

dott. COSTANZA BERNASCONI
Università di Ferrara

RECIDIVA REITERATA E BILANCIAMENTO DI CIRCOSTANZE: LA DUPLICE PRESA DI POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La «speciale» disciplina della recidiva reiterata nelle legge c.d. ex Cirielli. – 2. Gli effetti delle innovazioni in tema di bilanciamento delle circostanze. – 3. Le reazioni della giurisprudenza: il contenimento della discrezionalità giudiziale nel giudizio di bilanciamento delle circostanze come possibile fonte di violazioni della disciplina costituzionale. – 4. I precedenti normativi e la giurisprudenza costituzionale. – 5. La premessa fondante i dubbi di legittimità: l'obbligatorietà della recidiva reiterata – 6. Una diversa ipotesi di lavoro: la possibilità di riconoscere natura facoltativa alla recidiva reiterata. – 7. La natura obbligatoria o facoltativa della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale. – 8. Ulteriori aspetti di tensione con i principi costituzionali?

1. *La «speciale» disciplina della recidiva reiterata nelle legge c.d. ex Cirielli*

Come è noto, la legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex Cirielli*), ha introdotto una disciplina profondamente innovativa non solo in relazione alla prescrizione del reato, ma anche in tema di recidiva. Sotto quest'ultimo profilo, l'idea di fondo che ha pervaso la riforma è quella di una netta rivalutazione del ruolo della recidiva, sia in sede commisurativa, sia in sede esecutiva¹, in decisa controtendenza rispetto alle soluzioni che, invece, nel 1974 avevano radicalmente modificato l'impianto originario del Codice Rocco².

L'apice della stretta rigorista del legislatore è stato toccato in relazione alla recidiva reiterata, il cui riconoscimento ora, da un lato, finisce per incidere pesantemente sul processo di commisurazione della sanzione penale e, dall'altro lato, opera come condizione ostativa per l'accesso a determinati benefici penitenziari. Senza dimenticare, poi, «l'inedito rapporto» che il legislatore ha inteso instaurare tra recidiva e prescrizione³, con la conseguenza di far dipen-

¹ Per un approfondito esame di tali effetti, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 s.

² Sul punto, *amplius* e da ultimo, M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1129 s.

³ F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo ed il suo contesto*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2006, 10.

dere dalla carriera criminale dell'accusato i tempi necessari per l'estinzione della potestà punitiva. Si comprende, dunque, come quasi tutte le disposizioni di nuovo conio abbiano sollevato forti perplessità, sia nell'ambito della dottrina, sia nell'ambito della giurisprudenza, al punto da sollecitare l'intervento della Corte costituzionale in relazione a taluni snodi centrali della disciplina in oggetto.

2. *Gli effetti delle innovazioni in tema di bilanciamento delle circostanze*

Tra le principali novità in relazione alle quali si coglie la «specialità», nonché la problematicità, della disciplina in tema di recidiva reiterata si può annoverare il disposto dell'art. 69, comma 4, c.p., che – a seguito dell'ultima riforma – vieta al giudice di ritenere eventuali circostanze attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., oltre che sulle ipotesi di cui agli artt. 111 e 112, primo comma, n. 4, c.p., con la conseguenza che le predette aggravanti saranno destinate a prevalere o, quantomeno, a neutralizzare le attenuanti concorrenti.

Con tale previsione il legislatore ha inciso su una di quelle disposizioni che più avevano contraddistinto l'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice, determinatosi soprattutto a seguito delle modifiche introdotte nel 1974⁴, attraverso il quale si tentò di rispondere ad una sentita esigenza di contenimento dell'originario rigore codicistico delle comminatorie edittali⁵. A partire da tale momento, tuttavia, si assistette ad una stagione di «supplenza giudiziaria nella gestione del sistema sanzionatorio, con conseguente crisi dell'effettività della pena»⁶. In tale prospettiva si colloca la previsione della legge ex Cirielli, dalla cui trama si desume «il *passé-partout* della riforma, che risiede nel contenimento della discrezionalità giudiziale, la quale, essendo per lo più

⁴ Il riferimento è, come intuitivo, al d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220, recante provvedimenti urgenti sulla giustizia penale. Sul punto cfr., *amplius* e per tutti, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, in particolare 688 s.

