

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2026

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

NATURA GIURIDICA ED EFFETTI DELLA RECIDIVA SUBVALENTE: UN CONTRASTO RISOLVIBILE?

di Tommaso Amoresano, Francesco D'Amato e Federica Lavanga

L'articolo esamina il significato giuridico dell'"applicazione" della recidiva qualificata quando, nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., essa risulti subvalente rispetto alle attenuanti. Viene ricostruito il contrasto tra l'orientamento che riconosce comunque gli effetti indiretti della recidiva e quello che ne esclude ogni rilevanza in assenza di incidenza sulla pena. La questione, ancora aperta, potrebbe trovare soluzione grazie ad una rievocazione dei rapporti tra fatto storico e fatto tipico circostanziale.

SOMMARIO: 1. Premessa: il problema della recidiva subvalente e il contrasto interpretativo. – 2. Il quadro giurisprudenziale: dalle Sezioni Unite alle sezioni semplici. – 3. Effetti di una circostanza dichiarata subvalente. – 4. Effetti della recidiva. – 5. Recidiva subvalente e fatto storico: natura soggettivo-normativa e implicazioni sul bilanciamento. – 6. Conclusioni: verso una soluzione costituzionalmente orientata.

1. Premessa: il problema della recidiva subvalente e il contrasto interpretativo.

L'istituto della recidiva è uno di quelli che, negli ultimi quarant'anni, ha interessato molto il massimo consesso della giurisprudenza di legittimità sia per ciò che concerne la natura giuridica dell'aumento sia per quanto riguarda gli effetti dello stesso.

Un aspetto che, in particolare, è stato spesso oggetto di *obiter dicta* delle ultime sentenze a firma dei giudici delle Sezioni Unite ma che non è stato mai oggetto di una questione specifica che avrebbe condotto all'elaborazione di un principio di diritto, attiene agli effetti che la recidiva, dichiarata subvalente, possa produrre.

Nonostante la questione appaia *prima facie* di facile risoluzione, con il presente contributo, si tenterà di dimostrare che in realtà, non solo non v'è unanimità di vedute nella giurisprudenza di legittimità, ma anche nell'ambito della dottrina è alquanto dibattuto quali siano gli effetti della cd. subvalenza (*rectius*: circostanza dichiarata subvalente). In altri termini, inquadrato l'argomento in un'ottica dogmatica di parte generale, esso ci è apparso particolarmente complesso e meritevole del nostro approfondimento.

La complessità del quadro giurisprudenziale e dottrinale impone di sviluppare l'articolo secondo un approccio dogmatico che muove dal generale al particolare.

In primo luogo, si riepilogherà lo stato dell'attuale giurisprudenza di legittimità, da cui è emerso, a nostro avviso, il contrasto, per poi indagare, dapprima, gli effetti di una *qualsiasi circostanza* dichiarata subvalente e, successivamente, ricercare nella normativa penale ed extrapenale i singoli effetti della recidiva. Infine, analizzata la natura giuridica della *circostanza recidiva*, si proporrà una possibile soluzione al contrasto.

2. Il quadro giurisprudenziale: dalle Sezioni Unite alle sezioni semplici.

Muovendo dal primo punto, è possibile individuare almeno cinque recenti precedenti delle Sezioni Unite che hanno discusso, sempre indirettamente, della questione della recidiva subvalente e, precipuamente: Cass., Sez. Un., 21 luglio 2016, n. 31669, Filosofi; Cass., Sez. Un., 15 maggio 2019 n. 20808, Schettino; Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 3585, Li Trenta; Cass. Sez. Un., 29 luglio 2022 n. 30046, Cirelli e, infine, Cass., Sez. Un., 25 luglio 2023, n. 32318, Sabbatini.

Nel 2016, le Sez. Un. Filosofi affermano il generale principio secondo cui una circostanza «è riconosciuta ed applicata non soltanto quando è produttiva del suo effetto tipico di aumento dell'entità della pena, ma anche quando, in applicazione dell'art. 69 cod. pen., si determinino altri effetti, quali la neutralizzazione di una circostanza attenuante concorrente».

