010, n. 39855, reperibile in www.penalecontemporaneo.it con annotazione di ROMEO G.

²⁴⁹Cfr. Cass. Pen., sez. VI, del 22 novembre 1994, n. 1485, Dell'Anna, in *Cass. pen.* 1996, 2181; Cass. Pen., Sez. II, del 4 marzo 2009, n. 11105, Marchi, in *Guida dir.*, 2009, 17, 92.

²⁵⁰Detto orientamento era comunque già maggioritario in giurisprudenza prima della pronuncia delle SU

pronuncia in esame, ha sottolineato come la natura circostanziale della recidiva imponga, in tutti i casi in cui la stessa concretamente determini un aumento di pena superiore al terzo (e, dunque, in tutti i casi descritti dall'art. 99 ad eccezione del comma primo) e concorra con altre aggravanti ad effetto speciale, di ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 63 co. 4 c.p., che prevede – nel caso di concorso tra tale tipologia di aggravanti – che si proceda ad un unico aumento di pena per la circostanza più grave, con possibilità tuttavia per il giudice di incrementare l'aumento stesso. La natura di circostanza inerente alla persona del colpevole della recidiva, infatti, di per sé nulla dice circa la possibilità che la recidiva medesima possa integrare una circostanza ad effetto speciale, qualora nel caso concreto determini un aumento di pena superiore al terzo; conferma di ciò si ricava dallo stesso tenore letterale dell'art. 63 co. 3 c.p., che, nel definire il concetto di “circostanze ad effetto speciale” non prevede alcuna distinzione sulla base della tipologia oggettiva o soggettiva della circostanza. Non solo, lo stesso art. 70 co. 2 c.p. necessita di una lettura sistematica, che tenga conto cioè di tutte le altre norme che specificamente si occupano della recidiva. Dagli artt. 99, 69 co. 4, 62 *bis*, 81 co.4 c.p., si evince, infatti, come la recidiva, sia stata concepita dal legislatore non solo quale strumento di adeguamento della pena al fatto, esplicando quindi in concreto un'efficacia extraeditale rispetto alla commisurazione della pena, ma, in tutti i casi diversi da quello di recidiva “semplice”, la stessa si trovi a svolgere propriamente la funzione di circostanza ad effetto speciale, rendendo obbligatoria l'applicazione dell'art. 63 co.4 c.p. nel caso in cui vi sia concorso tra recidiva e altre aggravanti ad effetto speciale.

Con la sentenza in esame, dunque, oltre a risolvere esplicitamente il punto su cui erano state chiamate a pronunciarsi, le Sez. Unite colgono l'occasione per riaffermare le ultime fondamentali acquisizioni della giurisprudenza in punto di recidiva, sottolineando la necessità imprescindibile che la stessa – in accordo con la sua natura di circostanza in senso tecnico – per esplicare effetti sul trattamento sanzionatorio del reo sia stata oggetto di concreta valutazione da parte del giudice e di conseguente riconoscimento,

Cass., v. in tal senso: Cass. Pen., Sez. II, del 2 luglio 2010, n. 33871, Dodi, in *CED Cass.* n.248131; Cass. Pen., Sez. II, dell'8 aprile 2009, n. 18595, Pancaglio, in *CED Cass.* n. 231772; Cass. Pen., Sez. VI, del 4 novembre 2008, n. 44591, Nocco, in *CED Cass.* n. 242133; Cass. Pen., sez. II, del 21 ottobre 2008, n. 40978, Coviello, in *CED Cass.* n. 242245; Cass pen., Sez. II, del 17 dicembre 2004, n. 11008, Morrone, in *CED Cass.* n. 231772.

non potendosi lasciare spazio ad effetti penali *in peius* ricollegati al mero riscontro di uno *status* personale svincolato da un giudizio ancorato al fatto.

Sembra opportuno sottolineare, infine, che le medesime osservazioni – in particolare rispetto alla possibilità che la recidiva reiterata, considerata circostanza aggravante ad effetto speciale, possa influire sulla determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle misure cautelari - sono state condivise pochi mesi più tardi, sempre dalle Sez. Unite della Suprema Corte²⁵¹. Con la pronuncia in oggetto viene infatti affermato che, in omaggio al fondamentale principio del *favor rei* e sulla base del dato letterale dell'art. 278 c.p.p. che prevede che “ai fini dell'applicazione delle misure (...) non si tiene conto della recidiva”, non è possibile ritenere che la stessa, anche ove qualificata, possa intendersi ricompresa tra le circostanze a effetto speciale cui lo stesso art. 278 c.p.p. fa riferimento nella seconda parte. Escludere quindi che la recidiva reiterata rilevi ai fini della determinazione della pena edittale agli effetti dell'arresto obbligatorio in flagranza e dell'applicazione delle misure cautelari, a ben vedere, è l'unica soluzione corretta e coerente con il nostro ordinamento²⁵². Ciò non toglie, come sottolineato dalla

²⁵¹Si tratta della sentenza Cass. Pen., Sez. Unite, del 5 maggio 2011, n. 17386, Naccarato, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, con annotazione di ROMEO G., *La recidiva qualificata non incide sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione di misure cautelari e precautelari*. Sul punto, e sulla pronuncia precedente, v. anche DEGLIO P., *Articolo 99 del codice penale: in claris non fit interpretatio*, 2011, in www.ristretti.it.

²⁵²In questo senso le S.U. sottolineano come proprio la stessa facoltatività della recidiva qualificata (tranne l'ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p.): “Ancora, assume certamente rilievo la facoltatività della recidiva reiterata, affermata e più volte ribadita nella giurisprudenza di legittimità secondo un consolidato indirizzo interpretativo, ancorato anche alle indicazioni fornite dalla Corte Cost. con la sentenza n. 192 del 2007, ed avallato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 35738 del 27/05/2010, dep. 05/10/2010, Calibè, che, nel suo ampio e approfondito iter motivazionale, offre una chiara ricostruzione del regime di facoltatività/obbligatorietà delle diverse ipotesi delineate dall'art. 99 cod. pen.. (...) Le figure di recidiva de quibus non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano; conseguenze che sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo. Di qui la necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., che trova conferma nella constatazione che, ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito obbligatorio. Oltre che maggiormente aderente al testo della legge, la soluzione interpretativa appare quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzionalità, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria. (...) Anche la natura facoltativa della recidiva reiterata induce, dunque, ad escludere che della stessa debba tenersi conto nel computo della pena edittale ai fini dell'arresto in flagranza e, più in generale, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, essendo consentito al giudice di negare la rilevanza

stessa Corte, che “*resta fermo che la recidiva continua a costituire una circostanza aggravante e, qualora sia così qualificata, ai sensi dei commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen., una circostanza aggravante ad effetto speciale*”.

A conclusione di questa prima parte dell'analisi, dunque, non possiamo che rilevare come l'approccio della giurisprudenza sia stato, per lo meno nel momento iniziale successivo alla riforma e rispetto agli aspetti fin qui trattati, tendenzialmente conservativo. Sia la Corte di Cassazione che la Corte costituzionale, infatti, hanno fornito un'interpretazione delle norme introdotte dalla legge “*ex Cirielli*” il più coerente possibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento, contribuendo nel contempo ad elaborare uno “*statuto*” della recidiva che, pur mantenendo vivo quel carattere costitutivo di ambivalenza – o potremmo anche dire, forse, di ambiguità – che caratterizza il fondamento dell'istituto (e così, come vedremo oltre, l'applicazione dello stesso), ha comunque avuto il pregio innegabile di fornire alcuni punti fermi fondamentali sull'argomento, estremamente utili anche a fronte delle innumerevoli incertezze e perplessità cui la disciplina della recidiva riformata aveva dato adito.

In questo senso, prima di analizzare in particolare la giurisprudenza che si è occupata specificamente della norme inerenti alla fase esecutiva della pena, pare opportuno segnalare, tra i fondamentali interventi di tipo conservativo con cui la Corte Costituzionale ha mantenuto in vita le disposizioni della “*ex Cirielli*”, anche la pronuncia²⁵³ relativa alla legittimità della previsione di aumenti di pena in misura fissa nei casi di cui all'art. 99 co. 1, co. 3 e co. 4 c.p.: il giudice *a quo*, nell'adire la Consulta, aveva sostenuto la violazione, ad opera dei predetti articoli, degli articoli 3, 25 e 27 della Costituzione. Ebbene la Consulta ha chiarito *in primis*, per quanto concerne la dedotta violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza, che la scelta del tipo e della misura della sanzione rientra nella discrezionalità legislativa, non essendo censurabile se non entro i limitati spazi della manifesta irragionevolezza, caso che qui non ricorre; il fatto poi che il legislatore abbia previsto, in alcuni casi di recidiva, aumenti in misura fissa ed in altri

aggravatrice della recidiva reiterata ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione”.

²⁵³Si tratta dell'ordinanza Corte Cost., del 31 marzo 2008, n. 91, reperibile in www.giurcost.it. La questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 99 commi primo, terzo e quarto c.p. era stata sollevata, con ordinanza n. 645 del 9 maggio 2007 dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Genova.

casi aumenti in misura variabile non comporta ugualmente una violazione dell'art. 3 Cost., in mancanza della dimostrazione che detta diversità è idonea a generare sperequazioni prive di *ratio* giustificativa. Infine, per quanto concerne il rispetto del principio di legalità e di quello di personalità della responsabilità penale, la Corte ha rilevato che vi è certamente una sostanziale incompatibilità tra tali principi e un sistema di pene fisse in cui manchi completamente uno spazio di discrezionalità per il giudice, ciò che però non accade nel caso concreto, in cui, al contrario siamo in presenza di *“trattamenti sanzionatori che coniugano articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell’adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete”*. A fronte della generale facoltatività dell'istituto infatti – che è prevista per tutte le ipotesi di recidiva, tranne quella *ex co.* 5 dell'art. 99 c.p. - è sempre possibile, per l'organo giudicante, decidere di non riconoscere la sussistenza dell'aggravante nel caso concreto, con la conseguenza che non si produrrà né l'aumento di pena previsto per la stessa, né alcun altro effetto. Al contrario, se la recidiva sarà ritenuta sussistente, il giudice provvederà ad un aumento che è certamente fisso – nel caso della recidiva reiterata e in quello di cui ai *co.* 1 e 3 art. 99 – ma quantificato per mezzo del rinvio ad un elemento variabile, costituito dalla pena base, che è sempre determinata in maniera discrezionale dal giudice all'interno dei limiti edittali²⁵⁴. Ancora una volta, quindi, vengono valorizzati argomenti atti ad escludere il contrasto tra la norma e i principi costituzionali, e la Consulta si pronuncia affermando la manifesta infondatezza della questione²⁵⁵.

²⁵⁴Rispetto a questo punto specifico dell'argomentazione appare condivisibile la preoccupazione espressa in chiave critica da LEO G., in *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 ss.: “Dei tre argomenti principali, due si risolvono – a ben vedere – nell’accredito della discrezionalità quale strumento di elusione della regola censurata, e non di mero adeguamento della sua portata. Si dice, in primo luogo, che l’effetto in ipotesi sproporzionato di aumento della pena può essere evitato «disapplicando» la recidiva. Ma quel potere non attiene al *quantum* del trattamento, bensì alla relazione tra i precedenti del reo ed il significato del fatto, nei suoi profili oggettivi e soggettivi. Si dice, analogamente, che, poiché l’aumento in misura non variabile (ad esempio, il 50%) accede comunque ad una quantità variabile, sarà sufficiente per il giudice diminuire la base di calcolo per recuperare alla pena un carattere di accettabile proporzionalità. Con buona pace dei criteri legali per la determinazione della sanzione. Con sostanziale elusione della norma in considerazione, introdotta proprio per imporre un aumento in misura fissa della pena «ordinariamente» collegabile al fatto. E la Corte, naturalmente, se ne è resa ben conto: *«pur costituendo, quello scrutinato, un assetto che si discosta per più versi dalle linee generali del sistema»*. Il quale forse, e piuttosto, richiederebbe una presa d’atto del ritorno dell’autore pericoloso.”

²⁵⁵Segnaliamo che la pronuncia ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 99 *co.* 4 (recidiva reiterata), mentre per quanto concerne la costituzionalità della

In termini analoghi, infine, segnaliamo che, poco dopo la pronuncia analizzata, la Corte Costituzionale ha affrontato anche la questione di costituzionalità relativa all'art. 81 co. 4 c.p. - come modificato dalla legge "ex Cirielli"²⁵⁶ - affermandone la manifesta inammissibilità. Richiamando le ultime acquisizioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità – anche in tema di costituzionalità del divieto di prevalenza di cui all'art. 69 co. 4 c.p., della cui legittimità veniva nuovamente investita a pronunciarsi la Corte con l'ordinanza in esame – la Consulta ha ribadito come la previsione del nuovo limite di aumento minimo di pena non possa considerarsi illegittima in quanto, sulla base di una corretta ricostruzione ermeneutica, detto limite potrà operare solo nella misura in cui il giudice abbia concretamente riconosciuto come sussistente la recidiva reiterata rispetto ai reati posti in continuazione ovvero in concorso formale; di conseguenza, a prescindere dalla presenza di una precedente sentenza dichiarativa della recidiva reiterata, l'art. 81 co. 4 c.p. potrà esplicare effetti unicamente ove la circostanza sia ritenuta idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione o in concorso formale²⁵⁷. Sembra opportuno comunque evidenziare che, sul punto, la giurisprudenza più recente e successiva alla pronuncia della Consulta, valorizzando il dato costituito dal tenore letterale della disposizione ("*soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma*"), ha preferito un'interpretazione ancora più restrittiva della norma *de qua*, affermando che: "*L'aumento minimo per la continuazione, pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma quarto, c.p., si applica a condizione che l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una sentenza definitiva precedente al momento della commissione dei reati per i quali si procede*"²⁵⁸.

previsioni di cui ai commi primo e terzo del medesimo articolo (recidiva semplice e pluriaggravata) la Consulta ne ha segnalato la palese irrilevanza rispetto al caso di specie.

²⁵⁶Corte Cost., ordinanza del 21 maggio 2008, n. 193, in www.giurcost.it; sul punto rinviamo al par. 3.3. del Cap. I e alla nota 132.

²⁵⁷È rifiutata quindi, ancora una volta, la concezione della recidiva come *status* in grado di produrre effetti peggiorativi sul trattamento sanzionatorio del reo a prescindere da una valutazione concreta circa la maggiore colpevolezza o pericolosità sociale derivante dal nuovo episodio delittuoso *sub iudice*. Rileva infatti la Corte che: "risulterebbe, del resto, affatto illogico che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato (ove non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), possa produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti – quali il concorso formale di reati e la continuazione – volti all'opposto fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale".

²⁵⁸In questo senso v. Cass., Sez. I, 22/04/2010, n. 17928/2010, Caniello, cit.; Cass., Sez. I, 02/07/2009, n. 32625/2009, Delfino, cit.; Cass., Sez. I, 01/07/2010, n. 31735 Samuele, cit.: "*L'aumento minimo di un*

È dunque possibile ritenere, in accordo con l'orientamento espresso recentemente dalla giurisprudenza di legittimità²⁵⁹ che ci appare più convincente, che i due requisiti individuati dalle diverse tesi ai fini dell'applicabilità dell'art. 81 co. 4 c.p., debbano essere intesi in via cumulativa: sarà necessario cioè che il reo sia stato previamente dichiarato recidivo reiterato in una precedente sentenza di condanna ormai definitiva e che, nel giudizio presente, relativo ai reati commessi in continuazione ovvero in concorso formale, il giudice ritenga di applicare la medesima circostanza, sulla base di una valutazione discrezionale che valorizzi l'esistenza di una relazione qualificata tra nuovo reato e precedenti, nell'ottica di una maggiore colpevolezza e pericolosità sociale del reo.

2. Gli effetti secondari sul regime esecutivo della pena.

Dopo aver precedentemente analizzato²⁶⁰ i molteplici effetti che il legislatore della riforma “ex Cirielli” ha ricollegato al trattamento penale del recidivo in fase esecutiva, vediamo ora in che modo la giurisprudenza ha cercato di coniugare il tenore letterale di tali disposizioni con i principi, particolarmente rilevanti in fase di esecuzione, di colpevolezza, di proporzionalità e di finalismo rieducativo della pena.

Un'osservazione preliminare ci sembra tuttavia opportuna: abbiamo visto, poc'anzi, come i concetti di applicazione e di riconoscimento della recidiva non sempre coincidano; in particolare, la giurisprudenza ha poi chiarito che con “applicazione” deve intendersi ogni ipotesi in cui la recidiva abbia esplicato un reale effetto sulla commisurazione della pena, sia in termini di effettivo aumento quantitativo della stessa, sia in termini di bilanciamento dell'efficacia attenuante di circostanze di segno opposto.

terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma quarto, cod. pen., si applica solo quando l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva, e non anche quando egli sia ritenuto recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione, del cui trattamento sanzionatorio si discute”. Anche la fondamentale pronuncia, poc'anzi analizzata, Cass. Pen., Sez. Unite, Calibè n. 35738/2010, ha incidentalmente preso posizione sul punto affermando, nell'ottica generale della necessità di un concreto accertamento della recidiva reiterata ai fini della produzione degli effetti sanzionatori ad essa ricollegati dalla legge, che “il limite all'aumento ex art. 81 c.p. «non ... inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave», previsto dalla legge nei confronti dei soggetti «ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma», è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non “applicandola”.

²⁵⁹Cfr. Cass. Pen., sez. III, dell'11 gennaio 2012, n. 431, Guerreschi, in *CED Cass.* n. 251883.

²⁶⁰ V. in particolare il par. 3.5 del Cap. I.

Ebbene, se tale distinzione a livello teorico appare senza dubbio sufficientemente chiara, a livello applicativo, in particolare nel campo dell'esecuzione della pena, non rinveniamo la medesima chiarezza.

In alcuni casi, infatti, la giurisprudenza sembra non aver attribuito rilevanza alla distinzione tra “riconoscimento” e “applicazione”: pensiamo, in particolare, alle ipotesi della prescrizione della pena e della istanza di riabilitazione.

Nel primo caso, a fronte della locuzione di cui all'art. 172 co. 7 c.p. “*l'estinzione delle pene non ha luogo se si tratta di recidivi nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99*”, pur essendo stata chiarita dalla maggior parte della giurisprudenza l'imprescindibile necessità²⁶¹ che, ai fini della produzione degli effetti ostativi per i recidivi reiterati, la recidiva sia stata in concreto ritenuta sussistente (e, dunque, *riconosciuta*) dal giudice di merito, è parso tuttavia irrilevante che la circostanza stessa abbia portato ad un effettivo aumento di pena, ritenendosi preclusa la prescrizione della pena, anche quando la recidiva sia stata solo riconosciuta, essendo poi “paralizzata” nel suo effetto tipico di incremento sanzionatorio per mezzo del bilanciamento con le attenuanti²⁶².

Similmente, in tema di riabilitazione, l'art. 179 co. 2 c.p., utilizzando la medesima locuzione²⁶³, nel prevedere il limite del decorso di almeno otto anni di tempo dall'esecuzione o dall'estinzione della pena principale per l'operatività dell'istituto, ha lasciato aperto il campo a possibili ricostruzioni ermeneutiche differenti. Anche in questo caso, tuttavia, la giurisprudenza si è pronunciata – rigettando la qualificazione della re-

²⁶¹Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 16 marzo 2005, n. 10425, Esposito;cit., Cass. Pen., sez. I, del 22 giugno 2010, n. 23878, Di Muro, cit. Vedi però *contra*, seppur isolata, Cass. Pen., sez. I, del 30 maggio 2006, n. 11348, che afferma l'automatismo degli effetti della recidiva, una volta ritenuta dal giudice del processo di cognizione, per tutte le condanne subite dal recidivo, antecedenti o susseguenti a quella in cui la recidiva stessa è stata ritenuta.

²⁶²In questo senso Cass. Pen., sez. I, del 1 luglio 2009, n. 26786, Favuzza, in *C.E.D. Cass.*, n. 244656: “*La recidiva contestata all'imputato nel giudizio di cognizione, e non esclusa dal giudice, è idonea a produrre i suoi molteplici effetti penali, per quanto non abbia avuto effetti sulla determinazione della pena (...) la recidiva, pur non potendosi ritenere un mero status soggettivo, desumibile dal certificato penale, ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di un soggetto, è da ritenere sussistente ed idonea a produrre i suoi molteplici effetti penali purché sia stata ritenuta dal giudice della cognizione, dopo essere stata regolarmente contestata in tale sede. Per la sua sussistenza come dato di fatto od entità ontologica, è quindi sufficiente che essa sia stata validamente contestata in un giudizio di cognizione e che non sia stata esclusa dal giudice, essendo poi irrilevante che essa non abbia avuto concreta efficacia nella determinazione della pena, in esito ad un giudizio di bilanciamento delle circostanze, ovvero per non essere stato applicato lo specifico aumento di pena*”.

²⁶³V. art. 179 co. 2 c.p.: “Il termine è di almeno otto anni se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99”.

cidiva come *status* – nel senso della necessità, perché operi la preclusione, che il giudice di merito abbia previamente “dichiarato” la recidiva stessa, non distinguendo però, a questo proposito, tra riconoscimento e applicazione²⁶⁴.

In termini analoghi, nel caso della liberazione condizionale, l'art. 176 co. 2 c.p. nel circoscrivere l'operatività del limite per i soggetti recidivi fa riferimento ai “*casi preveduti dai capoversi dell'art. 99*” con ciò riproponendo gli ormai noti dubbi ermeneutici²⁶⁵; la giurisprudenza, in questo caso, confermando il trend interpretativo che pretende di considerare la recidiva a tutti gli effetti come una circostanza aggravante, ha affermato la necessità del previo riconoscimento della stessa da parte del giudice perché possa concretamente operare il limite al beneficio; è stato sottolineando tuttavia che, a tali fini, non rileva la differenza tra riconoscimento ed applicazione, trovando operatività la parziale preclusione (che consiste nell'aver già scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflitta per poter accedere al beneficio) anche quando la recidiva non sia stata esclusa (*rectius* sia stata riconosciuta, ma non applicata).

Sembra quindi possibile affermare che, pur in mancanza di un orientamento lineare ed omogeneo sul punto – mancanza certamente legata anche all'utilizzo, nella formulazione delle norme in esame, di una tecnica legislativa poco chiara e uniforme – e, pur in presenza di ricostruzioni contrastanti anche a livello dottrinale²⁶⁶, la giurisprudenza

²⁶⁴Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 17 settembre 2008, n. 36751, Siciliano, in *C.E.D. Cass.*, n. 241139: “*Il maggior termine di otto anni dall'estinzione dell'ultima pena, previsto per la presentazione della domanda di riabilitazione da parte dei recidivi, non è applicabile se la recidiva non sia stata dichiarata nelle sentenze di condanna. Ne consegue che è illegittima la declaratoria di inammissibilità della relativa istanza da parte del presidente del Tribunale di Sorveglianza sulla base delle sole annotazioni del certificato del casellario*”.

²⁶⁵V. qui nota 168.

²⁶⁶È stato autorevolmente sostenuto in dottrina che pur a fronte del mero *riconoscimento* della recidiva, nei casi in cui cioè la circostanza non determina un'effettiva incidenza sul trattamento sanzionatorio del reo – mancando l'*applicazione* della stessa – essa possa determinare tutti gli effetti “secondari” che la legge le ricollega. V. in questo senso PITTARO P., voce *Recidiva*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Milano, 2008, 104. Sul punto v. anche l'interessante e completa ricostruzione offerta da BISORI L., *La nuova recidiva*, cit., 64 ss., che, a favore dell'orientamento sopracitato, valorizza la similitudine tra le neo-introdotte norme che disciplinano gli effetti indiretti della recidiva e l'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario: rispetto a tale ultimo articolo, infatti, che -come la recidiva- prevede limitazioni per la concessione dei benefici penitenziari e contestualmente alcune deroghe a tali divieti, si ritiene pacificamente che la locuzione “soggetti a cui sia stata applicata una delle circostanze attenuanti ...” non richieda che le attenuanti siano anche state dichiarate prevalenti rispetto alle aggravanti contestate.

za si sia tendenzialmente affidata ad un criterio condivisibile²⁶⁷: la recidiva, cioè, lungi dal potersi considerare quale *status* personale del reo, per poter esplicare i suoi effetti anche “secondari”, deve necessariamente essere stata contestata e ritenuta sussistente dal giudice di merito.

Ebbene, tale tendenza garantista, volta a limitare e depotenziare gli automatismi previsti dal legislatore della “ex Cirielli” per la recidiva, ha trovato poi un'espressione ancora più netta relativamente alla sospensione dell'esecuzione e, in generale, al trattamento *penitenziario* del reo.

Con riferimento all'art. 656 co. 9 c.p.p., in particolare, su cui ci siamo precedentemente soffermati²⁶⁸, sembra opportuno sottolineare come la giurisprudenza abbia chiarito che l'operatività del divieto in esame sia condizionata alla concreta *applicazione* della recidiva da parte del giudice di cognizione, non essendo quindi sufficiente il mero *riconoscimento* della stessa. Inoltre, coerentemente con tale presupposto, nel caso di pluralità di condanne per il soggetto recidivo reiterato, è stato specificato che il divieto potrà valere soltanto rispetto alla condanna con cui la recidiva è stata applicata, e non rispetto alle altre, diversamente venendosi a configurare quella costruzione della recidiva come *status* che la giurisprudenza ha dimostrato di rifiutare²⁶⁹.

Per quanto concerne il trattamento penitenziario del recidivo abbiamo segnalato, nel capitolo precedente, le numerose perplessità destinate dalle disposizioni della riforma, che hanno generato, in più di un'occasione, la sottoposizione della questione di legittimità delle norme alla Corte Costituzionale.

Segnaliamo *in primis*, a questo proposito, due fondamentali pronunce con cui la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle previsioni legislative per diretto contrasto con l'art. 27 co. 3 della Costituzione.

Nel primo caso²⁷⁰ è stata ridimensionata la portata applicativa del novellato art.

²⁶⁷Rimane per certi versi isolata quella giurisprudenza, anche successiva alla riforma, in tema di oblazione, che afferma la sufficienza del riscontro della recidiva intesa come *status* da parte del magistrato di sorveglianza per l'operatività del divieto di cui all'art. 162 *bis* co.3 c.p.. Sul punto rinviamo al par. 3.5. del Cap. I e alla nota 170.

²⁶⁸V., in particolare per i riferimenti giurisprudenziali, qui nota 148.

²⁶⁹Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 5 dicembre 2007, n. 9205, Milano, in *C.E.D. Cass.*, n. 247956.

²⁷⁰Corte Cost., sentenza del 4 luglio 2006, n. 257, in www.giurcost.it: “La questione è fondata in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione (...) In tanto può concretamente parlarsi di una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, in quanto il sacrificio dell'una sia il "mini-

30 *quater* o.p., che, come abbiamo visto, aveva introdotto per i recidivi reiterati dei limiti molto più consistenti – rispetto alla disciplina ordinaria – per poter richiedere i permessi premio. La Corte ha rilevato come la norma in oggetto, basata sostanzialmente su una presunzione di non meritevolezza e di maggior pericolosità sociale del recidivo, risulti illegittima nella parte in cui non prevede che i permessi premio siano concessi sulla base della normativa precedente (e più favorevole) ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della norma più sfavorevole, abbiano raggiunto un grado di rieducazione conforme per la richiesta e l'ottenimento del beneficio.

In termini analoghi la Consulta²⁷¹ ha “stroncato la possibilità di una applicazione *retroattiva*”²⁷² anche di un'altra disposizione, ovvero il novellato art. 58 *quater* co. 1 e 7 bis o.p., che aveva disposto, in tema di misure alternative alla detenzione, l'impossibilità che le stesse fossero accordate più di una volta al condannato a cui fosse stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 co. 4 c.p.; ebbene, anche in questo caso, la disposizione è stata dichiarata illegittima nella parte in cui non esclude dal proprio campo applicativo i detenuti che, al momento di entrata in vigore della riforma, abbiano già raggiunto un

mo indispensabile" per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi della "adeguatezza e proporzionalità" delle misure (per mutuare principi tipici delle cautele personali) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri normativi prescelti dal legislatore. In tale cornice questa Corte ha sottolineato come, a proposito delle misure di "rigore" che, in tema di ordinamento penitenziario, furono adottate - dopo i tragici fatti di Capaci - con il d. l. n. 306 del 1992, dovesse ritenersi non in linea con la finalità rieducativa della pena la scelta di precludere l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice nomen juris per il quale era stata pronunciata la condanna. "Ed infatti" - si osservò - "la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante - venne ancora puntualizzato - la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita" (v. la già citata sentenza n. 306 del 1993). Tali rilievi valgono anche con riferimento alla disposizione oggetto di impugnativa; la linea perseguita con essa dal legislatore ha chiaramente privilegiato - inasprendo i presupposti per la concessione dei permessi premio ai recidivi - una scelta general-preventiva, obliterando l'iter di risocializzazione già concretamente perseguito. È evidente, infatti, che, 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 profilo rieducativo; quest'ultimo viene ad essere addirittura vanificato per quanti abbiano - come nella ipotesi dedotta dal giudice a quo - già raggiunto un grado di risocializzazione adeguato al godimento del beneficio penitenziario, all'atto della entrata in vigore della nuova e più restrittiva normativa. Un percorso di emenda, quindi, che il legislatore ha bruscamente interrotto, al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti.”

²⁷¹Corte Cost., del 16 marzo 2007, n. 79, in www.giurcost.it.

²⁷²V. LEO G., *Gli statuti differenziali*, cit., 17, che sottolinea come il nuovo art. 58 *quater* co7 bis o.p. sia stato accolto, sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, come una versione nazionale del californiano “tre colpi e sei fuori”: il recidivo reiterato

grado di rieducazione sufficiente per l'accesso alle misure alternative.