⁵ A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di GIUNTA, Milano, 2006, 206.

⁶ F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 419; F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo ed il suo contesto*, cit., 14. Nello stesso senso G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1325. Sul punto cfr., altresì, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 509.

foriera di clemenzialismo, non viene più tollerata nei (soli) confronti di quei rei che si presumono particolarmente proclivi a delinquere»⁷. Ora, dunque, il quarto comma dell'art. 69 c.p. pone un vincolo rigido al giudizio di bilanciamento, valorizzando il peso commisurativo della recidiva, al punto che gli effetti aggravanti di quest'ultima impediranno in futuro ogni possibile prevalenza di circostanze attenuanti eventualmente concorrenti. Il giudice, al più, potrà ritenere le attenuanti equivalenti rispetto all'aggravante della recidiva, riportando la commisurazione giudiziale nel perimetro della cornice edittale di base.

Perplessità, tuttavia, sono state espresse in merito alle modalità con cui è stata realizzata siffatta delimitazione che, da un lato, è avvenuta in modo del tutto svincolato dalla collaterale revisione delle cornici edittali delle singole fattispecie incriminatrici⁸, dall'altro lato, è apparsa, nel caso di specie, di dubbia apprezzabilità logica e razionale⁹. Ma al di là delle più o meno condivisibili riserve in merito al modo di operare del legislatore, si tratta di capire se la disciplina in oggetto possa effettivamente considerarsi lesiva dei principi costituzionali o se, piuttosto, i dubbi di legittimità da più parti sollevati, più che evidenziare reali punti di tensione con la disciplina costituzionale, non siano semplicemente espressione di rilievi critici sul merito delle scelte legislative.

3. Le reazioni della giurisprudenza: il contenimento della discrezionalità giudiziale nel giudizio di bilanciamento delle circostanze come possibile fonte di violazioni della disciplina costituzionale

Come anticipato, a distanza di poco tempo dall'entrata in vigore della nuova disciplina, nei confronti del disposto dell'art. 69, comma 4, c.p. sono state sollevate da diversi giudici numerose questioni di legittimità per sospetto contrasto con plurimi parametri costituzionali. Le censure formulate dai giudici *a quibus* trovano per lo più la loro comune premessa fondante nell'assunto per

⁷ F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli*, cit., 14. In argomento cfr. anche A. PUGIOTTO, «Crash»: sullo scontro frontale tra leggi manifesto, in *Quad. cost.*, 2007, 122 ss., che ragiona sulla contraddizione tra tale *ratio* di fondo della legge ex Cirielli e la scelta legislativa – solo di pochi mesi successiva – di applicare lo sconto di pena dell'indulto anche nei casi di recidiva di cui ai capoversi dell'art. 99 c.p., secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 31 luglio 2006.

⁸ F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli*, cit., 15.

⁹ A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 184. Sul punto cfr., altresì, G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale*, cit., 1325 s.

cui la norma denunciata avrebbe introdotto una indebita limitazione del potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto, introducendo un «automatismo sanzionatorio» correlato ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato. Ad avviso dei rimettenti, infatti, la circostanza che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze prefigurato dal citato art. 69, comma 4, c.p. Di talché, la neointrodotta regola si porrebbe in contrasto con una pluralità di precetti costituzionali. In particolare, si invocano, come parametri alla cui stregua valutare la legittimità, il principio di ragionevolezza, quale accezione particolare del principio di uguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), e il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.). La norma censurata, infatti, da un lato, determinerebbe un «appiattimento» del trattamento sanzionatorio in rapporto a situazioni che potrebbero risultare assai diverse e, dall'altro lato, rischierebbe di imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate all'entità del fatto, la cui espiazione non consentirebbe la rieducazione del condannato. Inoltre, il predetto automatismo sanzionatorio sarebbe atto a determinare una «indiscriminata omologazione» dei recidivi reiterati, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità che – prescindendo dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, dall'epoca della loro commissione e dalla identità della loro indole rispetto a quella del nuovo reato – non troverebbe fondamento nell'*id quod plerumque accidit*. Si lederebbe in tal modo anche l'art. 25, comma 2, Cost., che sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale e la commissione di un fatto, impedendo che si punisca la mera pericolosità sociale¹⁰.

