

ANTICIPAZIONI

MAURO RONCO

La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione*

1. *L'origine storica della recidiva.* La recidiva presenta difficoltà quasi inestricabili. L'istituto appartiene al diritto penale moderno. Lo rilevò Francesco Carrara in uno scritto raccolto negli Opuscoli¹, secondo cui la recidiva, rilevante nel diritto comune in relazione a specifici delitti, "ha assunto la forma di una regola generale soltanto nei tempi moderni"². La ragione di ciò sta nel trapasso da un sistema incentrato sul potere quasi arbitrario del giudice nell'irrogazione della pena a un sistema imperniato sulla sua legalità, che vale non solo per i precetti (*nullum crimen sine lege*), ma anche per le pene (*nulla poena sine lege*). L'arbitrio del giudice era stato stigmatizzato da Beccaria: "Le sole leggi possono decretare le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale". L'ufficio del giudice, "dove le leggi siano chiare e precise" "non consiste in altro che nell'accertare un fatto"³. "Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza!"⁴ – proclama Beccaria nei suoi teoremi di giustizia penale.

L'unico prodotto legislativo che abbia seguito da presso il teorema di Beccaria fu il *Code pénal* della Costituente francese (25 settembre – 6 ottobre 1791). Il codice introdusse le pene fisse, togliendo al giudice ogni discrezionalità. La pena doveva passare direttamente dalla legge al cittadino, senza mediazione di sorta. Nessuna circostanza attenuante, tanto meno circostanze generiche a favore del condannato. L'unica circostanza per cui valeva l'eccezione era la recidiva. Anch'essa automatica. Un secondo crimine dopo una condanna importava, dopo l'espiazione della pena per il nuovo crimine, la deportazione perpetua⁵: una vera anticipazione delle leggi statunitensi degli

* Lavoro destinato alla raccolta di scritti in onore di Antonio Fiorella.

¹ CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, XIV, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, 6° ed., 1909, 169.

² BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, 1° ed. 1764, citata nell'edizione pubblicata da C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, § III, 389.

³ *Ibidem*, § VII, 396.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791*, Titre II, *De la récidive*, art. 1.

anni'90 del secolo scorso. Al terzo colpo sei fuori!⁶

2. *La discussione sulla recidiva nell' '800.* L'istituto della recidiva, come prodotto del moderno diritto penale, si conservò per tutto il secolo XIX nelle varie legislazioni europee. La discussione dei criminalisti fu ampia e contrastata in ordine tanto alla *ratio* dell'istituto, quanto alla sua nozione, alla sua durata e ai suoi effetti. Raramente però fu messa in discussione nel suo fondamento.

L'unico criminalista che la contestò fu Giovanni Carmignani, non seguito su questo punto dallo stesso Francesco Carrara. Carmignani era ancora strettamente legato ai moduli dell'antico diritto comune. Diffidava delle legislazioni di tipo codicistico. Aveva fiducia nella equanimità dei magistrati. Soprattutto, sul piano concettuale, postulava che la pena scaturisse dall'imputazione, ovvero dall'appartenenza del fatto alla persona. La recidiva non aumenta l'imputazione, che è data dagli ingredienti oggettivi e soggettivi che costituiscono il fatto. Rilevava Carmignani l'infondatezza delle ragioni addotte per aumentare la pena al recidivo. Non v'è un maggior danno sociale nel delitto commesso da costui. L'esigenza di reprimere con maggior rigore "la maggior tentazione al delitto"⁷ è falsa, perché - se la pena prevista dalla legge per quel delitto è congrua - la commissione del nuovo delitto non va attribuita all'insufficienza della pena irrogata, bensì "a un falso calcolo d'impunità di chi si accinse a commetterlo"⁸. Soggiungeva Carmignani che l'unica ragione dell'aumento di pena era una "ragione politica", intesa a rafforzare la sicurezza dello Stato. E concludeva che: "Questa ragione politica ha contro di sé una ragione di giustizia, perché ella tende a spregiare il principio, il quale prescrive, che espiata la pena non si possa né direttamente né indirettamente far caso del delitto pel quale fu incorso"⁹.

