

Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva a partire dalla dichiarazione di illegittimità dell'articolo 69, quarto comma, del codice penale della parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (sent. n. 94/2023)

di

Saulle Panizza*

Sommario: 1. Il contesto caratterizzato da segnali di spostamento del “pendolo” della Corte costituzionale verso l’anima politica. – 2. La giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva, fino alla recente sent. n. 94/2023. – 3. La recidiva come caso particolare di ampliamento dei margini di intervento della Corte costituzionale sulle scelte discrezionali del Parlamento in materia penale.

1. Il contesto caratterizzato da segnali di spostamento del “pendolo” della Corte costituzionale verso l’anima politica

L’ultima relazione sulla giurisprudenza costituzionale, quella riferita all’anno 2022 ⁽¹⁾, nella parte riguardante i profili sostanziali, e in particolare i diritti e doveri degli individui, dedica, come consuetudine, un corposo paragrafo ai principi costituzionali in materia penale. Essi sono identificati nello strumento penale quale *extrema ratio*, nel principio del giudice naturale precostituito per legge, nel principio di legalità (con le varie sfaccettature: riserva assoluta di legge, divieto di retroattività *in peius*), in quello di offensività, nella retroattività della *lex mitior*, nel divieto di *bis in idem*, con specificazione finale dei margini di intervento della Corte sulle scelte discrezionali del legislatore nella materia. Esaminando, anche sommariamente, tale complesso, emergono numerose pronunce del giudice

*Professore ordinario di Diritto costituzionale _ Università degli Studi di Pisa.

¹ La si può vedere sul sito dell’organo (www.cortecostituzionale.it).

costituzionale che si discostano non poco da quello che per lungo tempo è stato una specie di dogma, riassumibile nell'etichetta delle c.d. "rime obbligate", secondo la celebre definizione di Vezio Crisafulli.

Come la dottrina ha evidenziato, infatti, in anni recenti (a partire dal 2016 e più nettamente dal 2018-2019) la Corte ha superato in varie occasioni e direzioni il riferimento ad esse. Dapprima considerando possibile il proprio intervento, seppur a determinate condizioni, di fronte a una situazione di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un determinato trattamento sanzionatorio, poi affermando come essenziale e sufficiente a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate" – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire alla Corte di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia, restando ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali ⁽²⁾. Il tutto in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore ⁽³⁾.

² V., in sintesi, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2021, 346 ss.

³ Per una ricostruzione delle linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale nell'ambito penale, a partire dall'applicazione del principio di eguaglianza e degli altri parametri costituzionali rilevanti, v. l'ampia analisi di G. P. DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consultaonline*, 2015, fasc. III; traduce l'evoluzione recente della giurisprudenza costituzionale in materia penale con le due categorie del "fino a ieri" (manipolazione per via pretoria del delta punitivo praticata nel rispetto della duplice condizione di un intervento *in bonam partem* e solo se scritto sotto dettatura della Costituzione) e del "da oggi in poi" (un inedito scrutinio di legittimità sulla cornice edittale si affaccia negli ultimi arresti della Corte costituzionale) A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. IV, 3477 ss., cui si rinvia per il censimento giurisprudenziale e le reazioni dottrinali determinate dal nuovo trend.

In una prospettiva più ampia, ma collegata, si può anche far riferimento, sempre all'interno del generale rapporto tra Corte e Parlamento, al recente sviluppo di una nuova tecnica decisoria (variamente denominata, cui la Corte si riferisce come *incostituzionalità "prospettata"*). Essa consiste nel disporre il rinvio del giudizio in corso, con fissazione di una ulteriore discussione delle questioni di legittimità sollevate a un'udienza a circa un anno di distanza, onde valutare l'eventuale sopravvenienza di una legge che regolamenti in maniera opportuna la materia. In sostanza, la Corte, dopo aver riscontrato un *vulnus* costituzionale e ritenuto che il delicato bilanciamento della materia sia affidato, in primo luogo, al Parlamento, in spirito di collaborazione istituzionale sospende la propria decisione, dando tempo al legislatore di intervenire. Anziché procedere come accadeva di norma in passato in simili casi (pronuncia di inammissibilità accompagnata da un monito, più o meno stringente), la Corte, "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale", spinge il legislatore a intervenire, con la prospettiva di pronunciarsi nuovamente, a data certa, sospendendo il giudizio *a quo* e demandando ai giudici, negli altri giudizi, di valutare se sussistano le condizioni per sollevare la questione di legittimità costituzionale, così da evitare l'applicazione delle disposizioni indubbiamente.