4. I precedenti normativi e la giurisprudenza costituzionale

L'esatta individuazione dei profili oggetto di censura merita a questo punto un maggiore approfondimento.

Invero, si deve osservare che il predetto meccanismo di discrezionalità vin-

¹⁰ Nell'ambito della dottrina, analoghe perplessità sulla compatibilità costituzionale della nuova disciplina sono state espresse, tra gli altri, da T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al diritto*, 2006, *Dossier*, n. 1, 32 s.; AMATO, *Il recidivo va a caccia di «generiche»*, in *Guida al diritto*, 2006, *Dossier*, n. 1, 60; A. DE NICOLA, *Primi problemi applicativi della legge «ex Cirielli»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 511.

colata nell'effettuazione del giudizio di bilanciamento non era del tutto sconosciuto nel nostro ordinamento anche prima dell'entrata in vigore della l. 251 del 2005. Deroghe variamente costruite al giudizio di bilanciamento delle circostanze erano, infatti, già state introdotte dal legislatore sia nell'ambito della parte speciale del codice sia nell'ambito della legislazione speciale. Si pensi, senza nessuna pretesa di esaustività, alle previsioni relative ai delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo (art. 289 *bis*, comma 5, c.p.) e a scopo di estorsione (art. 630, comma 6, c.p.), al delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280, comma 5, c.p.), ai delitti di pedofilia (art. 600 *sexies*, comma 5, c.p.), nonché, ai reati commessi «per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» (art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979), ai reati commessi con finalità mafiose (art. 7, comma 2, d.l. 152 del 1991), ai reati in materia di immigrazione clandestina (art. 12, comma 3 *quater*, d.lg. 286 del 1998). Tutte ipotesi, queste, che presentano il comune denominatore di integrare strumenti di contenimento della discrezionalità giudiziale in sede commisurativa, posto che il legislatore ha, di volta in volta, ritenuto che determinati elementi debbano avere un peso commisurativo maggiore di altri. I predetti meccanismi di contenimento della discrezionalità sono diversamente costruiti dalle singole disposizioni richiamate. In alcuni casi il legislatore limita l'efficacia diminuente di eventuali circostanze attenuanti entro limiti, specificamente previsti, più ristretti rispetto a quelli che opererebbero con l'applicazione ordinaria dell'art. 69 c.p.¹¹. In altre e più frequenti ipotesi, si enuncia un divieto di prevalenza o anche di equivalenza delle eventuali attenuanti concorrenti sulle circostanze aggravanti di volta in volta menzionate¹². La stessa Corte costituzionale ebbe, peraltro, occasione di pronunciarsi in merito ad alcune delle predette previsioni. Ci si riferisce in particolare all'art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979, nonché all'art. 280, ult. comma, c.p. Ebbene, in tali occasioni la Consulta non ravvisò profili di tensione con i precetti costituzionali, dichiarando non fondate le questioni relative ad entrambe le succitate disposizioni¹³.

¹¹ In questo senso dispongono, per esempio, gli artt. 289 *bis*, comma 5, e 630, comma 6, c.p. In argomento cfr., per tutti, F. GIUNTA, *Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative*, in *Arc. pen.*, 1983, 264 s.; F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 244 s.

¹² È il caso dell'art. 280, comma 5, c.p., dell'art. 600 *sexies*, comma 5, c.p., dell'art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979, dell'art. 7, comma 2, d.l. 152 del 1991, dell'art. 12, comma 3 *quater*, d.lg. 286 del 1998.

¹³ Corte cost. 28 giugno 1985, n. 194, la quale richiama, altresì, la precedente Corte cost.

