

LA RECIDIVA TRA COLPEVOLEZZA E PERICOLOSITÀ*

Enrico Mario Ambrosetti**



THE TREATMENT OF RECIDIVISM BETWEEN CULPABILITY AND DANGEROUSNESS

The traditional problem of justifying the stricter penalty regime for repeat offenders remains topical even today. On the contrary, the legislative changes that took place in 2005 require an assessment of the problems of constitutionality for the sanctioning treatment reserved above all for repeated persistent offenders. In this perspective, the inclusion of recidivism in the category of culpability allows to propose a reading of the institute in accordance with the constitutional principles regarding proportionality of the penalty.

KEYWORDS Recidivism – culpability – dangerousness – constitutional principles – proportionality of the penalty

SOMMARIO 1. L'odierna disciplina della recidiva e la sua controversa qualificazione fra colpevolezza e pericolosità sociale: un problema ancor oggi attuale. – 2. La collocazione topografica dell'art. 99 nel Codice penale Rocco: un dato ormai superato e privo di alcun significato. – 3. La recidiva nella dimensione della colpevolezza: una scelta in linea con una lettura costituzionale dell'istituto.

1. L'odierna disciplina della recidiva e la sua controversa qualificazione fra colpevolezza e pericolosità sociale: un problema ancor oggi attuale

A distanza ormai di quasi un secolo dall'entrata in vigore del Codice Rocco e dopo un dibattito dottrinale che è iniziato già all'epoca dei codici preunitari¹, potrebbe

* Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Padova.

** Il presente contributo è destinato al volume contenente gli scritti dell'incontro di studi per Giancarlo de Vero dal titolo "Ragionando sulla parte generale del diritto penale" svolto a Messina il 7-8 ottobre 2022.

¹ Già F. CARRARA (*Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3 ed., vol. II, Prato, 1878, 127) segnalava le ampie divergenze presenti in dottrina rispetto a tale istituto. Secondo l'insigne Maestro, "la recidiva, che apparve a taluno sterile tema, e suscettibile appena di essere costruito a teoria, porge argomento ad importanti 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 solamente le scuole, ma anche i Codici modernamente proposti 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 detto ancora la sua ultima sillaba"

sembrare superfluo e allo stesso tempo ripetitivo tornare sul controverso fondamento dell'istituto che già alla fine dell'Ottocento veniva definito la "croce dei criminalisti"². La ragione della costante attenzione a questo tradizionale problema nasce, peraltro, dal fatto che la disciplina dell'art. 99 c.p. è stata, per un verso, oggetto di due importanti quanto antitetiche riforme rispettivamente nel 1974 e nel 2005, e, per altro verso, continua ad essere oggetto di sentenze della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno modificato il volto della recidiva.

Come è ampiamente noto, sul piano della disciplina legislativa, il principale punto di doglianza concerne l'introduzione di un regime eccessivamente rigoroso. In particolare, è con riguardo alla figura del recidivo reiterato che si riscontra un eccessivo inasprimento del regime sanzionatorio. Già nell'immediatezza della riforma tale scelta legislativa ha portato ad affermare che la nuova disciplina dell'art. 99 c.p. sembra avere individuato nel recidivo aggravato e soprattutto in quello reiterato un tipo normativo d'autore tanto negativamente connotato da dover essere sottoposto ad inasprimenti di ogni sorta³. In altre parole, l'attuale quadro normativo finisce per spostare il fulcro della valutazione penalistica dal "fatto" all'"autore" con conseguente rottura dell'equilibrio che, nell'ambito di un diritto penale costituzionalmente orientato, dovrebbe intercorrere fra la dimensione oggettiva e quella soggettiva del diritto penale⁴.

