

13 SETTEMBRE 2017 |

GUGLIELMO LEO,
VISUALIZZA ALLEGATO (NEL FASCICOLO)

UN NUOVO PROFILO DI ILLEGITTIMITÀ NELLA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA E DEI SUOI EFFETTI INDIRETTI

COMMENTO A CORTE COST., SENT. 17 LUGLIO 2017, N. 205, PRES. GROSSI, REL. LATTANZI

Contributo pubblicato nel Fascicolo 9/2017

Per leggere il testo della sentenza in commento, [clicca qui](#).

1. Con la **sentenza n. 205**, del 17 luglio 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità del **quarto comma dell'art. 69 c.p.**, avuto ovviamente riguardo al testo introdotto con la cosiddetta legge *ex Cirielli*.

La norma censurata dispone, com'è noto, che la **recidiva reiterata** non possa essere dichiarata subvalente rispetto a circostanze concorrenti di segno **attenuante**, con ciò provocando, specie in alcuni casi particolari, gravissimi **squilibri sanzionatori**. A partire dal 2012, la Consulta ha sindacato negativamente la scelta operata dal legislatore, senza tuttavia pervenire all'eliminazione *in toto* del meccanismo che deroga alla disciplina comune della comparazione tra circostanze di segno opposto. Si è preferito operare, piuttosto, mediante **singole incisioni** sul meccanismo, tali da riespandere l'ipotesi della soccombenza della recidiva rispetto a **particolari ipotesi di attenuazione** del trattamento sanzionatorio.

Nel caso di specie - l'ultimo al momento - la norma derogatrice è stata dichiarata **illegittima** nella parte in cui prevedeva il **divieto di prevalenza** della circostanza attenuante di cui all'**art. 219, terzo comma**, della c.d. **legge fallimentare** (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), per effetto della quale sono ridotte fino ad un terzo le pene previste per la bancarotta (semplice o fraudolenta) e per il ricorso abusivo al credito, quando le relative condotte abbiano «cagionato un **danno patrimoniale di speciale tenuta**».

La conseguenza, ovvia, è che nei singoli casi concreti il giudice, attraverso un giudizio di prevalenza dell'attenuante sulla recidiva reiterata, potrà irrogare sanzioni effettivamente inferiori al minimo edittale che segna le varie fattispecie incriminatrici.

2. Non può certo dirsi che la riforma della recidiva, attuata con la legge n. 251 del 2005, fosse adeguatamente ispirata ai principi costituzionali. A circa dodici anni dalla sua attuazione, la logica della novella è risultata inaccettabile soprattutto nella sua funzione limitatrice della **discrezionalità giudiziale**: attraverso l'istituzione di “automatismi”, cioè di meccanismi di inasprimento del trattamento sanzionatorio legati al mero dato obiettivo dell'esistenza di precedenti a carico del reo, il sistema era stato orientato decisamente verso il **tipo d'autore**, sancendo uno squilibrio tra ruolo dell'offesa e ruolo della (presunta) pericolosità nella determinazione della pena. E ciò sebbene la valutazione del caso concreto, cioè dell'incidenza effettiva della recidiva sul piano della pericolosità e su quello della capacità a delinquere, costituisse ormai da tempo il perno della relativa disciplina.

Nel contesto di una più generale ripulsa degli “automatismi” – quando non fondati su leggi di copertura ad affidabilità molto elevata – la giurisprudenza aveva reagito alla riforma contestando, tra l'altro, proprio la regola sancita al **quarto comma dell'art. 69 c.p.**, nella parte in cui **escludeva** (ed ancora in parte esclude) la possibile **subvalenza della recidiva reiterata** rispetto a circostanze attenuanti di qualunque genere. Una regola che, come i fatti hanno poi dimostrato, comportava spesso conseguenze gravissime sul trattamento sanzionatorio (specie riguardo a fattispecie diminuenti con valori edittali propri), senza alcuna possibilità per il giudice di verificare se, nel caso concreto, quelle conseguenze fossero realmente giustificate dal disvalore connesso alla recidiva.