Il primo caso di questo tipo è rappresentato dall'ord. n. 207/2018 in materia di aiuto al suicidio, cui ha fatto seguito, come in un "uno-due" preannunciato, la sent. n. 242/2019, che ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli,

sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente" (4).

Il secondo caso è costituito dall'ord. n. 132/2020 in materia di diffamazione a mezzo stampa, poi bissata dalla sent. n. 150/2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa) e, in via consequenziale, dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), mentre ha dichiarato, in generale, l'infondatezza delle questioni riguardanti l'art. 595 del codice penale (mediante tre dispositivi, uno di non fondatezza nei sensi di cui in motivazione, uno di non fondatezza e uno di manifesta infondatezza).

Il terzo caso ha riguardato l'ord. n. 97/2021, in materia di ergastolo ostativo, che ha però avuto un esito differente dai due precedenti. La decisione è stata rinviata dapprima all'udienza pubblica del 10 maggio 2022, quindi ulteriormente differita (ord. n. 122/2022), per poi pervenirsi alla restituzione degli atti al giudice rimettente (ord. n. 227/2022) a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere, delle elezioni politiche e di un decreto-legge del nuovo Governo intervenuto in materia (5).

⁴ Nel comunicato del 16 novembre 2018 dell'Ufficio Stampa della Corte si sottolinea, a proposito dell'ord. n. 207/2018, che "in presenza di una pluralità di scelte discrezionali, finora la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, con un monito al legislatore affinché approvasse la disciplina necessaria". Se il monito fosse rimasto senza riscontro, di norma avrebbe fatto seguito una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ora, però, la Corte osserva che "questa tecnica decisoria ha l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. E un simile effetto ... non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti". Circa un anno dopo, nel comunicato del 22 novembre 2019, a chiusura della vicenda, alla luce della constatata inerzia legislativa, si osserva che "l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore. E se la dichiarazione di incostituzionalità rischia di creare vuoti di disciplina che mettono in pericolo diritti fondamentali, la Corte costituzionale deve preoccuparsi di evitarli, ricavando dal sistema vigente i criteri di riempimento, in attesa dell'intervento del Parlamento". Significativo anche il passaggio in cui si osserva che "poiché non è stata approvata nessuna normativa, la Corte ha ritenuto di dover porre rimedio, comunque sia, alla violazione riscontrata".

⁵ Per un esame delle pronunce frutto della nuova tecnica adottata dalla Corte, si rinvia a S. PANIZZA, *Alcune linee di sviluppo del sistema italiano di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato, con particolare riguardo al potere di autonormazione e ai profili di organizzazione e*

Lo sviluppo di questa nuova tecnica decisoria si inserisce in un contesto caratterizzato, secondo i più, da una maggiore politicizzazione del controllo di costituzionalità e da una oscillazione del “pendolo” della Corte verso l’anima politica a scapito di quella giurisdizionale, cui non sarebbe estranea nemmeno la recente “apertura” del processo costituzionale attraverso le modifiche del 2020 delle Norme integrative ⁽⁶⁾.