Ed in effetti, a distanza di diciotto anni dall'entrata in vigore della novella, non si può che concordare con tale giudizio. E ciò tenuto conto del fatto che nei confronti del recidivo reiterato, da un lato, l'aumento di pena può essere fino a due terzi rispetto alla pena massima e, dall'altro, è precluso ex art. 69, co. 4 c.p. un giudizio di prevalenza delle attenuanti rispetto alla recidiva reiterata. A ciò si aggiunga che, di fatto, la stragrande maggioranza dei reati commessi dal recidivo qualificato è divenuta imprescrittibile – per il disposto dell'art. 157, co. 2 c.p. –. Infine, in sede esecutiva della pena, è limitata – per effetto degli artt. 7, 8 e 9 della legge "ex-Cirielli" – la possibilità di applicare alcuni benefici penitenziari.

A fronte di simile quadro normativo, la Corte costituzionale è intervenuta con

² È un altro studioso dell'Ottocento a qualificare efficacemente la recidiva come "la croce dei criminalisti" (P. TUOZZI, *Corso di diritto penale*, 3 ed., Napoli, 1889, 360).

³ Nell'ambito degli studiosi fortemente critici della c.d. "ex-Cirielli" si veda, per tutti, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier mensile*, 2006, fasc. 1, 32-33.

⁴ Sul punto, si rinvia ad E.M. AMBROSETTI, *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 ricordo di Alessandro Alberto Calvi*, Padova, 2013, 51.

plurime decisioni relative ai più eclatanti contrasti con i principi penalistici affermati nella Carta Fondamentale. La censura principale (sentenza n. 185/2015) ha riguardato il regime di obbligatorietà nel riconoscimento della qualità di recidivo e nel conseguente aumento sanzionatorio con riferimento a una serie di delitti previsti dall'articolo 407, co. 2, lett. a), c.p.p. Con altre importanti pronunce (n. 251/2012; n. 74/2016; n. 105/2014; n. 106/2014; n. 205/2017, n. 73/2020, n. 55/2021, n. 143/2021, n. 141/2023) la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto di prevalenza – sancito dal novellato art. 69, co. 4 c.p.p.- sulla recidiva reiterata di alcune ipotesi di circostanze attenuanti (art. 73, co. 5 e 7, T.U. n. 309/1990, art. 648, co. 2, c.p., 609-*bis*, co. 3 c.p., art. 219, co. 3, r.d. n. 267/1942, vizio parziale di mente *ex art.* 89 c.p., art. 116, co. 2 c.p., fatto di lieve entità nell'art. 630 c.p., e, infine, danno di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4 c.p.)⁵.

Questo è, dunque, l'odierno volto della recidiva nel sistema penale italiano. Il problema della ragion d'essere dell'istituto nel sistema penale non è, quindi, una questione puramente teorica. Una presa di posizione a favore di una visione diagnostica-retributiva ovvero di una prognostica-preventiva non appare scevra di conseguenze in ordine a una lettura costituzionale dell'istituto. In particolare, anticipando quello che verrà più ampiamente illustrato nei prossimi paragrafi, è intuitivo che l'opzione di collocare l'istituto nell'ambito della categoria della colpevolezza pone inevitabilmente un problema di legittimità costituzionale dell'attuale disciplina del trattamento riservato alla recidiva aggravata e reiterata. Infatti, per quella corrente di pensiero che propende per una lettura di stampo diagnostico-retributivo non vi è ormai dubbio che la colpevolezza del recidivo resta quella per il fatto (*Einzeltschuld*) e non quella per la condotta di vita (*Täterschuld*). In altri termini, in un sistema penale fondato sul principio di responsabilità per il fatto commesso, un giudizio di riprovevolezza, che tenga conto anche di pregresse condanne per determinare il livello sanzionatorio, non può mai stravolgere il rapporto fra gravità del fatto e quantità della pena.

Il tema di questo contributo è, quindi, una ricostruzione della ragion d'essere dell'istituto, così come attualmente disciplinato dopo la novella del 2005, in una prospettiva di lettura dello stesso costituzionalmente orientata. In questa ottica le riflessioni che Giancarlo De Vero ha svolto nelle sue opere e, in particolare, nel "Corso di Diritto penale" costituiscono un fondamentale ausilio per comprendere gli esatti termini della questione.