Tale premessa logica è testualmente mediata dalle Sezioni Unite, 18 giugno 1991 n. 17, Grassi¹. Da essa, le Filosofi ricavano un'importante conseguenza per la recidiva: solo se il giudice ne esclude la sua portata, non riconoscendola esistente nel caso di specie, allora essa non è produttiva di effetti, ma se, invece, essa sussiste, «sopravvive comunque alla valutazione comparativa operata nel giudizio di bilanciamento, perché, quando questo avviene, la recidiva è stata già riconosciuta ed applicata, essendole stata attribuita quell'oggettiva consistenza che consente il confronto con le attenuanti concorrenti: attività successiva, questa, rimessa alla discrezionalità del giudice. Dunque, all'atto del giudizio di comparazione, l'azione dell'applicare la recidiva si è già esaurita, perché altrimenti il bilanciamento non sarebbe stato necessario: la recidiva ha comunque esplicato i suoi effetti nel giudizio comparativo, sebbene gli stessi siano stati ritenuti dal giudice equivalenti rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, in assenza delle quali, però, la recidiva avrebbe comportato l'aumento di pena».

¹ Le Sez. Un. Grassi hanno espresso questo principio di diritto «una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche come applicata, non solo allorché nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato. Invece non è da ritenere applicata l'aggravante solo allorché, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sovrappiù, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta "*tamquam non esset*"».

Tanto affermato, però, i giudici di legittimità non risolvono né affrontano il problema della *subvalenza*, concentrandosi a rispondere soltanto allo specifico quesito del caso attinente all'equivalenza della recidiva ad altre circostanze attenuanti.

Questa mancanza viene prontamente colmata, nel 2019, dalle Sez. Un. Schettino le quali, in un lungo *obiter*, hanno evidenziato che «quando il giudice di merito valuta la recidiva subvalente rispetto alle concorrenti attenuanti, egli esprime una valutazione di disfunzionalità della recidiva rispetto al programma di trattamento che comincia a delinearsi con la fissazione della pena da infliggere. Risulterebbe quindi in patente contraddizione con il giudizio che si cristallizza con la definitività della pronuncia attribuire in questi casi valore alla recidiva nel contesto di successive valutazioni che pure si riflettono sulla conformazione di quel programma. Ne consegue che, quando la recidiva sia stata ritenuta subvalente, fuori dai casi in cui la rilevanza di tale giudizio sia espressamente esclusa dal legislatore², come non si produce l'effetto diretto sulla pena così non si producono gli effetti indiretti della recidiva».

Più in particolare, prima di giungere a tale conclusione, le Sez. Un. Schettino riportano il principio di diritto enunciato dalle Sez. Unite Grassi, le quali trattano esplicitamente la questione degli *effetti di una qualsiasi circostanza dichiarata subvalente*: in merito, entrambe le sentenze statusiscono che «non è da ritenere applicata l'aggravante solo allorquando, ancorchè riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sopraffà in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta *tamquam non esset*».

Tuttavia, dopo aver citato tale passaggio delle Grassi, che all'evidenza riguarda il caso della prevalenza dell'attenuante sull'aggravante (*rectius*: il caso della cd. subvalenza), le Schettino osservano che «questa decisione», *id est* le Sez. Un. Grassi, «ha lasciato irrisolto il nodo delle conseguenze da trarre in caso di recidiva che, in esito al giudizio di cui all'art. 69 cod. pen., sia valutata subvalente».

A parere di chi scrive, però, si è in presenza di un errore materiale: da una lettura attenta e sistematica di tutte le sentenze fin ora citate si ricava che il “nodo irrisolto” della *recidiva subvalente* è stato “lasciato” dalle Filosofi, poiché queste ultime, citate sovente dalle Schettino, a loro volta richiamano le Grassi senza, però, entrare nel merito della *recidiva subvalente*, mentre le Grassi avevano risolto la questione più generale della *qualsivoglia circostanza dichiarata subvalente*.

² Si pensi, ad esempio, all'art. 157 c.p. nella sua attuale formulazione. «Va qui ribadito che, ove il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 cod. pen. si concluda con una valutazione di subvalenza della recidiva, di questa non può tenersi conto ad alcuno effetto, *salvo che nelle ipotesi in cui sia espressamente previsto che deve tenersi conto della recidiva* senza avere riguardo al giudizio di bilanciamento ex art. 69 cod. pen. Peraltro, proprio previsioni di tal fatta pongono in luce i diversi effetti derivanti da un giudizio che riconosce la recidiva ma la valuta subvalente e una statuizione che nega la ricorrenza della recidiva»: così le Sez. Un. Schettino.