A ciò si aggiunga che già prima della riforma apportata dalla l. 251 del 2005 in molte altre norme del sistema penale il legislatore ha fatto dipendere dalla recidiva effetti sfavorevoli di vario genere. Si pensi, solo a titolo meramente esemplificativo, alla previsione dell'art. 162 *bis*, comma 3, c.p., in tema di oblazione facoltativa, ai sensi della quale l'oblazione medesima è esclusa «quando ricorrono i casi del terzo capoverso dell'art. 99»¹⁴, o a quella dell'art. 151, comma 5, c.p., in materia di amnistia, secondo la quale la stessa non si applica ai recidivi nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99»¹⁵. Anche in merito a talune di siffatte limitazioni la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi. Si ricorda, a titolo esemplificativo, la sentenza del 13 dicembre 2004, n. 421, con la quale è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto dall'art. 1, comma 1, l. 12 giugno 2003, n. 134, che esclude dall'applicazione del c.d. patteggiamento «allargato», tra gli altri, i procedimenti contro coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p. In tale occasione la Consulta osserva: «da un punto di vista generale, va rilevato che il legislatore pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato – e meno favorevole – rispetto alla posizione del soggetto incensurato, e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva; [...] al riguardo, questa Corte ha avuto occasione di precisare che tra le «condizioni personali e sociali», richiamate dall'art. 3 Cost. per escludere che possano costituire il presupposto di eventuali trattamenti discriminatori, non rientrano certamente quelle che, come la recidiva, derivano da una condotta illegale o

13 febbraio 1985, n. 38. In quest'ultima pronuncia la Corte, decidendo sulla questione sollevata in relazione all'art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979, ricorda che «l'autentica preoccupazione del legislatore è stata soltanto quella di non consentire che l'aggravante che introduceva potesse essere posta nel nulla dal potere discrezionale del giudice mediante il suo dissolvimento nel giudizio di equivalenza o addirittura di prevalenza delle attenuanti: ed è questo appunto ciò che soltanto si è inteso vietare». Per un commento ad entrambe le pronunce succitate cfr. G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee e attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1294 s.

¹⁴ Tale disposizione, peraltro, sembra aver perso, alla luce dell'attuale disciplina, la propria ragion d'essere, se si considera che la l. 251 del 2005 ha limitato la rilevanza della recidiva al solo settore dei delitti non colposi, mentre – come è noto – l'istituto dell'oblazione opera solo in relazione alle contravvenzioni.

¹⁵ Per queste e altre esemplificazioni di effetti sfavorevoli derivanti dallo *status* di recidivo cfr. L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale*, cit., 49, 50.

addirittura criminosa (Corte cost. n. 100 del 1971 e n. 5 del 1977); [...] con particolare riferimento al divieto, posto solo nei confronti dei recidivi reiterati, di accedere a determinati benefici di natura sostanziale la Corte ha ritenuto esente da profili di irragionevolezza o di incoerenza la disciplina che esclude tali soggetti dalla concessione della sospensione condizionale della pena (Corte cost. n. 133 del 1980, n. 361 del 1991 e n. 393 del 1993); [...] risulta pertanto 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»¹⁶.

5. *La premessa fondante i dubbi di legittimità: l'obbligatorietà della recidiva reiterata*

Nondimeno, il recente intervento del legislatore, volto a ridimensionare drasticamente la discrezionalità giudiziale, ha immediatamente sollevato un vero e proprio vortice di critiche, tanto da parte della dottrina, quanto da parte della giurisprudenza. Senonché, è bene chiarirlo, la maggior parte delle censure formulate, nonché le stesse argomentazioni contenute nelle ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai *giudici a quibus*, si fondano in larga misura sul presupposto implicito che, a seguito della legge 251 del 2005, la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria e non possa essere, dunque, discrezionalmente esclusa dal giudice in correlazione alle peculiarità del caso concreto.

In realtà, tale assunto non risulta unanimemente condiviso. Per quanto, infatti, sia indiscutibile che la legge 251 del 2005 si collochi in una prospettiva di maggior rigore nei confronti del fenomeno della recidiva, comportando una parziale reintroduzione di casi di «obbligatorietà» delle conseguenze aggravanti, l'esatta individuazione di queste ipotesi non è ad oggi del tutto chiara e nell'ambito dei primi interventi sul punto non è stata delimitata in termini sempre coincidenti¹⁷. L'ambiguità letterale del nuovo testo normativo,

¹⁶ Corte cost. 13 dicembre 2004, n. 421.