Alla base di tali fondamentali pronunce vi è, quindi, la valorizzazione della imprescindibile finalità rieducativa della pena che, ove si permettesse un'applicazione illimitata delle nuove norme preclusive, verrebbe ad essere irrimediabilmente frustrata. Non solo, a ben vedere, è la stessa legalità della pena – ormai assunta a principio centrale di ogni sistema moderno di diritto penale, grazie anche alla continua e puntuale elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo²⁷³ – che verrebbe ad essere compromessa. La legalità della pena, infatti, è esigenza irrinunciabile che va tutelata non solo nella fase di cognizione, ma anche (e soprattutto) nella fase esecutiva. Essa funge, per vero, da presupposto per il rispetto dell'ulteriore principio costituzionale di finalità rieducativa della pena: una pena illegittima, infatti, non potrà mai tendere alla risocializzazione del condannato e alla sua rieducazione, traducendosi inevitabilmente in un trattamento avvertito come ingiusto dal condannato che lo subisce. E se ciò vale a livello generale, *a fortiori* si capisce quanto le conseguenze di una pena illegittima – in particolare nella fase di esecuzione – si presentino come assolutamente inaccettabili quando si tratta di una pena detentiva, magari di durata elevata²⁷⁴.

Le coordinate così tracciate dalla Consulta con le sentenze appena analizzate hanno trovato coerente riscontro, in quel processo che potremmo definire di progressiva erosione degli automatismi e delle preclusioni collegati dal legislatore alla recidiva, con le successive pronunce della giurisprudenza di legittimità.

Proprio rispetto all'art. 58 *quater* co. 7 *bis* o.p., infatti, la Cassazione ha chiarito innanzitutto che il divieto di una seconda concessione della misura alternativa non può operare relativamente a una misura diversa da quella già concessa²⁷⁵; in secondo luogo,

²⁷³ Cfr. in particolare l'elaborazione della Corte Edu sul c.d. “caso Scoppola” (17 settembre 2009, ric. 10249/03) e anche in tema di confisca urbanistica (in particolare la sentenza del 30 ottobre 2013, ric. 17475/2009, Varvara c. Italia) – ex art. 44 del d.p.r. n. 380/2001 (T.U. Edilizia) – e l'acceso dibattito che ne è scaturito, su cui, recentemente, si ha preso posizione anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015 in www.penalecontemporaneo.it con nota di Viganò F., *La Consulta e la tela di Penelope*, 26 marzo 2015.

²⁷⁴ L'inibizione della possibilità di usufruire di una misura alternativa posta in maniera assoluta e indifferenziata dal legislatore della “ex Cirielli” risulta, anzi, tanto più grave se si considera quanto le stesse misure alternative siano risultate molto più efficaci – rispetto alla pena detentiva eseguita in carcere – nell'ottica di limitare il fenomeno del recidivismo. Sul punto rinviamo in particolare al par. 2 del Cap. III.

²⁷⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 6 febbraio 2007, n. 4688, Brendolin, cit.: “*A favore di tale conclusione militano plurime argomentazioni di tipo letterale e logico-sistematico. Sotto il primo profilo è da evidenziare che l'interpretazione letterale della norma appare inequivocabilmente nel senso che l'applicazione di una*

nell'ottica di una decisa restrizione per via ermeneutica dell'ambito applicativo della norma medesima, si è affermato che il divieto può operare solo in relazione ad una condanna in cui sia stata effettivamente applicata la recidiva reiterata²⁷⁶. Ciò significa che la preclusione alla seconda concessione della misura alternativa non può operare in maniera generalizzata sulla base del riscontro di un generico *status* di plurirecidivo, e che, di conseguenza, il recidivo reiterato a cui viene applicato il divieto potrebbe in futuro fruire delle misure alternative a prescindere dal divieto stesso relativamente all'esecuzione di condanne in cui la recidiva reiterata non è stata ritenuta sussistente.

La stessa Consulta è tornata, infine, ad occuparsi della legittimità della preclusione di cui al novellato art. 58 *quater* co. 7 *bis* o.p.²⁷⁷, nell'ottica peculiare prospettata dal giudice *a quo*²⁷⁸: è stato rilevato, infatti, come il divieto in questione impedisca *a priori* – sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità del recidivo reiterato – che tale soggetto possa chiedere, ed ottenere, l'accesso ad una misura alternativa nel caso in cui ne abbia già usufruito durante l'esecuzione di condanne precedenti.

Ebbene, il giudice remittente ha ritenuto illegittima tale preclusione, poiché inibirebbe al recidivo reiterato la possibilità di intraprendere percorsi esecutivi alternativi alla detenzione, e fondamentali alla luce dell'esigenza rieducativa del condannato stesso, privando il giudice – proprio per mezzo di una presunzione *iuris et de iure* che non ammette prova contraria – della facoltà di valutare in concreto l'efficacia (o l'inefficacia) della misura alternativa già sperimentata. Sono due i principi costituzionali di cui è de-

specificata misura è preclusiva per il futuro della stessa misura, come si desume dalla indicazione degli specifici benefici e dalla previsione che ciascuno di essi non possa essere concesso più di una volta. Anche l'interpretazione logico-sistematica conduce alla stessa conclusione, poiché ogni misura penitenziaria ha presupposti e finalità diverse che il legislatore ha sempre tenuto ben presenti e distinti, laddove ha riservato una autonoma e specifica regolamentazione a ciascuna delle misure".

²⁷⁶In questo senso v. Cass. Pen., sez. I, del 9 agosto 2006, n. 28632, Lucchese, in *CED Cass.* n. 224866; Cass. Pen., sez. I, del 28 settembre 2006, n. 36040, Buonuono, in *C.E.D. Cass.*, n. 235192; Cass. Pen., sez. I, del 15 ottobre 2009, n. 42462, Pezzuto, in *CED Cass.*, n. 245572: "Muovendo dal presupposto che non può in linea di principio ammettersi che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato perché non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo, possa produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena (...), è di tutta evidenza che non può, a maggior ragione, ammettersi che la recidiva non dichiarata in sede di cognizione possa essere ritenuta dal giudice dell'esecuzione".

²⁷⁷Si tratta di Corte Cost., sentenza del 4 ottobre 2010, n. 291, in *Giur. Cost.*, 2010, 3775, con nota di RENOLDI C., *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*.

²⁷⁸V. qui nota 158.

nunciata la violazione: da un lato, evidentemente, quello di finalismo rieducativo della pena ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost; dall'altro, anche il principio di uguaglianza sarebbe compromesso *sub specie* di irragionevolezza della disparità di trattamento tra situazioni che meriterebbero eguale considerazione. È ben possibile, infatti, che il soggetto – dopo la sperimentazione di una misura alternativa – riporti una condanna con cui è riconosciuta la recidiva reiterata, che è tuttavia relativa a fatti commessi prima della concessione della misura. In tal caso, sulla base dell'art. 58 *quater* co. 7 *bis*, al giudice sarebbe comunque inibita la valutazione del grado di rieducazione del reo in vista della possibile concessione di una (seconda) misura alternativa, posto il divieto espresso in termini assoluti dalla nuova norma.

La Corte Costituzionale, dinanzi a tali rilievi – che appaiono certamente condivisibili-, si è pronunciata affermando l'inammissibilità della questione, fornendo tuttavia al contempo un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma che ne limita l'estensione applicativa prospettata dall'ordinanza di remissione: il divieto assoluto di cui al novellato art. 58 *quater* co. 7 *bis* o.p., infatti, opera soltanto nel caso in cui il reato per il quale stata applicata la recidiva reiterata è stato commesso dopo la fruizione della misura alternativa, relativa all'esecuzione di una condanna con cui ugualmente è stata applicata la recidiva reiterata²⁷⁹.

Ancora una volta, dunque, lo strumento che permette alla Corte di “salvare” la norma, impositiva di un'autentica preclusione assoluta e giustificabile solo in forza di una presunzione, è il richiamo ad una sfera di discrezionalità dell'organo giudicante a monte della vicenda: il meccanismo preclusivo, infatti, opera solo relativamente a condannati rispetto ai quali, più di una volta, il giudice di cognizione abbia ritenuto di ap-

²⁷⁹“Muovendo da tali premesse generali, questa Corte osserva che il giudice rimettente non ha preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione restrittiva, nel senso che l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante. Una conforme indicazione ermeneutica, per quanto in particolare concerne la pertinenza del divieto ad una seconda sperimentazione del beneficio nella specifica condizione di recidivo reiterato, proviene dai lavori parlamentari propedeutici all'approvazione della legge di riforma. L'interpretazione prospettata farebbe venir meno il rischio di una irragionevole preclusione in danno del soggetto che, pur essendo stato condannato con applicazione della predetta aggravante, si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso a priori, per effetto di una astratta previsione normativa.”

plicare in maniera discrezionale l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata²⁸⁰.

Ridefinito in tal modo l'ambito applicativo della preclusione in esame, che resta fondata su un meccanismo presuntivo difficilmente giustificabile sul piano razionale²⁸¹, la Consulta richiama la propria precedente giurisprudenza in tema di presunzioni assolute, sottolineando come queste ultime siano illegittime solo se violative del principio di eguaglianza, se arbitrarie e irrazionali, se, cioè, non rispondenti a dati di esperienza generalizzata²⁸²; “*l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa*”²⁸³. In particolare rispetto alle presunzioni di pericolosità, come quella in oggetto, la Corte rileva come le stesse possano considerarsi incompatibili con la Costituzione solo ove non abbiano fondamento nell'*id quod plerumque accidit*.

Sembra dunque – sulla base dei rilievi della Consulta – non irragionevole impedire una seconda concessione di una misura alternativa già concessa al recidivo reiterato il quale, dopo la sperimentazione della stessa, delinqua nuovamente e sia condannato con applicazione della medesima aggravante: in tal caso sarebbe cioè ragionevole presumere che l'ulteriore concessione della misura alternativa non potrebbe consentire al reo il compimento di un idoneo percorso rieducativo.

Tanto premesso, due osservazioni ci sembrano opportune. Da un lato la pronuncia della Consulta, in linea con l'approccio “conservativo” che abbiamo visto caratterizzare anche la precedente sentenza del 2007 relativa all'art. 69 co. 4 c.p., nell'affermare la legittimità della preclusione ne ha limitato tuttavia notevolmente l'applicabilità, restituendo in maniera certamente apprezzabile al giudice di sorveglianza una sfera di discrezionalità fondamentale rispetto alla personalità del reo e alla conseguente meritevo-

²⁸⁰Con riferimento ai differenti momenti di “riconoscimento” e “applicazione” della recidiva, abbiamo già rilevato come, rispetto all'ipotesi particolare della recidiva reiterata, gli stessi vengano a coincidere: quando, infatti, all'esito della propria valutazione discrezionale, il giudice riconosce come sussistente nel caso concreto l'aggravante di cui al co. 4 dell'art. 99 c.p., per mezzo dell'operatività del divieto di prevalenza di cui all'art. 69 co. 4 c.p., la circostanza viene necessariamente ad incidere sulla determinazione della pena.

²⁸¹Segnala le criticità derivanti dall'ammissibilità di automatismi e vincoli generati anche per giudizi futuri da una valutazione discrezionale basata sul fatto di reato (come dovrebbe essere quella intorno alla sussistenza della recidiva) e non pensata in termini di creazione di uno *status* personale, LEO G., *Gli statuti differenziali*, cit. 19.

²⁸²Il richiamo è a Corte Cost., 2010, n. 265, in www.giurcost.it.

²⁸³Corte Cost., n. 139/2010, in conformità con Corte Cost. n. 41/1999.

lezza di accesso alle misure alternative²⁸⁴. Dall'altro lato, però, il mantenimento di un meccanismo preclusivo basato su una presunzione assoluta di pericolosità non può non continuare a destare fondamentali perplessità: da una parte, infatti, è condivisibile la preoccupazione di chi ha intravisto, nel novero così gravoso di conseguenze automatiche in sede esecutiva collegate alla recidiva, il rischio concreto che la valutazione discrezionale del giudice di cognizione in ordine alla sussistenza della recidiva stessa, possa essere in qualche modo “inquinata” da considerazioni che mirano in realtà a “riparare” l'assolutezza di tali meccanismi *lato sensu* sanzionatori²⁸⁵. Dall'altra parte, al di fuori dell'“ancora di salvataggio” costituita dalla discrezionalità del giudice nel valutare o escludere la sussistenza della recidiva, la situazione appare estremamente critica nei casi in cui il giudice di merito è costretto – perché vincolato dalla norma – ad applicare la recidiva: quando la recidiva è realmente *obbligatoria*, nell'*an* oltre che nel *quantum*, ai sensi di quanto prevede l'art. 99 co. 5 c.p., non v'è alcuno “spazio di manovra” per l'organo giudicante, con la conseguenza che quei meccanismi preclusivi che abbiamo analizzato, già potenzialmente molto pericolosi, diventano del tutto automatici e inevitabili.

La recidiva obbligatoria, in ultima analisi, e come vedremo meglio nel prosieguo del lavoro, viene quindi a configurare il vero *punctum dolens* della riforma: sia di per sé - per il contenuto sostanziale della previsione - sia per le innumerevoli e pesanti conseguenze sul trattamento penale del reo che abbiamo visto essere state ricollegate dal legislatore, spesso in maniera automatica, all'applicazione della recidiva.

Prima di proseguire l'analisi circa l'operato della giurisprudenza rispetto alle preclusioni introdotte dal legislatore per i soggetti recidivi, segnaliamo che, anche a livello legislativo, è stato intrapreso un percorso finalizzato alla rimozione delle preclusioni e degli automatismi sanzionatori privi di reale giustificazione razionale. Con il d.l. del 1 luglio 2013, n. 73 (poi convertito in legge n. 94/2013), infatti, il legislatore ha provveduto, per mezzo di un provvedimento specificamente finalizzato a contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, ad eliminare la maggior parte dei meccanismi pre-

²⁸⁴V. FIORENTIN F. - DELLI PASCOLI L., *Tre colpi e sei fuori: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 2010, 1879 ss.

²⁸⁵In questo senso v., già citati, LEO G., *op. cit.*, 20 e PIFFER G., *op. cit.*, 44, relativamente agli aumenti di pena in misura fissa previsti per la recidiva del primo, terzo e quarto comma dell'art. 99 c.p.

clusivi e limitativi nel campo dell'esecuzione della pena per i recidivi²⁸⁶; da rimarcare a questo proposito, tra le altre, l'abrogazione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i recidivi reiterati *ex art. 659 co. 9 c.p.* e la soppressione, per gli stessi soggetti, del divieto di concessione della detenzione domiciliare tra i tre e i quattro anni di pena (*art. 47 ter co. 1.1., o.p.*) e del divieto di accesso alla detenzione domiciliare infra-biennale (*art. 47 ter co. 1 bis, o.p.*).

3. I limiti alla concessione delle attenuanti generiche: profili di illegittimità.

Abbiamo rilevato, nel capitolo precedente dedicato all'analisi dei plurimi effetti collegati dal legislatore del 2005 alla recidiva, come il nuovo divieto introdotto con il comma secondo dell'*art. 62 bis c.p.*, in tema di circostanze attenuanti generiche, avesse suscitato notevoli perplessità. Il divieto imposto all'organo giudicante – consistente nella impossibilità di valorizzare i criteri relativi all'intensità del dolo (*art. 133 co.1 n.3 c.p.*) e alla capacità a delinquere del colpevole (*art. 133 co. 2 c.p.*) ai fini della concessione di dette attenuanti, rispetto al soggetto recidivo reiterato che abbia commesso un delitto compreso nel catalogo di cui all'*art. 407 co. 2 lett. a*, viene infatti a configurare un aggravamento sanzionatorio particolarmente problematico, dal punto di vista del rispetto dei valori costituzionali, poiché risulta basato su di un inderogabile meccanismo presuntivo. Il legislatore, infatti, è intervenuto – ancora una volta – nella direzione di erodere e limitare la discrezionalità dell'organo giudicante, facendo leva questa volta su una presunzione assoluta circa l'estrema capacità e delinquere e l'elevata intensità del dolo del recidivo reiterato che commetta uno dei reati di cui al catalogo su cui si fonda anche la previsione della recidiva obbligatoria.

L'organo giudicante, in sostanza, in applicazione del divieto suddetto, si troverebbe a poter valorizzare nel caso concreto – in cui siano sussistenti sia il presupposto soggettivo che quello oggettivo di applicazione della norma – solamente alcuni dei criteri che l'*art. 133 c.p.* indica ai fini della commisurazione in concreto della pena²⁸⁷ e,

²⁸⁶ Sul punto v. DELLA BELLA A., *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2013.

²⁸⁷ Segnaliamo che, in tema di attenuanti c.d. generiche, la giurisprudenza ha in maniera pressoché unanime riconosciuto che il giudice possa valorizzare, al fine della concessione delle stesse, anche i criteri pre-

precisamente, solo quelli “oggettivi” di cui al comma primo, relativi alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa, alla natura, alla specie, all'oggetto, tempo, luogo e ad ogni altra modalità dell'azione.

Ebbene, non è questa certamente la prima occasione in cui il legislatore interviene a limitare notevolmente la discrezionalità giudiziale, fondando tale limite proprio su una presunzione circa la particolare pericolosità o colpevolezza del recidivo reiterato. Pensiamo, immediatamente, al divieto di prevalenza – su cui ci siamo soffermati poc'anzi – di cui all'art. 69 co. 4 c.p.; anche in quel caso, infatti, il divieto per il giudice di dichiarare prevalenti le attenuanti in comparazione con la recidiva reiterata trova, alla base della propria *ratio*, una presunzione circa la particolare colpevolezza e pericolosità sociale del soggetto cui sia stata applicata la recidiva di cui al co. 4 dell'art. 99.

Due elementi, tuttavia, ci sembrano meritevoli di una necessaria valorizzazione per comprendere la reale diversità tra due norme – l'art. 69 co. 4 e l'art. 62 *bis* co. 2 c.p. - che, in apparenza, come abbiamo visto, sono accomunate dalla circostanza di introdurre entrambe un pesante limite al potere discrezionale del giudice e di fondare entrambe detto limite su una presunzione assoluta.

In primo luogo, come è stato correttamente osservato²⁸⁸, la limitazione degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, ai sensi dell'art. 69 co. 4 c.p., non implica in realtà una vera e propria limitazione di quella che è possibile definire come “fase giudiziale di individualizzazione della pena in concreto”²⁸⁹: l'istituto del giudizio di valenza, infatti, come la più attenta dottrina ha rilevato da tempo²⁸⁹, attiene ad una sorta di fase intermedia tra quella, legislativa, di determinazione in astratto della pena e quella, giudiziale, di vera e propria commisurazione in concreto della sanzione, in cui si esplica pienamente e propriamente il potere discrezionale del giudice. Si tratta, quindi,

visti dalla legge in tema di commisurazione giudiziale della pena in concreto *ex art.* 133 c.p. Cfr. Cass. Pen., sez. VI, del 23 settembre 2010, n. 34364, Giovane, in *CED Cass.* n. 248244, e Cass. Pen., sez. V, del 2 settembre 2009, n. 33690, Bonaffini, in *CED Cass.* n. 244912. A livello dottrinale si segnala, sul tema, lo studio monografico di MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, e, recentemente, il contributo di CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 182 ss.

²⁸⁸V. CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte Cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Archivio penale*, 2011, 3, 11.

²⁸⁹In questo senso v. STILE A., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 200 ss; PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 214 ss. e MELCHIONDA A., *Le modifiche*, cit. sub nota 102.

in ultima analisi, di un divieto – che ha trovato tra l'altro molteplici “precedenti” nella legislazione degli ultimi anni del secolo scorso²⁹⁰ - che, attiene a una fase prodromica rispetto al pieno dispiegarsi della discrezionalità giudiziale, con la conseguenza che, rispetto ad esso, risulta certamente meno problematico il rispetto delle esigenze imposte dai principi costituzionali²⁹¹.

Ebbene, per quanto concerne il divieto di cui all'art. 62 *bis* co. 2 c.p., tali considerazioni evidentemente non valgono: si tratta, infatti, di un istituto correttamente definito “*a tutto tondo discrezionale*”²⁹² che, proprio in quanto fondantesi sulla valorizzazione di *altre circostanze che possano giustificare una diminuzione di pena*, lascia indeterminati i presupposti del relativo accertamento²⁹³, conferendo all'organo giudicante un potere-dovere che pretende, per essere legittimo, di considerare ogni aspetto atto a caratterizzare il singolo fatto di reato nella dimensione più ampia possibile e, dunque, comprensiva di ogni elemento relativo al disvalore del fatto e alla personalità *lato sensu* intesa del suo autore. In sostanza, per mezzo del limite introdotto dal legislatore, le circostanze attenuanti generiche diventerebbero, rispetto a una categoria precisa di soggetti – *recidivi reiterati che hanno commesso un delitto ai sensi dell'art. 407 co. 2 lett. a c.p.p. la cui pena non sia inferiore nel minimo a cinque anni* – circostanze “specifiche” perché fondate su alcuni soltanto dei parametri normalmente a disposizione del giudice.

In secondo luogo, un'ulteriore profonda differenza, che rende assai più difficil-

²⁹⁰Sul punto v. la completa analisi degli interventi legislativi volti a limitare l'ordinario funzionamento del giudizio di valenza di ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4102 ss.

²⁹¹ In questo senso è possibile richiamare le argomentazioni utilizzate dalla Consulta nella due sentenze di rigetto sulla questione di costituzionalità relativa all'art. 1, co. 3, della l. n. 15 del 1980 (sentenza n. 38 del 1985) e all'art. 280 co. 5, c.p. (sentenza n. 194 del 1985): la Corte in tali ipotesi, nell'affermare la legittimità delle disposizioni censurate nella misura in cui prevedevano un limite al pieno dispiegarsi del giudizio di valenza tra circostanze, rilevava come in realtà detti limiti, ove correttamente interpretati, non avrebbero escluso la possibilità per il giudice di applicare le diminuzioni di pena previste dalle attenuanti; l'organo giudicante infatti sarebbe stato libero – se avesse discrezionalmente ritenuto non prevalenti le aggravanti, di applicare le diminuzioni di pena per le attenuanti non soccombenti sulla quantità di pena risultante dall'aumento già calcolato per le aggravanti “blindate”, secondo il regime di cui all'art. 63 co. 3, c.p. Sul punto v. PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 249.

²⁹²“*La configurazione – in certo senso ontologica delle circostanze attenuanti generiche, permeate nel profondo dalla necessità della “comprensione equitativa” del singolo fatto storico mediante il dispiegamento del mancipio discrezionale del magistrato penale, addirittura in un duplice snodo applicativo – denotativo e connotativo insieme – non può certo conciliarsi con la negazione del proprio essenziale fondamento, come concretamente sembra essere avvenuto con l'introduzione delle limitazioni previste dall'art. 62 bis co. 2 c.p.*” così CARUSO G., *op.ult.cit.*, 14.

²⁹³MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit. 679.

mente compatibile con i principi costituzionali il divieto di cui all'art. 62 *bis* co. 2 c.p. rispetto a quello di cui all'art. 69 co. 4 c.p., risiede proprio nel carattere obbligatorio della recidiva su cui il primo si fonda, a fronte invece di una generale facoltatività per la recidiva reiterata su cui è basato il divieto di prevalenza delle attenuanti. Come abbiamo rilevato precedentemente, infatti, la stessa legittimità del meccanismo di cui al co. 4 dell'art. 69 c.p. si fonda sulla natura discrezionale del potere valutativo che il giudice ha, rispetto al caso concreto, in ordine al riconoscimento o all'esclusione della recidiva reiterata. Di conseguenza, il limite al giudizio di valenza, basato sulla presunzione di maggior pericolosità e colpevolezza del recidivo reiterato, non si pone quale conseguenza automatica ed ineludibile direttamente operante nel caso di pluralità di condanne ricavabili dal casellario giudiziale. In accordo con quanto ribadito dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, infatti, la recidiva reiterata ha natura facoltativa, perciò tutti gli effetti da essa derivanti opereranno solo nella misura in cui la circostanza stessa sia ritenuta nel caso concreto come sussistente; diversamente non vi sarà spazio alcuno né per l'aumento di pena, né per il limite al giudizio di bilanciamento tra circostanze, poiché la recidiva non è stata ritenuta espressiva dal punto di vista della maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo.

Ebbene, la preclusione in tema di attenuanti generiche, al contrario, si fonda su un'ipotesi di recidiva reiterata obbligatoria²⁹⁴, di modo che l'effetto preclusivo consistente nella limitazione dei parametri cui fare riferimento per la concessione delle “generiche” opererà sempre e comunque, non avendo l'organo giudicante alcuna possibilità di non riconoscere la circostanza in oggetto.

Tanto premesso, analizziamo dunque la pronuncia con cui la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla legittimità del divieto in esame. Sembra opportuno tuttavia premettere, per poter svolgere al termine della riflessione qualche rilievo critico sulla portata della sentenza, che l'ordinanza del giudice *a quo*²⁹⁵ aveva dedotto il contrasto, con i

²⁹⁴Sul punto si tornerà più approfonditamente nel par. 5, ma segnaliamo fin d'ora che le Sez. Unite della Cassazione (con la già citata pronuncia n. 20798 del 24 maggio 2011, *Indelicato*) hanno affermato che l'art. 99 co. 5 c.p. non costituisce di per sé una nuova forma di recidiva, ma crea, in rapporto ad ogni fattispecie di recidiva disciplinata dai commi precedenti dello stesso articolo, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria.

²⁹⁵G.I.P. presso il Tribunale di Perugia, 28 aprile 2009, ordinanza n. 174, in *Giur. Merito*, 2010, 1910 ss., con nota di QUERO T., *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio d'inammissibilità*.

principi di uguaglianza e di finalismo rieducativo della pena, del nuovo comma 2 dell'art. 62 *bis*, nella parte in cui inibisce al giudice di fondare – nel caso in esame – “sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 *bis*, primo comma, c.p.”. La Consulta però, a fronte di tali rilievi, si pronuncia affermando l'illegittimità costituzionale della preclusione soltanto nella misura in cui il legislatore stabilisce che non si possa tenere conto della “condotta del reo susseguente al reato”, non pronunciandosi invece in relazione a tutti gli altri parametri (*ex art. 133 co.2 c.p.*) indicati dall'ordinanza di rimessione. Ecco perché, ci sembra in maniera condivisibile, è stata sottolineata una certa “parzialità” o “timidezza” della sentenza²⁹⁶, che ha in un certo senso perso un'importante occasione per restituire la dovuta centralità – anche a livello costituzionale – alla discrezionalità del giudice penale nella determinazione della pena²⁹⁷. Le argomentazioni utilizzate dalla Corte, infatti, sembrano condivisibili “a tutto tondo”, nella direzione di rendere quanto più effettivo possibile il principio di personalità della responsabilità penale e quello del finalismo rieducativo della pena²⁹⁸.

La Corte ritiene infatti che il divieto di cui al co. 2 dell'art. 62 *bis* - fondato come abbiamo visto su una presunzione assoluta - non sia conforme al dettato costituzionale sotto due distinti punti di vista.

In primis viene rilevata la non conformità con il principio di ragionevolezza dell'obbligo per l'organo giudicante di “privilegiare in astratto solo uno dei parametri

²⁹⁶Sul punto, in particolare, v. GATTA G. L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, 3, 2375 ss.

²⁹⁷In questo senso v. CARUSO G., *op.ult.cit.*, 22: “A fronte della preziosa opportunità di prendere, in modo ancor più franco e determinato, posizione circa l'essenziale rilevanza costituzionale della discrezionalità, la Consulta non ravvisa alcuna specifica frizione nella scelta, in sé e per sé, di precludere dalla valutazione del giudice sul fatto storico aspetti coesenziali della realtà commisurativa, e cioè tutti quelli diversi rispetto alla condotta susseguente al reato. Il che equivale ad affermare che la violazione in sé dell'apertura discrezionale ed equitativa del giudice al fatto o non è un principio costituzionale in senso proprio (...) ovvero – utilizzando un ossimoro che rivela l'esitazione concettuale della Consulta – un principio “dimezzato” o “relativo”, solo “di livello” costituzionale, e cioè, in definitiva, un ... “non principio” costituzionale pleno iure.”.

²⁹⁸Sottolinea questo aspetto l'ordinanza del G.I.P. di Perugia, rilevando anche come dall'effettiva realizzazione di detti fondamentali principi dipenda anche la possibilità di attuare l'uguaglianza di fronte alla pena, intesa come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono. Sul punto in particolare dell'intima correlazione tra funzione rieducativa e retributiva della pena v. RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 140 ss.

valutativi della capacità a delinquere (ovvero i precedenti penali del reo) disconoscendo a priori la possibilità di individuare parametri (come la condotta susseguente al reato) ugualmente o maggiormente idonei a lumeggiare quella capacità e a fondare una diminuzione di pena, in termini conformi al dettato costituzionale”. Si tratta, cioè, a tutti gli effetti, di una presunzione assoluta, la quale pretende che i precedenti penali del reo (in sostanza, la recidiva) risultino sempre preponderanti - nella valutazione del giudice finalizzata alla concessione delle “generiche” - rispetto alla condotta del soggetto successiva al reato.

Ebbene, come per tutte le presunzioni assolute – che impongono, in presenza di certi presupposti astratti, che si applichi uno specifico trattamento *a prescindere da eventuali scarti tra modello astratto e fattispecie concreta*²⁹⁹ - è necessario, per vagliarne la legittimità, *sub specie* di razionalità e non arbitrarietà, verificare che le stesse rispondano a criteri di esperienza generalizzati, riassumibili nella conformità all'*id quod plerumque accidit*. La sentenza, dunque, da questo punto di vista, si pone in perfetta linea di continuità con l'orientamento recentemente condiviso dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in particolare rispetto al problema dell'adeguatezza della custodia cautelare in carcere, in tema di legittimità delle presunzioni *iuris et de iure*³⁰⁰. Tanto premesso, la Corte ritiene che siano agevolmente formulabili ipotesi che contraddicono la presunzione, ovvero in cui la condotta del reo successiva al reato possa e debba correttamente essere valorizzata quale indice idoneo a circoscrivere la pericolosità del soggetto stesso. Ciò sulla base del fatto che mentre la recidiva si fonda sul fatto di reato commesso, la condotta successiva del reo è relativa ad un momento posteriore e, dunque, può essere indice di elementi contrastanti con la mera valutazione del fatto e idonei, di con-

²⁹⁹Cfr. Corte Cost. 183/ 2011 par. 5; si veda anche, rispetto alle presunzioni assolute di pericolosità e alla sentenza in oggetto, LEO G., *Nota a Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183*, in www.penalecontemporaneo.it

³⁰⁰Sul punto in particolare della non ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 275 co. 3 c.p.p., prevista rispetto ad una serie sempre più estesa ed eterogenea di reati per mezzo del d.l. n. 11/2009 convertito in l. 23 aprile 2009 n. 38, si vedano: Corte Cost., sentenza del 21 luglio 2010, n. 265; Corte Cost., sentenza del 12 maggio 2011, n. 164; Corte Cost., sentenza del 22 luglio 2011, n. 231; Corte Cost., sentenza del 3 maggio 2012, n. 110; Corte Cost., sentenza del 29 marzo 2013, n. 57; Corte Cost., sentenza del 18 luglio 2013, n. 213; Corte Cost., sentenza del 23 luglio 2013, n. 232; Corte Cost., sentenza del 25 febbraio 2015, n. 48, tutte reperibili in www.giurcost.it. Sempre in tema di irragionevolezza di presunzioni assolute di pericolosità v. Corte Cost., del 5 luglio 2010, sentenza n. 249, con cui è stata affermata l'illegittimità costituzionale dell'aggravante c.d. di clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p.

seguenza, a delimitare la capacità a delinquere del reo. Inoltre, la valorizzazione esclusiva della recidiva, fondata sui precedenti del reo, potrebbe portare a conseguenze aberranti, nella misura in cui – ai fini del riconoscimento della stessa, che come abbiamo visto è stata costruita in chiave di genericità e perpetuità – rilevano tutti i precedenti penali per delitti dolosi del soggetto, anche se molto lontani nel tempo, o cronologicamente distanti tra loro, oppure di gravità decisamente ridotta: a fronte di tali situazioni parrebbe pertanto del tutto irrazionale non poter prendere in considerazione i comportamenti che il reo può aver tenuto dopo il reato e che sono idonei a ridimensionarne la capacità a delinquere.