Va ricordato, in breve, come la Consulta avesse inizialmente assunto un atteggiamento di grande prudenza, ed in particolare avesse valorizzato una sorta di *commodus discessus* per il giudice che trovasse troppo aspre le conseguenze della comparazione “vincolata” tra attenuanti e recidiva. Con la **sentenza n. 192 del 2007**, in particolare, la Corte aveva “suggerito” con forza (sia pure attraverso il metodo della dichiarazione di inammissibilità per omessa motivazione riguardo sui presupposti interpretativi della questione) soluzioni idonee a **ridurre** l'area di **applicazione obbligatoria** della recidiva, in particolare escludendone i casi regolati dal **quarto comma dell'art. 99 c.p.** (recidiva reiterata non qualificata). Si trattava di un metodo indiretto di soluzione del problema, non immune da critiche sul piano della coerenza di sistema. Certo, “disapplicando” la recidiva, il giudice poteva escludere uno dei presupposti per l'applicazione del criterio anomalo di comparazione con le attenuanti (cioè del quarto comma dell'art. 69), e quindi evitare le conseguenze sanzionatorie ritenute irragionevoli. Nondimeno, il ragionamento scontava una contaminazione tra **discipline diverse**: l'una fondata sul concreto rilievo dei precedenti in punto di pericolosità e capacità a delinquere, e l'altra sull'idoneità dei precedenti medesimi a giustificare sul piano razionale non soltanto l'applicazione dell'aggravante, ma la necessaria sua equivalenza (se non addirittura la prevalenza) su qualunque quadro attenuante, indipendentemente dalla *ratio*, dal numero e dall'incidenza concreta dei fattori diminuenti. Sono ben concepibili, per vero, casi nei quali non ha senso negare il rilievo dei precedenti, ma non ha senso neppure che gli stessi debbano privare di rilevanza le fattispecie di segno contrario, anche se molto significative sul piano dell'offesa o della stessa capacità criminale.

Tutto ciò senza dire che la regola sulla comparazione non poteva essere elusa riguardo ai casi di **recidiva obbligatoria**, che certamente residuavano oltre ogni sforzo ermeneutico (comma quinto dell'art. 99 c.p.).

Va subito aggiunto, per altro, come sia stata la stessa Corte costituzionale a mutare in seguito l'assetto della disciplina. Già con la **sentenza n. 183 del 2011** era stato colpito un automatico effetto "indiretto" della recidiva reiterata, e cioè il divieto di fondare l'applicazione delle attenuanti generiche sulla condotta tenuta dal reo successivamente alla commissione del reato. Più recentemente, la Corte ha poi direttamente affrontato la "madre" di tutti gli automatismi concepiti per vincolare le discrezionalità del giudice nei confronti dei recidivi, cioè la previsione di **applicazione obbligatoria** della circostanza, capace appunto di provocare la proliferazione degli effetti indiretti, anch'essi talvolta obbligatori, connessi da singole norme alla condizione di recidiva. In particolare, con la **sentenza n. 187 del 2015**, il **quinto comma dell'art. 99 c.p.** è stato dichiarato illegittimo limitatamente alle parole «è obbligatorio e»: una classica manipolazione, che ha reintrodotto la valutazione discrezionale del giudice anche per i gravi casi previsti dalla norma, riducendone la funzione alla sola previsione di un incremento di pena particolarmente severo, qualora la circostanza venga applicata, e non venga neutralizzata, in tutto od in parte, da attenuanti prevalenti od equivalenti.

Oggi dunque, per tornare alla disciplina della comparazione tra circostanze, la possibilità di evitare **effetti indiretti non ragionevoli** della recidiva, mediante una scelta giudiziale di "disapplicazione" dell'aggravante, può considerarsi estesa ad ogni possibile fattispecie. E la Corte costituzionale resta dell'idea che la **necessità concreta** di applicare la circostanza (per quanto non più dovuta ad un regime obbligatorio) costituisce una condizione di rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale riguardanti norme sugli effetti indiretti della recidiva. L'ha dimostrato nel corso degli anni (si vedano le **ordinanze n. 409 del 2007, n. 33, 90, 193 e 257 del 2008, n. 171 del 2009**) ed anche in tempi recentissimi. Con la **sentenza n. 120 del 2017**, infatti, è stata dichiarata inammissibile l'ennesima questione sollevata in rapporto all'art. **69, quarto comma, c.p.**, proprio perché, a giudizio della Consulta, il giudice rimettente non ha dimostrato a sufficienza la rilevanza della questione, non avendo argomentato compiutamente sulla necessità di fare applicazione dell'aggravante nel caso sottoposto al suo giudizio (caso nel quale il fattore di attenuazione contrapposto era costituito dall'imputabilità parziale per malattia di mente, *ex art. 89 c.p.*).