Invero, le Grassi decidevano di discostarsi consapevolmente dalle precedenti Sez. Un. Iovinella del 23 febbraio 1980, le quali avevano brevemente asserito, sempre in un *obiter*, che il giudizio di bilanciamento «non altera mai il fatto tipico»³.

All'esito delle Schettino, il quadro giurisprudenziale risulta comunque coerente, poiché le Grassi escludono, in generale, che una circostanza subvalente produca effetti e le Schettino giungono alla medesima conclusione rispetto alla recidiva subvalente.

Le Schettino si apprezzano anche per aver lasciato emergere, in termini abbastanza approfonditi, la distinzione tra “effetti diretti” ed “indiretti” della recidiva che, come si vedrà, non solo si appalesa fondamentale nel caso di bilanciamento di qualsiasi circostanza, ma è invalsa in dottrina dai tempi del prof. Delogu e non è stata mai davvero posta in discussione⁴.

Nonostante la ri-affermazione di principio secondo cui la subvalenza non produce alcun effetto se non nei casi tassativamente previsti dalla legge, nel 2020, le successive Sez. Un. Li Trenta sembrano derogarvi. Ancora una volta, il richiamo principale è alle Sez. Un. Grassi e Filosofi, nella parte in cui spiegano che «il fatto stesso di aver operato il giudizio di bilanciamento presuppone il riconoscimento della recidiva; diversamente, mancando addirittura uno dei termini da comparare, non sussisterebbe quel concorso di circostanze eterogenee che è all'origine delle regole poste dall'art. 69 cod. pen. Quest'ultima disposizione indica chiaramente che esito del giudizio di bilanciamento non è la dissolvenza della circostanza subvalente – che in quanto fatto compiuto non può più essere negato – ma la paralisi del suo effetto più tipico, quello di produrre una escursione della misura della pena (Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, cit.)».

In disparte il fatto che queste parole sono delle Schettino e non delle Filosofi, come indicato dall'estensore, da esse le Li Trenta ricavano che «la recidiva, ove ritenuta sussistente dal giudice, rientra, in quanto circostanza aggravante, nel giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti previsto dall'art. 69 cod. pen. Il giudizio di equivalenza o di *subvalenza* della recidiva rispetto alle circostanze attenuanti nell'ambito del giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 cod. pen. non elide la sussistenza della recidiva stessa e gli effetti da essa prodotti ai fini del regime di procedibilità e non rende il reato perseguibile a querela di parte, ove questa sia prevista per l'ipotesi non circostanziata (Sez. 2, n. 37482 del 06/06/2019, Torre; Sez. 5, n. 14648 del 12/02/2019, Mercadante; Sez. 5, n. 10363 del 06/02/2019, Gennaro; Sez. 2, n. 24754 del

³ Sez. Un. Iovinella del 23 febbraio 1980 in *Foro italiano*, 1980, vol. 103, 289 e ss., le quali si esprimevano nei seguenti termini: «esattamente, infatti, i giudici del merito hanno escluso che il beneficio del condono fosse applicabile alla pena inflitta con la sentenza in data 19 dicembre 1969 per il delitto di rapina pluriaggravata nonostante che, in sede di giudizio di comparazione ex art. 69 cod. pen., le concesse attenuanti generiche fossero state ritenute prevalenti sulle contestate aggravanti. Detto giudizio incide sulla determinazione della pena da irrogare, ma non altera — contrariamente a quanto assume il ricorrente — la fattispecie legale tipica, cioè la configurazione giuridica del fatto e il tipo del reato per il quale l'imputato è stato condannato. Ne consegue che in tema di rapina solo l'esclusione in fatto delle aggravanti contestate consente l'applicazione dell'indulto nella misura prevista dal più volte richiamato art. 7 d. pres. n. 413 del 1978».

⁴ T. DELOGU, *I limiti di efficacia del giudizio di equivalenza o di prevalenza di circostanze*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, p. 24 ss.