⁵ Al riguardo, si veda E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e colpevolezza d'autore: brevi note in merito all'incompatibilità costituzionale dell'odierno trattamento della ricaduta nel reato*, in *Liber amicorum Adelmo Manna* a cura di V. PLANTAMURA – G. SALCUNI, Pisa, 2020, 24 ss.

2. La collocazione topografica dell'art. 99 nel Codice penale Rocco: un dato ormai superato e privo di alcun significato

La collocazione topografica dell'art. 99 ha sempre costituito un argomento a favore della tesi favorevole all'inquadramento della recidiva nella dimensione della pericolosità. Per la precisione, secondo questa corrente di pensiero la pericolosità sociale influirebbe anche sulla misura e qualità della pena⁶. Innanzitutto, assumerebbe rilevanza ermeneutica il fatto che l'art. 99 c.p. non sarebbe stato collocato nel titolo III (Del reato) del Codice penale, bensì in quello IV (Del reo e della persona offesa) accanto alle c.d. figure di pericolosità qualificata (delinquente abituale, professionale e per tendenza). Ciò sarebbe significativo di una volontà del legislatore di attribuire anche all'istituto della recidiva una funzione special-preventiva. Sarebbe, infatti, irrilevante il fatto che nei confronti del recidivo possa essere applicato solamente un aggravamento di pena, mentre per il delinquente abituale, professionale e per tendenza è previsto il c.d. binario congiunto, e cioè pena e misura di sicurezza.

In realtà, al fine di individuare il fondamento dell'istituto di cui all'art. 99 c.p., la sua collocazione topografica appare da tempo un dato privo di un effettivo significato. Il titolo IV nasce come compromesso fra i postulati della Scuola Classica e quelli del Positivismo giuridico. L'esempio più significativo sono per l'appunto le c.d. figure di pericolosità qualificata ed in particolare quella della tendenza a delinquere. In effetti, proprio l'art. 108 c.p. (Tendenza a delinquere) rappresenta l'esempio più eclatante di un portato ideologico in cui le istanze della Scuola Positiva prevalgono e delineano una tipologia di delinquente, colpevole e allo stesso tempo pericoloso, produttiva di conseguenze indifferentemente repressive e preventive⁷. Ed è proprio la sopravvivenza di questo ultimo "baluardo del positivismo criminologico", mentre le fondamentali tesi politico-criminali della Scuola Positiva appaiono da tempo ormai superate, che rende ormai totalmente superata la scelta del legislatore del 1930 di prevedere per soggetti imputabili un trattamento sanzionatorio costituito da pena e misura di sicurezza.

⁶ Fra i sostenitori di tale orientamento si veda, per tutti, F. ANTOLISEI (*Teorie e realtà della pena*, in *Riv. dir. penitenziario*, 1940, ora anche in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 202 ss.), il quale ritiene che proprio l'istituto della recidiva sia emblematico del fatto che nel nostro ordinamento la pena assume una funzione di prevenzione speciale. Il necessario corollario di tale premessa è per F. ANTOLISEI (*Manuale di diritto penale*, 6 ed., a cura di L. CONTI, Milano, 1969, 518) la classificazione della recidiva come una delle quattro forme di pericolosità previste dal nostro codice (il riferimento è all'ultima edizione del manuale precedente la riforma del 1974).

⁷ Al riguardo, A.A. CALVI, *Tendenza a delinquere*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 86 ss.

In ultima analisi, il mero dato della collocazione topografica nel Codice Rocco non può rappresentare un elemento decisivo per la ricostruzione di un istituto. Questo vale sicuramente per l'imputabilità – oggi pacificamente inserita nella categoria della colpevolezza nonostante l'inserimento nel titolo IV e non nel III –, ma anche per la recidiva.