Se si bada, poi, al profilo dell'emenda, il recidivo dimostra che la pena espiata non ha esercitato su di lui alcun effetto di correzione. Allora, si aprono due strade: la prima, presumere che il soggetto sia incorreggibile, con la conseguenza della relegazione perpetua in carcere o addirittura dell'applicazione

⁶ Tra i numerosi provvedimenti approvati negli Stati Uniti secondo il modello del "*three strikes and you're out*" si distingue per severità la *California's one strike law* del 1994, che ha emendato il codice penale californiano alla sezione 667 lett. b-j (AB 971, promulgata dal Parlamento e sottoscritta dal governatore il 7 marzo 1994); la successiva *Proposition 184* emanata l'8 novembre 1994 ha riformato la sezione 1170.12 del codice penale.

⁷ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. III, Pisa, 1832, 230.

⁸ *Ibidem*, 231.

⁹ *Ibidem*.

della pena di morte, come venne previsto dal codice napoleonico del 1810¹⁰. La seconda, prendere atto che la pena non ha avuto lo sperato effetto di correzione e sostituirla con un rimedio mirato specificamente alla correzione.

Su questa seconda strada si aprono ardue difficoltà: se il delitto del recidivo è della medesima gravità o addirittura più grave del delitto precedente, si dovrebbe allora rinunciare alla pena per esso prevista e passare a un dispositivo direttamente socializzante. Questo rimedio suonerebbe per il recidivo come un premio. A prescindere da ciò, quale dovrebbe essere il contenuto del rimedio alternativo: se esso consistesse in una forma di rieducazione forzata, violeremmo la libertà del soggetto. Se esso consistesse in una forma più attenuata di pena, esso potrebbe trasformarsi in un incentivo all'ulteriore recidivanza.

La prima strada conduce all'aspirazione delle pene; la seconda, se condotta secondo una corretta scansione logica, all'abolizione delle pene – per lo meno, di quelle limitative della libertà – in quanto non idonee a realizzare l'emenda.

D'altra parte, mentre il realismo che caratterizza la prima strada conduce a conseguenze agghiaccianti, l'irrealismo della seconda finisce per trascurare che il fenomeno della recidivanza – *recidivus*: il fenomeno della serialità nel delinquere – non è conseguenza dell'attitudine criminogena delle pene, bensì delle scelte di vita di un certo numero di soggetti che si presentano, in misura maggiore o minore, in pressoché tutti i contesti sociali della società contemporanea.

3. *La riforma del 2005*. - Il codice del 1930, perseguendo effetti di prevenzione generale tramite misure di prevenzione speciale negativa, prevede la recidiva con le caratteristiche della genericità, prescindendo dal titolo di reato per il quale era intervenuta la precedente condanna; della perpetuità, non ponendo limite cronologico tra la prima condanna e l'ulteriore reato, e della obbligatorietà, escludendo la discrezionalità del giudice, fatta eccezione per le limitate ipotesi di cui all'allora vigente art. 100.

La legge del 1974 – mirando a mitigare il rigore sanzionatorio del codice, ma disinteressandosi dei problemi fondativi e di principio – trasformò la recidiva da obbligatoria a facoltativa e ne consentì l'inserzione nel giudizio di bilan-

¹⁰ *Code pénal de 1810*, Livre I, Chapitre IV, *Des peines et de la récidive pour crimes et délits*, art. 56 («Si le second crime entraîne la peine des travaux forcés à perpétuité, il sera condamné à la peine de mort»), 57 e Livre IV, Chapitre II, *Contraventions et peines, Dispositions Communes aux trois sections ci-dessus*, art. 483.

ciamento ex art. 69. Di fatto, ne vanificò la rilevanza penale.

La legge 5 dicembre 2005, n. 251 (art.4) ha inteso non soltanto trattare il recidivo in modo rigido, ma anche provocare una serie di ricadute indirette della recidiva su alcuni non marginali istituti di diritto penale sostanziale, nonché di diritto processuale e penitenziario. Il tutto in un quadro di rafforzamento della sicurezza dello Stato.

La Corte Costituzionale con una serie di sentenze ha smantellato le più evidenti abnormità della disciplina rispetto ai canoni statuiti dagli articoli 3 e 27, co. 3 della Costituzione. La giurisprudenza della Cassazione, soprattutto a Sezioni Unite, ha fornito una serie di indicazioni utili alla più esatta comprensione della nozione, della portata e degli effetti dell'istituto. Ciò non ha impedito alla migliore dottrina di avanzare seri dubbi di costituzionalità sull'intero impianto, soprattutto con riferimento alla diversità radicale di *rationes* che stanno a base rispettivamente degli effetti diretti e degli effetti indiretti. Le perplessità di ordine costituzionale sono fondate. Rinvio sul punto a un lucido scritto di Roberto Bartoli¹¹.