La Consulta, in secondo luogo, censura l'impossibilità di valutare la condotta susseguente al reato del reo ai fini della concessione delle attenuanti generiche sotto il differente profilo della violazione dell'art. 27 co. 3 della Costituzione: prendendo le mosse dalla considerazione circa la pluralità di funzioni cui la pena può assolvere nel nostro ordinamento, sulla base della Costituzione, la Corte rileva come dette funzioni coesistano e non siano ordinate secondo un criterio gerarchico; il legislatore pertanto è libero di far prevalere una finalità rispetto ad un'altra, caso per caso, ma tuttavia, all'interno di tale spazio discrezionale, incontra un limite invalicabile, consistente nel divieto che una finalità risulti totalmente pregiudicata in favore di un'altra³⁰¹. Ciò che in realtà senza dubbio accadrebbe proprio in base al nuovo art. 62 *bis* co. 2 c.p.: il fondamentale principio di finalismo rieducativo della pena, infatti, sarebbe eluso ogni volta in cui, non potendo valorizzare la condotta del recidivo successiva al reato – atta ad esprimerne il positivo percorso di risocializzazione intrapreso – il giudice si troverebbe *a priori* vincolato nella valorizzazione privilegiata della recidiva, facendosi in tal modo prevalere senza alcun limite obiettivi di prevenzione generale e difesa sociale sull'esigenza di rieducazione del condannato.

Sulla base di tali rilievi, quindi, la Consulta ha dichiarato la norma parzialmente

³⁰¹“Escludere che possa assumere rilevanza, ai fini delle attenuanti generiche, una condotta, successiva al reato, indicativa di una positiva evoluzione in atto della personalità del condannato significa anche porsi in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. Infatti l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione”. Corte Cost., sent. 183/2011, cit.

illegittima, per contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. Le osservazioni che abbiamo poc'anzi svolto, tuttavia, circa la rilevanza costituzionale della discrezionalità del giudice penale – in quanto direttamente strumentale al rispetto del principio di colpevolezza, di individualizzazione della pena e di finalismo rieducativo della stessa – in uno con la valorizzazione del criterio di ragionevolezza quale indice per valutare la legittimità delle presunzioni³⁰², ci inducono a segnalare la parzialità della pronuncia e ad auspicare a un possibile futuro ritorno sul punto. Sembra opportuno, comunque, segnalare che le recentissime acquisizioni della giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva obbligatoria³⁰³ sembrano idonee a rivoluzionare il complessivo quadro degli effetti che il legislatore della riforma aveva costruito sulla base di tale circostanza, con dirette conseguenze, quindi, anche rispetto alla norma appena analizzata, che, perdendo uno dei due fondamentali automatismi su cui era fondata (costituito proprio dall'obbligatorietà della recidiva ai sensi dell'art. 99 co.5 c.p.), vedrà notevolmente ridimensionato il proprio ambito applicativo.

4. L'impalcatura dell'art. 69 comma 4 c.p. comincia a cedere.

Il percorso ermeneutico intrapreso all'indomani della riforma dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, che abbiamo analizzato nei paragrafi precedenti e che abbiamo visto caratterizzarsi in senso tendenzialmente conservativo rispetto alle innovazioni apportate dalla “ex Cirielli”, ha subito negli ultimi anni una parziale inversione di tendenza³⁰⁴. A partire dalla pronuncia della Consulta poc'anzi esaminata in tema di attenuanti generiche, infatti, assistiamo ad una progressiva serie di arresti con cui la Corte Costituzionale, benché in maniera quasi atomistica, erode – dichiarandone l'illegittimità – gli spazi applicativi del trattamento sanzionatorio assolutamente repressivo che il legi-

³⁰²Applicando tali coordinate, risulta infatti agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla presunzione (ancora assoluta) circa la particolare intensità del dolo o l'elevata capacità a delinquere del recidivo reiterato che commetta un reato di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.. In questo senso v. già all'indomani della riforma Padovani T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 33.

³⁰³Corte Cost., sentenza del 23 luglio 2015, n. 185, su cui ci soffermeremo diffusamente nel par. 5 del presente capitolo.

³⁰⁴Parla a questo proposito di “controriforma” giurisprudenziale sul complessivo impianto edificato dalla riforma del 2005, CARUSO G., *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: la parola “fine” della Corte costituzionale?*, in *Archivio penale*, 2013, 219 ss.

slatore aveva costruito in modo pressoché automatico intorno alla figura del recidivo.

Il nodo interpretativo fondamentale è costituito, ancora una volta, dal divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata di cui al novellato art. 69 co. 4 c.p.; abbiamo visto come, a fronte delle numerose ordinanze che avevano dedotto l'incostituzionalità della norma in esame³⁰⁵, la Consulta (seguita poi anche dalla Suprema Corte di Cassazione) avesse “risolto” la questione affermando la legittimità del divieto per la cui operatività, a monte, era necessario che il giudice, con una valutazione discrezionale, avesse ritenuto la recidiva reiterata idonea a qualificare il nuovo reato. Di conseguenza, così limitata nel proprio ambito applicativo, la preclusione al pieno dispiegarsi del potere discrezionale giudiziale nella fase del giudizio di valenza poteva ritenersi compatibile con i principi costituzionali. In sostanza, la legittimità del divieto risiedeva nella possibilità che il divieto stesso non fosse in concreto operativo – lasciando quindi il giudizio di bilanciamento aperto a qualsiasi esito - in conseguenza della mancata applicazione della recidiva reiterata da parte del giudice di merito.

Ebbene, tale ricostruzione – ritenuta non soddisfacente e non in grado di porre la norma al riparo dai persistenti dubbi di costituzionalità - è posta alla base dell'ordinanza con cui viene dedotta l'illegittimità dell'art. 69 co. 4 c.p. per contrasto con gli articoli 3, 25 co. 2 e 27 co. 3 della Costituzione³⁰⁶. Il giudice *a quo*, in particolare, solleva la questione rispetto ad una circostanza attenuante specifica, costituita dal “fatto di lieve entità” di cui all'art. 73 co. 5 d.p.r. 309/1990³⁰⁷ in tema di stupefacenti. La precisazione è necessaria perché, da un lato delimita l'ambito di rilevanza della questione e conseguentemente della pronuncia della Consulta e, dall'altro lato, evidenzia come proprio rispetto ad una certa tipologia di circostanze attenuanti il problema fosse davvero ineludibile. Prima di analizzare specificamente la sentenza della Corte è opportuno premettere tuttavia che, in seguito all'approvazione del d.l. 23 dicembre 2013 n. 46³⁰⁸, l'art. 73 co. 5 T.U.

³⁰⁵Rinviamo sul punto alla nota 99 del Cap. I e alla nota 235 del Cap. II.

³⁰⁶Si tratta dell'ordinanza del 24 ottobre 2011 emessa dal G.I.P. presso il Tribunale di Torino, iscritta nel registro ordinanze n. 61/2012.

³⁰⁷*Breviter* TU Stup. Segnaliamo che proprio rispetto al bilanciamento con l'attenuante di cui all'art. 73 co. 5 TU Stup. erano state sollevate ben dodici delle quattordici ordinanze di remissione alla Consulta relativamente alla legittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p.

³⁰⁸Il d.l. 46/2013, elaborato con la finalità di predisporre misure idonee a fronteggiare il problema del sovraffollamento carcerario, ha introdotto anche, tra le altre, una modifica del testo dell'art. 73 co. 5 TU Stup., prevedendo una clausola di sussidiarietà che afferma “salvo che il fatto non costituisca più grave

Stup. non configura più un'attenuante, ma costituisce fattispecie autonoma di reato³⁰⁹, con la conseguenza che non si potrebbe più porre *ab origine* il problema di un suo bilanciamento con la recidiva reiterata.

Tanto premesso, risulta assolutamente importante soffermare la nostra attenzione sui rilievi espressi dalla Corte con la sentenza in esame³¹⁰, sia da un punto di vista contestuale sia perché, come vedremo, essa rappresenta una sorta di prima breccia nel “vaso di Pandora” dei meccanismi preclusivi e presuntivi imposti dalla “ex Cirielli” al trattamento penale del recidivo.

È fondamentale, *in primis*, sottolineare che la questione della legittimità dell'art. 69 co. 4 c.p. ha assunto una rilevanza centrale nel giudizio *a quo* perché, nel caso concreto – che riguardava un recidivo responsabile del delitto di cui all'art. 73 TU Stup. -, il giudice ha ritenuto di non poter ricorrere all'*escamotage* suggerito dalla giurisprudenza precedente³¹¹ e consistente nell'escludere la rilevanza della recidiva reiterata per poi poter eludere il divieto di prevalenza delle attenuanti. Numerosi elementi, infatti, imponevano di ritenere la recidiva come concretamente rilevante, in particolare l'omogeneità delle precedenti condanne dell'imputato, tutte relative al traffico di stupefacenti, e la contiguità temporale delle stesse, tutte pronunciate nei cinque anni precedenti rispetto al giudizio *a quo*. Ebbene, la corretta valorizzazione della recidiva reiterata avrebbe però avuto la conseguenza ineludibile di rendere operativo il divieto di cui all'art. 69 co. 4 c.p., che, nel caso in esame, avrebbe determinato conseguenze assolutamente inaccetta-

reato” e chiarendo, quindi, la mutata natura dell'istituto, che da fattispecie circostanziale diventa ipotesi autonoma di reato.

³⁰⁹La giurisprudenza di legittimità più recente ha confermato la ricostruzione in termini di fattispecie autonoma di reato del novellato art. 73 co. 5 TU Stup., affermandone la coerenza sistematica rispetto all'attuale situazione – determinatasi in seguito alla sentenza n. 32 del 2014 della Consulta – che vede un trattamento sanzionatorio nettamente differenziato per le “droghe pesanti” e quelle “leggere”. Cfr. sul punto Cass. Pen., sez. IV, 24 aprile 2014, n. 20225, De Pane, in *CED Cass.*, n. 259379; Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 15020, Bushi, *ivi*, n. 259353; Cass. Pen., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, Verderamo; Cass. Pen., sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 14288, Cassanelli, in www.penalecontemporaneo.it.

³¹⁰Corte Cost., 5 novembre 2012, sentenza n. 251, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 48, 46 ss., e in *Cassazione penale*, 2013, 1763 ss., con nota di NOTARO D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*.

³¹¹“Nonostante l'orientamento indicato (Cass. Pen., sez. Unite, n. 35738/2010, Calibé, cit.) ad avviso del rimettente il problema resta ancora aperto in quanto «il riconoscere o escludere la recidiva reiterata facoltativa è operazione valutativa radicalmente diversa dal “bilanciare” quella recidiva con concorrenti circostanze attenuanti», esistendo «situazioni in cui, giudicando con onestà intellettuale, la recidiva non può essere esclusa, e tuttavia viene sentito come ingiusto negare la prevalenza di determinate attenuanti»”

bili, soprattutto dal punto di vista della individualizzazione della sanzione e della proporzionalità tra questa e l'illecito commesso.

La violazione commessa dal recidivo, infatti, pur essendo certamente qualificabile – sulla base del dato qualitativo e quantitativo nonché dei mezzi e delle circostanze dell'azione – come di “lieve entità”, per effetto del divieto di prevalenza dell'attenuante sulla recidiva reiterata, avrebbe comportato il necessario riferimento da parte del giudice, ai fini della determinazione della pena in concreto, a un quadro sanzionatorio del tutto sproporzionato rispetto al fatto, perché stabilito dal legislatore (ai sensi del comma primo del medesimo art. 73 TU Stup.) proprio per i reati non qualificabili come “di lieve entità”.

L'attenuante di cui all'art. 73 co. 5 TU Stup., infatti, configura una circostanza indipendente, che prevede cioè per la fattispecie circostanziata di reato una misura di pena indipendente da quella ordinaria prevista per il reato base. Come accade anche per le circostanze c.d. autonome – che prevedono una pena di specie diversa da quella del reato base – si tratta quindi di istituti di cui il legislatore si serve per differenziare nettamente ipotesi di delitto estremamente differenti quanto a gravità ed offensività, meritevoli quindi di una pena graduabile nel *quantum* e nella *species*. Risulta pertanto evidente come, per tali tipologie di circostanze attenuanti, il divieto di prevalenza sulla recidiva, che sia con esse in comparazione, conduce potenzialmente a risultati aberranti³¹². Nel caso in esame (art. 73 TU Stup.) ciò è immediatamente percepibile proprio dal confronto tra la cornice edittale prevista per la fattispecie attenuata di lieve entità (comma quinto) e quella predisposta per il reato base (comma primo): nel primo caso la pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da 3.000 a 26.000 euro; nel secondo, invece, la reclusione va da sei a ventisei anni e la multa da 26.000 a 260.000 euro. L'enorme divario tra le cornici edittali, in cui il massimo della pena per l'ipotesi attenuata corrisponde al minimo della pena base comminabile per il reato base, rende palese che il divieto di cui al co. 4 dell'art. 69 c.p., in ipotesi come queste, impone al giudice, che ritenga di dover riconoscere la recidiva reiterata, di applicare al reo una sanzione utilizzando una forbice edittale drasticamente superiore rispetto a quella altrimenti utilizzabi-

³¹²V. MELCHIONDA A., *Commento all'art. 3 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, 440 ss.

le³¹³.

Il risultato di un simile meccanismo non può che tradursi in una violazione dei principi costituzionali poc'anzi indicati, puntualmente denunciata dall'ordinanza di remissione e nei medesimi termini rilevata dalla Consulta.

In primis ad essere violato è il principio di uguaglianza: applicare la medesima cornice edittale per determinare la pena applicabile a ipotesi di reati del tutto differenti quanto a gravità e offensività significa trattare in maniera eguale situazioni che pretendono un trattamento differenziato; la Corte infatti afferma, a questo proposito, che *la manifesta irragionevolezza delle conseguenze sul piano sanzionatorio del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al quinto comma dell'art. 73 d.pr. 309/90 sulla recidiva reiterata è resa evidente dall'enorme divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base*.

In secondo luogo, il divieto di prevalenza dell'attenuante della "lieve entità" sulla recidiva reiterata contrasta con il principio di offensività (di cui all'art. 25 comma secondo Cost.): in tale ipotesi, infatti, la natura "blindata" della recidiva determina che gli aspetti su cui la stessa è fondata – ovvero la colpevolezza e la pericolosità sociale del reo – vengano a prevalere completamente, rispetto al processo di individualizzazione della sanzione, sul fatto oggettivo di reato. Risultato che appare inaccettabile³¹⁴.

La norma in esame, infine, disattende anche le esigenze legate al principio di proporzionalità della pena, con inevitabili conseguenze anche in tema di mancato rispetto del finalismo rieducativo della stessa (di cui all'art. 27, co. 3 Cost.). Il "forzato" utilizzo da parte del giudice di una cornice edittale sproporzionata per la determinazione della pena relativa alla fattispecie attenuata, infatti, non può che comportare l'irrogazione di una sanzione eccessivamente severa rispetto al fatto "di lieve entità"; una pena sproporzionata, inoltre, sarà avvertita come ingiusta dal suo destinatario e, di conseguenza, non potrà mai assolvere alla funzione di rieducazione dello stesso.

³¹³Segnalano in questi termini il peso commisurativo della recidiva come decisamente eccessivo: AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, cit., 60; POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cassazione penale*, 2006, 2747.

³¹⁴«Il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare «neutralizzata» da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità». Corte Cost., n. 251/2012.

Sulla base di tutti questi rilievi, quindi, la Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 69 co. 4 c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co. 5 TU Stup. sulla recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p.. Ebbene, nonostante parte della dottrina abbia avanzato alcune perplessità sul limitato ambito applicativo della sentenza³¹⁵, si tratta, a ben vedere, e come è stato prontamente sottolineato dai primi commentatori³¹⁶, di una pronuncia “illuminata e coraggiosa”, che si è posta – come vedremo nel prosieguo dell'analisi – quale “apripista” di un rinnovato e condivisibile atteggiamento della giurisprudenza costituzionale, più attento al sostanziale rispetto del principio di legalità della pena, inteso nell'accezione più ampia possibile.

In perfetta linea di continuità con la pronuncia analizzata si pongono, infatti, due successive sentenze³¹⁷ con cui la Consulta ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale del divieto di subvalenza della recidiva reiterata rispetto ad altre due circostanze attenuanti, costituite rispettivamente dall'ipotesi di “ricettazione di lieve entità” di cui all'art. 648 comma 2 c.p. e da quella di “violenza sessuale di minore gravità” ai sensi dell'art. 609 *bis* comma 3 c.p..

Si tratta, nel primo caso, di un'attenuante indipendente, perché - come nel caso di cui all'art. 73 co. 5 TU Stup. - la pena per la fattispecie attenuata è determinata in maniera indipendente rispetto a quella del reato base: si prevede, infatti, la pena della reclusione

³¹⁵Segnaliamo che, da un punto di vista prettamente procedurale, una pronuncia di illegittimità costituzionale con oggetto più “esteso” non sarebbe stata ammissibile, posto che la stessa ordinanza di rimessione aveva dedotto la questione soltanto relativamente all'attenuante di cui all'art. 73 co. 5 TU Stup. (“*la questione si appunta alla sola circostanza attenuante specificamente indicata, senza carattere di generalità, perché in altri casi il divieto può trovare giustificazione*”). Sul punto v. però BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., 22, il quale rileva, in termini generali, che “nonostante la discrezionalità della recidiva, il problema della legittimità della blindatura del bilanciamento resta aperto”.

³¹⁶V. AMATO G., *Dopo l'interpretazione dei giudici di legittimità inizia a “sgretolarsi” l'impianto della ex Cirielli*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 48, 50. Tendenzialmente concorde, nella misura in cui la pronuncia accolga il presupposto dogmatico che ricollega il giudizio di bilanciamento alla fase di commisurazione in senso lato – e non in senso stretto – della pena, anche CARUSO G., *op. ult. cit.*, 14.

³¹⁷Si tratta di Corte Cost., sentenze del 14 aprile 2014, n. 105 e n. 106, in *Cass. Pen.*, 2014, 2425 ss., con note di APRILE E., *Divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 648 comma 2, c.p. sulla recidiva reiterata: prosegue l'opera della Consulta di “riscrittura” dell'art. 69 comma 4 c.p. e Incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 609 bis comma 3, c.p. sulla recidiva reiterata*; in *Guira dir.*, 2014, 19, 88 ss., con nota di AMATO G., e in *Archivio penale*, 2014, 2, con commento di CIVELLO G., *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza”*. Le ordinanze con cui sono state dedotte le questioni sono la n. 114/2013 della Corte di Appello di Ancona in *Gazzetta Ufficiale* n. 22, prima serie speciale, 2013 e la n. 275/2013 della Corte di Cassazione, sez. III penale in *Gazzetta Ufficiale*, n. 52, prima serie speciale, 2013.

sione fino a 6 anni e la multa fino a 516 euro per l'ipotesi di lieve entità, a fronte di una pena, per la fattispecie base di ricettazione, che prevede la reclusione da due a otto anni e la multa da 516 e 10.329 euro.

Rispetto al reato di violenza sessuale, invece, il co. 3 dell'art. 609 *bis* c.p. disciplinando la fattispecie di minore gravità prevede un'attenuante ad effetto speciale, che comporta cioè una modifica (nel senso della riduzione) della pena prevista per la fattispecie base (reclusione da cinque a dieci anni) “in misura non eccedente i due terzi”.

Si tratta quindi, ancora una volta, di circostanze attenuanti che, intrinsecamente basate sul limitato disvalore oggettivo del fatto commesso, prevedono per lo stesso una cornice edittale di pena notevolmente ridimensionata rispetto a quella stabilita per il reato non attenuato dalla circostanza in esame.

Ebbene, il percorso argomentativo seguito dalla Corte ripercorre sostanzialmente quello espresso precedentemente in tema di “spaccio di lieve entità”³¹⁸: le deroghe all'ordinario svolgimento del giudizio di bilanciamento in caso di concorso eterogeneo tra circostanze sono espressione della generale discrezionalità propria del legislatore penale³¹⁹ e, in quanto tali, non sono sindacabili se non nella misura in cui risultino irragionevoli o arbitrarie; “in ogni caso non possono giungere a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale³²⁰; alterazione che emerge per più aspetti nella situazione normativa in questione”.

La preclusione alla possibile valorizzazione delle attenuanti in esame, conseguente alla natura “parzialmente blindata” conferita alla recidiva reiterata dal nuovo co. 4 dell'art. 69 c.p., determina, come abbiamo visto, che il giudice debba irrogare una pena sulla base di una cornice edittale del tutto sproporzionata, per eccesso, rispetto al disvalore oggettivo del fatto commesso. Ciò che determina una violazione dei principi – tutti costituzionali – di ragionevolezza, proporzionalità, offensività, uguaglianza e finalismo rieducativo della pena.

³¹⁸Si segnala che il riferimento al principio di offensività, espressamente considerato dalla sentenza n. 105/2014) è solo implicito nella sentenza n. 106/2014 (che ha riguardo all'attenuante *ex art. 609 bis* co. 3 c.p.), poiché la violazione dello stesso non era stata oggetto di specifica deduzione da parte dell'ordinanza di remissione. Sembra comunque possibile ritenere che la rilevanza dello stesso sia data per scontata dall'argomentazione della Consulta. Sulla rilevanza del principio di offensività si veda in particolare lo studio monografico di MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

³¹⁹Sul punto v. PECCIOLI A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

³²⁰Corte Cost. n. 105/2014, che cita testualmente quanto rilevato in Corte Cost. n. 251/2012.

Non si tratta però soltanto, come accade generalmente nel caso di sindacato costituzionale sulle deroghe al bilanciamento³²¹, di verificare il rispetto del ruolo costituzionale attribuito alla discrezionalità del giudice penale nel momento di commisurazione della pena³²²: nel verificare la legittimità della deroga al bilanciamento di cui all'art. 69 co. 4 c.p., infatti, si tratta di valutare direttamente la “tenuta costituzionale” delle scelte politico-criminali effettuate dal legislatore che, nel caso concreto, ha moltiplicato a dismisura l'effetto aggravante della recidiva reiterata³²³. Essa, infatti, se concretamente ritenuta sussistente, non solo determinerà gli effetti di aumento di pena di cui all'art. 99 co. 4 c.p., ma, nello stesso tempo, paralizzerà l'effetto di qualsiasi attenuante concorrente per l'effetto dell'art. 69 co. 4 c.p.; con la conseguenza paradossale – nei casi che stiamo analizzando, di circostanze attenuanti che individuano cornici edittali di pena notevolmente ridotte rispetto a quelle “base”, in virtù del limitato disvalore oggettivo del fatto – che ad una fattispecie *ex lege* meritevole di una sanzione ridotta sarà di fatto comminata una sanzione aggravata, perché determinata in base a una cornice edittale sproporzionata, *in peius*, rispetto alla gravità del reato.

La Corte, dunque, valorizzando il contenuto della recidiva nei termini già citati di istituto che esprime una maggior colpevolezza e pericolosità sociale del reo, ribadisce l'impossibilità di fondare la pena in via esclusiva su esigenze solo retributive o, viceversa, solo special-preventive. Tale premessa porta a concludere che non è ammissibile una sanzione aggravata sulla base della sola pericolosità indipendentemente dalla colpevo-

³²¹Si segnala, a questo proposito, la fondamentale pronuncia della Consulta n. 38 del 13 febbraio 1985, in www.giurcost.it, che denunciava la non razionalità di una disciplina potenziale che avesse stabilito un esito obbligato per il giudizio di valenza in favore di una circostanza aggravante e nello stesso tempo avesse previsto l'impossibilità di applicare le circostanze concorrenti di segno opposto, precludendo in tal modo al giudice di effettuare una valutazione complessiva del fatto nella sua componente oggettiva e soggettiva.

³²²V. GARGANI A., *Commisurazione della pena*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 4 ss.

³²³In questi termini MICHAEL A., *Le attenuanti del “fatto lieve” in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 1089: “il vaglio costituzionale di simile deroga al bilanciamento ben trascende il tema della discrezionalità giudiziale per estendersi alle giustificazioni fondanti le variazioni di pena, onde verificare se quest'ultima sia legittima nell'an e nel quantum. Diviene, in definitiva, un sindacato sul buon uso da parte del legislatore del suo potere di definire la misura astratta della sanzione, piuttosto che sulla necessità di salvaguardare adeguati spazi di discrezionalità del giudice nel definire la pena in concreto”. Sul punto V. anche LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali. Voce per “Il libro dell'anno Treccani 2014”*, in www.penalecontemporaneo.it, che sottolinea, già rispetto alla sentenza C. Cost. 251/2012 che “la decisione si inserisce più nel nuovo filone delle sentenze concernenti il sindacato sull'entità delle pene che nelle sequenze dei colpi recati alle presunzioni assolute non sorrette da ragionevolezza”.

lezza per il fatto, diversamente venendo la pena ad assumere la funzione e le caratteristiche proprie della misura di sicurezza. Non solo, anche considerando la recidiva, nonostante la sua caratterizzazione “soggettiva”, un elemento aggravante che comunque attiene al fatto di reato³²⁴ – ed è dunque coerente con le esigenze dettate dal principio di colpevolezza – vi è un ostacolo insuperabile che pretende, ai fini dell'individualizzazione della pena, un'equilibrata considerazione dei fattori caratterizzanti colpevolezza e pericolosità da un lato e dall'altro di quelli inerenti all'oggettivo disvalore del fatto: si tratta, evidentemente, del già citato principio di offensività, chiamato a fungere da parametro di costituzionalità per sindacare il *quantum* degli aumenti sanzionatori collegati a circostanze aggravanti – come la recidiva - che prescindono da una valutazione circa la concreta lesività del fatto commesso.

All'esito di tali pronunce di parziale illegittimità costituzionale, dunque, al recidivo reiterato che commetta il delitto di cui agli artt. 648 co. 2 o 609 *bis* co.3³²⁵ c.p., potrà (*rectius* dovrà) essere comminata una pena realmente proporzionata in quanto determinata a partire dalla cornice edittale individuata dalla legge per la fattispecie attenuata. Sembra possibile, a questo proposito, immaginare che la conseguenza “pratica” di tali pronunce si tradurrà, di fatto, nella conclusione dell'esito del giudizio di bilanciamento rispetto a tali ipotesi attenuate – non solo con la recidiva reiterata ma rispetto a qualsiasi altra aggravante – nel senso della prevalenza delle attenuanti in esame; solo così, infatti, la pena potrà essere determinata dal giudice all'interno di limiti sanzionatori davvero

³²⁴Nel senso di un'inquadramento dogmatico della recidiva nella sfera della colpevolezza si è pronunciata anche la più attenta dottrina sul tema. V. per tutti AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit.

³²⁵Rispetto a tale attenuante la Consulta ha sottolineato in particolare come – in seguito alla riforma dei “delitti contro la libertà sessuale” realizzata per mezzo della l. n. 66/1996 – la nuova nozione unitaria di “atti sessuali” di cui all'art. 609 *bis* c.p. sia atta a ricomprendere, entro un'unica cornice sanzionatoria, qualsiasi comportamento che determini una lesione – più o meno grave - alla piena autodeterminazione della propria sfera sessuale. Di conseguenza, l'attenuante della “minore gravità”, prevista dal comma 3 del medesimo articolo, configura chiaramente un necessario temperamento degli effetti derivanti dalla concentrazione in unico reato di qualsiasi ipotesi delittuosa che, prima della riforma, trovava una differenziazione sia in termini di tipicità sia di trattamento sanzionatorio nei reati di “violenza carnale” e “atti di libidine violenti”. La circostanza di cui al co. 3, in sostanza, prevedendo che nei casi di minore gravità la pena (di cui al co. 1) possa essere ridotta fino ai due terzi, è finalizzata a prevedere un trattamento sanzionatorio proporzionato e adeguato per tutte quelle ipotesi di violazioni della libertà sessuale altrui che, pur essendo penalmente rilevanti, tuttavia si caratterizzano per la limitata intensità della lesione del bene giuridico tutelato. V. in questo senso ZUNICA F., *La recidiva e i suoi delicati rapporti con la Costituzione*, in SANTISE M. - ZUNICA F. (a cura di), *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, 2015, 41.

proporzionati al disvalore del fatto³²⁶.

Ciò non toglie che, pur permanendo vive delle perplessità per così dire “di sistema”, le pronunce della Consulta abbiano certamente segnato “due nuove conquiste nella battaglia contro il divieto di prevalenza”³²⁷ ed abbiano fornito un importante punto di riflessione sull'effettiva capacità di resistenza della riforma “ex Cirielli” a fronte dei più profondi principi di un sistema di diritto penale moderno e liberale³²⁸.