¹⁷ In questo senso A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 178. Sul punto

infatti, solleva un delicato problema esegetico, la cui soluzione finisce per avere ripercussioni molto pesanti sull'operatività dell'istituto. A questo punto il vero nodo interpretativo che deve essere affrontato concerne la natura obbligatoria o meno della «nuova» recidiva reiterata.

Ebbene, la nuova formulazione dell'art. 99 c.p., da un lato, ha mantenuto ferma la facoltatività dell'aumento di pena (espressa dal verbo *può*) per la recidiva semplice e monoaggravata (art. 99, commi 1 e 2) e, dall'altro lato, ha senz'altro introdotto l'obbligatorietà delle ipotesi di recidiva in relazione alla commissione dei reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p. (art. 99, comma 5, c.p.) È, viceversa, controverso se la nuova previsione abbia introdotto l'obbligatorietà anche per le ipotesi di recidiva pluriaggravata e reiterata, disciplinate dall'art. 99, commi 3 e 4. Il problema si pone poiché, nei commi 3 e 4, dal punto di vista letterale, il legislatore ha abbandonato l'originaria formula «*la pena può essere aumentata*», sostituendola con la diversa locuzione «*l'aumento di pena è*». Di talché, secondo una prima tesi, a favore dell'obbligatorietà in ogni caso della recidiva reiterata, regolata dall'art. 99, comma 4, c.p., così come della recidiva c.d. pluriaggravata di cui all'art. 99, comma 3, c.p., militerebbe *in primis* l'argomento letterale. L'utilizzo, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente «*è*», in luogo della voce verbale «*può*» che compariva nel testo precedente e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 c.p. in relazione alla recidiva semplice e aggravata, indurrebbe a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime dell'obbligatorietà preesistente alla riforma attuata con d.l. n. 99 del 1974¹⁸.

6. *Una diversa ipotesi di lavoro: la possibilità di riconoscere natura facoltativa alla recidiva reiterata*

Tuttavia, ad avviso di una seconda opzione interpretativa la nuova formulazione normativa potrebbe essere letta nel senso che l'indicativo presente «*è*» si riferisca nella sua imperatività esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata, lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento

cfr., altresì, A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 190 s.

¹⁸ In questo senso T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 32. Per un'analisi degli argomenti a favore della tesi in oggetto L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., 39.

stesso. Muovendo, infatti, dalla constatazione che nessuna delle ipotesi di recidiva previste dall'art. 99, commi 2, 3 e 4, c.p. presenta caratteristiche normative e strutturali autonome rispetto alla recidiva semplice di cui all'art. 99, comma 1, una parte della dottrina ha ipotizzato che l'unico caso di recidiva ora obbligatoria sia quello previsto dall'attuale comma 5 dell'art. 99¹⁹, stante anche la inequivoca lettera del citato comma 5, nel quale si dice espressamente che in questo caso «*l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio*»²⁰. Senza trascurare, inoltre, che solo questa seconda prospettiva consentirebbe «di conservare le valenze costituzionali del *rovesciamento di prospettiva* attuato con la riforma del 1974, dalla special-prevenzione alla rivalutazione della dimensione classico-retributiva dell'istituto, imperniata sulla *colpevolezza per il fatto commesso*, cioè sulla gravità del fatto vista nella dimensione della personalità del suo autore»²¹. In tale ottica, dunque, il giudice conserverebbe il compito di scegliere se applicare o meno la recidiva, ma perderebbe il potere, una volta effettuata una scelta affermativa, di regolare l'entità della commisurazione²². In sintesi: l'uso del verbo all'indicativo potrebbe ritenersi espressivo solo di una rigidità degli effetti aggravanti, senza coinvolgere, però, anche il riconoscimento sostanziale della recidiva che, pure nell'ipotesi reiterata, rimarrebbe quindi subordinato ad un accertamento concreto da parte del giudice²³.