4. *Il problema sociologico della recidiva.* Sembra, tuttavia, che il problema della recidiva vada risolto in maniera razionale alla luce della condizione criminologica e sociologica che connota il momento storico attuale, tenendo conto che la recidiva è un istituto ottocentesco, strettamente connesso ai caratteri della criminalità di quel secolo.

La recidiva, per essere disancorata dal reato oggetto del giudizio, costituiva nell' '800 un'anomalia del sistema. Occorreva riportarla ai criteri di razionalità propri del diritto penale dell'epoca. In questo quadro si comprende la spiegazione che ne dette Carrara, apparentemente razionale per la mentalità comune di un secolo e mezzo fa. Riferita, però, al substrato criminologico e sociologico attuale, fa quasi sorridere. Diceva Carrara che la *ratio* dell'aggravamento di pena per il recidivo stava nella circostanza che costui aveva dimostrato di sprezzare non soltanto la legge, ma anche la sacralità della sentenza e, addirittura, il male subito con l'esecuzione della pena. Un soggetto siffatto, perciò, cagiona un danno morale oggettivo maggiore del danno ordinario conseguente alla commissione di un reato, perché accresce nel corpo sociale l'insicurezza in relazione alla dimostrata indifferenza per la sentenza e per lo stesso dispiegamento oggettivo della forza. Il recidivo disprezza la legge, il giudice e l'apparato statale esecutivo.

¹¹ R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 409-433.

Un ragionamento di questo genere, per quanto logico nei singoli passaggi argomentativi, postula – per essere razionalmente compreso – alcuni presupposti, forse empiricamente verificabili un secolo e mezzo addietro, ma oggi inesistenti.

Il primo presupposto è di carattere sociologico: l'esistenza di un substrato sociale statico e stratificato in classi in cui la realizzazione in chiave seriale di delitti non è frequente, ma eccezionale. Le condizioni di indigenza estrema di una certa parte della popolazione frustra la sua eventuale velleità predatoria. Il livello di appena sufficiente sopravvivenza della larghissima maggioranza dei cittadini costringe costoro con forza all'osservanza del ruolo sociale rivestito. Il sorgere di desideri di locupletazione illecita è impedito dalla durezza delle condizioni sociali dell'esistenza. Un autore positivista, Raffaele Garofalo, notava con soddisfazione a fine '800 che la miseria estrema cui il capitalismo industriale inglese aveva ridotto le classi proletarie non si accompagnava all'aumento della criminalità, bensì al suo radicale affievolimento¹². Invero, non è la povertà un fattore criminogeno, bensì è criminogena la diffusione di una certa ricchezza e di un certo benessere, che provoca la più rapida circolazione del denaro e più frequenti occasioni di prevaricazione e sopraffazione.

Il secondo presupposto del ragionamento di Carrara è culturale. Affinché appaia comprensibile alla generalità del corpo sociale l'aumento di pena per il recidivo occorre la compattezza culturale dell'intera società intorno a determinati valori, in specie al valore della giurisdizione e alla certezza dell'irrefragabilità delle pene. Questi valori erano vivi nella società liberale dell' '800. Laddove essi fossero negati per circostanze storiche particolari – come, per esempio, nelle regioni del meridione d'Italia – coloro che li negavano erano trattati come banditi estranei all'ordinamento, tanto da non meritare neppure di essere giudicati dalla giurisdizione ordinaria¹³.

I valori che sostenevano la società liberale non sono più oggi vissuti da alcuna classe sociale, né da quelle elevate, che vedono nella giurisdizione un pericolo per la loro sicurezza sociale; né da quelle inferiori, che vedono nella giurisdizione un potere ostile, costringitivo e sanzionatorio.

La maggiore colpevolezza del recidivo in una società in cui la delinquenza si è fatta per la maggior parte seriale, addirittura consolidandosi in organismi i cui componenti delinquono avvalendosi della capitalizzazione dei crimini com-

¹² R. GAROFALO, *Il delitto come fenomeno sociale*, in *Per le onoranze a Francesco Carrara. Studi giuridici*, Lucca, 1899, 328-329.