5. Non c'è più spazio per la recidiva obbligatoria: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 99 comma 5 c.p.

Esito ultimo di questo complessivo percorso di revisione in chiave costituzionalmente orientata della disciplina sulla recidiva – la cui reale portata deve forse ancora essere del tutto compresa, posta l'estrema attualità della pronuncia³²⁹ della Consulta – ha riguardato proprio quello che, a parere della maggior parte degli interpreti³³⁰, continuava a configurare uno dei nodi più problematici della disciplina dell'istituto dopo la riforma del 2005, ovvero l'ipotesi di obbligatorietà della recidiva di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p..

Abbiamo rilevato nel capitolo precedente³³¹ come la reintroduzione di un'ipotesi di recidiva obbligatoria da parte del legislatore della “ex Cirielli” avesse suscitato notevoli perplessità da molteplici punti di vista: da un lato si è visto con preoccupazione un

³²⁶Sul punto v. MICHAEL A., *op.cit.*, 1094, che rileva come tale “svilimento necessario” delle concorrenti circostanze aggravanti sia conseguenza dell'irragionevole assoggettamento al giudizio di bilanciamento di attenuanti ad effetto speciale e giustificate dalla particolare “tenuità offensiva del fatto”, a cui dovrebbe riconoscersi al contrario uno statuto applicativo obbligatorio, indipendente dagli esiti del potere discrezionale del giudice.

³²⁷ Così CIVELLO G., *Recidiva reiterata*, cit.

³²⁸ Assolutamente condivisibili – e nei fatti confermate - a questo proposito le osservazioni espresse da LEO G., *Automatismi sanzionatori*, cit., riferite alla “prima” (n. 251/2012) di questa serie di pronunce di illegittimità costituzionale del divieto di cui all'art. 69 co. 4 c.p.: “Non mancheranno certamente, nel prossimo futuro, tentativi di provocare un giudizio della Consulta sugli aspetti residui (e quantitativamente preponderanti) delle norme preclusive già intaccate. Fino a raggiungere forse, un giorno, il cuore del problema: se si legittimino, alla luce del nostro ordinamento costituzionale, casi di applicazione obbligatoria della recidiva, dai quali oltretutto far discendere effetti automatici diversi dall'aggravamento della pena, finanche per la fase esecutiva”.

³²⁹ Corte Cost., sentenza n.185, 23 luglio 2015, in www.giurcost.it. e in www.cortecostituzionale.it.

³³⁰ In questo senso v. BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., 23.

³³¹ Rinviamo al par. 3.6., Cap. I, per quanto riguarda l'analisi del tenore linguistico della disposizione di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p. e delle difficoltà interpretative cui ha dato luogo.

pericoloso ritorno al passato (alla disciplina del Codice Rocco), in netta controtendenza rispetto allo spirito e al contenuto della riforma del 1974, che, come noto, aveva previsto un generale sistema di facoltatività per l'istituto. Dall'altro lato, gli stessi termini in cui era stata costruita la disposizione avevano generato numerosi dubbi, sia in ordine all'effettivo ambito applicativo della norma, sia, da un punto di vista sostanziale, circa la ragionevolezza di una previsione che – proprio in quanto *obbligatoria* – svincolasse l'applicazione della recidiva dall'accertamento circa suoi presupposti di rilevanza, ovvero la maggiore colpevolezza e pericolosità del reo.

La disposizione di cui al co. 5 dell'art. 99 c.p., in sostanza, nel prevedere l'automatismo degli effetti della recidiva obbligatoria, si fonda su una presunzione assoluta che difficilmente appare giustificabile su un piano razionale. Il legislatore, infatti, ricollega l'aumento di pena automatico – prevedendo che nei casi di recidiva “aggravata” l'aumento stesso non possa essere inferiore a un terzo della pena da irrogare per il nuovo delitto – al fatto che il reo commetta un nuovo reato compreso nel catalogo di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.. Ebbene, si fatica davvero a comprendere in che modo il sol fatto di aver commesso un reato ricompreso in questa categoria - tra l'altro estremamente eterogenea ed elaborata per tutt'altre finalità³³² -, possa di per sé essere indicativo di una particolare colpevolezza o pericolosità del reo. Ciò, inoltre, è reso ancor più evidente dalla considerazione che l'unico elemento valorizzato dal legislatore sembra essere quello della gravità oggettiva del reato “espressivo”, cioè quello ricompreso nel suddetto catalogo, non rilevando in alcun modo altri indici che per vero appaiono assolutamente non trascurabili per un'effettiva valutazione dei criteri su cui si basa la recidiva³³³. Pensiamo, in particolare, alla possibile estrema disomogeneità tra il “vecchio” reato ed il nuovo (omogeneità che è valorizzata solo ai fini della previsione di un incremento di pena ancora maggiore, nell'ipotesi della recidiva *specificata*), e, inoltre, alla totale ininfluenza del fattore temporale, di modo che, se la seconda violazione rientra nel catalogo dell'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., gli effetti della recidiva saranno obbligatori a prescindere

³³² Sul punto v. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 182-183 e PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, cit., 63. La stessa Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 183/2011 sui limiti alla concessione delle attenuanti generiche – cfr. par. 3 del presente capitolo -, ha fatto espressamente riferimento in termini critici alla scelta del legislatore di collegare la disciplina *de qua* ad un “coacervo disomogeneo di titoli di reato” quale quello individuato dall'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.

³³³ In questo senso anche BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio*, cit., 24.

re da una anche rilevante distanza temporale rispetto al primo delitto (anche in questo caso il fattore della contiguità cronologica è rilevante solo nel senso di giustificare – per delitti commessi entro cinque anni - un aumento di pena più consistente rispetto alla recidiva semplice).

A fronte, quindi, di un soggetto già condannato per delitto non colposo, che commetta un ulteriore reato, *ex art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.*, il giudice sarà vincolato ad applicare l'aggravamento sanzionatorio previsto dal co. 5 dell'art. 99 c.p. e gli ulteriori effetti ad esso collegati (tra i quali, come abbiamo visto, il divieto di cui all'art. 62 *bis* co. 2 c.p., nei limiti derivanti dalla pronuncia di parziale incostituzionalità già analizzata).

In realtà, per quanto concerne specificamente il profilo relativo all'automaticità dell'aumento di pena, va rilevato che, a seguito della fondamentale pronuncia delle Sez. Unite n. 20798/2011- analizzata poc'anzi in tema di applicabilità dell'art. 63 co. 4 ai casi di recidiva comportanti un aumento di pena superiore a un terzo – è stato chiarito³³⁴ che la disciplina del concorso tra circostanze aggravanti ad effetto speciale, di cui al predetto articolo, è applicabile, senza alcuna deroga, anche alla recidiva obbligatoria.

Ai sensi dell'art. 63 co. 4 c.p., di conseguenza, si applicherà solo la pena per la circostanza più grave, che, nei fatti, potrebbe non essere la recidiva obbligatoria. In tal senso si avrà, quindi, una deroga all'inflessibile regime di obbligatorietà previsto dal co. 5 dell'art. 99 c.p., perché il giudice, applicando l'aumento di pena per l'aggravante più grave, lascerà priva di effetti la recidiva (benché) obbligatoria³³⁵, se non nei limiti della previsione di un ulteriore aumento calcolato sull'aumento per la circostanza più grave.

Similmente, nell'ipotesi in cui la recidiva obbligatoria non sia anche reiterata³³⁶,

³³⁴ In giurisprudenza, prima che sul punto si pronunciassero le Sez. Unite, era stata sostenuta anche la diversa tesi in base alla quale la disciplina di cui all'art. 63 co. 4 c.p. non sarebbe stata applicabile alle ipotesi di recidiva obbligatoria, proprio in virtù della necessaria *obbligatorietà* prevista dall'art. 99 co. 5 c.p., che sarebbe stata potenzialmente elusa dall'applicazione del meccanismo *ex art. 63 co. 4 c.p.*; in questo senso v. Cass. pen., sez. II, 25 giugno 2009, n. 26517, Grande, in *CED Cass.*, n. 244723.

³³⁵ In questo senso GATTA G. L., *Nota a Cassazione Sezioni Unite 20798 del 24 maggio 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 maggio 2011.

³³⁶ Tale rilievo presuppone l'accoglimento della tesi, in accordo con quanto è stato ribadito dalle Sez. Unite n. 20798/2011, secondo la quale la recidiva di cui all'art. 99 co. 5 c.p. “affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria” e non si limita perciò a prevedere, come pure è stato sostenuto, una forma di recidiva reiterata o aggravata obbligatoria. In questo senso già Cass. pen., sez. I, n. 46875, del 12 dicembre 2009, Moussaid, cit.; Cass. pen., sez. I, n. 29228, del 2 luglio 2007, Farris, *C.E.D. Cassazione* n. 236910, in motivazione. In dottrina cfr., ad es., MARINUCCI G. -DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., 2009, p. 506.

non vi sarà spazio per l'operatività del co. 4 dell'art. 69 c.p. e, di conseguenza, la recidiva ai sensi del co. 5 dell'art. 99 c.p. in concorso con circostanze di segno opposto, sarà oggetto del giudizio di bilanciamento senza alcuna preclusione in ordine agli esiti del giudizio stesso. Le recidiva del comma quinto, dunque, potrà essere ritenuta - al termine del giudizio di valenza - equivalente o anche subvalente rispetto alle attenuanti concorrenti, con la conseguenza - anche in questo caso - che l'obbligatorietà dell'aumento di pena *obbligatorio* subirà una deroga. Tale rilievo, pur non affrontato esplicitamente dalla pronuncia delle Sez.Unite, sembra tuttavia l'unico condivisibile³³⁷, pena un'inammissibile applicazione analogica *in malam partem*³³⁸ del divieto di prevalenza di cui all'art. 69 co. 4 c.p., posto espressamente ed esclusivamente con riferimento alla recidiva reiterata. Nello stesso senso, inoltre, militano ragioni di necessaria compatibilità costituzionale del sistema: abbiamo visto, infatti, come la giurisprudenza costituzionale e di legittimità siano in un primo momento riuscite a “salvare” la norma che imponeva un divieto di subvalenza della recidiva reiterata proprio facendo leva sul carattere ontologicamente facoltativo e discrezionale della circostanza in oggetto. A prescindere quindi dal fatto che tali esiti, ad oggi, siano già stati posti seriamente in discussione – per lo meno rispetto alle attenuanti di cui agli artt. 73 co. 5 TU Stup., 648 co 2 c.p. e 609 *bis* co. 3 c.p. - è evidente che, a maggior ragione, non sia ammissibile un'estensione dell'operatività dell'art. 69 co. 4 c.p. anche oltre il dato letterale, e rispetto a un'ipotesi di recidiva la cui applicazione, almeno nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto porsi come automatica e sottratta a qualsiasi valutazione discrezionale del giudice.

Tanto premesso, come rilevato in apertura, la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 99 c.p. continuava a porre agli interpreti in maniera sempre più urgente, visto anche il rinnovato atteggiamento della giurisprudenza - sempre più attenta a garantire una tutela davvero effettiva ai principi costituzionali-, il confronto con una norma fondata su una presunzione assoluta difficilmente giustificabile sul piano razionale e i cui effetti sanzionatori avrebbero dovuto operare in via automatica, privando il giudice di qualsiasi margine di discrezionalità e venendo così a configurare un trattamento pena-

³³⁷ In questo senso v. CARUSO G., *Limiti al giudizio di prevalenza delle attenuanti e recidiva obbligatoria*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 1409 ss.

³³⁸ Sulla rilevanza costituzionale del divieto di analogia *in malam partem* v. RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico al codice penale*, I, Bologna, 2011, 81 ss.

le – per una categoria particolare di autore – assolutamente severo e non modulabile sulla base delle concrete caratteristiche del caso specifico.

Ebbene, proprio sulla base di tali rilievi, e per la prima volta dopo varie pronunce di inammissibilità³³⁹, la Cassazione³⁴⁰ ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 99 co. 5 c.p., in relazione ai parametri della ragionevolezza, dell'uguaglianza e della proporzionalità della pena, ricavabili dagli articoli 3 e 27 co. 3 della Costituzione.

L'ordinanza in esame, evidentemente, riveste una rilevanza estrema. Non soltanto perché con essa la Consulta viene chiamata a pronunciarsi direttamente sulla legittimità della disposizione che il codice penale dedica specificamente alla recidiva – ovvero l'art. 99 – e non invece su alcuni degli effetti c.d. “indiretti” ricollegati dal legislatore alla sussistenza dell'aggravante stessa.

L'aspetto più interessante ed innovativo è costituito proprio dalla circostanza che, sulla base del caso concreto, in cui, a fronte di una precedente condanna per rissa, il soggetto era stato successivamente condannato per i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù e prostituzione minorile (reati *espressivi* perché compresi nel catalogo *ex art. 407 co. 2 lett. a)*, con l'applicazione di una pena estremamente aggravata sulla base della *recidiva obbligatoria*, la Cassazione ritiene rilevante la questione di costituzionalità inerente al meccanismo di cui al comma quinto dell'art. 99 c.p.³⁴¹.

Ebbene, la Suprema Corte giunge a tale conclusione attraverso un percorso argomentativo di massimo rilievo che permette di fare il punto su una serie di questioni fon-

³³⁹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2011, n. 6950, Blanco, in *Cass. pen.*, 2012, 156; Cass. pen., sez. II, 20 febbraio 2013, n. 8076, Consolo, in *Ced Cass.*, 254535.

³⁴⁰ Si tratta di Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2014, ordinanza n. 37443, in *Diritto penale e processo*, 2015, 47, con nota di ROCCHI F., «Semel malus semper preasumitur esse malus»: *dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica*.

³⁴¹ Il soggetto, con precedenti penali per rissa, era stato condannato in primo grado dalla Corte di Assise di Napoli alla pena di anni cinque e mesi sei di reclusione per i reati di cui agli artt. 600 e 600 *bis* co. 1 c.p., con riconoscimento delle attenuanti generiche ed esclusione della contestata recidiva semplice, non essendo ravvisata maggiore capacità a delinquere o pericolosità dell'imputato; ricorreva quindi il Procuratore Generale presso la Corte di Assise di Appello di Napoli, affermando la necessaria applicazione della recidiva obbligatoria ai sensi dell'art. 99 co. 5 c.p., in quanto i reati di cui agli artt. 600 e 600 *bis* c.p. rientrano nel catalogo previsto dall'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.; la pena veniva dunque rideterminata in anni otto e mesi due di reclusione, in applicazione della recidiva *ex art. 99 co. 1 e 5*. Avverso la sentenza proponeva ricorso per Cassazione il difensore dell'imputato, contestando l'applicazione obbligatoria della recidiva e chiedendo alla Corte di Cassazione di rimettere gli atti alla Consulta, deducendo l'illegittimità dell'art. 99 co. 5 c.p. per contrasto con gli artt. 3, 25, 27 e 111 Cost.

damentali, da sempre al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale post-riforma.

Innanzitutto, si sottolinea come, in base a quello che è ormai diritto vivente, la giurisprudenza sia giunta a chiarire che l'unica ipotesi non discrezionale di recidiva sia proprio quella di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p., restando al contrario la recidiva reiterata una circostanza facoltativa nell'*an* e vincolata nel *quantum*. La recidiva obbligatoria, inoltre, lungi dal configurarsi come figura autonoma e speciale, costituisce una specificazione delle ipotesi di recidiva descritte dai commi precedenti dell'art. 99, potendosi dunque “combinare” con la recidiva semplice, quella monoaggravata, quella pluriaggravata e quella reiterata. La precisazione è di estrema importanza, posto che, come abbiamo rilevato, nel giudizio *a quo* si trattava di un'ipotesi di recidiva semplice, qualificata tuttavia dal fatto che il “nuovo” delitto rientrasse nel catalogo *espressivo*.

La Corte ribadisce quindi – ed anche qui si tratta di un'osservazione fondamentale, che postula la rilevanza della questione, data l'assenza di possibili interpretazioni differenti della norma sospettata di incostituzionalità, – come a fronte della poca chiarezza della formulazione di cui all'art. 99 co. 5 c.p., si debba tuttavia ritenere che l'ambito applicativo della recidiva *obbligatoria* sia collegato alle ipotesi in cui il *nuovo* reato è compreso nel catalogo dell'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.; ciò sia sulla base del tenore letterale delle disposizioni³⁴², sia sulla base della più recente elaborazione resa sul punto da parte delle Sezioni Unite³⁴³.

Verificata in tal modo la rilevanza della questione, la Corte esamina successivamente la fondatezza della medesima; a questo proposito si ritiene imprescindibile fornire una ricostruzione del fondamento della recidiva, che permetta di chiarire gli spazi applicativi riservati alla stessa, alla luce, ancora una volta, delle più recenti attestazioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Ebbene, sul punto la Cassazione rileva come la recidiva, non essendo qualificabile come *status* personale del reo, ma integrando a tutti gli effetti una circostanza aggravante, trovi il proprio fondamento in un

³⁴² Vengono riproposte in tale sede le osservazioni che valorizzano: il fatto che sia la recidiva semplice che quella aggravata e quella reiterata attribuiscono rilievo, per l'integrazione dell'istituto, al *nuovo* o ad un *altro reato*; il fatto che il comma quinto faccia rinvio al comma secondo, il quale a sua volta fa riferimento al *nuovo delitto*; il fatto che il requisito della omogeneità tra prima e seconda violazione sia valorizzato espressamente solo nel caso della recidiva *specificata*, di cui al comma secondo, richiedendo che i due reati siano “della stessa indole”.

³⁴³ Si tratta ancora una volta della sentenza Sez. Unite n. 20798/2011, Indelicato.

duplice requisito³⁴⁴, consistente nella maggiore colpevolezza e pericolosità sociale del reo, che deve essere oggetto di valutazione concreta da parte del giudice nei termini di una “relazione qualificata” tra i precedenti e il nuovo delitto³⁴⁵. Tale fondamento, come ha rilevato la stessa giurisprudenza di legittimità³⁴⁶, costituisce il fulcro della valutazione discrezionale del giudice, poiché la recidiva può essere ritenuta sussistente e così *riconosciuta* solo in seguito ad una verifica positiva circa tali requisiti sostanziali. Ebbe, tale valutazione viene ad essere totalmente preclusa nel caso della recidiva obbligatoria, perché, ai sensi del comma 5 dell'art. 99 c.p., al giudice è inibito qualsiasi accertamento concreto circa l'attitudine del nuovo delitto – in relazione ai precedenti del reo - a dimostrare una maggiorata colpevolezza o pericolosità dello stesso.

Si tratta quindi, a tutti gli effetti, di un meccanismo basato su una presunzione assoluta di maggiore colpevolezza e pericolosità; presunzione che, inoltre, è fondata in maniera esclusiva sulla commissione di una determinata tipologia di reati (*ex art. 407 co. 2 lett. a c.p.p.*). La Cassazione, dunque, si interroga sulla ragionevolezza di tale preclusione e, valorizzando le caratteristiche della recidiva, costruita dal legislatore della riforma, come abbiamo più volte rilevato, in termini di genericità e perpetuità³⁴⁷, risponde

³⁴⁴ La Corte parla a questo proposito di “fondamento bivalente”. Sul punto v. BIANCHI D., *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, in *Dir. pen. Proc.*, 2014, 1115 ss.; in prospettiva decisamente critica della “recidiva bidimensionale” v. BRUNELLI D., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, speciali recidiva, 9 ss.; e BARTOLI R. voce *Recidiva*, in *Enc. Dir.*, 2014, 893.

³⁴⁵ “Il reo mediante la commissione di un nuovo reato deve dimostrare una maggiore attitudine a delinquere (...) 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 della commissione dei precedenti, e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”.

³⁴⁶ V. già citata Cass. pen., Sez. Unite, n. 35738 del 27 maggio 2010, Calibè.

³⁴⁷ Segnaliamo che, al contrario, è configurata sempre in termini qualificati la recidiva rilevante per l'applicazione delle sanzioni da parte del giudice di pace: ai sensi dell'art. 52 co. 3 d. lgs. n. 274/2000, infatti, la recidiva rileva se reiterata e infraquinquennale, ed è sempre subordinata alla valutazione discrezionale giudiziale in ordine all'eventuale presenza di attenuanti prevalenti o equivalenti. Sul tema più generale relativo alla discrezionalità del giudice di pace v. PICOTTI L., *Osservazioni conclusive sui contenuti e limiti della discrezionalità nel sistema penale del giudice di pace*, in PICOTTI L. - SPANGHER G., (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale: atti del Convegno di studio organizzato dalla Regione Trentino Alto Adige / Sudtirolo, dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento (Trento 21 e 22 novembre 2003)*, Milano, 2005, 273 ss., e, *ivi*, PAPA M., *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, 15 ss.

in maniera negativa al quesito. Ed infatti, la gravità del *nuovo* delitto rientrante nel catalogo citato, non sembra elemento da solo sufficiente a giustificare una presunzione *iuris et de iure* circa la maggior colpevolezza o pericolosità del reo, senza che abbia rilevanza alcuna la omogeneità tra il precedente reato ed il nuovo o la distanza temporale intercorrsa tra i diversi episodi criminosi.

Riprendendo il recente orientamento sposato dalla Consulta in tema di verifica della ragionevolezza delle presunzioni assolute, la Cassazione rileva come, nel caso concreto³⁴⁸, sia agevole immaginare ipotesi di accadimenti reali contrari alla regola che la presunzione pretende di generalizzare; la conseguenza è che il condannato per un reato notevolmente lontano nel tempo e del tutto disomogeneo rispetto al *nuovo* reato (*ex art. 407 co. 2 lett a c.p.p.*) si troverebbe sempre e comunque sottoposto ad un trattamento sanzionatorio nettamente aggravato, senza la possibilità di valorizzazione di nessuna circostanza concretamente presente ma di segno contrario. È evidente dunque la violazione dell'art. 3 della Costituzione, *sub specie* di mancanza di ragionevolezza della presunzione in esame.

Dal vizio di ragionevolezza della presunzione, derivano, conseguentemente, due ulteriori violazioni di principi costituzionali³⁴⁹: *in primis* risulta lesa il principio di uguaglianza sostanziale nella particolare accezione dello stesso che pretende non solo parità di trattamento di situazioni uguali, ma anche un trattamento differenziato per situazioni differenti: ai sensi del co. 5 dell'art. 99 c.p., infatti, lo stesso trattamento sanzionatorio aggravato dall'obbligatorietà della recidiva sarebbe riservato sia a colui che si trovi in una condizione analoga a quella dell'imputato nel giudizio *a quo* (avendo commesso un precedente delitto molto lontano nel tempo e non omogeneo rispetto al nuovo reato) sia

³⁴⁸ L'esempio del reo con precedente condanna per rissa poi condannato per il reato *ex art. 588 c.p.* – del tutto analogo al caso *sub iudice* posto a base dell'ordinanza di rimessione della Cassazione – era stato analizzato proprio per denunciare il grave *deficit* di ragionevolezza della disciplina della recidiva obbligatoria da AMBROSETTI E. M., *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 71.

³⁴⁹ V. GATTA G. L., *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 settembre 2014, che rileva come “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..”.

al soggetto che, dimostrando colpevolezza e pericolosità decisamente maggiori, commetta in un brevissimo arco di tempo due violazioni della stessa specie ed ugualmente rientranti nel catalogo dell'art. 407 co.2 lett. a) c.p.p.

In secondo luogo la Cassazione riscontra, quale effetto diretto dell'operatività automatica di tale irragionevole meccanismo sanzionatorio, la violazione del principio di proporzionalità della pena: “una pena palesemente sproporzionata - e dunque inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato - vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa” che l'art. 27 co. 3 Cost. assegna alla pena stessa.

Alla luce di tali molteplici e persuasivi rilievi la Corte Costituzionale si è pronunciata pochi mesi fa sulla questione³⁵⁰, affermando l'illegittimità costituzionale dell'art. 99 co. 5 c.p., come modificato dalla l. n. 251/2005, limitatamente alle parole “è obbligatorio”.

La pronuncia, che certamente sarà oggetto di massima attenzione da parte degli interpreti³⁵¹ e della giurisprudenza nel più prossimo futuro, data la massima rilevanza del suo contenuto, permette già di elaborare qualche prima riflessione che, come vedremo, si rivelerà utile per un complessivo ripensamento dell'istituto della recidiva all'interno del nostro sistema penale.

Innanzitutto, va sottolineato come la Consulta abbia sostanzialmente confermato tutte le censure mosse alla disciplina del quinto comma dell'art. 99 c.p. dall'ordinanza di rimessione della Cassazione. Così infatti sono state individuate plurime ragioni di contrasto tra la normativa in esame e i principi costituzionali.

In primis la Corte ha denunciato l'irragionevolezza assoluta della disposizione sotto due differenti punti di vista: da un lato, infatti, “*il rigido automatismo previsto – collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso – è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di com-*

³⁵⁰ V. qui nota 327.

³⁵¹ Sul punto segnaliamo già i contributi di BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 11, 2484 ss. e ROCCHI F., *Cadono l'obbligatorietà della recidiva “qualificata” e il relativo automatismo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 12, 1493 ss.

missione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice”. In sostanza si rileva una totale discrasia tra la rilevanza esclusiva attribuita dalla norma alla tipologia di reato ai fini dell'aumento di pena e il fondamento stesso della recidiva, posto che la particolare gravità del nuovo delitto – desunta, per vero in maniera astratta, dalla sola corrispondenza del delitto al catalogo dell'art 407 co. 2 lett. a) c.p.p., - è elemento di per sé solo del tutto inidoneo a qualificare la maggior colpevolezza o pericolosità del reo³⁵². Dall'altro lato, tale irragionevolezza è collegata anche alla circostanza che l'aumento di pena obbligatorio ai sensi del quinto comma, essendo riferibile in maniera indifferenziata a tutte le ipotesi di recidiva disciplinate dai commi precedenti³⁵³ si traduce in una arbitraria parificazione delle stesse, sempre sulla base dell'unico elemento costituito dalla “gravità del delitto” espressivo. È stato inoltre sottolineato acutamente, a questo proposito, che, in realtà, il riferimento esclusivo alla “gravità del delitto” finisce per essere preso in considerazione dal legislatore in senso puramente formale e astratto, proprio perché tale gravità viene presunta sulla base del “titolo del reato commesso”³⁵⁴, cui opportunamente si riferisce la Consulta nella propria argomentazione.

In secondo luogo l'irragionevolezza della norma è ricollegata, sulla scorta dei rilievi dell'ordinanza di rimessione nonché della più recente elaborazione sul punto effettuata dalla stessa Consulta³⁵⁵, all'intima arbitrarietà della presunzione assoluta su cui si basa. Non corrisponde infatti all'*id quod plerumque accidit*, nella misura in cui è agevolmente ipotizzabile l'esistenza di casi reali che la contraddicono, la regola posta alla base della presunzione, ovvero che il soggetto, il quale dopo una precedente condanna commetta un delitto ex art. 407, 2° comma lett. a) c.p.p., sia necessariamente più colpevole o

³⁵² La Consulta sottolinea, a questo proposito, che “l'irragionevolezza della norma impugnata è ancor più manifesta se si considera che l'elenco dei delitti che comportano l'obbligatorietà contenuto nell'art. 407, 2° comma, lettera a) c.p.p., concerne reati eterogenei, collegati dal legislatore solo in funzione di esigenze processuali e in particolare del termine di durata massima delle indagini preliminari, e quindi inidonei ad esprimere un comune significato ai fini dell'applicazione della recidiva”.

³⁵³ Sulla qualificazione del comma quinto in termini di specificazione applicabile a tutte le ipotesi previste dai commi precedenti dell'art. 99 c.p., e non quale ipotesi di recidiva “speciale”, rinviamo alla nota [x](#)

³⁵⁴ Così BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria*, cit., 2487.

³⁵⁵ Rispetto ai precedenti giurisprudenziali sull'irragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere rinviamo, qui, alla nota 300. Sul punto, a livello dottrinale, segnaliamo invece il recente contributo di MANES V., *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 457 ss.

più pericoloso e, dunque, meritevole di un trattamento sanzionatorio aggravato.

Il vizio della norma censurata, infine, viene riconosciuto sussistente dalla Consulta anche rispetto alla (non) conformità della stessa al principio di proporzionalità della pena: prevedere un aumento di pena obbligatorio solo sulla base del dato *formale* costituito dalla tipologia del nuovo reato commesso significa infatti, necessariamente, precludere l'accertamento da parte del giudice 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 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo*. Tale preclusione porta con sé la violazione dell'art. 27 co. 3 Cost. che pretende la proporzione tra tipo e misura della sanzione, da un lato, e offesa, dall'altro. Inibire all'organo giudicante di valorizzare qualsiasi indice che in concreto dovrebbe “sovrintendere all'applicazione della recidiva”, in sostanza, significa compromettere irrimediabilmente la fase di quantificazione della pena, rendendola sproporzionata per eccesso e in quanto tale anche inidonea alla finalità di rieducazione e risocializzazione del condannato.

Ebbene, sulla base di tali conclusioni pare opportuno soffermarsi brevemente sugli esiti applicativi e “di sistema” che sembra possibile ricavare dalla pronuncia della Consulta. Innanzitutto, dopo l'affermazione della parziale incostituzionalità dell'art. 99 co. 5 c.p., sarà conseguentemente rideterminato il contenuto della disposizione, che d'ora in avanti, posta la necessità di una valutazione preliminare e discrezionale circa la sussistenza dei presupposti sostanziali della recidiva, prevederà soltanto il *quantum* dell'aumento minimo di pena nel caso di recidiva “aggravata” (ex co. 2° art. 99 c.p.) quando il nuovo delitto commesso rientri nel catalogo dell'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.³⁵⁶

Ebbene, se questo senza dubbio è l'effetto per quanto concerne i processi in corso

³⁵⁶ Segnala i permanenti dubbi di legittimità costituzionale della nuova disposizione – *sub specie* di non conformità al principio di proporzionalità della previsione di un limite minimo di aumento di pena ricollegato ancora esclusivamente al titolo di reato commesso, BARTOLI R., *op. ult. cit.*, 2489: “A me pare che il nuovo contenuto del quinto comma continui a porre problemi di legittimità costituzionale rispetto al principio di proporzione, in quanto non si comprende la ragione per cui in presenza di un delitto caratterizzato da una peculiare gravità oggettiva si debba limitare la discrezionalità del giudice innalzando obbligatoriamente il minimo edittale, divenendo ancora una volta la mera gravità astratta del delitto un indice commisurativo del disvalore concreto del fatto”. L' A. sottolinea come, diversamente, la norma di cui all'art. 81 co. 4 c.p. - che in tema di reato continuato o concorso formale di reati ugualmente introduce un limite minimo per l'aumento di pena in caso di recidiva reiterata – risulti viceversa compatibile con una *ratio* di maggior colpevolezza o pericolosità legata al singolo reato, nella misura in cui si richieda per la sua applicazione che la recidiva reiterata sia applicata rispetto ai delitti oggetto del procedimento.

e futuri – che pretenderanno quindi una ponderazione concreta circa l'attitudine del nuovo reato, rispetto ai precedenti del reo, a qualificare il nuovo fatto nel senso di una maggior colpevolezza o pericolosità -, decisamente più problematica appare la situazione circa i processi già conclusi con sentenza di condanna passata in giudicato.