Una conferma di simile assunto ci viene data proprio dall'opera scientifica di Giancarlo de Vero. Nel suo "Corso di diritto penale" l'istituto della recidiva viene trattato in un capitolo dal titolo "Il reo pericoloso". In realtà, dalla lettura delle pagine del capitolo emerge subito con chiarezza e precisione che la posizione della recidiva è ben diversa rispetto a quella delle c.d. figure di pericolosità qualificata. Con riguardo a quest'ultime egli scrive che *"eppure il codice conosce fin dalla sua entrata in vigore istituti che collegano l'applicazione della misura di sicurezza nei confronti di soggetti imputabili a puntuali presupposti legalmente definiti, nei quali può ritenersi inglobata una valutazione di pericolosità del reo discendente dalla pluralità di condanne pronunciate a suo carico: si tratta delle dichiarazioni di abitudine, professionalità e tendenza a delinquere disciplinate dagli art. 102 ss c.p."*⁸. Invece, con riferimento all'art. 99 c.p. egli osserva che *"pur essendo per certi aspetti riferibile alla pericolosità o quanto meno alla capacità a delinquere del reo, essa si distingue nettamente dall'abitudine professionalità e tendenza a delinquere"*⁹.

In buona sostanza, anche Giancarlo De Vero concorda sul fatto che la collocazione topografica dell'art. 99 riveste un modesto significato in quanto risalente ad una visione del legislatore del 1930 che oggi non appare più in linea con il diverso volto del sistema penale italiano. La ricostruzione del fondamento della recidiva deve, quindi, essere compiuta sulla base dell'odierno ordinamento costituzionale e penale italiano.

3. La recidiva nella dimensione della colpevolezza: una scelta in linea con una lettura costituzionale dell'istituto

Nelle battute introduttive si è ricordato come già Francesco Carrara dava atto delle controversie dottrinali in merito alla ragion d'essere della recidiva nell'ordinamento penale. Ebbene, sono passati quasi due secoli e il quadro della scienza penalistica continua a presentare una varietà di posizioni contrastanti fra di loro. Non è certo questa la sede per ripercorrere le differenti tesi che sono state proposte dall'entrata in

⁸ G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 779.

⁹ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 780.

vigore del Codice Rocco ad oggi. In via di estrema sintesi, si può dire che da sempre i penalisti italiani si sono divisi fra una lettura diagnostica-retributiva e una prognostica-preventiva dell'istituto. Nella prima prospettiva il fondamento dell'aggravamento sanzionatorio per il recidivo è stato individuato nella più intensa colpevolezza del soggetto che, nel ricadere nel reato, viola sia un precetto generale – la norma penale incriminatrice –, sia uno specifico – il monito derivante dalla precedente sentenza di condanna. Invece, secondo un differente ordine d'idee, la ragion d'essere per l'inasprimento di pena si giustificerebbe nel fatto che per il recidivo è necessaria una più severa punizione proprio perché la pena inflitta con la prima condanna non si è rivelata sufficiente a rieducare il condannato.

Personalmente, ho aderito a un orientamento che colloca la recidiva nella dimensione della colpevolezza. E ciò in forza di un'interpretazione che valorizza l'inquadramento della recidiva fra le circostanze del reato inerenti alla persona del colpevole¹⁰. D'altro canto, è doveroso riconoscere che, anche recentemente in un'opera monografica, la tesi opposta – lettura della recidiva nella dimensione prognostico-preventiva – è stata riproposta con validi argomenti¹¹.