Ebbene, all’interno del quadro ora osservato, vi è un tema proprio del diritto penale, quello della recidiva, che fornisce da tempo occasioni di intervento alla giustizia costituzionale in un ambito, come detto, tradizionalmente riservato alla discrezionalità del legislatore, e che proprio recentemente ha conosciuto ulteriori, importanti sviluppi ⁽⁷⁾. Il riferimento va alla sent. n. 94/2023, nel c.d. caso Cospito. Una vicenda che ha avuto vasta eco mediatica e la cui decisione è stata

funzionamento della Corte costituzionale, in G. P. DOLSO, D. ROSSI (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli, 2022, 157 ss.

⁶ In generale, sul tema, v. R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017; ID., *Dalla <<diffusione>> all’<<accentramento>>: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2226; i pericoli derivanti dalle modifiche del 2020 alle Norme integrative, anche nel quadro di una vistosa oscillazione del pendolo verso l’anima politica del controllo sulle leggi cui si assiste in anni recenti, sono evidenziati, tra gli altri, da S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile*, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2020; per A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 16/2020, “è bene che le porte di palazzo della Consulta possano aprirsi, non spalancarsi”. Per alcune osservazioni, a partire dal tema dell’accesso alla Corte, sia consentito rinviare a S. PANIZZA, *I modelli di giustizia costituzionale e il problema del rafforzamento delle corti, con particolare riferimento al tema dell’accesso*, in P. BIANCHI, E. A. FERIOLI, G. MARTINICO, C. NAPOLI (a cura di), *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa, 2022, vol. II, 827 ss. Sulla natura politica o giurisdizionale della nostra Corte, alla luce delle decisioni più recenti e dell’attivismo del giudice costituzionale, v. ora R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consultaonline*, 2023, fasc. III, il quale conclude come non possa negarsi “che le più recenti tipologie messe in atto dalla Corte costituzionale, nel meritorio intento di dare comunque tutela a diritti costituzionali, abbiano determinato un sicuro mutamento istituzionale che pare porsi in contrasto con il principio di separazione dei poteri”.

⁷ Per una sintesi dei principali aspetti problematici legati all’istituto della recidiva, in particolare a seguito della riforma operata dalla l. n. 251/2005, v. C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008.

accompagnata da ben due comunicati stampa da parte della Corte, uno del 18 aprile 2023 ⁽⁸⁾ e uno del 12 maggio 2023 ⁽⁹⁾.

2. La giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva, fino alla recente sent. n. 94/2023

Nell'attuale impianto codicistico, la recidiva è una delle circostanze soggettive inerenti alla persona del colpevole (art. 70 c.p.) e trova la propria previsione normativa specifica nell'art. 99 c.p., come modificato dal d.p.r. n. 1464/1948, dal d.l. n. 99/1974 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 220/1974), dalla l. n. 251/2005 e, secondo quanto si dirà, dalla pronuncia n. 285/2005 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale del quinto comma (casi di recidiva obbligatoria).

In estrema sintesi, il primo comma dell'art. 99 c.p. si occupa della recidiva c.d. semplice. Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.

Il secondo comma della recidiva c.d. aggravata. La pena può essere aumentata fino alla metà:

- 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;
- 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
- 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Il terzo comma della recidiva c.d. pluriaggravata. Qualora, cioè, concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.

⁸ Si tratta del primo comunicato, dal titolo "Ergastolo e bilanciamento delle circostanze del reato", pubblicato in attesa del deposito della sentenza.

⁹ Il secondo comunicato, intitolato "Nel caso di reati puniti con la pena edittale dell'ergastolo è illegittimo il divieto per il giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata", ha invece accompagnato il deposito della sentenza.

Il quarto comma della recidiva c.d. reiterata. Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.

Il quinto comma, poi dichiarato in parte illegittimo, stabiliva che "Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto". L'illegittimità, come si dirà, è stata pronunciata limitatamente alle parole "è obbligatorio e,", conseguentemente ora espunte dalla disposizione.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 99 c.p., infine, "In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo".