È noto infatti come, in seguito ai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità sugli effetti delle declaratorie di illegittimità costituzionale di norme *lato sensu* sanzionatorie³⁵⁷, il tradizionale principio dell'intangibilità del giudicato stia subendo un progressivo processo di erosione, all'insegna di una sempre più pregnante ed effettiva tutela del principio di legalità della pena e di quello di retroattività favorevole, espressamente riconosciuti come principi fondamentali della C.E.D.U. - e dunque, come parametri interposti di costituzionalità per le norme di diritto interno - grazie all'elaborazione ermeneutica effettuata sul punto dalla Corte di Strasburgo³⁵⁸.

Le stesse Sezioni Unite della Cassazione con una recente pronuncia sul tema³⁵⁹ - e proprio relativamente alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante del fatto “di lieve entità” di cui all'art. 73 co. 5 TU Stupefacenti sulla recidiva reiterata – hanno affermato un generale principio di diritto: qualora una norma penale, diversa da quella incriminatrice ma tuttavia idonea a qualificare *in melius* il trattamento sanzionatorio del reo, sia dichiarata incostituzionale, è necessario che il giudice dell'esecuzione, nonostante il giudicato, proceda alla rideterminazione della pena che il

³⁵⁷ Cfr. sul punto la fondamentale pronuncia sul caso c.d. dei “fratelli minori di Scoppola”, Cass. pen., sez. Unite, 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di BIGNAMI M., *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, 16 maggio 2014; in termini simili si veda anche ZIRULIA S., *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, *ivi*, 9 dicembre 2010, relativamente agli effetti della sentenza Corte Cost. n. 249/2010 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. “aggravante di clandestinità” di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p.; problematica simile si è infine posta anche in tema di sostanze stupefacenti con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità della legge c.d. “Fini – Giovanardi” avvenuta con la sentenza della Corte Cost. del 12 febbraio 2014, n. 32, relativamente alla quale v. CANZIAN N., *Pene 'incostituzionali' relative alle droghe 'leggere' e rideterminazione: a proposito di una pronuncia della Prima sezione penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 febbraio 2015 e cfr. Cass. pen., sez. Unite, 28 luglio 2015, n. 33040, in www.neldiritto.it.

³⁵⁸ Sul punto v. il recente contributo di TROISI P., *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015.

³⁵⁹ Cfr. Cass. pen., sez. unite, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, 41 ss., con nota di GAMBARDELLA M., *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, e con nota di Caruso G., *Metamorfosi del giudice dell'esecuzione: da “esecutore” a “garante” della legittimità della pena?*, in www.archiviopenale.it, 2014.

condannato sta ancora spiando³⁶⁰.

Tanto premesso, è possibile affermare che successivamente alla pronuncia della Consulta sull'art. 99 co. 5 c.p., sarà possibile per i soggetti che hanno subito una condanna passata in giudicato, con aumento di pena applicato soltanto sulla base della *obbligatorietà* della recidiva, chiedere ed ottenere che il giudice dell'esecuzione proceda alla rideterminazione della pena stessa, sottraendo detto aumento dalla porzione di pena ancora da eseguire. Il vero punto problematico, com'è stato effettivamente già rilevato dalle prime osservazioni critiche sulla questione³⁶¹, è stabilire quale sia la sfera di operatività concretamente attribuibile al giudice dell'esecuzione, a fronte del generale limite che consiste nell'accertamento del fatto così come effettuato dal giudice di cognizione e non più modificabile dopo il giudicato.

Certamente sembra opportuno ritenere che al giudice dell'esecuzione sia preclusa la modifica della pena comminata dal giudice di cognizione in applicazione della (allora) obbligatoria recidiva, ma motivata concretamente anche con una positiva valutazione circa la sussistenza, rispetto ai precedenti penali del reo, di una più accentuata colpevolezza o pericolosità; come hanno affermato le stesse Sez. Unite, infatti, *“le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile”*³⁶².

³⁶⁰ Il meccanismo applicativo cui il giudice dell'esecuzione è tenuto a ricorrere per rideterminare la pena, irrogata con sentenza di condanna già passata in giudicato e tuttavia ancora in fase di esecuzione, in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice, come è stato chiarito dalle Sez. Unite della Cassazione (v. nota 356) si fonda sul combinato disposto degli artt. 666 co.1 c.p.p. e art. 30, co. 4 della l. n. 87 del 1953: *“...il principio generale della cessazione di efficacia della norma di legge dichiarata incostituzionale (...) vale per tutti gli ambiti dell'ordinamento, e però, in forza dell'art. 30, quarto comma della legge n. 87 del 1953, in materia penale ha una portata ben maggiore, disponendosi che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali». La disposizione, come è stato efficacemente sintetizzato dalla dottrina, estende «al massimo l'incidenza 'retroattiva' delle decisioni d'incostituzionalità nella materia penale, quando si sia pronunciata sentenza di condanna in applicazione di leggi poi dichiarate incostituzionali. Tali sentenze, ancorché passate in giudicato, cessano di avere esecuzione e di produrre qualsiasi effetto penale. In questo caso il massimo di retroattività è stato previsto in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali, essendosi ritenuto inaccettabile (come e più che nell'abrogazione) che esse potessero ancora valere, una volta riconosciuta l'incostituzionalità del loro fondamento normativo”*, in www.neldiritto.it, con nota di PERRINI G.D., *Le Sezioni Unite sul potere del Giudice dell'esecuzione di rimodulare la pena a fronte della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice: la definitiva erosione del principio di intangibilità del giudicato*.

³⁶¹ In questo senso DIES R., *E' costituzionalmente illegittima la previsione di applicazione obbligatoria della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 luglio 2015.

³⁶² Cass. pen., Sez. Unite, n.42858 del 2014, Gatto, cit.

La questione appare decisamente più problematica quando la recidiva del quinto comma sia stata neutralizzata in sede di bilanciamento grazie al riconoscimento delle attenuanti, per esempio generiche, e manchi tuttavia una specifica motivazione della sentenza sul punto, in particolare sulle ragioni che giustificano l'applicazione delle attenuanti. Ebbene, in tal caso le soluzioni astrattamente percorribili sono differenti e tuttavia trovano convincenti argomenti a proprio sostegno. Da un lato, infatti, si potrebbe ipotizzare che il giudice dell'esecuzione possa escludere le attenuanti generiche applicate dal giudice in sede di cognizione con l'unico fine di porre nel nulla gli effetti sanzionatori, percepiti come eccessivamente gravosi e sproporzionati, della recidiva obbligatoria³⁶³; dall'altro lato, al contrario, in un'ottica più garantista del principio in base al quale il giudice dell'esecuzione non può, dopo il giudicato, più porre in discussione gli accertamenti sul fatto effettuati in sede di cognizione, bisognerebbe in questi casi concludere per l'impossibilità di intervenire e modificare la pena³⁶⁴. La questione è, naturalmente, ancora molto "calda" vista la attualità delle tematiche che involge, ma sembrava opportuno in questa sede segnalare per lo meno i termini del problema, che appare davvero molto interessante.

Merita infine un cenno, che verrà tuttavia approfondito nel capitolo seguente, una considerazione per così dire "sistematica" che è possibile trarre dalla sentenza della Consulta, meritevole di aver eliminato le ultime "scorie" di rigidità e automatismo presenti nella disciplina della recidiva.

Si tratta, per vero, di una riflessione che involge il fondamento stesso dell'istituto e che, in un certo senso, obbliga ad un complessivo ripensamento dello stesso alla luce dell'affermata necessità costituzionale della natura discrezionale della recidiva. In questo senso, in particolare, sarà necessario interrogarsi sulla sorte della sopravvissuta ipo-

³⁶³ In questo senso ROCCHI F., *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata"*, cit. 1504, e DIES R., *op. cit.*,: "In simili casi imporre al giudice dell'esecuzione di mantenere fermo l'accertamento del fatto, e quindi il riconoscimento delle generiche, comporterebbe un'ingiustificata riduzione di pena quale conseguenza dell'esclusione della recidiva obbligatoria. Per evitare questo esito l'unica strada è di consentire al giudice dell'esecuzione di escludere le generiche riconosciute in sede cognitiva, con la conseguenza che il procedimento di esecuzione finisce inevitabilmente col modificare il giudicato non solo in punto di determinazione della pena ma anche dell'accertamento del fatto".

³⁶⁴ Questa ci sembra, con ogni probabilità, l'opzione ricostruttiva preferibile, anche in considerazione del fatto che l'opposta lettura comporterebbe una revisione, da parte del giudice dell'esecuzione, di aspetti determinati in sede di cognizione e non "toccati" dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale. Opinione condivisa anche da BARTOLI R., *op. ult. cit.* 2490.

tesi di recidiva speciale *obbligatoria* di cui all'art. 296, commi 1 e 2, d.p.r. n. 43 del 1973, in tema di contrabbando, su cui già la Consulta si era pronunciata – affermandone la legittimità³⁶⁵ – ma che oggi, alla luce soprattutto della sentenza appena esaminata, sembra destinata a un sorte non diversa da quella dell'art. 99 comma quinto c.p.

Non solo, il riferimento che la Corte costituzionale ha effettuato rispetto al principio di proporzionalità, nell'affermare l'illegittimità di un aumento della pena svincolato dal rispetto del rapporto tra offesa e sanzione, impone una più profonda e generale riflessione sullo spazio da accordare, nel nostro ordinamento, ad una figura di recidiva che possa prescindere dal limite della colpevolezza per il fatto commesso. In quest'ottica, infatti, il collegamento della recidiva a valutazioni circa la pericolosità sociale lascia piuttosto perplessi, sia perché non è comprensibile il riferimento alla pericolosità rispetto al momento di commisurazione della *pena*, sia perché, *ab origine*, il principio di proporzionalità pretende, sempre e comunque, una corrispondenza tra pena e colpevolezza.

³⁶⁵ Si tratta della sentenza Corte Cost., 12 gennaio 1977, n. 5 in www.giurcost.it, con cui la Consulta aveva affermato la legittimità della disciplina in considerazione del fatto che le particolari caratteristiche dei reati ai quali era riferita la recidiva obbligatoria avrebbero preteso una tutela particolarmente pregnante data la “delicatezza degli interessi protetti”. È stato tuttavia sottolineato da ROCCHI F. come in realtà la questione fosse stata posta in termini differenti da quelli nei quali è stata sollevata la questione di costituzionalità rispetto all'art. 99 comma V c.p. (in *Cadono l'obbligatorietà della recidiva “qualificata” e il relativo automatismo sanzionatorio* in *Dir. pen. Proc.*, 2015, 12, 1505, nota 50.)

Capitolo III

Luci, ombre e prospettive

Sommario: 1. Tra prevenzione del reato e legalità della pena: le criticità della disciplina. Il fondamento della recidiva e il rispetto del principio di colpevolezza. - 2. L'efficacia preventiva della disciplina: neutralizzazione del reo, sovraffollamento carcerario e importanza dell'esecuzione della pena. - 3. Quale futuro per la recidiva? Da circostanza aggravante a indice di commisurazione della pena in concreto: il caso della Germania. - 4. Osservazioni conclusive.

1. Tra prevenzione del reato e legalità della pena: le criticità della disciplina. Il fondamento della recidiva e il rispetto del principio di colpevolezza.

L'analisi che abbiamo svolto nei capitoli precedenti ci ha permesso di mettere a fuoco i caratteri fondamentali attribuiti dal legislatore della riforma “ex Cirielli” alla recidiva e le modifiche che gli stessi hanno subito in conseguenza del complesso percorso interpretativo realizzato dalla giurisprudenza allo scopo di rendere la disciplina conforme ai principi fondamentali del nostro sistema di diritto penale costituzionale.

Ebbene, all'esito di tale percorso, che – come abbiamo rilevato – in più di un'occasione si è concluso con una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, sono emersi numerosi profili di criticità che, se adeguatamente valorizzati, rendono tutt'ora poco razionale, sotto molteplici punti di vista, l'architettura secondo la quale è stato “disegnato” l'istituto della recidiva.

A questo proposito sembra opportuno “tornare alle origini” del nostro discorso, e cioè, precisamente, al problema affrontato in apertura inerente al fondamento attribuibile alla recidiva. A prescindere dal fatto che, a livello dottrinale, la questione sia sempre stata estremamente dibattuta,³⁶⁶ anche in considerazioni delle diverse conformazioni attribuite all'istituto a livello legislativo³⁶⁷, abbiamo rilevato tuttavia come la giurisprudenza – sia di legittimità, sia costituzionale³⁶⁸ – abbia recentemente mostrato di aderire alla

³⁶⁶ Rinviamo sul punto al par. 1 del Cap. I.

³⁶⁷ Per una ricostruzione approfondita dei caratteri del dibattito, v., per tutti, AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 16 ss.

³⁶⁸ In questi termini v. Cass. pen., Sez. Unite, n. 35738 del 2010, Calibè, cit., e Corte Cost., n. 192 del 2007, cit.

tesi che riconosce una *ratio* bidimensionale alla recidiva, facendo riferimento contemporaneamente, ma in via alternativa, alla maggiore colpevolezza o alla maggiore pericolosità sociale del reo. Ebbene, tale ricostruzione non pare in realtà convincente e sembra quasi dissimulare una volontaria elusione del problema. Il riferimento alternativo a due concetti così distanti rischia infatti *in primis* di generare una sorta di “confusione” a livello dogmatico, di incertezza nella esatta ricostruzione della ragione giustificatrice dell'istituto; in secondo luogo, ma ancora più gravemente, tale costruzione sul piano applicativo determina che l'istituto possa essere riconosciuto o escluso valorizzando una *ratio* differente caso per caso, rimettendosi in sostanza a una decisione tanto delicata al concreto apprezzamento del singolo giudice, con inevitabili conseguenze in punto di violazione del principio di uguaglianza³⁶⁹.

La ricostruzione del fondamento della recidiva, in realtà, lungi dal trovare una definizione pacifica e soddisfacente sulla base della disciplina dedicata dal legislatore all'istituto³⁷⁰, sembra non poter davvero prescindere da una valutazione congiunta dell'ambito applicativo che la legge riserva all'istituto “in combinato disposto” con i principi costituzionali destinati ad operare nell'ambito medesimo. Si tratta, cioè, di cercare di fornire un'interpretazione della *ratio* dell'istituto costituzionalmente orientata, anche alla luce delle indicazioni ricavabili dalla recente pronuncia della Consulta che ha sancito l'illegittimità dell'unica ipotesi di recidiva obbligatoria.

Ebbene, in quest'ottica, considerando l'effetto primario e principale della recidiva, ovvero l'aumento di pena applicato al soggetto che dopo una precedente condanna delinque nuovamente, è imprescindibile il confronto – per vagliarne la legittimità – di

³⁶⁹ BARTOLI R., voce *Recidiva*, cit., 892.

³⁷⁰ Ai fini dell'affermazione della *ratio* della recidiva in chiave retribuzionistica, quale *ratio* di maggiore colpevolezza, ovvero in chiave preventiva, quale *ratio* di maggior capacità a delinquere, sono stati valorizzati in dottrina sia il carattere obbligatorio/discrezionale della recidiva – per cui l'obbligatorietà dimostrerebbe un fondamento in termini di colpevolezza, mentre la discrezionalità sarebbe coerente con una *ratio* di maggiore capacità a delinquere – sia la natura giuridica dell'istituto, qualificabile in termini di circostanza volendo ricondurlo a un fondamento di colpevolezza o, al contrario, in termini di *status* soggettivo aderendo a un fondamento di maggiore capacità criminale del reo. In realtà, entrambe le proposte ricostruttive non sono apparse convincenti. A questo proposito v. in particolare AMBROSETTI E. M., *Op. ult. cit.*, 17 ss., che sottolinea come “la discrezionalità è di per se stessa un “dato neutro” il quale si colora di significato solamente in rapporto con la specifica funzione che l'ordinamento assegna all'istituto in questione (...) La contraddittorietà delle posizioni dottrinali è in sé sintomatica quanto alla possibilità di valutare in modo del tutto opposto la trasformazione del regime da obbligatorio a discrezionale”. Sul punto v. anche PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 270 e PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, 541.

tale aumento di pena con il principio di proporzionalità. Se, cioè, la recidiva opera in senso aggravante in sede di commisurazione della pena, è necessario, perché la stessa sia costituzionalmente legittima, che essa risponda a una *ratio* di maggiore colpevolezza per il fatto³⁷¹. La proporzionalità tra gravità dell'offesa e sanzione impone quindi che la recidiva, idonea ad aumentare la misura della sanzione stessa, trovi un riscontro nella colpevolezza del reo³⁷². Non solo, lo stesso principio di personalità della responsabilità penale pretende, nella sua accezione più moderna e garantista³⁷³, la verifica circa la sussistenza di un legame psicologico tra autore del reato ed elementi idonei ad aggravarne la responsabilità: la conoscenza della precedente condanna, allora, lungi dal poter costituire un mero presupposto formale, diventa vero e proprio requisito sostanziale, che giustifica una valutazione di maggiorata colpevolezza nei confronti del recidivo il quale, nonostante il monito della condanna passata, commette un altro reato.

In quest'ottica, dunque, concepire la recidiva come fondata unicamente su una *ratio* di maggiore pericolosità sociale non sarebbe possibile: sia perché, com'è stato sottolineato, non ha senso fare riferimento alla pericolosità sociale rispetto alla commisurazione della pena³⁷⁴, sia perché, come abbiamo rilevato, ciò comporterebbe una violazione

³⁷¹ A tali conclusioni, oggi ulteriormente corroborate dalla sentenza della Corte Costituzionale, n. 185 del 2015 (cit.), era già giunta la più attenta dottrina, anche anteriormente alla riforma del 2005. Cfr. sul punto LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 99 ss.; AMBROSETTI E. M., *Op. ult. cit.*, 235 ss; PITTARO P., *voce Recidiva*, cit., 366 ss.; MAZZA L., *voce Recidiva*, cit., 74 ss.

³⁷² In questo senso v. BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio*, cit. 24, e Palazzo F., *Op. ult. cit.*, 597, che sottolinea come “la misura della pena corrispondente alla gravità del reato costituisce il limite comunque invalicabile rispetto al quale la capacità criminale può operare solo verso il basso”.

³⁷³ Sul punto si veda l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale rispetto alla portata di tale principio, in particolare cfr. Corte Cost. sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 in www.giurcost.it, nonché Corte Cost., sentenza n. 322 del 2007 (ivi) che ha chiarito, evidenziando il nesso funzionale tra colpevolezza e finalità rieducativa della pena: “il principio di personalità della responsabilità penale potrebbe dirsi rispettato solo quando il precetto penale sia formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l'agente e il “nucleo significativo o fondante della fattispecie”, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato, giustificando così la funzione della pena, che ne consegue”.

³⁷⁴ V. sul punto PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 360 ss. e BARTOLI R., *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2013, 1705: “In sede di commisurazione della pena, anche una lettura della capacità a delinquere in termini di pericolosità sociale suscita non poche perplessità. Ed infatti, anzitutto non è chiaro il legame che intercorre tra pericolosità sociale e pena, nel senso che non si comprende quale funzione possa avere una pena maggiore nell'effettivo controllo e contenimento di una pericolosità sociale che concerne oltretutto un soggetto imputabile (...) Inoltre, se il soggetto risulta pericoloso, sarebbe necessaria una misura di sicurezza: quindi di quale pericolosità si parla? È possibile distinguere una pericolosità sociale della misura di sicurezza e una pericolosità sociale della pena?”.

ne del principio di colpevolezza nella misura in cui l'aumento di pena determinato dalla recidiva, considerata in chiave di maggior pericolosità - e dunque senza un collegamento rispetto alla colpevolezza per il fatto-, non è compatibile con il principio di proporzionalità di cui all'art. 27 co. 1 e 3 della Costituzione³⁷⁵.

Ebbene, se considerando l'effetto diretto principale della recidiva è necessaria una lettura della stessa in chiave di colpevolezza, la valutazione dei plurimi effetti indiretti che il legislatore ha ricollegato alla sussistenza della circostanza conduce ad esiti opposti. La maggioranza degli "effetti secondari" della recidiva³⁷⁶, infatti, è chiaramente ispirata a una logica di prevenzione, fondata su valutazioni legate alla pericolosità del reo e alla sua capacità a delinquere. Si tratta, infatti, di disposizioni che valorizzano la recidiva in funzione della previsione di limiti o preclusioni rispetto all'operatività di istituti diversi, in fase sia di commisurazione della pena che di esecuzione della stessa. Pensiamo, in particolare, al limite alla concessione delle attenuanti generiche³⁷⁷ per il recidivo reiterato, all'incremento del tempo utile alla prescrizione della pena³⁷⁸, alle preclusioni in tema di amnistia e indulto, alla norma che prevede un aumento del tempo necessario per ottenere la riabilitazione³⁷⁹ e, da ultimo ma non certo per importanza, agli importanti limiti imposti in sede esecutiva per accedere ai permessi premio e alle misure alter-

³⁷⁵ Bartoli R., *Recidiva obbligatoria*, cit., 2490.

³⁷⁶ Fanno eccezione, in quanto fondamentalmente riconducibili a una *ratio* di maggior colpevolezza, la disposizione di cui all'art. 81 co. 4 c.p. che prevede in caso di recidiva reiterata un limite minimo di aumento della pena per l'ipotesi di reato continuato o concorso formale di reati - sul punto v. Bartoli R., *Commento all'art. 5, l. 5.12.2005, n. 251 - Modifiche al codice penale -*, e la norma ex art. 157, co.2, c.p. che prevede un innalzamento del termine di prescrizione del reato per il recidivo reiterato (su cui v. Bertolino M., *Il reo*, cit., 174 e Riccardi G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-culturali e schizofrenie legislative*, in *Ind. Pen.*, 2007, 509 ss.).

³⁷⁷ Rispetto a tale previsione la stessa pronuncia della Corte Cost. già analizzata nel par. 3 del Cap. II (n. 183/2011) ha avvalorato una lettura della *ratio* della disposizione orientata alla valorizzazione della capacità a delinquere del reo, affermando - ai fini della declaratoria di incostituzionalità della norma - che la stessa "*precludendo al giudice di fondare il riconoscimento delle attenuanti generiche sulla condotta successiva al reato, privilegia uno dei parametri indicati dal secondo comma dell'art. 133 c.p. - la precedente attività delittuosa del reo - come sintomatico della capacità a delinquere rispetto agli altri*".

³⁷⁸ Per una lettura dell'istituto in chiave spiccatamente special-preventiva v. PADOVANI T., in ROMANO M. - GRASSO G. - PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, III, 239 ss.

³⁷⁹ In tema di amnistia e indulto, data la natura di istituti clemenziali degli stessi, pare pacifica la *ratio* di maggior capacità criminale cui è ispirata la preclusione per il soggetto recidivo; similmente, in tema di riabilitazione, l'innalzamento del tempo per ottenere il beneficio per il recidivo sembra rispondere alla necessità di una rafforzata dimostrazione, da parte di tale soggetto, circa la propria minorata capacità a delinquere.

native della detenzione domiciliare e della semilibertà³⁸⁰. In tutti questi casi, dovendosi individuare un collegamento razionale tra effetto preclusivo della recidiva e istituto oggetto della preclusione, è evidente che la stessa non può che essere considerata dal punto di vista della maggiore capacità a delinquere del soggetto. Si tratta, per vero, di istituti intimamente connessi a valutazioni di tipo special-preventivo, che postulano una prognosi positiva sulla futura condotta del reo. In altre parole, cioè, le preclusioni o i limiti alla concessione di tali istituti postulano una valutazione (presuntiva) in termini di accentuata pericolosità del recidivo.

Ecco, dunque, la persistente e ontologica contraddizione riveniente nella concezione bidimensionale della *ratio* della recidiva, posto che, come la stessa giurisprudenza ha avuto modo di chiarire a fronte del sostanziale silenzio del legislatore sul punto³⁸¹, la valutazione discrezionale che il giudice è tenuto ad effettuare per decidere se riconosce o meno la recidiva è identica sia per quanto riguarda l'effetto diretto – ovvero l'aumento di pena – sia per quanto riguarda gli effetti c.d. secondari o indiretti. Per quanto concerne gli effetti indiretti applicabili in sede di cognizione – come, ad esempio, il limite minimo per l'aumento di pena per la *continuazione* - infatti, la valutazione circa la sussistenza della recidiva sarà necessariamente unitaria, effettuata dal giudice della cognizione che procederà, nella stessa sede, e solo se concretamente riconosciuta l'aggravante, all'aumento di pena e all'applicazione del limite minimo per la pena stessa derivante dalla circostanza³⁸². Per quanto riguarda, invece, l'applicazione degli effetti indiretti in sede di esecuzione, la questione è almeno apparentemente più complessa, posto che sono presenti due diversi organi giudicanti ai quali spetta rispettivamente l'applicazione della recidiva e dei suoi effetti nella sede processuale di propria competenza. Ebbene, abbiamo sul punto avuto modo di rilevare come la giurisprudenza abbia progressi-

³⁸⁰ Rispetto al fondamento dei limiti posti alla concessione di permessi premio e detenzione domiciliare e semilibertà v. BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., 123 ss., che riconduce ad ipotesi di presunzioni assolute di pericolosità sociale le preclusioni in oggetto, in considerazione del fatto che la concessione di tali istituti è normalmente subordinata proprio a una preventiva valutazione prognostica circa la non recidiva.

³⁸¹ In maniera approfondita, sulla questione v. BARTOLI R., *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva*, cit., 1710 ss.

³⁸² Sull'impossibilità di ritenere operante il limite di cui all'art. 81 co. 4 c.p. in assenza di una concreta valutazione circa il riconoscimento della recidiva reiterata nel caso concreto, ma solo sulla base della *dichiarazione* di tale circostanza contenuta in una precedente sentenza di condanna, v. Cass. pen., sez. Unif., n. 35738 del 2010, Calibè, cit., relativamente alla quale rinviamo alla note n. 257.

vamente rigettato la teoria della c.d. discrezionalità bifasica³⁸³ che in sostanza finiva per negare il reale carattere discrezionale della recidiva³⁸⁴, affermando che il giudice di cognizione potesse stabilire unicamente se apportare o meno l'aumento di pena sulla base della circostanza, restando invece tutti gli altri “effetti secondari” inerenti alla stessa obbligatori e, di conseguenza, automaticamente applicabili in sede di esecuzione anche a fronte dell'esclusione della recidiva nel processo di merito. La giurisprudenza ha chiarito, al contrario, che, non essendo possibile qualificare la recidiva come mero *status* soggettivo, ma dovendo al contrario riscontrarsi la sussistenza dei presupposti sostanziali perché la stessa possa concretamente spiegare effetti - sia diretti che indiretti-, il giudice dell'esecuzione potrà applicare questi ultimi solo se, a monte, in sede di merito, la recidiva sia stata *applicata*, con ciò intendendo sia il caso in cui sia stato disposto il relativo aumento di pena, sia quello in cui la recidiva abbia paralizzato l'effetto di un'attenuante concorrente in sede di bilanciamento³⁸⁵.

Risulta quindi evidente, sulla base di tali considerazioni, che la valutazione in ordine alla sussistenza della recidiva rispetto agli effetti diretti è assolutamente identica a quella inerente agli effetti indiretti. Ciò che ci riporta immediatamente a quegli aspetti irrisolti di irrazionalità di sistema che la recidiva ancora pone.

Ed infatti se, come abbiamo rilevato, la valutazione sulla recidiva è unitaria, unitaria dovrebbe essere di conseguenza anche la *ratio* cui la stessa è ispirata nelle diverse disposizioni che la prevedono quale fondamento applicativo. Al contrario, però, poc'anzi abbiamo visto come, in realtà, sia riscontrabile una netta contrapposizione tra *ratio* dell'effetto diretto della recidiva – ovvero aumento di pena – e *ratio* della maggior parte degli effetti indiretti ricollegati alla stessa.

Nel primo caso, infatti, una ricostruzione del fondamento della recidiva in termini di maggior colpevolezza si impone perché sia rispettato il fondamentale principio di proporzionalità tra offesa e sanzione, che pretende, per la legittimità di qualsiasi aumento di pena, che lo stesso risponda a una logica di colpevolezza per il fatto commesso. At-

³⁸³ Cfr. Cass., Sez. IV, 22 febbraio 2008, n. 15232, Fahir, cit. Si rinvia sul punto al par. 1 del Cap. II.

³⁸⁴ Carattere discrezionale che oggi, alla luce della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 99 co. 5 c.p. nella parte in cui prevede che l'aumento di pena “è *obbligatorio*” diventa requisito fondante la stessa compatibilità costituzionale della recidiva nel nostro ordinamento.

³⁸⁵ Cfr., per tutti, ancora una volta Cass. pen., Sez. Unite, n. 35738 del 2010, Calibè, cit.

tribuire viceversa all'aumento di pena generato dalla recidiva una *ratio* in termini di maggior capacità a delinquere del reo significherebbe sostanzialmente ignorare le istanze costituzionali che garantiscono una responsabilità penale personale che trova appunto il proprio limite insuperabile nella colpevolezza.

Nel secondo caso, come abbiamo sottolineato, si tratta di effetti indiretti intimamente orientati a una *ratio* di maggior capacità a delinquere espressa dal soggetto recidivo: si tratta di benefici o istituti premiali che vengono preclusi o fortemente limitati nella fruibilità proprio da parte del soggetto che, a causa della propria carriera criminale, manifesta un rischio concreto di recidiva.