09/03/2015, Massarelli)»⁵. Del resto, di questi richiami v'è prova anche in fase di massimizzazione⁶.

Per completezza, deve accennarsi, altresì, alle Sez. Un., 5 ottobre 2010 n. 35738, Calibè, che pure vengono richiamate da tutte le altre sentenze già citate, a sostegno delle proprie conclusioni per ciò che concerne il principio dell'*applicazione* di una circostanza in caso di bilanciamento. Tuttavia, per quello che qui interessa, le Calibè non affrontano il problema della subvalenza: del resto, il quesito loro sottoposto riguardava la recidiva reiterata (art. 99, comma 4, c.p.), che, all'epoca in cui fu emessa la sentenza, non poteva mai essere dichiarata subvalente a nessuna attenuante ai sensi dell'art. 69 comma 4 c.p. Invero, è solo dal 2012 che la Corte Costituzionale⁷ ha iniziato il suo sindacato sulla «sproporzione» della norma rispetto al principio rieducativo.

Nel 2020, quindi, il contrasto diviene evidente poiché da un lato, ben due precedenti delle Sezioni Unite, Grassi e Schettino, asseriscono che quando la circostanza attenuante è prevalente su un'aggravante o sulla recidiva, quest'ultima non produce effetti, salvo che la legge non prescriva altrimenti, mentre, dall'altro, le Li Trenta e le Iovinella giungono a conclusioni del tutto opposte.

Esso non è stato risolto né accennato neppure dalle più recenti Sez. Un. Cirelli del 2022 e Sabatini del 2023, poiché esse, in sostanza, senza misurarsi con le statuizioni delle Li Trenta, hanno confermato quanto espresso dalle Schettino.

In particolare, le Cirelli hanno spiegato che «un riscontro a sostegno della opzione ermeneutica innanzi esposta⁸ è riconoscibile nello sviluppo motivazionale della sentenza con la quale le Sezioni Unite⁹ hanno puntualizzato quali siano le conseguenze della decisione del giudice, in fase di commisurazione della pena finale, di riconoscere una recidiva qualificata ma di non farne applicazione, giudicandola subvalente ad una circostanza attenuante. Situazione in relazione alla quale si è affermato come con la valutazione della "recidiva subvalente rispetto alle concorrenti attenuanti (il giudice) esprim(a) una valutazione di disfunzionalità della recidiva rispetto a quel programma di trattamento che comincia a delinearsi con la fissazione della pena da infliggere": ne consegue che "ove il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. si concluda con una

⁵ Corsivo aggiunto.

⁶ Si legge nella massima tratta dal *CED Cassazione 2021* che «il riferimento alle circostanze aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649-bis cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio per i delitti menzionati nella stessa disposizione, comprende anche la recidiva qualificata – aggravata, pluriaggravata e reiterata – di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. (In motivazione, la Corte ha precisato che la valutazione di equivalenza o di subvalenza della recidiva qualificata rispetto alle circostanze attenuanti, nell'ambito del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69 cod. pen., non ne elide la sussistenza né gli effetti prodotti ai fini del regime di procedibilità, sicché non rende il reato perseguibile a querela di parte, ove questa sia prevista per l'ipotesi non circostanziata). (Vedi Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv. 175354; Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, Grassi, Rv. 187856)».

⁷ V., più diffusamente, il par. 4.

⁸ Vale a dire all'assunto secondo cui «il limite all'aumento di cui alla previsione dell'art. 99 c.p., comma 6 non rileva in ordine alla qualificazione della recidiva, come prevista dal secondo e dal comma 4 del predetto articolo, quale circostanza ad effetto speciale e non influisce sui termini di prescrizione determinati ai sensi degli artt. 157 e 161 c.p.p., come modificati dalla L. n. 251 del 2005».

⁹ Il riferimento è alle Sez. Un. Schettino, successivamente citate in parentesi.

valutazione di subvalenza della recidiva, di questa non può tenersi conto ad alcuno effetto, salvo che nelle ipotesi in cui sia espressamente previsto che deve tenersi conto della recidiva senza avere riguardo al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p."».