L'ultimo intervento legislativo in ordine di tempo in materia (l. n. 251/2005 cit.), oltre alla sostituzione nel senso testé riportato dell'art. 99 c.p. (quale in precedenza risultante a seguito della modifica del 1974), ha altresì sostituito il quarto comma dell'art. 69 c.p. (Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti), prevedendo che le disposizioni dell'articolo "si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato". In sostanza, in deroga al tipico bilanciamento rimesso alla valutazione del giudice (a seconda della prevalenza delle circostanze aggravanti, art. 69, primo comma; della prevalenza delle circostanze attenuanti, art. 69, secondo comma; o della equivalenza fra circostanze aggravanti e attenuanti, art. 69, terzo comma), l'intervento del legislatore del 2005 ha introdotto il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti quando ricorre, in particolare, per quanto qui interessa, l'aggravante della recidiva reiterata (art. 99, quarto comma).

Il maggior rigore che per più versi ha ispirato la l. n. 251/2005 (c.d. *ex Cirielli*), in controtendenza, in particolare per la recidiva, rispetto al legislatore del 1974, ha finito rapidamente per produrre numerose questioni di legittimità costituzionale sottoposte al vaglio della Corte (10).

Da un lato, esse hanno riguardato la (presunta) trasformazione della recidiva (reiterata) in obbligatoria e tale da non poter essere discrezionalmente esclusa dal giudice.

La Corte le ha dichiarate inammissibili per mancata sperimentazione dell'interpretazione adeguatrice da parte dei giudici ordinari (sent. n. 192/2007) (11). Una volta assecondato questo indirizzo ad opera della successiva giurisprudenza di legittimità, rimaneva però esclusa da tale interpretazione la recidiva dell'art. 99, quinto comma, la sola testualmente prevista come "obbligatoria". Ma proprio sul

¹⁰ Per un esame degli aspetti critici individuati fin dal principio da buona parte della dottrina in ordine all'intervento legislativo del 2005, v. A. MARTINI, *Prove di un diritto penale futuro: controllo sulla discrezionalità penale*, S. MUGNAINI, *Brevi riflessioni sulla disciplina della recidiva introdotta dalla legge 251/2005*, S. PUCCINI, *La disciplina del bilanciamento di circostanze tra prassi applicativa e politica criminale*, tutti in C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma*, cit., rispettivamente 67 ss., 81 ss. e 109 ss.

¹¹ Secondo la Corte, "quella che i rimettenti danno per scontata non rappresenta, tuttavia, l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo. A sostegno della tesi della obbligatorietà, in ogni caso, della recidiva reiterata, regolata dal quarto comma dell'art. 99 cod. pen. (nel nuovo testo introdotto dall'art. 4 della legge n. 251 del 2005) – così come della recidiva cosiddetta pluriaggravata, di cui al terzo comma del medesimo articolo – parrebbe militare, in effetti, *prima facie*, l'argomento letterale. L'avvenuta utilizzazione, in tali disposizioni, 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 cod. pen., con riferimento alla recidiva semplice e alla recidiva aggravata – indurrebbe difatti a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata dal decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 220". Nondimeno, prosegue la Corte, "la nuova formula normativa potrebbe essere letta anche nel diverso senso che l'indicativo presente «è» si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo – lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. A tale conclusione indurrebbe, segnatamente, la considerazione che la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata rappresentano mere "species" della figura generale delineata dal primo comma dell'art. 99 cod. pen.: il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella – indubbiamente facoltativa – ivi contemplata, limitandosi i commi successivi a derogare alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena".

punto la Corte costituzionale è quindi intervenuta dichiarando l'illegittimità proprio limitatamente alle parole "è obbligatorio e," (sent. n. 185/2015) ⁽¹²⁾.

A seguito di questi passaggi, delle modifiche normative del 2005 restava in sostanza operante la peculiare connotazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata dell'art. 99, quarto comma. Pur non obbligatoria nella sua applicazione, una volta ritenuta applicabile essa determina(va) il rigido automatismo del divieto di prevalenza di qualsiasi circostanza attenuante.