¹⁹ MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 181, cui si rinvia anche per un ulteriore approfondimento delle argomentazioni a sostegno della tesi riferita. Cfr. anche F. PULEIO, *Tanto tuonò che piove. La l. 5 dicembre 2005*, n. 252, in *Cass. pen.*, 2005, 3700; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al dir.*, 2006, *Dossier*, n. 1, 62; A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida al dir.*, 2006, *Dossier*, n. 1, 40; M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 1143. Nello stesso senso, nella recente manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 639. Nella giurisprudenza, sembra essersi orientata in questo senso Trib. Roma, sez. IX, 13 febbraio 2006, n. 2041, ad avviso della quale «per effetto delle recenti modifiche in tema di recidiva (l. 251 del 2005), fatta eccezione per talune ipotesi espressamente previste dall'art. 407 c.p.p., la possibilità di aumentare la pena è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Cosicché, nell'attuale assetto normativo, l'aumento da applicarsi al recidivo è sì predeterminato in modo rigido dal legislatore, ma al contempo la sua applicazione all'imputato è rimessa alla discrezionalità del giudicante».

²⁰ F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 532.

²¹ L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., 51. Nello stesso senso sostanzialmente anche A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 188.

²² A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, cit., 40.

²³ A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 193.

7. *La natura obbligatoria o facoltativa della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*

La Corte costituzionale già in due distinte occasioni si è pronunciata in relazione alla problematica *de qua*, dimostrando in entrambi i casi di essere ben conscia della duplice opzione esegetica sopra ricostruita.

Con la sentenza 192 depositata il 14 giugno 2007 e con l'ordinanza 409 depositata il 30 novembre 2007 la Corte ha osservato come l'interpretazione assunta dai giudici rimettenti, in forza della quale la recidiva reiterata sarebbe divenuta obbligatoria, non sia l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo²⁴. Del resto, la scelta a favore dell'una o dell'altra delle predette opzioni – si intuisce dall'incedere argomentativo delle pronunce – finisce per assumere valore dirimente i dubbi di legittimità. Infatti, nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, sarebbe possibile ritenere – osserva la Corte – 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 un'asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale. Il carattere facoltativo della recidiva, infatti, permetterebbe al giudice di applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo in rapporto alla natura, al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. Conseguentemente, sarebbe possibile sostenere che il giudice, allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, debba procedere al giudizio di bilanciamento con il limite di cui all'art. 69, comma 4, c.p. unicamente quando ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede.

Senonché, per il vero, la Corte non entra nel merito della questione, lamentando il fatto che i giudici *a quibus* non abbiano indicato quali argomenti potrebbero opporsi a siffatta conclusione ed abbiano, invece, del tutto omesso di appurare la praticabilità di tale diversa opzione interpretativa. Sicché, «la mancata verifica preliminare – da parte dei giudici rimettenti, nell'esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il possibile superamento di detti

²⁴ Per una prima lettura della sentenza n. 192 cfr. R. BRICCHETTI, *La ricerca di un'interpretazione alternativa avrebbe evitato le questioni di legittimità*, in *Guida al dir.*, n. 26 del 30 giugno 2007, 87 s.

dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie), comporta – in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte – l’inammissibilità delle questioni sollevate»²⁵.

In effetti la Corte costituzionale negli ultimi anni, sempre più spesso, ha sollecitato il giudice a fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare preventivamente se esista la possibilità di superare i dubbi di legittimità attraverso un’interpretazione «adeguatrice» della disposizione di legge, che renda la stessa conforme ai principi costituzionali²⁶. «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»²⁷. Sicché, vi sono casi in cui la Corte, dopo aver constatato che il giudice del processo principale non ha fatto uso, o ha fatto un uso inappropriato e insoddisfacente dei propri poteri interpretativi, dichiara l’inammissibilità della questione lasciando a volte intendere che la questione potrebbe trovare corretta soluzione in sede di interpretazione adeguatrice, cioè di interpretazione conforme a Costituzione²⁸.

Più precisamente, con la prima sentenza del giugno 2007 la Corte pareva, in buona sostanza, aver rimesso nelle mani della magistratura il compito di vagliare la possibilità che si consolidasse in relazione alla disposizione impugnata un diritto vivente conforme a Costituzione: in tal senso deponeva, aperta-

²⁵ Corte cost. 192 del 2007. La stessa Corte ricorda in tale occasione due recenti precedenti conformi: si tratta di Corte cost. 24 gennaio 2007, n. 32, e di Corte cost. 6 febbraio 2006, n. 64.