Ancor più *en passant*, poi, le Sabatini hanno ribadito che mentre nel caso di equivalenza e prevalenza dell'aggravante, questa produce tutti i suoi effetti diretti ed indiretti, «di contro, e coerentemente, la produzione degli effetti della recidiva, siano essi diretti o indiretti, è stata esclusa nel caso in cui la circostanza sia invece ritenuta subvalente nel bilanciamento con le attenuanti, al di fuori dei casi nei quali sia espressamente prevista dalla legge la rilevanza della recidiva a prescindere dal risultato del giudizio di bilanciamento; e ciò proprio in quanto in tal caso la funzione delle concorrenti circostanze attenuanti nella determinazione della pena ha modo di esplicarsi nella sua pienezza (Sez. Un., n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319)».

Più di recente, la prima sezione della Corte di Cassazione, con sentenza del 27 giugno 2024, n. 36906, confrontandosi con la questione, ha nuovamente ricostruito il quadro giurisprudenziale e, senza citare le Li Trenta, ha confermato quanto statuito dalle Schettino.

In particolare, il caso riguardava il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in sede di cognizione, ma che il giudice dell'esecuzione aveva revocato in quanto aveva ritenuto di non poter dichiarare l'estinzione della pena poiché il soggetto era stato giudicato recidivo sulla base di un giudizio di comparazione nel quale la recidiva era stata dichiarata subvalente. Proprio sulla recidiva subvalente, il collegio, annullando l'ordinanza, ha osservato in modo persuasivo che «se la ratio dell'escludere la estinguibilità della pena per decorso del tempo sta nella particolare pericolosità del soggetto agente (...) è evidente che, allorquando la riprovevolezza è tale che nessun rilievo le viene attribuito sulla dosimetria sanzionatoria, vien meno anche la ragione di escludere la possibilità di estinzione della pena per decorso del tempo».

Al contrario, invece, Cass. Sez. VI, 27 marzo 2024, n. 12692, condividendo il canone interpretativo delle Filosofi e Li Trenta, hanno limpidamente asserito che «il giudizio di subvalenza non incide sull'applicabilità del più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto, in relazione all'aumento a titolo di continuazione, dall'art. 81, comma quarto, cod. pen., in quanto tale norma presuppone esclusivamente che la recidiva sia stata "applicata", come necessariamente avviene nel caso in cui la recidiva venga presa in considerazione nell'ambito del giudizio di valenza tra circostanze. Del resto, il maggior rigore imposto nella quantificazione dell'aumento per la continuazione, prescinde dagli effetti propri della recidiva, cui viene fatto riferimento essenzialmente perché presuppone un accertamento di un aspetto relativo alla personalità dell'imputato che funge a parametro di valutazione anche per l'aumento ex art. 81 cod. pen.».

Sulla scia del principio per cui la subvalenza non esclude gli effetti della recidiva si pongono anche Cass., Sez. V, 18 luglio 2024, n. 29284 e Cass., Sez. VI, 14 maggio 2024, n. 30706, le quali, senza alcun richiamo a nessuna delle Sez. Unite sin ora citate, hanno affrontato il problema dell'interesse ad impugnare nei termini seguenti: «con specifico riguardo alla recidiva, si è affermato che l'imputato ha interesse ad impugnare la sentenza che riconosce l'esistenza di tale circostanza, anche nel caso in cui non ne sia conseguito alcun aumento di pena in ragione del giudizio di prevalenza delle circostanze

attenuanti, dal momento che la recidiva associa alla reiterazione dell'illecito un giudizio di effettiva riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore (...) ¹⁰. Si è, inoltre, evidenziato non solo che tale aggravante, qualificando il fatto in termini di maggiore gravità, incide sulla determinazione della pena ex art. 133 cod. pen., ma che incide altresì significativamente anche sul trattamento penitenziario, nel momento in cui si darà esecuzione alla pena inflitta, precludendo l'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, quali, ad esempio, le misure alternative alla detenzione (art. 47-ter ord. pen.), ai permessi premio (art. 30-quater ord. pen.), al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, al divieto di concessione di seconda misura alternativa, ai sensi dell'art. 58-quater, comma 1-bis, ord. pen. Essa incide negativamente, altresì, sulle condizioni per la riabilitazione, a norma dell'art. 179, comma secondo, cod. pen. e sulla estinzione della pena per decorso del tempo, ai sensi degli artt. 172, comma settimo e 173, comma primo, cod. pen.».