In un quadro normativo, come riconosciuto dalla Corte, che già prevede altre circostanze aggravanti c.d. privilegiate (per cui vale il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti o addirittura l'esclusione del giudizio di comparazione tra le circostanze), quella prevista dal combinato tra l'art. 69 e l'art. 99, quarto comma, c.p. si presenta come particolare perché l'automatismo dell'esclusione di prevalenza delle attenuanti si innesta sulla mancanza di automatismo dell'applicazione dell'aumento di pena ⁽¹³⁾. Ma la "tenuta costituzionale" di tale previsione – osserva la Corte – non poteva che misurarsi con i principi di eguaglianza, di offensività della condotta del reo e della necessaria proporzionalità della pena tendente alla rieducazione del condannato ⁽¹⁴⁾.

¹² Secondo la Corte, in particolare, "nel caso di specie, il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata – collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso – è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo", né l'automatismo sanzionatorio introdotto dalla norma censurata potrebbe giustificarsi ritenendo che esso si fondi su una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo.

¹³ Nel punto 7 del Considerato in diritto della sent. n. 94/2023 la Corte – non senza un tono in qualche modo didattico – osserva che "il giudice deve innanzi tutto accertare, con discrezionalità valutativa, se sussistono i presupposti per applicare l'aumento di pena per la recidiva reiterata, verificando, in concreto, se le precedenti condanne abbiano reso la persona maggiormente incline a commettere un ulteriore reato", un accertamento "distinto rispetto alla (logicamente successiva) valutazione di proporzionalità della pena irrogabile ove sia in concreto applicabile l'aumento per la recidiva". Nel caso della recidiva reiterata, "solo se il giudice ritiene che debba in concreto applicare l'aumento di pena per tale circostanza aggravante, allora scatta l'automatismo dell'esclusione della prevalenza di qualsivoglia (eventualmente) concorrente circostanza attenuante".

¹⁴ Pur nel contesto della generale non obbligatorietà della recidiva – osserva la Corte (punto 8 del Considerato in diritto) – "che non attenua la portata del divieto stesso, ma anzi lo fa

Con la conseguenza che in ripetute occasioni la giurisprudenza costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale di previsioni riguardanti singoli reati e specifiche circostanze attenuanti e il divieto di prevalenza delle attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata. Nella sent. n. 94/2023 la Corte richiama, infatti, numerosi precedenti, che formano il substrato giurisprudenziale da cui poi si sviluppa la dichiarazione di illegittimità dell'art. 69, quarto comma, c.p. "nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p."

E' interessante osservare il percorso logico-argomentativo sviluppato dalla pronuncia in commento.

La Corte dapprima rinviene "principi comuni, declinati lungo una triplice direttrice" cui sono riconducibili le *rationes decidendi* sottese alle numerose pronunce emanate nel corso degli anni (punto 10). Una prima *ratio decidendi* attiene alla particolare ampiezza della divaricazione tra la pena base prevista per il reato non circostanziato e quello risultante dall'applicazione dell'attenuante (punto 10.1). Una seconda, ancora sotto il profilo oggettivo, è stata la considerazione che alcune attenuanti sono accomunate dall'esigenza di bilanciare la particolare ampiezza della fattispecie del reato non circostanziato che accomuna condotte marcatamente diverse e che necessitano di essere differenziate nella determinazione del trattamento sanzionatorio (punto 10.2). Una terza, sotto il profilo soggettivo, è

apparire, già per ciò solo, eccedente se non proprio contraddittorio" (ma, potremmo aggiungere, si tratta di un contesto che, come detto, proprio la giurisprudenza della stessa Corte ha fortemente concorso a determinare). In generale, sul faticoso cammino di progressiva valorizzazione del principio rieducativo della pena, l'incompatibilità con esso delle pene fisse, e la sua espansione oltre la fase dell'esecuzione penale, comprese quelle della scelta legislativa delle fattispecie di reato e della commisurazione della pena ad opera dei giudici, v. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 563 ss.; sottolinea la logica repressiva a carico dei recidivi sottesa alla riforma del 2005 S. MUGNAINI, *Brevi riflessioni*, cit., 81, la quale osserva come la legge reintroduca "una sorta di *presunzione legale di pericolosità*, in quanto riflette la convinzione che alcuni recidivi (in particolare quelli *reiterati*) siano a tal punto pericolosi da dover sottostare a un vero e proprio regime penale differenziato", con una regressione, a suo dire, di almeno vent'anni del nostro sistema penale.