¹³ Cfr. la legge 15 agosto 1863, n. 1409, nota come Legge Pica, per il contrasto al brigantaggio, nonché la legge di pubblica sicurezza 20 marzo 1865, n. 2248, allegato B.

messi associativamente in passato, appare come qualcosa di stonato, certamente irrealistico. Inoltre, l'autorità del giudicato è caduta in discredito presso la totalità della popolazione che ha subito condanne penali, anche e soprattutto per l'evidenza che la pena inflitta in sede di cognizione viene modificata continuamente nella fase esecutiva. Non è peraltro frequente il caso di chi realisticamente introietti in se stesso un senso di maggior ritegno a delinquere per il fatto di aver assaggiato la pena detentiva. Tutto al contrario, l'esperienza della pena subita, in una non modesta percentuale di casi, è fonte di una più spiccata indifferenza per il rischio della pena, considerata anche l'opportunità di modularne gli effetti tramite i percorsi di esecuzione differenziati in ambiente extracarcerario.

5. Le correzioni ortopediche della giurisprudenza. Le considerazioni svolte inducono a riflettere criticamente sui tentativi ortopedici che la migliore giurisprudenza, soprattutto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁴, ha cercato di fornire per giustificare l'istituto in chiave di maggiore colpevolezza del recidivo.

Gli indici di questa più spiccata colpevolezza sono stati esplorati con acribia dalla Suprema Corte: la prossimità temporale del nuovo delitto alla precedente condanna; l'identità o somiglianza del tipo di delitto; la medesimezza di movente; la progressione in termini di gravità del nuovo delitto rispetto ai precedenti. L'approssimazione al cuore della colpevolezza normativa si fa sempre più stringente e sottile. Ma v'è un limite in questo processo che non può essere superato senza provocare l'esplosione del concetto di colpevolezza normativa. O questo giudizio diventa quasi tautologico, del tipo: sei più colpevole perché hai reiterato il delitto pur dopo una condanna; ovvero viene sfondata la paratia tra il giudizio giuridico e quello etico, come a dire: tu recidivo sei più colpevole perché hai compiuto una riprovevole scelta di vita. Questo passo non viene di solito effettuato nella motivazione delle sentenze, perché troppo forte è la consapevolezza dei giudici che il giudizio giuridico sul fatto non va confuso con il giudizio etico sull'esistenza personale. Sì che, nonostante le buone intenzioni, il giudizio di maggiore colpevolezza del recidivo finisce per essere tautologico. Oppure si tramuta, nei casi in cui è evidente la tendenza del soggetto a protrarre l'esistenza in circuiti illeciti, in un giudizio circa la sua maggiore temibilità sociale, sfociando in un prevenzionismo speciale di tipo eliminativo. Passaggio favorito dall'ambiguità delle formule

¹⁴ Cass., S.U., 27.5.2010, n. 35738; Cass., S.U., 27.10.2011, n. 5859; Cass., S.U., 24.2.2011, n. 20798; Cass., S.U., 23.6.2016, n. 31669; Cass., S.U., 25.10.2018, n. 20808.

adottate dalla Corte Suprema, che spesso accostano il concetto della maggior colpevolezza a quello della più accentuata pericolosità sociale.

Lo scivolamento della *ratio* della recidiva verso la frontiera della pericolosità è implicito nell'assetto motivazionale di molte sentenze che trovano sostegno nell'ambiguità delle formule che accostano la colpevolezza alla pericolosità, senza tener conto che spesso il giudizio relativo alle due nozioni può portare a risultati pratici sanzionatori divergenti, come la dottrina ormai risalente aveva messo in luce in ordine all'interpretazione degli indici di cui alla seconda parte dell'art. 133 del codice penale¹⁵.

L'apprezzabile impegno della giurisprudenza per paralizzare l'accanimento punitivo del legislatore del 2005 rischia perciò di naufragare. Gli approdi di emergenza potrebbero essere o di mettere in disparte praticamente la recidiva, come già era avvenuto dopo la novella del 1974, tanto più dopo la sentenza del 2015 della Corte Costituzionale (che ha smantellato l'unica ipotesi residua di obbligatorietà ex art. 99, co. 5)¹⁶, ovvero di ripiegare su un'interpretazione in chiave prevenzionistico-eliminativa, dando ragione all'intento del legislatore del 2005.