²⁶ La letteratura costituzionalistica in tema è davvero copiosa: tra i contributi più recenti si vedano soprattutto, sia per le ricche indicazioni giurisprudenziali che per un’analisi problematica di tale criterio ermeneutico, G. AMOROSO, *L’interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, V, 89 s.; PERINI, *L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, a cura di MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI, Torino, 2002, 33 ss.; R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 2005, in particolare 76 s.; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; M. LUCIANI *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione «conforme a»*, in *www.federalismi.it*.

²⁷ Corte cost. 22 ottobre 1992, n. 356, in *Giur. cost.*, 1992, 3096, con nota di E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?», ivi*, 3107 s..

²⁸ G. P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, 103. In argomento, tra gli altri, A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1083 s.; G. AMOROSO, *Le pronunce interpretative della Corte costituzionale nell’anno 1998*, in *Foro it.*, 1999, V, 25 s.

mente, il riferimento in sentenza – nel punto 4 del considerato in diritto – all'assenza di indirizzi consolidati in materia (dato che la novella è recente e che la Corte di Cassazione si è espressa in modo contrastante nelle sue prime decisioni sul punto). Così facendo, la Consulta si era inserita «nel circuito di formazione del diritto vivente ancora *in fieri*, cercando di orientare l'attività di interpretazione-applicazione dei giudici ordinari verso un esito normativo non incompatibile con i principi costituzionali»²⁹.

Un secondo passo in questa direzione è stato realizzato con la successiva pronuncia del novembre 2007. In tale occasione la Corte costituzionale, richiamando più volte il contenuto della sentenza n. 192, ricorda, altresì, come la stessa Corte di Cassazione³⁰, «– che in un primo momento si era espressa sul tema in modo contrastante – risulta avere adottato, nelle più recenti decisioni, la linea interpretativa dianzi indicata»³¹. La Consulta pare, inoltre, sviluppare ulteriormente il proprio iter argomentativo a conferma dell'impostazione accolta, replicando all'obiezione sollevata da taluni giudici, in forza della quale la contestazione della recidiva reiterata non potrebbe comunque esimere il giudice dall'applicazione degli effetti ad essa connessi (tra i quali, appunto, quello delineato dall'art. 69, comma 4, c.p.) anche allorché egli decidesse di non applicare il corrispondente aumento di pena. Il problema, in altre parole, è quello dell'obbligatorietà o meno dei c.d. effetti minori della recidiva.

Invero, ad avviso di un orientamento, affermatosi già prima dell'ultima riforma sia in dottrina sia in giurisprudenza, la facoltatività della recidiva riguarderebbe solo l'aumento di pena, ma non anche gli altri effetti penali³². Il giudice cioè, avrebbe solo la facoltà di non apportare l'aumento di pena, ma non quella di escludere gli effetti minori. Ad avviso di una diversa impostazione, però, parrebbe poco ragionevole, una volta escluso il fattore aggravante,

²⁹ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., 176, il quale, invero, formula questa osservazione in relazione ad ipotesi di sentenze interpretative di rigetto.

³⁰ Il riferimento è, tra le altre, a Cass. pen. IV, 2 luglio 2007, n. 29228, con la quale la Cassazione ha mostrato di non ravvisare ostacoli alla percorribilità della strada prospettata dalla Consulta, riconoscendo che «il divieto, previsto dalla legge n. 251 del 2005, di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (art. 99, comma 4, c.p.), non ha introdotto un automatismo sanzionatorio che precluda al giudice di non sottoporre l'imputato alla recidiva allorché ritenga che il nuovo delitto non sia in concreto espressione di una più marcata pericolosità del reo ovvero indice della sua maggiore colpevolezza».

³¹ Si veda il *Considerato in diritto* di Corte cost. n. 409 del 2007.

³² In argomento cfr. *amplius* e da ultimo, M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento* cit., 1129 s.

ritenere che lo stesso possa comunque mantenere un rilievo produttivo di effetti diversi dal predetto aumento di pena³³.