rinvenibile in quelle pronunce che hanno riguardato attenuanti strettamente legate al carattere personale della responsabilità penale (punto 10.3).

Fatta questa ricognizione, la Corte reputa che tali ragioni del decidere “ricorrono tutte, e in maggior grado, nell’ipotesi in cui il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti comporta che l’unica pena irrogabile è l’ergastolo, quale che sia stata la condotta dell’imputato, rientrante in quella prevista dall’art. 285 c.p. come strage” (punto 11) ⁽¹⁵⁾. Pena perpetua, che non ha mai fine, espressione di un particolare rigore sanzionatorio irrogato in riferimento a una condotta ad ampio spettro ed eccezionalmente a consumazione anticipata (punto 12), pena edittale fissa, unica e indefettibile, non in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale (punto 13), e oltre tutto in grado di determinare un trattamento ingiustificatamente diverso *in peius* (punto 14), poiché, nella fattispecie, le circostanze attenuanti – se ritenute equivalenti – non potrebbero nemmeno avere l’effetto di escludere l’aumento di pena per la recidiva, non essendo l’ergastolo suscettibile di aggravamento.

Ecco che allora si impone, nella logica della Corte, il dispositivo di illegittimità (in relazione a tutti i delitti puniti con la pena edittale dell’ergastolo) per la “tenuta costituzionale” della pena stessa (punti 15 e 16) ⁽¹⁶⁾.

3. La recidiva come caso particolare di ampliamento dei margini di intervento della Corte costituzionale sulle scelte discrezionali del Parlamento in materia penale

Gli anni recenti hanno condotto, come detto, a ritenere in larga parte superato il più risalente orientamento di rigoroso apprezzamento da parte del giudice costituzionale della discrezionalità del legislatore in ambito penale. Una sorta di

¹⁵ La continuità con i precedenti, così ricostruita, è fortemente valorizzata, non a caso, in entrambi i comunicati stampa che hanno accompagnato la sent. n. 94/2023, sopra ricordati.

¹⁶ Sui quotidiani sono apparsi vari commenti alla pronuncia della Corte, spesso leggendovi una sorta di “apertura a uno sconto di pena” per il caso dell’anarchico Alfredo Cospito; sulle reazioni alle conseguenti determinazioni assunte dalla magistratura (Corte d’assise d’appello di Torino), che qui non rileva approfondire, si può vedere la stampa degli ultimi giorni del mese di giugno.

manifesto del nuovo corso è forse rinvenibile nella Relazione del Presidente della Corte Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, allorché un intero paragrafo (il n. 7) veniva dedicato al rapporto tra giustizia costituzionale e materia penale, osservandosi la “più incisiva azione che la giurisprudenza costituzionale tende a esercitare, superando, con una larga varietà di tecniche decisorie, le strettoie dell’inammissibilità”. Se è “vero che la scelta di quali condotte punire, e con quali sanzioni, resta affidata al Parlamento, in forza della riserva di legge enunciata dall’art. 25 della Costituzione, posto che, a fronte dell’incisione del bene supremo della libertà personale, non può essere che il legislatore a selezionare i fatti la cui estrema gravità non lascia altra via che ricorrere alla sanzione penale” e che “queste considerazioni hanno reso la giurisprudenza della Corte particolarmente rispettosa della discrezionalità legislativa in materia penale, cosicché spesso non si è potuto affrontare il merito di una questione di costituzionalità per la pluralità di opzioni ricostruttive dell’ordinamento che un’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe aperto e tra le quali la Corte non avrebbe potuto esercitare una scelta, in luogo del legislatore”, “tuttavia è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale”.