Evidentemente, le critiche sulla contaminazione tra i diversi piani del ragionamento richiesto al giudice (*se applicare la recidiva e, solo nel caso affermativo, come chiudere il giudizio di comparazione*) non hanno convinto la Corte ad abbandonare la pretesa che l'applicazione dell'art. 69 c.p. costituisca, nel giudizio principale, un adempimento ineluttabile.

3. Si deve notare del resto come, dopo il cauto atteggiamento iniziale, la Consulta non abbia poi eluso il compito di vagliare direttamente la disciplina del concorso di circostanze, sia pur senza rinunciare, come appena si è visto, ad un sindacato sulla motivazione offerta, dal giudice rimettente, riguardo alla necessità di applicare la recidiva nel caso concreto.

Già si è detto in apertura. Non v'è stata una valutazione sfavorevole a carattere generale del **quarto comma dell'art. 69 c.p.**, cioè una stima negativa circa la tollerabilità costituzionale della regola che esclude la subvalenza della recidiva reiterata. Si è seguito piuttosto un **metodo casistico**, valutando l'accettabilità dell'automatico in rapporto a **singole fattispecie attenuanti**, e giungendo ad esiti demolitori soprattutto in base alle caratteristiche precise della fattispecie di volta in volta considerata.

Una prima pronuncia in tal senso fu costituita dalla **sentenza n. 251 del 2012**, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui stabiliva il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante di cui all'**art. 73, comma 5**, del d.P.R. n. 309 del 1990, cioè della disposizione concernente i fatti di lieve entità in materia di produzione, detenzione e cessione di sostanze stupefacenti. L'intervento della Corte era valso ad evitare che il giudice fosse costretto ad infliggere la pena minima di sei anni (art. 73, comma 1, del Testo unico), per fatti di entità anche ridottissima, in tutti i casi nei quali l'agente risultasse già condannato per un qualunque delitto non colposo, dopo averne commesso uno dello stesso genere.

È noto che negli anni successivi alla decisione sono intervenute sostanziose modifiche del quadro normativo, tali che, ormai, la norma sul fatto lieve di narcotraffico è considerata generalmente espressiva di una **fattispecie autonoma** (tra le prime, *ex multis*, Cass., 15 ottobre 2013, n. 2295/14). La valenza dei principi affermati nella sentenza della Consulta, per altro, era e resta decisiva. Spetta certamente al legislatore la possibilità di alterare l'ordinario **meccanismo di comparazione** tra le circostanze, ma occorre che una siffatta discrezionalità sia esercitata in modo **non manifestamente irragionevole**, ciò che va escluso quando la recidiva può neutralizzare, in via "automatica" e non derogabile, fattispecie attenuanti concepite per fatti di rilevanza particolarmente modesta, e dunque segnate da valori edittali di pena assai ridotti rispetto alla figura principale del reato. Un meccanismo del genere, all'epoca molto evidente per i "fatti lievi" di narcotraffico, produce violazioni dei principi di ragionevolezza, di uguaglianza formale, di proporzionalità della pena; altera, in particolare, l'equilibrio imposto a livello costituzionale, dai principi di offensività e colpevolezza, tra dimensione oggettiva del fatto di reato e dimensione soggettiva, orientando il sistema verso una valorizzazione eccessiva del tipo d'autore.

Il ragionamento fu ripreso dalla Corte un paio d'anni dopo, con una coppia di decisioni riguardanti, ancora una volta, il quarto comma dell'art. 69 c.p. Con la **sentenza n. 105 del 2014** era maturata la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, relativamente alla parte in cui escludeva la possibilità di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante di cui all'**art. 648, secondo comma, c.p.** (si tratta, com'è noto, della ipotesi di particolare tenuità del delitto di ricettazione). Dalla **sentenza n. 106 del 2014** era invece derivata l'espunzione dall'ordinamento della regola di non socombenza della recidiva rispetto alla circostanza attenuante di cui all'**art. 609-bis, terzo comma, c.p.**