Ebbene, la seconda impostazione sembra assicurare un più alto coefficiente garantistico all'attuale disciplina della recidiva, al quale non sembra potersi rinunciare soprattutto dopo le modifiche *in peius* apportate dalla legge del 2005³⁴. In questo senso parrebbe del resto essersi orientata anche la Corte costituzionale, allorché afferma: «qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato mantenga il carattere della facoltatività, ma dall'altro lato abbia efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti, ne deriverebbe la conseguenza – all'apparenza paradossale – di una circostanza «neutra» agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto «aggravante» – eventualmente, anche in rilevante misura – nell'ipotesi di reato circostanziato «*in mitius*» (in sostanza la recidiva reiterata non opererebbe rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determinerebbe, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato)»³⁵. In altre parole, «appare assai problematico, sul piano logico, supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato»³⁶.

In tale prospettiva, dunque, nel momento in cui non si proceda all'aumento di pena, si dovrebbe escludere l'operatività di tutti gli effetti minori e in particolare di quello del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di comparazione ex art. 69, comma 4, c.p., posta la sua indiscussa atinenza al momento commisurativo della pena.

8. Ulteriori aspetti di tensione con i principi costituzionali?

Tanto considerato, non si deve però credere che tutti i problemi esegetici sollevati dalla nuova disciplina in tema di recidiva siano superati. Fondati profili di tensione con la disciplina costituzionale sembrano destinati a concentrarsi sull'ipotesi di recidiva ex art. 99, comma 5, la cui natura obbligatoria

³³ Da ultimo, M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento*, cit., 1130. Sotto il vigore della precedente disciplina, già C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 304, 305; P. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIX, Torino, 1996, 368, 369.

³⁴ M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento*, cit., 1131.

³⁵ Corte cost. n. 409 del 2007.

³⁶ Corte cost. n. 192 de. 2007.

non è stata da nessuno messa in discussione. In particolare, sarà necessario chiarire l'esatta portata del rinvio contenuto in tale disposizione ai «delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lett. a, c.p.p.». Più precisamente, le questioni destinate a riproporsi parrebbero essenzialmente due. Da un lato, la prassi applicativa avrà il delicato compito di verificare se la selezione dei reati alla cui commissione viene ricollegata la più rigorosa disciplina possa evidenziare in concreto sperequazioni di trattamento che si pongano in tensione con i principi di uguaglianza e ragionevolezza³⁷. Attraverso la tecnica del rinvio, infatti, il legislatore ha richiamato una disposizione – l'art. 407 c.p.p., appunto – la cui *ratio* di disciplina è completamente estranea alla materia della recidiva, avendo la stessa, *ab origine*, semplicemente la funzione di individuare un catalogo di fattispecie in relazione alle quali si ritiene giustificata la previsione di termini più lunghi di durata delle indagini preliminari, in relazione alla prevedibile maggiore complessità delle indagini medesime³⁸. Dall'altro lato, si dovrà capire – come la stessa Corte costituzionale ricorda in entrambe le pronunce richiamate – se, affinché divenga operante il regime di obbligatorietà della recidiva ivi prefigurato, debba rientrare nell'elenco dei gravi reati indicati dal predetto art. 407, comma 2, lett. a, il delitto oggetto della precedente condanna, ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo³⁹, o, piuttosto, indifferentemente l'uno o l'altro, o addirittura entrambi. Come è intuitivo, dall'accoglimento dell'una o dell'altra prospettiva discenderanno ricadute rilevanti in merito allo spettro di applicabilità della nuova disciplina.

³⁷ Perplessità in questo senso sono già state formulate da A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 189; M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 1144; nonché, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 871.

³⁸ All'interno della dottrina costituzionalistica, per talune considerazioni critiche in merito all'individuazione delle ipotesi di aumento obbligatorio di pena per la recidiva tramite il rinvio all'art. 407 c.p.p., cfr. I. PELLIZZONE, *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva*, in *Quad. cost.*, 2007, 125 ss.

³⁹ In questo senso sembra orientata una parte dei primi commentatori: cfr., tra gli altri, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 182.