La vicenda della recidiva e della sent. n. 94/2023 sembrano offrire un banco di prova per comprendere, in tale specifico ambito, l’approdo di questa tendenza, ma nella consapevolezza che questo percorso origina più indietro nel tempo.

Al di là della pronuncia in sé e dei significati che ad essa sono stati attribuiti, anche in relazione al delicato e controverso giudizio *a quo* da cui ha preso le mosse, e pur

non rappresentando, certamente, il punto definitivo di questo filone giurisprudenziale ⁽¹⁷⁾, essa pare prestarsi ad alcune considerazioni, in un'ottica, potremmo dire, più di sistema.

Senza voler entrare nella dimensione propriamente penalistica ⁽¹⁸⁾, e rimanendo ancorati allo sguardo del costituzionalista, l'attuale punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale in materia presenta tratti di interesse. Volendo semplificare, la si può così sintetizzare. L'originaria previsione codicistica del 1930 viene modificata in senso meno rigoroso dal legislatore del 1974 e in termini, invece, di maggior rigore, almeno per una parte dei profili della disciplina coinvolti, dal legislatore del 2005 ⁽¹⁹⁾.

Di quest'ultimo intervento la Corte costituzionale, fin dal 2007, sollecita una interpretazione adeguatrice da parte dei giudici (nel senso che la recidiva reiterata

¹⁷ Ancor più recentemente, la Corte costituzionale è pervenuta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p. La sent. n. 141/2023, sulla scia di altri precedenti, anche recenti (sent. n. 120/2023), ha ritenuto che "la particolare tenuità del danno patrimoniale causato determina, di regola, una sensibile riduzione del contenuto di disvalore dei reati che offendono il solo patrimonio, o che offendono – accanto ad altri beni giuridici – anche il patrimonio; e di tale ridotto disvalore il giudice deve poter tenere conto nella commisurazione del trattamento sanzionatorio, senza essere vincolato a ignorarlo in ragione soltanto della recidiva reiterata dell'imputato". Una circostanza, secondo la Corte, che "nulla ha a che vedere con la gravità oggettiva e soggettiva del singolo fatto di reato, cui la pena – in un sistema orientato alla "colpevolezza per il fatto", e non già alla "colpa d'autore", o alla mera neutralizzazione della pericolosità individuale – è chiamata a fornire risposta".

¹⁸ Una accurata ricostruzione di carattere generale del tema, a partire dalla monografia di Giacomo Matteotti, si rinviene ora in P. PASSANITI, *Giacomo Matteotti e la recidiva. Una nuova idea di giustizia criminale*, Milano, 2022, cui si rinvia per approfondimenti, anche bibliografici; emerge, in particolare, come l'attuale dibattito intorno alla riforma della recidiva vada riproponendo le stesse questioni su cui dibattevano all'inizio del secolo le principali correnti di pensiero nel panorama nazionale e non solo (p. 19); del resto, la rilettura della ricetta di Matteotti, metodologicamente guidata dai fatti per ritrovare l'essenza giuridica dell'istituto, con utilizzo della sociologia e della statistica per azzerare inconciliabili verità precostituite, attraversando il problema, "costituisce un'operazione culturale utile ... non per attualizzare soluzioni dimenticate, quanto per entrare in un altro diritto penale, una sorta di costituzionalismo prima del costituzionalismo" (p. 21).