Nel primo caso si era notato tra l'altro come, per effetto della sola condizione di recidiva reiterata, il minimo edittale per la ricettazione "lieve" aumentasse di ben 48 volte, superando dunque di gran lunga lo stesso incremento di pena connesso, in linea generale, all'aggravante

della recidiva: ciò che vanificava ogni criterio di proporzionalità ed implicava l'irragionevole equiparazione, nel medesimo contesto edittale, di situazioni illecite fortemente differenziate sul piano dell'offesa. Quanto al delitto di violenza sessuale, a ragionamenti in tutto analoghi s'era aggiunto il rilievo della particolare conformazione assunta dalla disciplina dopo la riforma del 1996. La concentrazione nell'unico tipo legale delle vecchie figure di violenza carnale e atti di libidine violenti, fino all'adozione di una nozione assai comprensiva di "atto sessuale", aveva indotto la confluenza nella medesima cornice di pena di comportamenti davvero molto diversi tra loro, sul piano dell'offesa, della sofferenza della vittima, della capacità criminale dell'autore. Proprio la Consulta aveva avuto modo di notare come la creazione di un'ipotesi di "minore gravità", segnata da un massimo di pena inferiore al minimo della sanzione comminata dalla fattispecie principale, valesse a compensare l'estrema dilatazione del tipo (sentenza n. 325 del 2005). E dunque, una volta introdotta la regola di non prevalenza dell'attenuante rispetto alla recidiva reiterata, era stato eliminato uno strumento essenziale per l'equilibrio complessivo della disciplina, con esiti del tutto irragionevoli, e contrari ai principi di uguaglianza e proporzionalità.

4. La sequenza degli interventi della Corte sul quarto comma dell'art. 69 c.p. è proseguita anche in tempi recenti. Con la **sentenza n. 74 del 2016** la norma è stata dichiarata illegittima anche nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata dell'attenuante di cui all'art. **73, comma 7, del d.P.R. n. 309 del 1990**. Si tratta della previsione per la quale tutte le pene previste nello stesso art. 73, che sanziona la detenzione illegale di stupefacenti e le connesse fattispecie di cessione e traffico, sono sensibilmente diminuite (dalla metà a due terzi) nei confronti di chi assume atteggiamenti collaborativi, ed in particolare «si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti».

Come si vede, a differenza che nei casi precedenti, il meccanismo di comparazione tra circostanze non risultava alterato con riguardo ad un profilo del fatto delittuoso, ma relativamente ad un **comportamento successivo** al reato da parte del recidivo. Di qui la parziale originalità del percorso seguito dalla Corte, a partire dal rilievo che la previsione attenuante mira ad «incentivare il ravvedimento post-delittuoso del reo, rispondendo, sia all'esigenza di tutela del bene giuridico, sia a quella di prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti». È contraddittorio che il legislatore, nel caso dei recidivi, neutralizzi la spinta incentivante con la prescrizione che, anche nel caso di collaborazione, le pene dell'art. 73 (notoriamente molto elevate) non possano essere diminuite.

La giurisprudenza costituzionale, del resto, aveva già censurato norme che svilivano su base presuntiva il significato della condotta susseguente al reato. Con la **sentenza n. 183 del 2011** (dichiarativa della parziale illegittimità dall'art. 62-bis c.p.) s'era rilevato come la rigida presunzione d'una elevata capacità a delinquere - fondata sulla condizione di recidiva reiterata e tale da precludere l'applicazione di attenuanti generiche - fosse «inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento. Mentre la

recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali», così da privare di ogni giustificazione razionale l'effetto preclusivo introdotto dal legislatore. Lo stesso ragionamento ovviamente s'è imposto, *mutatis mutandis*, di fronte alla pretesa che una condotta susseguente di particolare significato, come la collaborazione con gli inquirenti, restasse sempre inidonea, per il sol fatto della recidiva, ad indurre un effettivo contenimento dei valori di pena previsti per i fatti di narcotraffico. V'erano dunque ragioni congruenti e specifiche per pervenire, in quel contesto, ad una nuova dichiarazione di illegittimità.

5. In questo quadro, complesso ma piuttosto univoco, è maturata la decisione qui in commento, cioè la **sentenza n. 205 del 2017**, per effetto della quale, come detto in apertura, è stata restituita al giudice la possibilità di stabilire la soccombenza della recidiva reiterata rispetto alla diminuente speciale prevista per i fatti di **bancarotta** che abbiano «cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità».