La questione si dimostra quindi evidente nella propria problematicità ed obbliga gli interpreti ad interrogarsi su possibili strade percorribili, nell'attesa, forse, di un auspicabile e più radicale intervento sul punto da parte del legislatore. In realtà, com'è stato sottolineato, essendo certamente preferibile ricostruire la *ratio* del fenomeno della recidiva in termini cumulativi – e non alternativi – fondati su una valutazione di maggior colpevolezza e di maggior pericolosità sociale del reo, non sembra che si possa davvero prescindere da una necessaria separazione della valutazione sulla rilevanza dei precedenti in sede di commisurazione della pena (e cioè rispetto all'effetto diretto della recidiva *sub specie* di aumento di pena) dalle esigenze special-preventive che la recidiva pone in sede esecutiva³⁸⁶. Rispetto a queste ultime, infatti, lo stesso principio di finalismo rieducativo della pena sembra richiedere la possibilità che il giudice dell'esecuzione compia una valutazione sulla reale pericolosità sociale del reo che sia autonoma rispetto a quella effettuata - a fini commisurativi – dal giudice di merito in sede di cognizione³⁸⁷. Tale soluzione, che effettivamente comporterebbe una sorta di “struttura bifasica” per il sistema sanzionatorio in sede esecutiva, appare in realtà forse l'unica via per rendere il sistema stesso conforme ai principi costituzionali e aperto alle flessibili esigenze derivanti da una concreta valutazione della pericolosità del reo nel tempo³⁸⁸.

³⁸⁶ BARTOLI R., *Op. ult. cit.*, 1721 ss.

³⁸⁷ In termini analoghi LEO G., *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2012, Diritto penale, parte generale*, Roma, 2012, 177, ha rilevato in chiave critica come l'attuale disciplina della recidiva comporti che “*gli automatismi impegnano un giudice sulla base di valutazioni compiute altrove, in base a parametri diversi da quelli che ordinariamente governano le decisioni in executivis. Soprattutto in base a decisioni assunte prima che la vicenda esecutiva abbia il proprio svolgimento*”.

³⁸⁸ BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria*, cit., 2491: “*Vero che la maggior parte delle ipotesi di effetti indiretti*

2. L'efficacia preventiva della disciplina: neutralizzazione del reo, sovraffollamento carcerario e importanza dell'esecuzione della pena.

A fronte dei rilevanti dubbi sulla razionalità del sistema su cui si basa la disciplina della recidiva, rivenienti, come abbiamo rilevato, dalla sussistenza di *rationes* profondamente diverse che giustificano il riconoscimento dell'istituto da un lato in sede di cognizione rispetto all'applicazione dell'aumento di pena e, dall'altro lato, in sede esecutiva rispetto ai molteplici effetti indiretti legati alla recidiva, pare ora opportuno osservare il fenomeno da un'altra prospettiva. Se, infatti, certamente permane ad oggi l'esigenza di farsi carico del rischio di recidiva e di apprestare strumenti penali per un suo controllo³⁸⁹, non sembra possibile prescindere da una valutazione della disciplina predisposta sul punto dal legislatore, anche e soprattutto nell'ottica dell'efficacia preventiva speciale e generale.

Ebbene, in quest'ottica il bilancio sulla riforma della recidiva realizzata con la legge “ex Cirielli” non può che essere negativo³⁹⁰.

In realtà, a ben vedere, la stessa logica “incapacitante” cui si è ispirata la novella del 2005, come è stato sottolineato, finisce per contraddire le stesse radici ideali di una filosofia rieducativa dello strumento penale³⁹¹, accettando – di fatto – una linea di durezza fine a se stessa, sul modello americano delle *three strikes laws*, finalizzate alla neu-

in sede di esecuzione è stata abrogata nel 2013 (art. 2, d. l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modifiche in l. 9 agosto 2013, n. 94), è anche vero che continuano ad essere numerosi gli effetti indiretti riguardo soprattutto ad alcuni istituti della punibilità (es. prescrizione del reato e della pena). Ecco allora che, in questa prospettiva, ogni volta che viene in gioco la recidiva avente effetti indiretti ispirata ad esigenze di maggiore pericolosità sociale, si potrebbe attribuire al giudice il potere di valutare in concreto la pericolosità del recidivo. Ciò aprirebbe il sistema sanzionatorio a una struttura sempre più bifasica, ma tale esito non deve scandalizzare più di tanto se si considera che è l'unico modo per renderlo più razionale e coerente con le esigenze special-preventive e che è in linea con l'orientamento tracciato dalla sentenza Gatto volto a potenziare sempre di più i poteri del giudice che si trova ad applicare in concreto l'istituto che di volta in volta incide sulla pena”.

³⁸⁹ PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 354 ss.

³⁹⁰ Sottolinea la diffidenza nei confronti dell'istituto della recidiva, suffragata dagli studi criminologici, DOLCINI E., in *La recidiva riformata*, cit. 515: “L'esito di una politica della prevenzione fondata su pene più severe in presenza di precedenti condanne appare dappertutto inferiore alle aspettative (...) l'approccio criminologico alla recidiva mostra che tale istituto non dà un contributo apprezzabile alla prevenzione della criminalità, e per converso accentua il carattere selettivo proprio del diritto penale.”

³⁹¹ GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., 146, e più diffusamente sulle vicende dell'ideale rieducativo della pena in *The Rise and Fall of the Rehabilitative Ideal in Italian Criminal Justice*, in *Global Jurist Topics*, www.bepress.com, 2002.

tralizzazione del condannato e responsabili, insieme a politiche sociali ed economiche tese a radicalizzare le diseguglianze a scapito delle fasce di popolazione più povere, del devastante fenomeno di *mass incarceration*³⁹².

In realtà il fenomeno del recidivismo, sul quale ancora oggi mancano dati specifici chiari e correttamente raccolti da un punto di vista metodologico,³⁹³ è stato purtroppo spesso strumentalizzato sia dai mass-media sia dalla politica, con la conseguenza che la percezione dello stesso da parte dell'opinione pubblica risulta spesso notevolmente alterata. Tanto premesso è tuttavia possibile, con l'ausilio di alcuni dati statistici e alcuni studi che si sono specificamente occupati della materia, effettuare alcune osservazioni in ordine al rapporto tra condanna, esecuzione della pena e recidiva.

Posto che, com'è stato rilevato anche recentemente³⁹⁴, è un dato ormai assodato che la recidiva non si combatte efficacemente attraverso la neutralizzazione-segregazione carceraria, la quale anzi, al contrario, e come ha dimostrato l'esperienza statunitense, porta se possibile a un'esponenziale moltiplicazione dei crimini commessi da chi è già recidivo, è necessario semmai valutare in che modo l'esecuzione della pena possa intervenire sul fenomeno del recidivismo con l'obiettivo di limitarlo.

A questo proposito è interessante notare come, sulla base dei dati diffusi dal XI Rapporto nazionale sulle condizioni detentive del 2015 ad opera della Associazione An-

³⁹² Sul punto v. ZIMRING F. - HAWKINS G., "The New Mathematics of Imprisonment", *Crime and Delinquency*, 34, ottobre 1988, 426 ss. e gli interessanti rapporti di *Human Rights Watch* sui *supermax* in <http://www.hrw.org/wr2k2/prison.html>. Per quanto riguarda specificamente la situazione italiana v. ANASTASIA S., "Piano carceri" e politiche penitenziarie, in RONCO D. - SCANDURRA A. - TORRENTE G., *Le prigioni malate, VIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia*, 2011, 175 ss.: "Il fallimento del sistema penitenziario italiano è lo specchio del fallimento del sistema penale che lo governa. È il fallimento della ideologia della "tolleranza zero" e della sua confusione tra crimine "comportamento anti-sociale" e "a-normalità". Se tutto ciò che è difforme o irregolare è reato (anche fatti e status inoffensivi) e tutto merita di essere severamente punito, tutto finisce in carcere, e il carcere finisce per essere un enorme centro di detenzione, in cui sono ammassati italiani e stranieri, tossici e no, accatastati in attesa di un altro passaggio nella porta girevole".

³⁹³ MANCONI L. - TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Firenze, 2015, e LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, Ministero della Giustizia, Roma, 2007 Nuova Serie - Anno XI - Maggio-Agosto 2007 e in www.ristretti.it: "Mancano dati certi e osservazioni sufficientemente prolungate nel tempo sulla commissione di reati, in particolare per coloro che hanno fruito delle misure alternative alla detenzione. Per questo motivo, soprattutto sui mezzi di comunicazione di massa e, di conseguenza, nel sentire comune, quando si affronta questo argomento spesso si corre il rischio di lasciarsi guidare dai pregiudizi".

³⁹⁴ BARTOLI R., voce *Recidiva*, cit., 906.

tigone, più della metà dei detenuti presenti negli istituti penitenziari in Italia fosse già stata in carcere già una o più volte³⁹⁵. Non solo, i tassi di recidiva risultano più elevati proprio tra i soggetti che sono già recidivi³⁹⁶, ciò che costringe ad interrogarsi sull'effettiva possibilità che il trattamento penitenziario o, in ogni caso, la fase esecutiva della pena, possa realmente – e in quali termini – avere una efficacia in termini positivi rispetto alla rieducazione e alla risocializzazione del reo.

Proprio in quest'ottica si colloca un interessante studio effettuato dal Direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna del Ministero della Giustizia³⁹⁷, che ha analizzato il tasso di recidiva tra i condannati a cui è stata concessa la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario (ai sensi dell'art. 47 o.p.) che terapeutico (previsto dall'art. 94 d.p.r. 309/90), per poi confrontarlo con lo stesso tasso per i condannati che non hanno usufruito del medesimo trattamento extramurale. Ebbene, sono stati considerati i soggetti rispetto ai quali la misura dell'affidamento in prova fosse stata archiviata nel 1998, a prescindere dalla pregressa dichiarazione di recidiva, per verificare, nel corso dei successivi sette anni, se tali soggetti fossero stati nuovamente condannati con sentenza definitiva per la commissione di ulteriori reati. La valorizzazione della recidiva, in tale contesto, sarebbe infatti funzionalmente orientata a misurare la reale efficacia del sistema penitenziario ed *in primis* dell'effetto rieducativo dell'esecuzione penale, posto che, ai sensi dell'art. 47 c.p., è espressamente previsto che la misura dell'affidamento in prova possa essere concessa “nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati”. Il controllo del rischio di recidiva, dunque, è – assieme alla rieducazione del reo – primario obiettivo cui deve tendere l'applicazione della misura alternativa.

A fronte di 8.817 soggetti per i quali l'affidamento in prova risultava archiviato³⁹⁸

³⁹⁵ Il rapporto è di 35.709 detenuti già stati in carcere rispetto ai 62.536 presenti in totale sul territorio nazionale al 31 dicembre 2013. Cfr. Antigone, *Oltre i tre metri quadrati, XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, 2015. in www.osservatorioantigone.it.

³⁹⁶ TORRENTE G., *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, in CAMPESI G. - RE L. - TORRENTE G. (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, Torino, 2009.

³⁹⁷ LEONARDI F., *Op. cit.*

³⁹⁸ La cifra di soggetti per i quali è stata archiviata la misura in esame al 1998, in realtà, era di 11.366, ma, a fronte della presenza di informazioni reperibili nel casellario giudiziale soltanto relativamente a 8.817

nel 1998 soltanto 1.677 hanno riportato entro il 2005 – sulla base delle informazioni ricavate dal casellario giudiziale – nuove condanne definitive. Si tratta, dunque, di un tasso di recidiva che si attesta a livello del 19%. Ebbene, pare utile confrontare tale dato – ulteriormente specificato all'interno dello studio in esame anche relativamente all'età, al genere, alla provenienza geografica e al tempo di commissione del nuovo reato³⁹⁹ - con il tasso di recidiva riscontrato tra i detenuti che non hanno beneficiato della misura e sono dunque stati direttamente scarcerati al termine della pena: di 5.772 condannati scarcerati nel 1998 ben 3.951, ovvero il 68,45%, sono tornati in carcere, una o più volte, nei sette anni successivi in esecuzione di una nuova sentenza di condanna definitiva. Il dato ci sembra francamente inequivocabile. Se certamente non è possibile trarre conclusioni universali e generalizzabili, posto che le ragioni che concretamente motivano ogni condannato a commettere un nuovo reato sono spesso insondabili e non sempre ricollegabili alle modalità con cui è avvenuta l'esecuzione della pena, è tuttavia innegabile che la fruizione di una misura alternativa extracarceraria, quale l'affidamento in prova, abbia dimostrato in maniera netta la propria maggior efficacia nella prevenzione della recidiva rispetto alla detenzione intramuraria.

Nella stessa ottica possiamo considerare i dati forniti da un altro contributo che ha analizzato, in particolare, il tasso di recidiva tra i condannati che nel 2006 hanno beneficiato dell'indulto⁴⁰⁰, concesso con la legge n. 241 del 31 luglio 2006. Il lavoro, a fronte delle critiche generalizzate che si sono scagliate contro il provvedimento in esame, so-

“affidati in prova” (cioè il 77, 78% del totale), e posta la assoluta casualità con cui è avvenuta a livello informatico la selezione delle informazioni, l'autore ritiene che le valutazioni possano essere generalizzate rispetto alla totalità dei casi archiviati.

³⁹⁹ In particolare i dati evidenziano un maggior tasso di recidiva tra i soggetti relativamente più giovani, che hanno tra i 26 e i 40 anni, e nelle regioni centrali (22%) rispetto a quelle del nord (19%) e sud (18%) Italia. Il tasso di recidiva riscontrato tra i beneficiari dell'affidamento terapeutico, inoltre, si attesta al 30% per coloro che hanno beneficiato della misura essendo in libertà e al 42% per coloro che provenivano dalla detenzione; si tratta quindi, in ogni caso, di un livello ancora molto inferiore rispetto al tasso di recidiva dei soggetti scarcerati senza la fruizione della misura alternativa. Sul punto v. l'ulteriore contributo di LEONARDI F., *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione: il rischio di recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, I, 2009. Segnaliamo in questa sede che il dato relativo alla recidiva dei soggetti in affidamento terapeutico, confortato anche da quello relativo agli affidati “ordinari” ex art. 47 o.p. (maggiore per chi ha fruito della misura essendo in libertà – 16% - e minore per chi era in stato di detenzione – 21%) dimostra l'efficacia superiore dell'affidamento in termini di controllo della recidiva quando il provvedimento è applicato senza che il condannato abbia sperimentato l'esperienza carceraria.

⁴⁰⁰ TORRENTE G., *Indulto. La verità, tutta la verità, nient'altro che la verità*, in www.ristretti.it.

prattutto denunciando il pericoloso rischio di recidiva dei soggetti beneficiari dell'atto di clemenza, analizza l'effettiva ricaduta nel reato da parte degli "indultati", monitorando tre momenti successivi nel tempo: sei mesi dopo l'approvazione della legge, diciassette mesi dopo, e, infine al 15 ottobre del 2008. Ebbene, i risultati della ricerca hanno dimostrato esattamente il contrario di ciò che temevano mass-media e maggioranza dell'opinione pubblica: i dati sul comportamento recidivante dei beneficiari della legge⁴⁰¹, infatti, hanno suffragato un giudizio positivo sugli effetti prodotti dal provvedimento. In tutti e tre i momenti di verifica, per vero, è stato rilevato un tasso di recidiva⁴⁰² per le persone liberate significativamente inferiore rispetto a quello *ordinario* individuato dalle ricerche che hanno affrontato l'argomento⁴⁰³. L'osservazione di tali dati⁴⁰⁴, quindi, sembra evidenziare che la possibilità di cui hanno usufruito i beneficiari dell'indulto – consistente nell'uscita anticipata dal carcere – unitamente alla consapevolezza di dover scontare, nell'eventualità di commissione di un ulteriore reato, una pena maggiorata del residuo precedentemente "scontato", abbia di fatto un'efficacia notevole in termini di prevenzione speciale.

È quindi sensibilmente ridotto, ancora una volta, il rischio di recidiva⁴⁰⁵ per i sog-

⁴⁰¹ Il numero di condannati che sono tornati in libertà dopo aver beneficiato del provvedimento di clemenza è pari a 44.994. Tale cifra è stata ottenuta sommando i 27.607 scarcerati con i 17.387 dimessi dalla misura alternativa. Il calcolo della recidiva (su cui cfr. nota precedente) dei beneficiari dell'indulto è stato effettuato sulla totalità dei detenuti beneficiari della legge liberati e su un campione di 7.615 soggetti dimessi dalla misura alternativa, corrispondente a coloro che hanno usufruito della misura dopo un periodo di detenzione. I dati aggiornati all'ultimo monitoraggio (cioè al 15 ottobre 2008) evidenziano un tasso di rientri in carcere del 26,97% fra gli ex detenuti e del 18,57% fra coloro che erano in misura alternativa al momento dell'entrata in vigore della legge.

⁴⁰² Da un punto di vista metodologico va segnalato che, ai fini dello studio in esame, si è scelto di fare riferimento non alla nozione giuridica di "recidiva" ricavabile dall'art. 99 c.p., ma, in maniera più ampia, a tutti i soggetti beneficiari del provvedimento di indulto che siano successivamente rientrati in carcere entro il 15 ottobre 2008. La precisazione permette di immaginare, quindi, che i dati reali fondati sulla recidiva in senso proprio sarebbero ulteriormente più significativi, in quanto attestanti un tasso ancora inferiore.

⁴⁰³ La ricerca fa riferimento al precedente contributo di LEONARDI F., *Le misure alternative*, cit. e allo studio di SANTORO E. - TUCCI R., *L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, I, Ministero della Giustizia, 2006.

⁴⁰⁴ In materia di indulto la presente ricerca ha fatto prevalentemente riferimento a dati forniti dall'Ufficio per lo Sviluppo e per la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato del D.A.P. (Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria), che ha svolto un monitoraggio sulle liberazioni e sui reingresso in carcere, sia dei soggetti provenienti dal carcere, sia di parte dei soggetti liberati dalla misura alternativa.

⁴⁰⁵ La ricerca ha evidenziato, in accordo con la precedente in tema di affidamento in prova, che il tasso di recidiva, più elevato nel breve periodo immediatamente successivo alla scarcerazione, tende a diminuire progressivamente sempre di più con il passare del tempo evidenziando in tal modo il chiaro nesso tra effettivo reinserimento sociale del reo e interruzione di una possibile carriera criminale.

getti che, grazie all'applicazione di una misura alternativa (come nel caso poc'anzi analizzato della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale ordinario o “terapeutico”) o per mezzo della fruizione di un atto clemenziale come l'indulto, vedono comunque ridotta nel tempo la propria esperienza di detenzione intra-muraria.

Non solo. Un impatto importante rispetto all'andamento del tasso di recidiva dei condannati è stato dimostrato anche dalle modalità concrete per mezzo delle quali si svolge il trattamento penitenziario del reo all'interno degli istituti di pena. A questo proposito, recentemente, è stata condotta un'interessante ricerca dall'Istituto Einaudi (*Einaudi Institute for Economics Finance*), il Crime Research Group e il Sole 24 Ore, su richiesta del Ministro della Giustizia⁴⁰⁶ e finalizzata ad individuare, per mezzo dell'analisi delle informazioni rese disponibili dagli archivi del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, l'effettiva incidenza, sul fenomeno della recidiva, delle misure alternative e del lavoro in carcere.

Scopo primario della ricerca, dunque, è stato quello di capire – a fronte dei dati che dimostrano, nel nostro paese, un ricorso assolutamente inferiore alle misure alternative rispetto agli altri paesi europei⁴⁰⁷ - se sia possibile fornire di una base scientifica il rapporto di causalità tra misure alternative e lavoro in carcere da un lato e riduzione della recidiva dall'altro⁴⁰⁸.

Sulla base di tali premesse la ricerca ha analizzato specificamente la situazione peculiare del carcere milanese di Bollate, nel quale, a partire dall'anno 2000, ha preso

⁴⁰⁶ Il Ministro della Giustizia Severino ha sottolineato, nella conferenza stampa di presentazione della ricerca, tenutasi il 26 settembre 2012 (il testo dell'intervento è reperibile in www.giustizia.it) l'importanza, ai fini dell'abbattimento della recidiva, che l'opinione pubblica comprenda che “la strada maestra è costituita dalle misure alternative, mentre il carcere è l'*extrema ratio*”. Cfr. NICASTRO R., *Un'alternativa alla recidiva*, in www.leduecitta.it, settembre 2012.

⁴⁰⁷ Nel Regno Unito e in Francia, ad esempio, c'è un ricorso alle misure alternative triplo rispetto al nostro. Da noi la pena si sconta in carcere nell'82,6% dei casi, mentre in quei Paesi il 75% delle condanne viene eseguito all'esterno. Dati forniti sempre da Nicastro R., *op.cit.*

⁴⁰⁸ “Se confrontiamo il tasso di recidiva tra coloro che hanno scontato la propria pena usufruendo di misure alternative con quello di coloro che hanno seguito invece il percorso tradizionale, cioè il carcere chiuso, osserviamo che il primo è molto più basso del secondo. Ma è probabile che ci sia, anche qui, un problema di selezione: se le misure alternative sono accessibili solo per coloro la cui “propensione a delinquere” (uso un termine generico probabilmente inadatto, ma tanto per capirci) è inferiore, la differenza tra i tassi di recidiva rifletterà la diversa propensione a delinquere, e non potrà attribuirsi, almeno non tutta, all'utilizzo delle misure alternative. Questo è il motivo per cui serve un'analisi scientifica dei dati, prima di poter trarre conclusioni su cui basare decisioni di politica carceraria” ha chiarito Terlizze D., direttore dell'Eief, in sede di conferenza stampa, cfr. Nicastro R., *ibidem*.

avvio la sperimentazione del primo istituto a “custodia attenuata a trattamento avanzato” in cui l'intera fase di esecuzione della pena è pensata per favorire il positivo reinserimento del detenuto nella società esterna⁴⁰⁹. Si tratta di uno dei pochi casi in cui è stato realizzato il modello di c.d. “carcere aperto”, in cui le celle rimangono aperte tutto il giorno e i detenuti vengono coinvolti nella gestione della vita carceraria⁴¹⁰, anche per quanto riguarda la sorveglianza “integrata”, ciò che ha permesso – oltre al mantenimento di un clima complessivamente più tranquillo e non violento – di realizzare un risparmio di spesa notevole⁴¹¹.

Lo studio ha preso in considerazione 2.300 detenuti che, nel periodo compreso tra il 2001 e il 2009, hanno trascorso un periodo di detenzione a Bollate, con esclusione dei detenuti stranieri e di quelli condannati per reati sessuali⁴¹². Anche in questo caso – come nei due studi analizzati precedentemente – ai fini del calcolo dei soggetti “recidivi” non si è fatto riferimento alla nozione giuridica di recidiva di cui all'art. 99 c.p., ma si è preferito considerare tutti i condannati che, dopo tre anni dall'esecuzione della pena (sia detentiva sia in modalità di misura alternativa), hanno fatto nuovamente rientro in carcere. Ebbene, effettuate tali premesse, tra le quali anche l'avvertenza che sono state operate alcune “restrizioni” sul campione di soggetti analizzato, per rimediare preventivamente alle possibili distorsioni dei dati derivanti dalle caratteristiche intrinseche del

⁴⁰⁹ NALDI A., *Trattamento penitenziario ed esecuzione della pena. Il caso della Lombardia*, in RONCO D. - SCANDURRA A. - TORRENTE G., *Le prigionie malate*, cit., 98 ss.

⁴¹⁰ NAPOLEONE T., *Bollate si racconta*, in RONCO D. - SCANDURRA A. - TORRENTE G., *op. cit.*, 136.

⁴¹¹ MASTROBUONI G. - TERLIZZESE D., *Rehabilitating rehabilitation: prison condition and recidivism*, in www.eief.it: “Bollate is the only pure “open-cell prison” in Italy, and one of the few in the World. Open-cell prisons are more common in Scandinavian countries and, to a lesser degree, in the United Kingdom. In those prisons cells are kept open during the day, and prisoners are trusted to serve their sentences with minimal supervision: inmates are allowed to freely move across the prison with electronic badges, making it easier to reach the location where they either study or work. Indeed, inmates can go to school (up to secondary education), learn English and computer languages. They can train to become carpenters, electricians, cooks, welders, as well as work in or out of prison for several agricultural and service cooperatives. And for about a third even prison walls are “open”, as they are given the opportunity to work using day releases. (...) In such an environment, prison violence is contained and fewer guards are needed, which keeps costs down. Against an average daily cost per inmate of about 130 euros, in 2013, the cost at Bollate was only about 64 euros”.

⁴¹² La scelta di escludere stranieri e condannati per delitti sessuali dal novero dei soggetti posti ad oggetto della ricerca deriva dal fatto che per tali categorie sussistono peculiari difficoltà inerenti alla possibilità di conoscere carriera criminale passata e controllo delle vicende successive alla scarcerazione (per gli stranieri) e alla sussistenza di un trattamento penitenziario particolareggiato per i *sex-offenders*.

sistema di accesso al carcere di Bollate⁴¹³, sembra opportuno osservare a quali esiti abbia condotto la ricerca.

Lo studio ha rilevato che per ogni anno di esecuzione della pena all'interno del carcere di Bollate – invece che in un qualsiasi altro istituto di pena - il tasso di recidiva decresce circa del 10%. Non solo, la raccolta dei dati ha permesso di evidenziare singolarmente il tasso di recidiva per i soggetti arrivati al carcere di Bollate in quanto selezionati sulla base di diversi criteri⁴¹⁴ – tra cui anche il basso rischio di recidiva – e coloro che invece vi sono giunti in seguito al trasferimento da altri istituti in situazione di sovraffollamento. Al contrario di ciò che si potrebbe credere, la sperimentazione del “trattamento Bollate” ha comportato per la prima categoria di soggetti una diminuzione del 12 % del tasso di recidiva, a fronte di una diminuzione del 13% per la seconda categoria. Il dato, se da un punto di vista quantitativo non sembra eccessivamente rilevante, dimostrando comunque una decisiva efficacia del trattamento penitenziario in esame in termini di riduzione della recidiva, sembra tuttavia suggerire e sottolineare la maggiore rilevanza delle effettive modalità in cui si estrinseca l'esecuzione della pena, in ottica special-preventiva, rispetto alle caratteristiche individuali del singolo detenuto.

L'aver trascorso una quota maggiore di pena all'interno del carcere aperto di Bollate, quindi, riduce la recidiva da parte dei condannati, riscontrandosi a questo proposito una maggior diminuzione della ricaduta nel reato da parte dei soggetti che sono riusciti a mantenere viva, nonostante la condanna, una rete di rapporti sociali e familiari. Cen-

⁴¹³ Gli autori della ricerca evidenziano che la maggioranza dei detenuti presenti nel carcere di Bollate vi sono giunti dopo aver inoltrato un'apposita richiesta individuale di trasferimento o sulla base di una proposta effettuata dall'Amministrazione penitenziaria, ma in ogni caso sulla base di una selezione fondata su diversi criteri, atti in un certo modo a individuare i detenuti più meritevoli e meno “problematici” dal punto di vista della salute fisica e delle esigenze di prevenzione speciale. Cfr. sul punto specificamente la nota successiva. A fronte di tale categoria “selezionata” di detenuti ve ne sono altri arrivati in conseguenza del trasferimento da altri istituti penitenziari sovraffollati, e, dunque, in maniera del tutto casuale e non finalisticamente orientata. Per questa ragione la ricerca si è concentrata su tale ultima fascia di condannati, che, proprio per la assoluta accidentalità della presenza nel carcere, è apparsa più idonea a fungere da indice statistico attendibile.

⁴¹⁴ “For each request/proposal, the regional administration office for Lombardy of the Ministry of Justice (the “Provveditorato Regionale di Milano”) assesses, together with the Bollate prison administration, whether the following criteria are satisfied. Inmates should, as a rule: have a residual sentence in the range 2 to 10 years; be in a good health status, and not be under methadone treatment; have a definitive sentence; 14 have shown propensity and active interest for rehabilitation programs (this is reflected in a positive assessment by a specialized team); have had a generally good behaviour in the previous prison; and, finally reside or have interests and relationships in the Lombardy region.”

trale risulta dunque, ancora una volta, ai fini della prevenzione del recidivismo, l'effettiva possibilità per il condannato di ricostruire giorno dopo giorno una propria rete di conoscenze, di affetti, di capacità lavorative, in una parola di realizzare compiutamente quel percorso di rieducazione e di reinserimento sociale che la stessa Costituzione pretende quale finalità della pena.

A conclusione di tale analisi, quindi, ci sembra di poter concordare con gli esiti delle ricerche analizzate, le quali, in maniera concreta e rigorosa, anche se certamente suscettibile di ulteriori approfondimenti, hanno evidenziato quanto conti, nella lotta al recidivismo, l'effettiva possibilità che il condannato sperimenti ed acquisisca nella fase di esecuzione della pena gli strumenti e le risorse necessari per poter affrontare una vita fuori dal carcere nella legalità. A tale obiettivo dunque dovrebbe di conseguenza ispirarsi qualsiasi seria proposta di riforma del sistema sanzionatorio, essendo necessario per di più tenere a mente che un generale ripensamento degli attuali meccanismi di gestione del trattamento penale esecutivo è oggi reso imprescindibile dall'emergenza del sovraffollamento carcerario⁴¹⁵.

Un'impostazione "carcere-centrica", che è esattamente ciò che si ricava dall'ispirazione della riforma della recidiva realizzata dalla "ex Cirielli"⁴¹⁶, non può che essere abbandonata; sia per l'imprescindibile e primaria esigenza di dare reale tutela ai principi costituzionali e convenzionali che riguardano la materia, sia perché – come è stato dimostrato – per combattere efficacemente il fenomeno del recidivismo la strada da per-

⁴¹⁵ Sul punto cfr. la fondamentale sentenza della Corte Edu, 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia, in *Cass. pen.* 2013, p. 11 ss., con nota di TAMBURINO G., *La sentenza Torregiani e altri della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, e in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2013, 948 ss., con nota di DOVA M., *Torregiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*.

⁴¹⁶ Sottolinea questo aspetto, in collegamento anche con la valutazione degli effetti derivanti dalla contemporanea approvazione della legge c.d. "Fini-Giovanardi" n. 49/2006 in tema di sostanze stupefacenti, GRANDE E., *Il terzo strike*, cit., 146: "Come tutte le normative che abbracciano una visione «incapacitante» della pena, anche la ex Cirielli è destinata a incrementare notevolmente il numero di carcerati e riempire le prigioni di piccoli e medi criminali di strada, per non dire di poveri tout court, per i quali il sistema non ha più soluzioni alternative. Sulla scia di altre, ben note, guerre alla droga, anche il nostro paese, con la legge n. 49 del 21 febbraio 2006 si è d'altronde apprestato a inasprire le pene per i reati legati all'uso e allo spaccio di stupefacenti, con l'unico risultato, è ormai risaputo, di far crescere il popolo delle carceri. Stime credibili hanno indicato come la ex Cirielli e la legge Fini-Giovanardi contro le droghe potrebbero insieme essere responsabili in tempi rapidi di un incremento della popolazione carceraria italiana di circa 24.000 reclusi, ossia di un numero di presenze quasi pari a quello interessato dall'ultimo provvedimento di clemenza."

correre non consiste certo nella costruzione di più carceri, ma deve guardare all'elaborazione effettiva di percorsi alternativi e rieducativi⁴¹⁷.