¹⁹ Trascurandone la coerenza sul piano interno delle scelte; osserva al riguardo S. MUGNAINI, *Brevi riflessioni*, cit., 85, che la limitazione della recidiva alla sola sfera dei delitti non colposi (quando il precedente ambito di rilevanza risultava comprensivo di qualunque tipo di reato) appare una restrizione "strana": l'unico profilo della nuova disciplina che si presenta come modifica di maggior favore avrà un costo sociale molto alto, potendo produrre come effetto che delitti di particolare allarme sociale e diffusione (omicidi colposi, discariche abusive, disastri colposi, ecc.) non determineranno mai la recidiva del loro autore.

non fosse divenuta obbligatoria, potendo essere discrezionalmente esclusa dal giudice), con l'effetto di venire assecondata dalla giurisprudenza di legittimità. Per la parte della previsione che si riferiva espressamente e inequivocabilmente alla obbligatorietà della recidiva, la Corte interviene direttamente con una dichiarazione di illegittimità costituzionale "chirurgica", nel 2015.

Nel frattempo, il rigido automatismo del divieto di prevalenza di qualsiasi circostanza attenuante a fronte dell'applicazione (sia pur non obbligatoria) della recidiva reiterata viene più e più volte dichiarato illegittimo attraverso una cospicua serie di pronunce che si collocano tra il 2012 e il 2022.

Nel 2023, con la pronuncia in commento, la Corte arriva addirittura a sistematizzare la propria giurisprudenza (ricavando i principi comuni sottesi alle differenti *rationes decidendi* dei suoi precedenti), al fine di farne la base per una dichiarazione di illegittimità che, muovendo dall'art. 285 c.p. (impugnato nel giudizio *a quo*), sarà applicabile a tutti i delitti puniti nel nostro ordinamento con la pena edittale dell'ergastolo⁽²⁰⁾, per garantire la tenuta costituzionale del sistema stesso, fornendo infine ai giudici comuni anche le puntuali regole da seguire⁽²¹⁾.

Si tratta di un caso che pare evidenziare un indubbio attivismo del giudice delle leggi, in una materia particolarmente delicata dal punto di vista dei principi costituzionali e del raccordo con gli altri attori del sistema, a partire dal legislatore e dalle sue scelte di politica criminale. Avviatosi ancor prima del "cambio di stagione" relativamente al controllo in materia penale, questo percorso di riscrittura pretoria – certamente guidata, nell'ottica della Corte, dai principi costituzionali (in particolare la garanzia dei diritti) e dalla loro interpretazione – di disposizioni frutto di scelte discrezionali, ancorché discutibili, del legislatore

²⁰ Si tratta degli artt. 242 (Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano), 276 (Attentato contro il Presidente della Repubblica), 284 (Insurrezione armata contro i poteri dello Stato), 286 (Guerra civile), 438 (Epidemia).

²¹ E' significativo che la pronuncia si chiuda con una vera e propria indicazione riassuntiva rivolta ad essi: "per effetto di tale dichiarazione di illegittimità costituzionale il giudice, nel determinare il trattamento sanzionatorio in caso di condanna di persona recidiva ex art. 99, quarto comma, c.p., imputata di uno dei delitti suddetti, può operare l'ordinario bilanciamento previsto dall'art. 69 c.p. nel caso di concorso di circostanze e, quindi, può ritenere le attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata (secondo comma), oppure equivalenti a quest'ultima (terzo comma), o finanche subvalenti rispetto ad essa (primo comma)".

penale, sembra poter porre le basi di possibili tensioni. Con il suo inserirsi all'interno di una tendenza giurisprudenziale che da alcuni anni colpisce, in questo ambito, molti dei rigidi automatismi normativi previsti, ad essa occorrerà prestare attenzione, perché potrebbe contribuire a generare eventuali reazioni di sistema. Non è un caso, del resto, che fin da ora una parte della dottrina vi legga torsioni in alcuni principi cardine dell'ordinamento, come ad esempio quello di separazione dei poteri ⁽²²⁾, con innegabili problematicità.

²² Esamina criticamente tale prospettiva R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., il quale si interroga se nella relazione tra due legislatori (quello rappresentativo e quello non, quello "preferito" e quello "secondario") possa al limite apparire addirittura fuori luogo chiamare in causa il principio di separazione dei poteri, sembrando doversi far riferimento ai differenti principi applicati per delineare i rapporti tra soggetti appartenenti allo stesso potere.