Peraltro, il punto che qui si intende affrontare è diverso. A parere di chi scrive, il vero tema è quello di verificare quale fra le due prospettive appaia conforme all'odierno quadro costituzionale in materia penale. E in simile ottica l'opera di Giancarlo De Vero fornisce un importante contributo per una risposta coerente. Al riguardo, è interessante osservare come vi sia un'evoluzione nel pensiero dello studioso. In effetti, nel 1983 – nel suo lavoro monografico dal titolo “Circostanze del reato e commisurazione della pena” – egli scriveva quanto segue: *“quale che sia la ratio dell'aumento di pena conseguente la recidiva, è comunque certo che il legislatore ha rinunciato a cristallizzarla in forma tipica, ad attribuire cioè alla previsione un significato già in astratto univoco, ed ha invece ritenuto essenziale alla integrazione della fattispecie, condizionante l'effetto giuridico-penale, la ricognizione da effettuarsi in concreto da parte del giudice. Sul piano di una comune rilevanza 'sintomatico-particolare' vengono qui a confluire ora recidiva e precedenti penali ex art. 133 seconda parte: l'una, come già gli altri, non reca con sé un orientamento univoco in senso aggravante, che aspetta di ripetere dalla valutazione complessiva, in direzione vuoi diagnostico-retributiva vuoi prognostico-preventiva, della persona dell'agente”*¹².

¹⁰ E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 20 ss.

¹¹ F. ROCCHI, *La recidiva fra colpevolezza e pericolosità*, Napoli, 2020.

¹² G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 110-111.

A fronte di queste considerazioni, è dato qualificare quella di De Vero come una posizione “aperta”: l’istituto non ha una connotazione normativa tale da indurre ad una sicura opzione. È l’interprete che deve valorizzare gli elementi che giustificano l’aggravamento di pena in un’ottica diagnostico-retributiva ovvero prognostico-preventiva.

Tuttavia, a distanza di quasi quaranta anni egli ritorna sul punto, affrontandolo anche alla luce delle modifiche intervenute con la riforma del 2005. Il punto di partenza dell’autore resta il medesimo: la recidiva condivide con la capacità a delinquere l’equivocità di significati. Pertanto, appare corretta sia la prospettiva prognostico-preventiva sia quella diagnostico-retributiva. Con riferimento a quest’ultima De Vero precisa, peraltro, che, allineandosi a questa seconda tesi, non si deve mai legittimare una sorta di colpevolezza d’autore in quanto incompatibile con i tratti fondamentali del diritto penale italiano.

Dopo tali premesse, egli, però, prende più decisamente posizione, schierandosi a favore della lettura diagnostico-retributiva: “*alla luce della dimensione costituzionale della pena, è oggi possibile una configurazione unitaria della recidiva, che ravvisi in tutte le sue forme una significativa espressione del principio di colpevolezza, quale massima manifestazione della personalità della responsabilità penale*”¹³. Inoltre, egli rileva, che “*specialmente nelle forme aggravate, il soggetto recidivo manifesta, in rapporto al nuovo reato commesso, un più elevato livello di insensibilità al messaggio (deterrente) di orientamento culturale espresso dal diritto a livello di prevenzione generale*”¹⁴.

La conclusione di questo percorso argomentativo è chiaramente indirizzata nella prospettiva di collocare l’istituto nella categoria della colpevolezza: “*il giudizio di riprovazione, che sta alla base della colpevolezza per il nuovo fatto di reato, risulta pertanto sensibilmente accresciuto al di là degli ordinari requisiti dell’imputabilità e della conoscibilità della norma penale: si giustifica così un aumento della pena da infliggere per il recidivo, anche se occorrerebbe risolutamente superare gli eccessi di rigorismo che caratterizzano l’attuale disciplina*”¹⁵.

La posizione assunta da Giancarlo De Vero è pienamente condivisibile. Sul punto, mi permetto di aggiungere solamente alcune brevi considerazioni. Nell’attuale quadro normativo il vero punto dolente è la compatibilità dell’attuale disciplina con il principio di colpevolezza. Una ricostruzione dell’istituto nell’ambito della categoria

¹³ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 783.

¹⁴ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 784.