3. *Quale futuro per la recidiva? Da circostanza aggravante a indice di commisurazione della pena in concreto: il caso della Germania.*

Arrivati quasi al termine della nostra analisi, ci è sembrato opportuno, in chiusura, dedicare l'attenzione alla ricostruzione che l'istituto della recidiva ha conosciuto in un ordinamento che, da un punto di vista geografico e di tradizione giuridica, si colloca molto vicino al nostro. Si tratta, infatti, dell'ordinamento tedesco, che, per quanto riguarda le tecniche di contrasto al fenomeno del recidivismo, ha scelto una strada per così dire contro-tendenza, per lo meno rispetto alla direzione che hanno assunto contemporaneamente le politiche criminali di ordinamenti limitrofi – come Francia, Spagna e, *in primis*, Italia – e, naturalmente, degli Stati Uniti d'America.

La Germania anzi, in questo specifico ambito, sembra essere l'unico Stato della tradizione di *civil law* che, in un certo senso, è risultato immune all'influenza “globalizzante”⁴¹⁸ del modello americano, icasticamente condensato nello slogan del *three strikes and you're out*.

Il legislatore tedesco nel 1986⁴¹⁹, accogliendo le riserve e le critiche condivise dalla maggior parte della dottrina sul punto nonché dalla scienza criminologica⁴²⁰, ha

⁴¹⁷ In questo senso i dati (www.istat.it) sull'andamento della popolazione carceraria in Italia - a seguito dei vari provvedimenti normativi introdotti in seguito alla condanna del nostro paese da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 3 Cedu (sui quali rinviamo per un'illustrazione completa a MANGIARACINA A., *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2015, 1, 410 ss.) - sono discretamente confortanti: è possibile infatti riscontrare una progressiva diminuzione del numero dei detenuti rispetto ai posti disponibili (53.982 a fine febbraio 2015, a fronte di una capienza regolamentare di 49.943 posti, rispetto a 66.897 detenuti nel 2011 e 62.536 nel 2013) e, di conseguenza, una relativa riduzione del tasso di sovraffollamento carcerario, che oggi si attesta all'incirca al livello del 108% (cfr. Antigone, *Oltre i tre metri quadrati. XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, 2015, in www.osservatorioantigone.it). È rilevabile inoltre, rispetto al 2000, un aumento del 70% dei soggetti che fruiscono di misure alternative: nel 2013 sono 29.741 i condannati nei cui confronti è applicata una misura penale esterna al carcere, dei quali il 74,4% beneficia di una misura alternativa, il 14,8% dei lavori di pubblica utilità, e il 10,8% della libertà vigilata o della semi-detenzione.

⁴¹⁸ Sul punto v. *infra* par. Cap. II.

⁴¹⁹ Con la XXIII legge di modifica, emanata in data 13 aprile 1986.

⁴²⁰ SCHULTZ H., *Bericht und Vorentwurf zur Revision des A.T. Un des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen StGB*, Bern, 1986, 126; KAISER G., *Criminologia*, trad. italia-

previsto l'eliminazione dell'istituto della recidiva dal codice penale, precedentemente disciplinato dal § 48 dello *Strafgesetzbuch* e comportante l'applicazione di una pena minima detentiva obbligatoria di sei mesi⁴²¹.

Ebbene, a fronte di tale scelta legislativa, motivata sia sulla base dell'inefficienza da un punto di vista special-preventivo della disciplina, sia in considerazione della difficile compatibilità tra la stessa e i principi di colpevolezza e proporzionalità⁴²², la recidiva tuttavia non ha perso qualsiasi rilevanza nell'ambito del sistema penale. Essa, infatti, rileva contemporaneamente su due piani diversi: da un lato, sulla base del § 46 dello StGB, i precedenti penali del reo (*Vorleben des Täters*) possono essere valorizzati dal giudice quale indice di commisurazione della pena in concreto, e, dunque, con la possibilità di determinare un aumento del *quantum* della pena soltanto entro i limiti della cornice edittale predeterminata dal legislatore. Dall'altro lato, ai sensi del § 66 StGB, la recidiva può fungere da presupposto per l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva di durata indeterminata: si tratta della c.d. custodia di sicurezza – *Sicherungsverwahrung* – che è assimilabile alla misura di sicurezza di cui all'art. 216 del nostro codice penale (“la colonia agricola o casa di lavoro”) ma che, tuttavia, prevede, per essere applicata, una serie di restrittivi presupposti⁴²³, che riguardano sia la tipologia dei reati commessi sia la valutazione dell'inclinazione a delinquere da parte del reo, e che nel tempo

na, Milano, 1985, 85 ss.

⁴²¹ La figura generale di recidiva era stata introdotta nello *Strafgesetzbuch* tedesco soltanto con la riforma del 1969, prevedendosi nella versione precedente del codice del 1871 inasprimenti sanzionatori per il recidivo specifico che avesse commesso alcune ipotesi particolari di reato. La ragione della scelta legislativa di discostarsi in punto di recidiva dal modello tradizionale costituito dal codice napoleonico va ricollegata, in ultima analisi, alla diffusa convinzione circa la necessità di un diritto penale del fatto che rispetti i limiti imposti dalla colpevolezza. Cfr. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit. 194.

⁴²² ZIPF H., *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB*, in *Festschrift für Tröndle*, 1989, 439 ss.

⁴²³ Sulla base di ciò che prevede il § 66 comma 1 StGB l'internamento in custodia di sicurezza può essere disposto nei confronti del soggetto che venga condannato per un reato doloso da almeno due anni di pena detentiva a condizione che sussistano i seguenti presupposti: a) il soggetto sia già stato condannato per almeno due volte a pene detentive di almeno un anno ciascuna; b) il soggetto deve aver scontato tali pene per almeno due anni; c) il soggetto deve risultare incline a commettere rilevanti reati, che espongano la vittima a gravi danni fisici o psichici o producano un grave danno economico. I commi 2 e 3 prevedono ipotesi in cui la misura può essere applicata – sempre rispetto a soggetti inclini a delinquere – già in occasione della seconda o della prima condanna: in tali casi la condanna dev'essere pronunciata per almeno tre reati e la pena detentiva comminata deve ammontare ad almeno tre anni oppure deve trattarsi della seconda condanna pronunciata per reati di particolare gravità (crimini, alcuni delitti sessuali, lesioni personali pericolose, maltrattamenti di soggetti sottoposti a protezione, anche nel caso in cui uno di tali reati sia stato commesso in stato di ubriachezza). v. Dolcini E., *ult. op. cit.*, nota 15.

ne hanno decisamente limitato il concreto utilizzo⁴²⁴.

Proprio al fine di potenziare l'efficacia preventiva di tale istituto rispetto al rischio rappresentato dalla criminalità violenta e più pericolosa, lo stesso legislatore è intervenuto, prima nel 2002 e successivamente nel 2004⁴²⁵, introducendo i nuovi §§ 66a e 66b che permettono al giudice di applicare la misura della custodia di sicurezza non solo al momento della pronuncia di condanna – come previsto dal § 66 – ma anche nel corso dell'esecuzione della pena detentiva, sulla base di una specifica riserva contenuta nella sentenza (c.d. “custodia di sicurezza con riserva” ex § 66a) oppure, in alcune specifiche ipotesi⁴²⁶, anche a prescindere da tale riserva (c.d. “custodia di sicurezza successiva” ex § 66b). Appare chiara la delicatezza della questione, posto che, con la disciplina in esame, il legislatore ha apprestato, per la lotta al recidivismo e probabilmente anche per far fronte alle sempre più pressanti esigenze di difesa sociale⁴²⁷, un meccanismo che, fondato in sostanza su una prognosi di particolare pericolosità sociale del soggetto – *sub specie* di elevato rischio di recidiva – giustifica l'applicazione di una misura privativa della libertà personale anche dopo la condanna e senza alcun limite temporale⁴²⁸.

⁴²⁴Cfr. JESCHECK H. H. - WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, A. T.*, Berlin, 1996, 6, che hanno sottolineato come, a una relativa disapplicazione della misura in oggetto, abbia certamente contribuito anche la percezione dei giudici circa l'ingiustizia di prolungare la privazione della libertà personale del condannato oltre la durata segnata dalla pena meritata dal soggetto.

⁴²⁵Si tratta delle leggi *Gesetz zur Einführung der Vorbehalten Sicherungsverwahrung*, del 21 agosto 2002, e *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, del 23 luglio 2004.

⁴²⁶Oltre al limite costituito dai titoli specifici di reato che il condannato deve aver commesso, è necessario ai fini dell'applicabilità della misura successivamente e senza previa riserva che “dalla valutazione complessiva del condannato, dai fatti commessi ed altresì dal suo sviluppo durante l'esecuzione della pena risulti che con alta probabilità commetterà rilevanti fatti di reato, che producono per la vittima gravi danni fisici o mentali”.

⁴²⁷Estremamente critici nei confronti della disciplina della custodia di sicurezza a seguito delle due riforme sopracitate: PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della “custodia di sicurezza”*, in COCCO G. (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, 2005, 81 ss., e BÖLLINGER L. - POLLÄHNE H., in KINDERHÄUSER U. - NEUMANN U. - PAEFFGEN H. (a cura di), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, I, Baden-Baden, 2005, § 66a, 1863 ss., §66b, 1871 ss.

⁴²⁸ Fino al 1998 era previsto un limite massimo di durata per la misura di custodia corrispondente a dieci anni. Tuttavia, con l'approvazione della legge contro i reati sessuali del 26 gennaio 1998 – *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* – è stata introdotta la possibilità di prolungare la misura oltre tale limite nel caso in cui permanga il pericolo che il reo a causa della propria inclinazione commetta gravi reati comportanti gravi danni psichici o fisici alla vittima. Sul punto è stata sollevata questione di legittimità costituzionale ma la Corte Costituzionale Federale tedesca, con la decisione del 5 febbraio 2004, ha affermato la compatibilità costituzionale della norma. Testo reperibile in www.bverfg.de/entscheidungen/rs2004205_2bvr202901.htm. Sul punto v. PELISSERO M., *Crisi e mutazione del sistema del doppio binario*, in Pisa P. (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Tori-

A questo proposito, dunque, non si possono che condividere le perplessità espresse da una parte della dottrina, non tanto da un punto di vista generale per quel che concerne la stessa legittimità dell'utilizzo di tali misure per prevenire efficacemente il recidivismo⁴²⁹, ma, soprattutto, per quanto riguarda l'aspetto specifico relativo all'assoluta indeterminatezza della durata temporale massima della custodia, che, è bene ricordarlo, comporta pur sempre la privazione di un diritto fondamentale della persona e, in quanto tale, non pare rispettare i principi fondamentali espressi dalla Cedu.

La Corte di Strasburgo, infatti, proprio rispetto alla custodia di sicurezza tedesca applicata retroattivamente a fatti commessi prima dell'introduzione della legge che ha permesso il superamento del limite di durata decennale, ha recentemente affermato la natura sostanzialmente "penale" della misura in oggetto, e, di conseguenza, la necessità che, per l'applicazione della stessa, siano rispettati i principi di irretroattività e di legalità⁴³⁰. Non solo, con altre quattro successive pronunce, la Corte Edu è tornata a pronunciarsi sulla questione dell'applicabilità retroattiva della *sicherungsverwahrung* riconoscendo nei casi concreti sottoposti al suo vaglio – concernenti tutti ipotesi di soggetti condannati per reati sessuali e sottoposti alla custodia di sicurezza in periodo antecedente al 1998 - altrettante violazioni degli articoli 5 § 1 lett. a) e 7 della Cedu⁴³¹.

Alla luce di tali rilievi sembra dunque possibile affermare che per quanto riguarda, 2008, 139, che sottolinea come la possibilità di eludere il limite massimo decennale evidenzia un sacrificio del principio di colpevolezza in favore del soddisfacimento di esigenze di difesa sociale ritenute prevalenti.

⁴²⁹ In questo senso v., invece, DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, 743 ss. In prospettiva contraria, sostiene la non riconducibilità delle misure di sicurezza personali applicabili ai soggetti pericolosi a ipotesi di "diritto penale del nemico" MANTOVANI F. in *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 470 ss.

⁴³⁰ La Corte Edu, con la sentenza 17 dicembre 2009, M. c. Germania (ric. n. 19359/04), ha affermato la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a) - ritenendo che l'applicazione retroattiva del nuovo regime di durata della custodia di sicurezza avesse comportato la rottura del nesso causale tra la condanna e la privazione della libertà personale seguita al prolungamento della custodia oltre i dieci anni, come invece è richiesto dalla norma convenzionale così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo - e dell'art. 7 della Cedu che prevede per i reati e le pene i principi di legalità e irretroattività.

⁴³¹ Si tratta delle sentenze Corte EDU, sez. V, sent. 13.01.2011, ric. n. 17792/07, Kallweit c. Germania; sez. V, sent. 13.01.2011, ric. n. 20008/07, Mautes c. Germania; sez. V, sent. 13.01.2011, ric. nn. 27360/04 e 42225/07, Schummer c. Germania; sez. V, sent. 14.04.2011, ric. n. 30060/04, Jendrowiak c. Germania. Sul punto v. ABBADESSA G., *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte, e La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.

da la misura della custodia di sicurezza – attualmente applicabile senza un limite massimo di durata e anche a prescindere da un'apposita riserva in tal senso contenuta nella sentenza di condanna – essa sarà legittima nella misura in cui siano rispettati i principi di legalità e retroattività che la Cedu impone per le tutte le misure che, indipendentemente dalla qualifica ricevuta negli ordinamenti degli Stati aderenti, hanno carattere sostanzialmente penale⁴³². Ciò posto, sembra tuttavia da considerare in termini positivi un aspetto della disciplina predisposta dal legislatore con la stessa legge del 2004 introduttiva del § 66b StGB: si tratta, precisamente, del § 275a del codice di procedura penale tedesco (StPO) che prevede che il giudice sia obbligato a decidere – se applicare nel caso concreto la custodia al soggetto che manifesta il rischio di recidiva – sulla base della perizia richiesta a due esperti in scienze psichiatriche o psicologiche, che non conoscevano il caso e che siano tra loro concordi nel contenuto.

Ebbene, si tratta, ci sembra, di un punto davvero fondamentale poiché involge la delicatissima questione degli strumenti e dei criteri cui il giudice deve fare riferimento per cercare di effettuare una (quanto più corretta) valutazione prognostica di pericolosità del reo imputabile.

La complessità e la possibile flessibilità della valutazione giudiziale sulla capacità criminale del reo ci sembra infatti, come abbiamo cercato di evidenziare anche poc'anzi relativamente al tentativo di conciliare il fondamento della recidiva nei casi di effetti diretti e indiretti in sede esecutiva⁴³³, uno dei nodi problematici fondamentali che ancora restano attuali in tema di recidiva, in particolare nel nostro ordinamento nel quale, come abbiamo visto, troppo spesso il legislatore si è affidato, sul punto, a presunzioni assolute che non hanno retto al vaglio di legittimità costituzionale.

Il modello prescelto dal legislatore tedesco, in realtà, nella duplice valenza attribuita alla recidiva, *sub specie* di indice commisurativo in concreto della pena da un lato, e quale presupposto applicativo di una misura di sicurezza per far fronte a una specifica

⁴³² Sull'applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo della c.d. “concezione autonomistica del reato e della pena” al fine di verificare il rispetto della Cedu da parte dei Paesi aderenti v. GAROFOLI R., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Lecce, 2013, 19 ss., e, in particolare rispetto al dibattuto tema delle “confische” qualificabili in termini di misure penali proprio sulla base di tale concezione v. VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015.

⁴³³ Cfr. in particolare par. 1 del presente capitolo.

tipologia di grave criminalità dall'altro, sembra riuscire a conciliare felicemente i due aspetti maggiormente critici dell'istituto. Da una parte, infatti, vi è la *vexata quaestio* sul fondamento della recidiva, che è ricostruibile in un'ottica di maggior colpevolezza nella fase di commisurazione della pena⁴³⁴ - restando sempre contenuto entro i limiti proporzionati costituiti dalla cornice edittale -, mentre, in un'ottica spiccatamente special-preventiva, può giustificare l'applicazione di una misura di sicurezza intimamente collegata (oltre ai limiti che abbiamo visto rispetto alla gravità e alla tipologia dei reati commessi) alla pericolosità del reo, ovvero alla elevata possibilità che il rischio di recidiva si realizzi. Dall'altra parte, la stessa scelta di "limitare" il peso della recidiva alla fase di commisurazione della pena in senso stretto - lungi dall'aver reso ininfluenza la rilevanza dei precedenti penali nella quantificazione della sanzione⁴³⁵ - sembra al contrario l'unica strada percorribile per rendere la disciplina dell'istituto davvero compatibile con un diritto penale del fatto, ancorato ai principi di colpevolezza, proporzionalità e finalismo rieducativo della pena.

4. Osservazioni conclusive.

La conclusione dell'analisi svolta con il presente lavoro ci sembra non poter prescindere da due considerazioni fondamentali. In primo luogo quella per cui la recidiva, considerata sia in veste di istituto giuridico, sia in qualità di fenomeno criminologico, risulta oggi di importanza centrale. Essa, infatti, presenta un'intima connessione da un lato con il problema della funzione attribuita alla pena dall'ordinamento, per cui è necessario chiedersi perché sia giusto punire diversamente il soggetto recidivo e come possa operare concretamente nel nostro sistema un istituto in grado di incidere sulla quantità

⁴³⁴ Anche rispetto alla fase commisurativa viene sottolineato come la valutazione dei precedenti penali venga in realtà compiuta, posta la mancata indicazione di specifici criteri a riguardo, alla luce dei principi sanciti dal § 46 StGB ai fini della commisurazione giudiziale della pena. "In tal senso, l'espresso riferimento della norma, da un lato, alla colpevolezza, e, dall'altro, "agli effetti che ci si può attendere dalla pena sulla futura vita sociale del reo", sembrerebbe comportare che, in sede di determinazione in concreto del quantum sanzionatorio, la recidiva possa assumere rilevanza sotto un duplice profilo. Il giudice deve perciò tenere conto dei precedenti penali sia al fine di stimare il grado di colpevolezza del reo, sia per determinare l'entità di pena necessaria per la sua rieducazione". Così AMBROSETTI E. M., *op. ult. cit.*, 213.

⁴³⁵ A questo proposito si è rilevato come le precedenti condanne costituiscano, tra i criteri che sospingono "verso l'alto" la misura della pena all'interno della cornice edittale, quello più frequentemente adottato nella prassi. V. DOLCINI E., *op. ult. cit.*, 517 e AMBROSETTI E. M., *op. ult. cit.*, 212 e *ivi* nota 141.

della sanzione e sulle modalità di esecuzione della pena. Dall'altro lato, la valutazione dei tassi di recidivismo può fungere da “cartina di tornasole” per misurare quanto il sistema sanzionatorio, e nello specifico la disciplina della recidiva, si sia rivelato efficace nei propri obiettivi di prevenzione del crimine.

Per quanto riguarda il primo aspetto, abbiamo visto che la *ratio* attribuibile all'istituto - che prevede un aggravamento di pena per colui che, dopo una precedente condanna definitiva, delinque nuovamente - è al centro di un dibattito pluriennale e, solo recentemente, pare aver trovato una ricostruzione convincente grazie alla teoria, sposata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che afferma la c.d. natura “bidimensionale” di tale fondamento. Così, l'aggravamento di pena dipendente dalla recidiva andrebbe individuato sulla base di una valutazione di maggior colpevolezza e maggior pericolosità sociale del reo. Ebbene, a questo proposito, abbiamo avuto modo di chiarire come tale chiave di lettura “ibrida” della *ratio* dell'istituto vada necessariamente intesa in termini cumulativi, e non alternativi, posto che soltanto il riferimento congiunto agli elementi della colpevolezza e della pericolosità permette di dare all'istituto un volto tendenzialmente compatibile con l'impianto costituzionale del nostro sistema di diritto penale. Alla base della concreta operatività della recidiva - disegnata nel nostro ordinamento quale vera e propria circostanza aggravante del reato - è infatti richiesta al giudice una valutazione concreta che risulta assolutamente identica sia per quanto riguarda l'effetto principale della recidiva, costituito appunto dall'aumento di pena, sia per quanto concerne tutti gli altri effetti c.d. “secondari” o “indiretti” ricollegati dal legislatore alla sussistenza dell'istituto, sia in fase di cognizione sia di esecuzione.

È proprio tale necessaria valutazione unitaria della recidiva, ai fini dei diversi effetti ad essa collegati, che impone quindi una interpretazione dell'istituto in chiave sia di maggior colpevolezza, giustificando un aumento di pena che per essere legittimo deve trovare il proprio limite nella proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del fatto commesso, sia di maggior pericolosità, permettendo di effettuare un collegamento razionale tra le varie disposizioni che introducono limiti e preclusioni per il recidivo e le esigenze di carattere special-preventivo che tali limiti vogliono soddisfare. Se tutto ciò è

vero⁴³⁶, tuttavia, ci sembra che persistano profili rilevanti di irrazionalità nella disciplina attuale, posto che la maggior parte degli effetti indiretti in sede di esecuzione – espressivi di una maggior pericolosità del reo – discendono da una valutazione effettuata in sede di cognizione ed in chiave di colpevolezza, ai fini della decisione del giudice circa l'opportunità di procedere o meno ad un aumento di pena. Sarebbe quindi forse opportuno - anche alla luce delle più recenti acquisizioni della giurisprudenza in tema di necessaria legalità della pena anche in fase esecutiva – ipotizzare la possibilità che il giudice dell'esecuzione possa effettuare una nuova ed autonoma valutazione circa la rilevanza della recidiva ai fini che gli sono propri, ovvero a quelli specificamente rivolti all'assolvimento di esigenze di prevenzione speciale, per propria natura mutevoli nel tempo e, quindi, necessitanti di un monitoraggio quanto più flessibile e dinamico possibile. Solo così, ci sembra, il principio costituzionale di finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27 co. 3 della Costituzione potrebbe dirsi davvero rispettato.

Per quanto riguarda la natura giuridica attribuibile all'istituto, ulteriore elemento che è stato oggetto di divergenti ricostruzioni a livello sia dottrinale che giurisprudenziale, possiamo oggi affermare con sufficiente certezza che, pur nel silenzio del legislatore, è possibile ricostruire correttamente la recidiva – sulla base del dato normativo – quale circostanza aggravante in senso proprio. Tale opzione dogmatica, lungi dal risolvere una mera disputa “accademica”, si è rivelata l'unica in grado di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata delle numerose disposizioni introdotte dal legislatore in tema di recidiva, in particolare con l'ultima riforma del 2005. A questo proposito si è rivelata fondamentale l'elaborazione giurisprudenziale sul punto⁴³⁷, che, in maniera progressiva e rispetto a un numero sempre maggiore di istituti, ha espressamente rifiutato la possibilità di qualificare la recidiva come *status* personale del reo, richiedendo al contrario, ai fini dell'operatività degli effetti sanzionatori collegati all'istituto, una previa

⁴³⁶ BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria*, cit., 2491.

⁴³⁷ Segnaliamo sul punto, *ex multis*, Cass., Sez. Unite, 27 ottobre 2011, n. 5859, Marciàno, in tema di non configurabilità della recidiva quando le pene relative alle precedenti condanne siano state dichiarate estinte per esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale. In www.penalecontemporaneo.it, con nota di ROMEO G., *Le Sezioni Unite sulla recidiva in caso di estinzione della pena pregressa per esito positivo dell'affidamento in prova*, 19 settembre 2011.

e concreta valutazione circa l'idoneità dello stesso a qualificare il fatto *sub iudice*.

Rispetto alla tipologia di valutazione che il giudice deve compiere in ordine alla sussistenza della recidiva, che possiamo definire punto davvero cruciale della disciplina dell'istituto, è intervenuta recentemente la Corte Costituzionale dichiarando l'illegittimità dell'unica ipotesi, prevista dal nostro codice penale di recidiva, "obbligatoria". Il carattere intimamente discrezionale dell'analisi cui è chiamato il giudice per decidere se riconoscere o meno la recidiva nel caso concreto diventa dunque patrimonio genetico ineliminabile di una disciplina della recidiva che possa dirsi conforme ai principi costituzionali. Non c'è più spazio, quindi, per quell' automatismo sanzionatorio fondato su una presunzione assoluta di pericolosità e colpevolezza a carico del recidivo che commette un reato compreso nel catalogo di cui all'art. 407 co. 2 lettera a) c.p.p.. A prescindere dalle concrete e anche innovative⁴³⁸ argomentazioni utilizzate dalla Consulta in questa pronuncia, sulle quali rinviamo all'analisi dedicata alla sentenza nel corso della trattazione, ci sembra davvero fondamentale sottolineare come questo arresto possa considerarsi, in un certo senso, il punto di arrivo – o magari, anche, il punto di inizio⁴³⁹ – di un percorso progressivo e continuo intrapreso dalla giurisprudenza nel tentativo di erodere le preclusioni e gli aggravamenti sanzionatori disposti dal legislatore per una particolare categoria di soggetti (i recidivi reiterati) in maniera del tutto automatica.

Con l'affermazione della necessaria discrezionalità della recidiva, in sostanza, viene riaffermato un principio centrale che pretende per qualsiasi aggravio sanzionatorio

⁴³⁸ROCCHI F., in *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo aumento sanzionatorio*, cit., sottolinea in particolare due aspetti della pronuncia meritevoli di apprezzamento. In primo luogo il fatto che la sentenza della Consulta rappresenti "l'esempio più recente di un progressivo, ma faticoso, ampliamento del sindacato costituzionale sulle scelte sanzionatorie legislative": a fronte, infatti, del tradizionale atteggiamento "self restraint" rispetto alla sindacabilità delle scelte sanzionatorie del legislatore, la Corte costituzionale in questa occasione dà effettiva applicazione a quel principio, finora rimasto solo teorico, che aveva affermato l'incompatibilità delle pene fisse con il "volto costituzionale dell'illecito penale" (Cfr. Corte Cost. 2 aprile 1980, n. 50, in *Giur. Cost.*, 1980, 352 ss.). È quindi certamente degna di merito questa pronuncia che, rispetto al tema del sindacato sulla costituzionalità della misura della pena, si caratterizza in modo estremamente innovativo. V. sul punto PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.s.a.*, in PIZZORUSSO A. - VARANO V. (a cura di) *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 687 ss.; CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1997, 134. Ulteriore elemento pregevole della sentenza in esame, inoltre, risulta essere la valorizzazione autonoma del principio di proporzionalità, scollegato dal parametro della ragionevolezza e dal ragionamento "triadico" che lo concepisce come corollario del finalismo rieducativo della pena.

⁴³⁹Pensiamo in particolare al destino che aspetta, alla luce dei rilievi effettuati dalla Consulta, l'ipotesi di recidiva, ancora obbligatoria, in tema di contrabbando ex art. 296, d.p.r. n. 43 del 1973.

e, ci sembra, a monte per qualsiasi trattamento penale, anche esecutivo, una valutazione concreta e ponderata di tutti gli elementi utili alla decisione. Quest'osservazione ci permette di affrontare l'altra "faccia della medaglia" cui accennavamo in apertura, ovvero la valutazione in termini di efficacia preventiva della disciplina della recidiva. Ebbene, a questo proposito, abbiamo rilevato come l'ideologia politico-criminale che ha ispirato la legge "ex Cirielli" si sia rivelata fallimentare proprio dal punto di vista della lotta al recidivismo. Gli studi sul tema hanno, al contrario, dimostrato come tassi di recidiva decisamente minori siano riscontrabili a fronte di soggetti che hanno avuto la possibilità di usufruire di misure alternative o che hanno comunque avuto modo di realizzare un percorso esecutivo che si allontani dalla prospettiva carcere-centrica per guardare davvero alle esigenze di reinserimento e risocializzazione del reo.

In questa prospettiva, allora, un'efficace politica criminale rispetto al fenomeno del recidivismo pone le proprie basi proprio sullo stesso terreno sul quale dovrebbe realizzarsi la tanto auspicata riforma del sistema sanzionatorio⁴⁴⁰, di cui al recente disegno di legge⁴⁴¹ che prevede la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario. In quest'ottica, infatti, a fronte della perenne emergenza costituito dal sovraffollamento carcerario in uno con l'*ormai indifferibile esigenza di una riforma del codice penale del 1930, finalizzata a superare definitivamente la centralità del carcere*⁴⁴², sembra fondamentale un complessivo ripensamento del sistema sanzionatorio, che sia in grado di percorrere strade alternative a quella della detenzione, le quali, oltre ad essere veramente rieducative possano assolvere in maniera più coerente e concreta alle finalità di c.d. "prevenzione primaria"⁴⁴³.

In questo senso è la stessa idea di pena che deve necessariamente abbandonare una concezione fondata su un "danno" da infliggere al reo quale corrispettivo per il "male arrecato", lasciando il passo a una prospettiva di tipo progettuale, attenta alle con-

⁴⁴⁰V. EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 11, 1333 ss., che proprio in tema di recidiva rileva: "il contenimento della recidiva dopo la condanna s'è rivelato dipendere non certo dalla detenzione in sé, ma dalla possibilità, grazie all'ordinamento penitenziario, di allentare progressivamente il carattere detentivo della pena o, addirittura, dalla totale rinuncia a un'esecuzione in carcere".

⁴⁴¹ Si tratta del disegno di legge n. 2067, il cui testo è reperibile in www.senato.it.

⁴⁴² Così il CSM., nel parere sulla delega penitenziaria approvato l'11 novembre 2015, in www.csm.it.

⁴⁴³ EUSEBI L., *op. cit.*, 1335.

crete particolarità del reo e intimamente finalizzata a una sua effettiva rieducazione, che passa, naturalmente, attraverso la comprensione del proprio comportamento antiggiuridico ma non necessariamente attraverso a un trattamento avvertito come “punizione”.