Alla luce dei precedenti, l'approdo della Corte appare frutto di un percorso logico e consolidato. Nella specie non s'è fatta questione della reale necessità di applicare la recidiva (il rimettente era del resto giudice del rinvio dopo un annullamento parziale in Cassazione, con il compito esclusivo di rideterminare il trattamento sanzionatorio in base ad un quadro circostanziale ormai consolidato). Subito piuttosto, nel merito, la Consulta ha confermato la premessa ormai rituale, che sembra vanificare la prospettiva di un “annullamento” radicale del quarto comma dell'art. 69 c.p.: il legislatore è libero di alterare il normale meccanismo di comparazione tra circostanze, anche riguardo allo specifico caso della recidiva reiterata, purché la scelta non produca esiti di **manifesta irragionevolezza**.

Come nei casi precedenti, per altro, il vaglio dei Giudici costituzionali ha condotto ad un esito di incompatibilità con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità. E, come nei casi precedenti, l'analisi è stata prevalentemente incentrata sulle peculiari caratteristiche della circostanza chiamata alla comparazione con la recidiva.

La Corte ha osservato preliminarmente come si tratti di una ipotesi ad effetto speciale, dovendo la formula della legge (pena ridotta «fino al terzo») essere intesa nel senso che i valori edittali sono potenzialmente ridotti di due terzi rispetto a quelli delle fattispecie incriminatrici interessate. Dunque, un fenomeno di forte **divaricazione tra le cornici edittali**, già riscontrato rispetto ad altre delle attenuanti “sottratte” alla regola del quarto comma dell'art. 69, ed in particolare segnato da sostanziale coincidenza tra massimo della pena prevista per l'ipotesi attenuata e minimo della pena applicabile nel caso di neutralizzazione della diminuente. In sostanza, un aumento di pena inevitabilmente ed irrazionalmente superiore finanche rispetto a quello che la recidiva reiterata imporrebbe una volta applicata ai valori di un'autonoma fattispecie di minor gravità.

Di nuovo, citando sé stessa (sentenza n. 251 del 2012) e valorizzando la pertinenza dell'attenuante ad un forte scarto nell'**offensività della condotta** criminale, la Corte ha

sanzionato la «abnorme enfatizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detimento delle componenti oggettive del reato», così da sfigurare quel “diritto penale del fatto” che l’art. 25 della Costituzione, comma secondo, incardina quale modello essenziale del sistema criminale.

Restano fondamentali le notazioni compiute nella già richiamata sentenza n. 251 del 2012 e nei seguiti pure già illustrati: «la recidiva reiterata “riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: 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”». E si prostrarrebbe, dunque, uno strappo palese rispetto ai criteri dell’**uguaglianza** e della **offensività**.

Ancora una volta, d’altra parte, la Consulta ha voluto espressamente riconoscere anche la violazione del **principio di proporzionalità**, ancorato nella specie, e secondo tradizione, al terzo comma dell’art. 27 Cost.: «la norma censurata è in contrasto anche con la finalità rieducativa della pena, che implica “un costante ‘principio di proporzione’ tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall’altra” (sentenza n. 341 del 1994)».

6. Insomma, la giurisprudenza costituzionale ha certamente voluto prevenire una caduta radicale della scelta legislativa di vincolare, pur parzialmente, il giudizio di comparazione che coinvolga la recidiva reiterata. Probabilmente ha prevalso, accanto ad esigenze di coerenza rispetto ad assunti espressi riguardo ad altri meccanismi presuntivi dello stesso genere, qualche preoccupazione per la possibile prevalenza di attenuanti poco significative (o troppo discrezionali), a cominciare dalle attenuanti generiche. Non v’è dubbio comunque che, rispetto ad **attenuanti ad effetto speciale**, con funzioni precise ed **essenziali** (contenere gli scarti edittali, e mitigare i livelli di pena, per fattispecie di grande ampiezza, oppure incentivare comportamenti virtuosi dopo il reato), il giudizio della Consulta sia risultato fino ad oggi sempre **negativo**.

V’è da chiedersi però, ancora una volta, se abbia senso un sistema che mira a vincolare la comparazione *contra reum* in un quadro ove il giudice può eludere comunque il vincolo medesimo, attraverso la recuperata e piena discrezionalità in punto di applicazione della recidiva (e dunque riguardo alla condizione che impone la valutazione comparativa ad esito parzialmente vincolato). Il tutto, col paradosso aggiuntivo di un depotenziamento della recidiva anche quando, secondo le regole proprie della sua applicazione, la stessa recidiva potrebbe ben trovare riconoscimento ad opera del giudice, e viene invece esclusa in base a regole non pertinenti, perché relative al diverso terreno della comparazione tra circostanze.