6. *Conclusioni.* Va da sé che entrambe le soluzioni sarebbero insoddisfacenti. Invero, come già diceva Carmignani, le massime fallaci portano a degli imbrogli inestricabili. Nel caso nostro i fili della matassa sono ancor più ingarbugliati, perché il legislatore ha inteso fare un salto ulteriore attribuendo alla recidiva compiti impropri nel diritto penale sostanziale. Così, per esempio, non sembra ragionevole la previsione del maggior termine necessario a prescrivere il reato commesso dal recidivo nel caso di interruzione della prescrizione (art. 161, co. 2 c.p.); né che il termine prescrizionale sia più elevato per effetto della recidiva come circostanza aggravante a effetto speciale (art. 157, co. 2); né che la recidiva abbia effetto sulla misura di pena ai fini di escludere la punibilità quando l'offesa è di particolare tenuità (art. 131 bis, co. 4); né che la recidiva faccia scattare la procedibilità d'ufficio per non pochi reati contro la persona e contro il patrimonio.

La ricaduta della recidiva su istituti che attengono alla gravità oggettiva del fatto costituisce una forzatura logica in contraddizione al principio essenziale del diritto penale incentrato sul fatto, scivolando verso il sistema del diritto penale del tipo di autore. Il fatto in sé non è più grave per la ragione che è stato

¹⁵ Cfr. per l'ampia problematizzazione della discrezionalità commisurativa F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2013, 788-798.

¹⁶ C. Cost., 8-23.7.2015, n. 185.

commesso da un recidivo. Se il fatto è particolarmente tenue, non si vede per quale ragione la causa di non punibilità debba essere esclusa nei suoi confronti. Ciò è tanto più stridente con i principi generali poiché la recidiva, in tutti i casi considerati, vale come *status* del soggetto, senza che sia consentito al giudice escluderla in forza di un giudizio concreto sull'assenza di un gradiente di colpevolezza superiore a quello necessario per l'integrazione del reato.

Le considerazioni svolte dovrebbero indurre a una rimeditazione completa in ordine all'ammissibilità dell'istituto in sede di giudizio di cognizione. Questo giudizio deve rimanere ancorato al fatto; alla sua gravità oggettiva e soggettiva. Le condizioni personali possono rilevare, nei limiti di circostanze improprie idonee a modulare la misura della pena all'interno della cornice edittale, tendenzialmente a favore del soggetto. Mai possono valere in eccedenza per aggravare il reato al di là dei limiti edittali.

Si è visto prima che l'aumento della pena per la recidiva contraddice in radice la nozione retributiva spostando l'asse valutativo su ragioni di sicurezza sociale che non possono trovare accoglimento nel sistema costituzionale. La motivazione carrariana, svolta sul filo di una valutazione di maggiore colpevolezza, si sgretola alla luce del dinamismo sociologico e criminologico della serialità nel delitto che caratterizza la società contemporanea.

Il motivo, infine, del maggior bisogno di emenda, o - in una versione più moderna - l'esigenza di una penalità differenziata e individualizzata nei confronti del recidivo non vale per il giudizio di cognizione, quando il giudice non ha informazioni adeguate in ordine al modo concreto in cui il soggetto si è atteggiato durante l'esecuzione della pena e neppure in ordine alle opportunità esistenziali affinché egli fuoriesca effettivamente dai circuiti della serialità criminosa.

Non è il giudizio di cognizione la sede in cui può essere esercitato questo compito. La sede appropriata va focalizzata laddove le modalità di esecuzione della pena vengono determinate alla luce del concreto giudizio di idoneità e disponibilità alla riabilitazione del condannato e alla sua inseribilità nel consorzio sociale, completa o condizionata o diversamente modulata grazie al sostegno della agenzie dell'esecuzione.

La razionalizzazione del sistema punitivo impone, dunque, in primo luogo, l'eliminazione della recidiva dall'ambito del giudizio di cognizione, sia sul versante degli effetti diretti, che - ancor più - sul versante delle ricadute sugli istituti di diritto sostanziale che si incentrano nella nozione del fatto.

In sede di esecuzione della pena la legge può invece dare opportunamente

rilevanza alla recidiva, sia orientando l'esercizio della discrezionalità del giudice, per eventualmente restringere, con un giudizio prognostico concreto, mai su basi presuntive, l'ammissione all'esecuzione della pena in sede extracarceraria, sia prevedendo percorsi speciali di esecuzione mirati al reinserimento sociale per soggetti caduti in frequente recidivanza a causa di particolari condizioni di fragilità e vulnerabilità personale, familiare e sociale.

Sono certo che Adelmo Manna, strenuo garante dei diritti degli accusati, accoglierà volentieri queste note scritte in onore del suo impegno umanitario.

Mauro Ronco