Ben si comprende, allora, l'attualità della necessità di revisionare “le modalità e i presupposti di accesso alle misure alternative”, per “facilitare il ricorso alle stesse” e di “eliminare automatismi e preclusioni” di fatto impeditivi di un trattamento rieducativo individualizzato⁴⁴⁴.

Sembra quindi che la realizzazione dei principi costituzionali in tema di trattamento esecutivo (*sub specie* sia di finalità rieducativa della pena, ma anche di rispetto dei diritti fondamentali del soggetto che si trova in stato di detenzione⁴⁴⁵) e la possibile revisione dell'attuale sistema sanzionatorio possano trovare una strada di attuazione comune, la medesima che, alla luce dell'analisi effettuata, pare poter produrre qualche risultato positivo in termini di diminuzione del fenomeno recidivismo.

Concludendo, non possiamo prescindere dal segnalare che, a fronte dei permanenti *deficit* dimostrati dall'attuale disciplina della recidiva nel nostro ordinamento, altre strade, già a livello dogmatico, sembrano più felicemente percorribili. In questo senso, infatti, la rilevata inefficacia dell'attuale disciplina da un punto di vista preventivo e, a monte, i permanenti profili di dubbia razionalità e legittimità di un sistema fondato su una recidiva che, benché facoltativa, è ancora costruita in termini di genericità e perpetuità, rendono assolutamente discutibile la scelta di qualificare l'istituto in termini di circostanza aggravante del reato, per di più con efficacia speciale nella maggior parte delle ipotesi.

Abbiamo rilevato, a questo proposito, come il “peso” della recidiva, costruita in questi termini dal nostro legislatore, risulti davvero eccessivo, aggravato ulteriormente dal fatto che, ai fini della sussistenza dell'aggravante, non è necessario che i diversi episodi delittuosi siano commessi entro un ragionevole lasso di tempo o presentino un requisito di omogeneità strutturale. La scelta del legislatore tedesco, che abbiamo visto aver qualificato la recidiva come indice di commisurazione della pena in concreto, ap-

⁴⁴⁴Art. 31, comma 1 lettere b) ed e) del disegno di legge n. 2067.

⁴⁴⁵Sulla base della fondamentale pronuncia della Corte di Strasburgo, *Torreggiani c. Italia*, v. qui nota 413.

pare dunque certamente più convincente, per lo meno perché, riducendo gli spazi operativi dell'istituto nei limiti costituiti dalla cornice edittale della pena, assicura una sorta di equilibrio tra la valorizzazione dei precedenti penali e tutti gli altri elementi necessari per una determinazione della pena che sia davvero individualizzata e proporzionata. *Condicio sine qua non* per la possibilità che la stessa pena, compresa nella sua portata dal reo, funga da mezzo di rieducazione per quest'ultimo.

Bibliografia

- ABBADESSA G., *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 marzo 2011.
- ABBADESSA G., *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2011.
- AGOSTINI L., *Sez. Un. 24 febbraio 2011, Indelicato: il sistema neutralizza un corpo estraneo in Cass. pen.*, 2011, n. 12, 4204 ss.
- AGUADO LÓPEZ S., *La multirreincidencia y la conversion de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas politico-criminales*, 2008.
- AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida al diritto*, 2006, Dossier, 1, 56.
- AMATO G., *Dopo l'interpretazione dei giudici di legittimità inizia a "sgretolarsi" l'impianto della ex Cirielli*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 48, 50 ss.
- AMATO G., *Dopo la bocciatura della Corte costituzionale via l'equiparazione tra droghe leggere e droghe pesanti*, in *Guida al diritto*, 2014, 10, 14 ss.
- AMATO G., *Illegittima la norma sul concorso di circostanze anche per la violenza sessuale di minore gravità. L'effetto è che d'ora in poi il giudice potrà applicare una pena inferiore rispetto a quella dell'ipotesi base*, in *Guida al diritto*, 2014, 19, 88 ss.
- AMBROSETTI E. M., *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Padova, 1991.
- AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.
- AMBROSETTI E. M., *La determinazione della pena nel reato continuato: brevi note in merito ad una recente pronuncia delle Sezioni unite in tema di misure cautelari e continuazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 2 ss.

- AMBROSETTI E. M., *La recidiva*, in *Studium Juris*, 1999, 314 ss..
- AMBROSETTI E. M., voce *Recidiva*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 4950 ss.
- AMBROSETTI E. M., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 678.
- AMBROSETTI E. M., *Il nuovo volto della recidiva*, in A.a. V.v., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Atti della giornata di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 2013, 51 ss.
- AMODIO E. - BASSIOUNI M.C., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.
- ANDREOTTI A., *Recidiva*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1900, 14, 287 ss.
- ANTOLISEI F., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- APRILE E., *Divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sulla recidiva reiterata: prosegue l'opera della Consulta di "riscrittura" dell'art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cassazione penale*, 2014, 7/8, 2348 ss.
- APRILE E., *Incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 609 bis comma 3, c.p. sulla recidiva reiterata*, in *Cassazione penale*, 2014, 7/8, 2425 ss.
- ARRIGONI F., *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Diritto penale e processo* 3/2008
- ARROYO ZAPATERO L. - GUTIERREZ ZARZA I., *Le riforme penali in Spagna fra il 2003 e il 2005*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 700 ss.
- ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, Londra, 2003.
- ASÚA BATARRITA A., *La reincidencia (su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX)*, Bilbao, 1982.

- BARTOLI R., *Commento all'art. 5, l. 5.12.2005, n. 251 – Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*, in *Legislazione penale*, 2006, 456 ss.
- BARTOLI R., voce *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento 2014, 893 ss.
- BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in Bartoli R. (a cura di) *La recidiva fra prassi e Costituzione*, in *Diritto penale e processo. Gli speciali*, 2012, 14 ss.
- BARTOLI R., *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1695 ss.
- BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte Costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giurisprudenza italiana*, novembre 2015, 2484 ss.
- BASSIOUNI M. C., *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1985.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1991.
- BELTRANI S., *La lente di Strasburgo sulla ex Cirielli. Principio di legalità, la recidiva al vaglio della Grande chambre*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 80 ss.
- BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 1145 ss.
- BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009.
- BERTOLINO M., *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in www.archiviopenale.it, 2015.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982.
- BERNARDINI P. – RENUCCI J. F., *Cenni sulle recenti innovazioni nel diritto penale francese*, in *Legislazione Penale*, 1994, 521 ss.

- BERNASCONI C., *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, 1861 ss.
- BERNASCONI C., *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. Privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, III, 4057 ss.
- BIANCHI D., *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 9, 1115 ss.
- BIGNAMI M., *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, 16 maggio 2014
- BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in Giunta F. (a cura di) *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 37 ss.
- BISORI L., *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Diritto penale e processo. Gli speciali*, 2012, 44 ss.
- BLUMSTEIN A. - COHEN J. - MARTIN S. E. - TORNY M. H., *Research on sentencing: the search for reform*, Washington D.C., I, 1982.
- BÖLLINGER L. - POLLÄHNE H., in Kinderhäuser U. - Neumann U. - Paeffgen H. (a cura di), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, I, Baden-Baden, 2005, § 66a, 1863 ss., §66b, 1871 ss.
- BOTTALICO F., *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in GAROFOLI V. (a cura di) *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006, 32 ss.
- BORSARI R., *Reato continuato*, in RONCO M. (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, Bologna, 2012, 640 ss.
- BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, in *Guida al diritto*, 2003, fasc. 25, 23 ss.
- BRICCHETTI R., *Il restyling dei tempi di prescrizione*, in SCALFATI A. (a cura di), *Nuove*

norme su prescrizione del reato e recidiva, Padova, 2006, 97 ss.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

BRICOLA F. - ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Codice penale. Parte generale*, Torino, 1996.

BRUNELLI D., *Le sanzioni del diritto penale mite: funzioni e prospettive*, in Cerquetti - Fiorio (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 3 ss.

BRUNELLI D., *La Corte Costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?* (Nota a C. Cost. 2 febbraio 2007, n. 22), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, fasc. 1, p. 181 ss.

BRUNELLI D., *Recidiva e Scuola Positiva nella disciplina del Codice Rocco*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, 179 ss.

BRUNELLI D., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Diritto penale e processo. Gli speciali*, 2012

BRUSA E., *Studi sulla recidiva*, Milano, 1866.

CADOPPI A., *Dalla judge-made law al criminal code*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 939 ss.

CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012.

CALVI A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967.

CANESTRARI S. - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007.

CANZIAN N., *Pene 'incostituzionali' relative alle droghe 'leggere' e rideterminazione: a proposito di una pronuncia della Prima sezione penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 febbraio 2015

CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Rivista ita-*

- liana di diritto e procedura penale*, 2010, 182 ss.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Napoli, 1831.
- CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Prato, 1885, 134.
- CARUSO G., *Commisurazione della pena e discrezionalità del giudice*, in RONCO M. (a cura di) *Persone e sanzioni*, Bologna, 2006, 391 ss.
- CARUSO G., voce “*Recidiva*”, in *Dig. Disc. Pen. Aggiornamento*, 2008, 1054 ss.
- CARUSO G., voce “*Prescrizione del reato e della pena*”, in *Digesto delle Discipline Penalistiche, Aggiornamento*, 2008, 767.
- CARUSO G., *La discrezionalità penale: tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinale”*, Padova, 2009.
- CARUSO G., *Limiti al giudizio di prevalenza delle attenuanti e recidiva obbligatoria*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 1409 ss.
- CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Archivio penale*, 2011, III, 961 ss.
- CARUSO G., *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola “fine” della Corte Costituzionale?*, in *Archivio Penale*, 2013, I, 219 ss.
- CARUSO G., *Metamorfosi del giudice dell'esecuzione: da “esecutore” a “garante” della legittimità della pena?*, in *Archivio penale. Osservatorio sulla Corte di Cassazione*, www.archiviopenale.it, 2014.
- CASSANO M., *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in Bartoli R. (a cura di), *La recidiva fra prassi e Costituzione*, in *Diritto penale e processo. Gli speciali*, 2012, 26 ss.
- CASTELLANO L. - STASIO D., *Diritti e castighi: storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009.

- CHAZARRA QUINTO M. A., *La reincidencia en el codigo penal espanol: una mirada al controvertido modelo norteamericano*, in www.derechopenalonline.com, 2007.
- CIAMPI S., *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in Scalfati A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 243 ss.
- CIPOLLA P., *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 5, 1185 ss.
- CIVELLO G., *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza”*, in *Archivio penale. Osservatorio sulla Corte Costituzionale*, www.archiviopenale.it, 2014.
- CLARK J. - AUSTIN J. - HENRY A., *Three strikes and you're out: a review of state legislation*, settembre 1997, in <http://nij.ncjrs.gov/publications/pubs-db.asp>.
- COCCO G. (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005.
- CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: ‘tre colpi e sei fuori?’* in Scalfati A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 53 ss.
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 134 ss.
- COUZENS R. - BIGELOW T., *The Amendment of the Three Strikes Sentencing Law*, 2015, in www.courts.ca.gov.
- CRESPI A., STELLA F., ZUCCALÀ G., (a cura di) *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2015.
- DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011.
- DE FRANCESCO G., *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2011.

- DEGL'INNOCENTI L. - FALDI D., *Benefici penitenziari: divieto normativo di accesso per i recidivi reiterati e condannati per evasione* (Nota a C. Cost.. 16 marzo 2007, n. 79), in *Diritto penale e processo*, 2007, 1596 ss.
- DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 2007, 832 ss.
- DELLA BELLA A., *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2013.
- DELLA BELLA A., *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014.
- DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.
- DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950.
- DE MATTEIS L., sub. *Art. 99*, in AA. VV. (a cura di Marinucci - Dolcini), *Codice penale commentato*, 2011, 123 ss.
- DESPORTES F. - LE GUENEC F., *Droit Pénal Général*, 2009.
- DI CHIARA G., *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 811 ss.
- DIES R., *E' costituzionalmente illegittima la previsione di applicazione obbligatoria della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 luglio 2015.
- DIEZ RIPOLLÉS J. L., *The "law and order" approach in Spanish criminal justice policy*, in *Reidp*, 2007.
- DIGLIO P., *Articolo 99 del codice penale: in claris non fit interpretatio*, in www.ristretti.it, 2011.
- DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Rivist ita-*

- liana di diritto e procedura penale*, 1974, 338 ss.
- DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI G. - DOLCINI E. (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 269 ss.
- DOLCINI E., *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 1979, 469 ss.
- DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2005, 2-3, 69 ss.
- DOLCINI E., *Le due anime della legge “ex Cirielli”* in *Il corriere del merito*, 2006, 1, 56 ss.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 2007, 515 ss.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata (Legge 5 dicembre 2005, n. 251)*, in BERNARDI A. – PASTORE B. – PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 32 ss.
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.
- DONINI M., *“Fatto” e “autore” nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in DOLCINI E. - PALIERO C. E. (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1525 ss.
- DOVA M., *Torregiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 948 ss.
- EUSEBI L., *La nuova retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 1983, 914 ss.
- EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 11, 1333 ss.
- FANCHIOTTI V., *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Torino, 1987.

- FARNSWORTH E. A., *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1979.
- FASSONE E., voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 35, 1986, 783 ss.
- FEELEY M. M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 417 ss.
- FERRI E., *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola Positiva*, 1921.
- FERRUA P., *Il "giusto" processo*, Bologna, 2005.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna,
- FIANDACA G., *Commento all'art. 27, comma 3°* in BRANCA G. – PIZZORUSSO A. (a cura di) *Commentario alla Costituzione – Rapporti civili*, tomo IV, Bologna, 1991, 222 ss.
- FIorentin F. – Delli PRISCOLI L., *Tre colpi e sei fuori: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura.*, 2010, 4, 1879 ss.
- FIorentin F. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.
- FIORIO C., *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, in Scalfati A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 225 ss.
- FIORIO C., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex Cirielli (II). Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 315 ss.
- FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Archivio penale*, 2014, II, 500 ss.
- FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 1325.

- FLORA G., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 559 ss.
- FORNASARI G., *Principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORNASARI G. - MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008.
- FORTI G. (intervista a), *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in www.penalecontemporaneo.it.
- GAMBARDELLA M., *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cassazione penale*, 2015, 41 ss.
- GAMBERINI M. E., *La Corte Costituzionale dice ancora no al divieto di bilanciare il "tipo di autore" con la offensività, in concreto, del fatto. Un altro duro colpo alle politiche legislative securitarie dello scorso decennio*, 2014, in www.questionegiustizia.it.
- GAMBINI MUSSO R. (a cura di), *Il processo penale statunitense, soggetti e atti*, Torino, 2009.
- GARCÍA ALVAREZ J. F. - GÓMEZ ALLER DOPICO J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013.
- GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2004.
- GAROFOLI R., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Lecce, 2013.
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Lecce, 2013.
- GASPARINI A., *Dall'Indeterminate sentence alle Sentencing Guidelines: una riforma rivoluzionaria negli USA*, in *Indice penale*, 1994, 37 ss.
- GATTA G. L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, 3, 2375 ss.

- GATTA G. L., sub. *Art. 99*, in AA. VV. (a cura di Dolcini – Marinucci), *Codice penale commentato*, 2011, Milano, 1451 ss.
- GATTA G. L., *Nota a Cassazione Sezioni Unite 20798 del 24 maggio 2011* in www.penalecontemporaneo.it.
- GATTA G. L., *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in GAROFOLI R. - TREU T. (a cura di), *Il Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, 2012, 179 ss.
- GATTA G. L., *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27 co. 3 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 settembre 2014.
- GENTILE DONATI D., *La recidiva. Questioni operative e strategia processuale*, Padova, 2012.
- GIANGIACOMO B., *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251 del 2005*, in *Cassazione penale*, 2009, 4068 ss.
- GIOSTRA G., *Le insanabili contraddizioni della "ex Cirielli"*, in *Italia oggi*, 9 novembre 2005
- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008.
- GIUNTA F., *Il flou della nuova prescrizione nel cappio della ritrovata recidiva. A proposito della "Cirielli" divenuta "ex"*, in *Critica del diritto*, 2005, 1, 85 ss.
- GIUNTA F., *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in Giunta (a cura di) *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 100 ss.
- GOISIS L., *Violenza sessuale e attenuante dei casi di minor gravità: gli incerti confini dell'elemento circostanziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 4, 984 ss.
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, 2000.
- GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007.

- GROSSO C. F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1474 ss.
- GROSSO C. F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 532 ss.
- GUERRINI F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, 35 ss.
- JESCHECK H. H. - WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, A. T.*, Berlin, 1996.
- JONES T. – NEWBURN T., *Three strikes and you're out. Exploring symbol and substance in American and British Crime Control Politics*, in *British Journal of Criminology*, 2006, 46, 781 ss.
- HERZOG – EVANS M., *Récidive: quelles réponses judiciaires? - Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ pénal*, 2005, 9, 305 ss.
- HAZARD G. C. – TARUFFO M., *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993.
- INSOLERA G., *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in INSOLERA G. (a cura di) *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2003, 3 ss.
- KADISH S. H., *Encyclopedia of crime and justice*, New York, 1983.
- LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.
- LATTANZI G. – LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2015.
- LEMMI A., *Zero tolerance inefficace nel lungo periodo*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 1248 ss.
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali, Voce per "il libro dell'anno Treccani 2014"*, in www.penalecontemporaneo.it.
- LEO G., *Nota a Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183*, in www.penalecontemporaneo.it.

- LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it.
- LEO G., *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2012, Diritto penale, parte generale*, Roma, 2012, 175 ss.
- LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, II, 2007.
- LEONARDI F., *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione: il rischio di recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, I, 2009.
- LOMBROSO C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Milano, 1876.
- MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del diritto.*, VII, Milano, 98 ss.
- MALINVERNI A., voce *Capacità a delinquere*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 118 ss.
- MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 837 ss.
- MANCONI L. - TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Firenze, 2015.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
- MANES V., *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto. Treccani*, 2013, 104.
- MANES V., *Lo "sciame di precedenti" della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 457 ss.

- MANFREDI F., *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, 2015, in www.altrodiritto.unifi.it.
- MANGIARACINA A., *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2015, 1, 410 ss.
- MANNOZZI G., voce *Sentencing*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, XIII, Torino, 1991.
- MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Cedam, 1996.
- MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 470 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.
- MANTOVANI S., *L'istituto della recidiva, tra riforme e interpretazioni*, in *Antigone*, 2010, 300.
- MANTOVANI G., *L'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova "terapeutico"*, in CAPRIOLI F. - SCOMPARIN L. (a cura di) *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 85 ss.
- MARCHESELLI A., *Permesso premio con il contagocce per il recidivo*, in *Guida al diritto*, Dossier, 1, 2006, 79 ss.
- MARCHETTI P., *Le "sentinelle del male". L'invenzione del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, 2009, 1009 ss.
- MARIANI BIAGINI P., (a cura di), *Indice della lingua legislativa italiana. Inventario lessicale dei venti massimi testi di legge tra il 1723 e il 1973*, Firenze, 1993.
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, , 1990.

MARINI M., *Alcune annotazioni a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione penale 24 febbraio 2011, n. 20798, in tema di recidiva*, in *Giurisprudenza italiana*, marzo 2012

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

MARINUCCI G., *Il tipo normativo di autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in A.a. V.v., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Atti della giornata di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 2013, 83.

MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Marinucci – Dolcini (a cura di) *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 51 ss.

MARRA G., *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, in SCALFATI A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2066, 287 ss.

MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.

MASTROBUONI G. - TERLIZZESE D., *Rehabilitating rehabilitation: prison condition and recidivism*, in www.eief.it, 2014.

MATTEI U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 2014.

MATTEOTTI G., *La recidiva*, Torino, 1910.

MAZZA L., voce *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 68 ss.

MAZZA L., *Il nuovo volto della recidiva*, in *Rivista di polizia*, 2006, 99 ss.

MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, 63 ss.

MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro italiano*, 1987, 2, 633 ss.

MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006,

17 ss.

MELCHIONDA A., *Commento agli artt. 1 e 3 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, 420 ss.

MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in Giunta F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 181.

MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, 1975, II, 499 ss.

MICHELETTI D., *La nuova disciplina della prescrizione*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 221 ss.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.

MORSELLI E., *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977, 1342 ss.

MULLIRI G., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, 1321 ss.

MUNOZ CONDE F., *Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia zero" al "derecho penal del enemigo"*, in DOLCINI E. - PALIERO E. (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 2531 ss.

MUSCATIELLO V.B., *La recidiva*, Torino, 2008.

MICHAEL A., *Profili di incostituzionalità dell'art. 69 c.p. con particolare riguardo ai rapporti tra recidiva e violenza sessuale di "minore gravità"?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

MICHAEL A., *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *Diritto penale e processo 9/2014*, 1082.

NAVARRA M., *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, 2015.

- NALDI A., *Trattamento penitenziario ed esecuzione della pena. Il caso della Lombardia*, in RONCO D. - SCANDURRA A. - TORRENTE G., *Le prigionie malate, VIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia*, 2011, 98 ss.
- NAPOLEONE T., *Bollate si racconta*, in RONCO D. - SCANDURRA A. - TORRENTE G., *Le prigionie malate, VIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia*, 2011, 136 ss.
- NICASTRO R., *Un'alternativa alla recidiva*, in www.leduecitta.it, settembre 2012.
- NOTARO D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cassazione penale*, 2013, 5, 1755 ss.
- NUNZIATA M., *Three strikes and you're out. Pro e contro una recente misura anticrimine statunitense: l'ergastolo obbligatorio per i plurirecidivi di gravi crimini*, in *Rivista Penale*, 1997, 791 ss.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
- NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, 1942.
- NUVOLONE P., *Commento al D.L. n. 99/1974*, in *Indice penale*, 1974, 332 ss.
- PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili in Guida al diritto, dossier n. 1*, 2006, 33 ss.
- PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, II, Torino, 1988, 212 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 419 ss.
- PADOVANI T., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle "Unpersonen"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, II, 7 ss.

- PAGLIARO A., *Il reato. Parte generale. Trattato di diritto penale*, Milano, 2007.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013.
- PALAZZO F. - PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.
- PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura editale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in PIZZORUSSO A. - VARANO V. (a cura di) *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 687 ss.
- PAPA M., *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, in PICOTTI L. - SPANGHER G., (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale: atti del Convegno di studio organizzato dalla Regione Trentino Alto Adige / Sudtirolo, dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento (Trento 21 e 22 novembre 2003)*, Milano, 2005, 15 ss.
- PAVARINI M., *Lo scopo della pena*, in INSOLERA G. - MAZZACUVA N. - PAVARINI M. - ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 1997, 291 ss.
- PAVARINI M., *Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena*, in *Rass. Penit.*, 2000.
- PAVARINI M., *La nuova disciplina della recidiva*, in www.ristretti.it, 2006.
- PAVARINI M., *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 27 ss.
- PAVARINI M., *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, in *Diritto e giustizia*, 2006, 44 ss.
- PECCIOLI A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.
- PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Rivista italiana di diritto. e procedura penale*, 1976, 307 ss.

- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.
- PELISSERO M., *Crisi e mutazione del sistema del doppio binario*, in PISA P. (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, 129 ss.
- PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 11, 1366 ss.
- PERRINI G.D., *Le Sezioni Unite sul potere del Giudice dell'esecuzione di rimodulare la pena a fronte della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice: la definitiva erosione del principio di intangibilità del giudicato*, in www.neldiritto.it.
- PERROTTI, *La recidiva reiterata "comune" non può essere "mera forma"*, in *Cassazione penale*, 2010, 617 ss.
- PERSIO P. T., *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 372 ss.
- PICOTTI L. - SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002.
- PICOTTI L., *Osservazioni conclusive sui contenuti e limiti della discrezionalità nel sistema penale del giudice di pace*, in PICOTTI L. - SPANGHER G., (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale: atti del Convegno di studio organizzato dalla Regione Trentino Alto Adige / Sudtirolo, dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento (Trento 21 e 22 novembre 2003)*, Milano, 2005, 273 ss.
- PIEMONTESE C., *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008.
- PIFFER G., *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it.
- PISAPIA G. D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 972 ss.

- PISAPIA G. D., *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per la nuova Parte Generale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, V, 565 ss.
- PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice* in *Guida al diritto*, dossier n. 1, 2006, 61 ss.
- PISTORELLI L., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili* in *Guida al diritto*, 2006, dossier n. 1, 32 ss.
- PITTARO P., voce *Recidiva* in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IX, Torino, 1996, Utet, p. 363.
- PITTARO P., voce *Recidiva* in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Milano, 2008, 98 ss.
- POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli)*, in *Cassazione penale*, 2006, 2467 ss.
- PRADEL J., *Enfin del lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 2247 ss.
- PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della "custodia di sicurezza"*, in COCCO G. (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, 2005, 81 ss.
- PUCCEZZI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO M. (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, III, Bologna, 2006, 161 ss.
- PUENTE SEGURA L., *La multirreincidencia*, in *Revista General de Derecho Penal*, 2, 2004, 1 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2007.
- QUERO T., *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio d'inammissibilità*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 1910 ss.

- RANDAZZO E., *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida al diritto*, 2006, I, 4 ss.
- RANDAZZO S., *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 2013, 457 ss.
- RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Padova, 1968.
- RE L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Bari, 2006.
- RENOLDI C., *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3775 ss.
- RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice penale*, 2007, 509 ss.
- RIONDATO S., *Art. 99*, in CRESPI A. - FORTI G. - ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2009, 493 ss.
- RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012.
- ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul giudizio di bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cassazione penale*, 2007, 4097 ss.
- ROCCHI F., *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?* in *Cassazione penale*, 2011, 6, 2103 ss.
- ROCCHI F., *"Semel malus semper praesumitur esse malus": dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1, 51 ss.
- ROCCHI F., *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo automatismo sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 12, 1493 ss.
- ROCCO A., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, in *Lavori*

- preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, I, Roma, 1929, 121 ss.
- ROMANELLI A., *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1968, I, 225.
- ROMANO M., *art. 99 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di ROMANO M. E GRASSO G., vol. 2, Milano, 2012, 90 ss.
- ROMANO M., *Divining the spirit of California's three strikes law in federal sentencing reporter*, 22, III, 2010, 171 ss.
- ROMEO G., *Le Sezioni unite sulla recidiva in caso di estinzione della pena pregressa per esito positivo dell'affidamento in prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2011.
- ROMEO G., *In tema di incidenza della recidiva sulla prescrizione del reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 novembre 2011.
- ROMEO G., *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "in-costituzionale"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2014.
- RONCO D. - SCANDURRA A. - TORRENTE G., *Le prigionie malate, VIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia*, 2011.
- RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 140 ss.
- RONCO M. - ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2010.
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico al codice penale*, 2011, Bologna, 81 ss.
- RONCO M. - ROMANO B., (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012.

- RONCO M., *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Archivio penale*, www.archiviopenale.it, 2014.
- ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione in Nuove norme su prescrizione del reato recidiva* a cura di Scalfati A., Padova, 2006, 5 ss.
- ROSSI S., *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio, nel sindacato di legittimità costituzionale: rinnovati spunti in chiave comparatistica*, in *Indice penale*, 2012, 483 ss.
- SANTORO E. - TUCCI R., *L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, I, Ministero della Giustizia, 2006.
- SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, *Dossier n. 1*, 2006, 39 ss.
- SERIANNI V., voce *Recidiva*, in *Novissimo Digesto italiano, Appendice*, VI, Torino, 1986, 370 ss.
- SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G. (a cura di) *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 11 ss.
- SINGER R., *Just desert: sentencing based on equality and desert*, Cambridge, 1979.
- SMITH P., *The effects of incarceration on recidivism: a longitudinal examination of profram participation and institutional adjustment in federally sentenced adult male offenders*, 2006.
- STELLA P., *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2008.
- STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-77, 273 ss.
- TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, 11 ss.
- TESAURO A., *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente pilota?*, in *Foro italiano*, 2013, 2405 ss.

- TIGANO S., *La recidiva reiterata tra teoria e prassi*, in *Archivio penale*, 2012, 293 ss.
- TONRY M. - HATLESTAD K., *Sentencing Reform in Overcrowded Times*, New York-Oxford, 1997
- TONRY M., *Sentencing matters*, New York Oxford, 1996.
- TORRENTE G., *Indulto. La verità, tutta la verità, nient'altro che la verità*, in www.ris-tretti.it.
- TORRENTE G., *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, in CAMPESI G. - RE L. - TORRENTE G. (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, 2009.
- TORRENTE G., *Punishment and recidivism: the italian case*, Torino, 2009.
- TOZZI PEVERE G., *Il casellario giudiziale e la recidiva. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2007.
- TROISI P., *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015.
- TRUCANO A., *Sull'obbligatorietà della recidiva*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 1629 ss.
- TUOZZI P., *Corso di diritto penale secondo il vigente codice d'Italia. Parte generale*, Napoli, 1889.
- VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975.
- VASSALLI G., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 10 ss.
- VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 1334 ss.
- VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il*

nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno, in www.penalecontemporaneo.it.

Viganò F., *La Consulta e la tela di Penelope*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2015.

VINCENTI R., *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69 comma 4*, in *Cassazione penale*, 2008, 2, 532 ss.

VINCIGUERRA S., *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

VITIELLO M., *Three strikes: can we return to rationality?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, 395 ss.

VITIELLO M., *Reforming three strikes' excesses*, *Washington University Law Review*, vol. 82, n. 1, 2004.

VON HIRSCH A., *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York, 1976.

WACQUANT L., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000.

ZANON N., *Aspetti costituzionali della legittima difesa e della recidiva riformate*, in BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A. (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 78 ss.

ZIPF H., *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB*, in *Festschrift für Tröndle*, 1989, 439 ss.

ZIMRING F., *Making the punishment fit the crime: a consumer guide to sentencing reform*, 1976.

ZIMRING F. - HAWKINS G., "The New Mathematics of Imprisonment", *Crime and Delinquency*, 34, 1988, 426 ss.

ZIMRING F. E. - HAWKINS G. - KAMIN S., *Punishment and democracy: three strikes and you're out in California*, Oxford, 2001.

ZIRULIA S., *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2010.

ZUNICA F., *La recidiva e i suoi delicati rapporti con la Costituzione*, in SANTISE M. – ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale, Aggiornamento*, Torino, 2015, 31 ss.