¹⁵ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 784.

della colpevolezza apre, infatti, inevitabilmente il campo a una questione di legittimità costituzionale dell'attuale disciplina del trattamento riservato, per lo meno, alle figure di recidiva aggravata e reiterata. Poc'anzi si sono ricordate le riflessioni di De Vero, il quale ribadisce che l'unica forma di colpevolezza del recidivo non può essere che quella per il singolo fatto (*Einzeltatschuld*) e non certamente quella d'autore (*Täterschuld*) o per la condotta di vita. In altri termini, in un sistema penale fondato sul principio di responsabilità per il fatto commesso, un giudizio di riprovevolezza, che tenga conto anche di pregresse condanne per determinare il livello sanzionatorio, non può mai stravolgere il rapporto fra gravità del fatto e quantità della pena.

Per contro, la diversa opzione di collocare la recidiva nel diverso modello preventivo non porta necessariamente alla medesima conclusione. Soprattutto per i recidivi reiterati un giudizio prognostico, fondato sulla constatazione del precedente fallimento della funzione rieducativa pena, legittima aggravamenti di pena draconiani.

Una decisa conferma di tale assunto viene dall'indagine comparatistica. Come è noto, il tradizionale approccio degli ordinamenti di *Common Law*, ancorati ad un modello preventivo, ha portato, infatti, a soluzioni del tutto disancorate al necessario rapporto di proporzionalità fra reato e pena. Paradigmatiche in tal senso sono le vicende legislative degli stati americani ispirati al principio del "*Three Strikes and you're out*"¹⁶. All'opposta conclusione è, invece, pervenuto l'odierno sistema penale tedesco, vincolato al principio di colpevolezza, il quale – con l'abrogazione del § 48 StGB già negli anni Ottanta del secolo scorso – ha abolito ogni aumento sanzionatorio per il recidivo, limitandosi a tenere conto dei precedenti penali nell'ambito dei generali indici di commisurazione della pena ai sensi del § 46 StGB¹⁷.

Spostandoci sul piano dell'odierno quadro normativo italiano, non pare arbitrario affermare che esigenze di prevenzione sociale negativa o, per meglio dire, di neutralizzazione, possono legittimare il regime sanzionatorio per chi ricade nel reato ed in particolare per le forme di recidiva aggravata e reiterata. Ciò non vale, però, se si accoglie la diversa prospettiva di collocare la recidiva nella categoria della colpevolezza per il singolo fatto. In effetti, se ci si allinea a tale opzione ermeneutica – anche riconoscendo la necessità di un trattamento differenziato per coloro che si sono dimostrati più volte indifferenti rispetto a una condanna penale –, si deve inevitabilmente

¹⁶ Sul punto si vedano E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 150 ss. e F. ROCCHI, *La recidiva fra colpevolezza e pericolosità*, cit., 259 ss.

¹⁷ Ancora, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 194 ss. e F. ROCCHI, *La recidiva fra colpevolezza e pericolosità*, cit., 353.

affermare che il complessivo trattamento riservato alle forme di recidiva grave, ed in specie, a quella reiterata, nell'ordinamento italiano è in evidente contrasto con il principio di colpevolezza e con il suo corollario della proporzionalità della pena¹⁸.

Qui il discorso deve fermarsi. Certo è che le brevi considerazioni svolte dimostrano ancora una volta il nesso fra dogmatica e politica criminale: i principi di rango costituzionale forniscono le direttive della politica criminale. Allo stesso tempo una politica criminale così intesa, sempre ispirata da principi valorativi, funziona da faro e guida all'opera esegetico-dogmatica di chi interpreta la legge ordinaria vigente. Ed è in questa prospettiva che si è collocata la produzione scientifica di Giancarlo De Vero, il quale proprio per queste ragioni ha dato e continua a dare un importante contributo alla dottrina penalistica italiana.

¹⁸ Al riguardo, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e costituzione: un rapporto difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 225 ss.