Cass. Sez. VI, 5 gennaio 2024, n. 463, invece, pur affermando che il principio dell'irrelevanza degli effetti della «subvalenza» è ormai, dopo le Schettino, consolidato, hanno osservato che «vi sono casi in cui della recidiva si deve, invece, tenere conto, prescindendo dal suo bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti», come accade, appunto, nell'ipotesi della prescrizione. Senza specificare altro, però, si sostiene in prosieguo che «tale esegesi è del tutto coerente con quanto di recente affermato da questa Corte, nella sua massima espressione nomofilattica, sia pure in relazione alla diversa ipotesi di cui all'art. 649-bis cod. pen. Sez. Un. n. 3585 del 24/9/2020, dep. 2021, Li Trenta». Non è, tuttavia, chiaro quale sia l'elemento comune tra la prescrizione e l'art. 649-bis c.p.: infatti, mentre l'art. 157 c.p., comma 3, prevede espressamente la deroga all'art. 69 c.p., non così fa l'art. 649-bis c.p.

Una prospettiva alquanto innovativa è, in ultimo, fornita da Cass. Sez. I, 17 gennaio 2024, n. 2089, che si è occupata del più generale problema degli effetti della subvalenza di qualsiasi aggravante ad effetto speciale.

La predetta sentenza ha annullato l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che aveva escluso l'ostatività del reato di cui agli artt. 572, comma 2, e 61 n. 11 c.p. sul presupposto che la citata aggravante era stata dichiarata subvalente. Il G.E., a sostegno della sua decisione, aveva posto proprio il principio di diritto enunciato dalle Schettino in materia di recidiva subvalente. Nella motivazione, la Corte di Cassazione, confrontandosi con quanto stabilito dalle Li Trenta e Filosofi, ha osservato che l'orientamento secondo cui la condanna per delitto aggravato costituente reato ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, a norma dell'art. 4-bis ord. pen., impedisce la concessione di tale beneficio anche quando la sentenza di condanna abbia ritenuto l'equivalenza o la prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti contestate, atteso che il giudizio di comparazione rileva solo *quoad poenam* e non incide sugli elementi circostanziali tipizzanti la condotta, «non è messo in crisi (...) dall'assunto (...) per il quale la recidiva non può dirsi applicata ove nel giudizio di comparazione sia

¹⁰ Le sentenze citate richiamano questi precedenti: «Sez. 5, n. 24622 del 09/05/2022, Jerradi, Rv. 283259 - 01; Sez. 1, n. 27826 del 13/06/2013, Bisogno, Rv. 255991; Sez. 6, n. 3174 del 11/01/2012, Merlo, Rv. 251575; Sez. 1, n. 13757 del 20/02/2008, Conti, Rv. 239713 - 01».

ritenuta subvalente, per poi desumere un principio estensibile anche alle altre aggravanti ad effetto speciale, e cioè che se l'aggravante è ritenuta quanto meno subvalente rispetto a concorrenti attenuanti essa non può dirsi applicata, neanche a fini indiretti, quale appunto il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per condanna in riguardo ad un determinato reato specificamente aggravato».

A sostegno di ciò, la Sezione ha evidenziato, altresì, che quanto statuito dalle Schettino richiamate dal giudice dell'esecuzione, è insuscettibile di generalizzazione «perché sostenuto da una *ratio decidendi* specificamente incentrata sulla recidiva che, come affermato da Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Rv. 275319 (*id est* "Schettino"), si distingue dalle altre circostanze del reato "per essere produttiva non solo dell'escursione sanzionatoria, ma anche di effetti ulteriori, decisivi per la concreta conformazione del trattamento del condannato recidivo". La citata sentenza ha ulteriormente chiarito che "quando è in gioco la recidiva, specie se qualificata, la funzione rieducatrice della pena risulta debitrice non tanto, e comunque non solo, della variazione quantitativa della sanzione, quanto anche dell'avvenuto riconoscimento della sussistenza della recidiva". Per questa ragione "la sua statuizione costituisce il primo fattore di un complessivo programma tendente alla rieducazione del condannato". Queste argomentazioni valgono in riguardo alla recidiva e non legittimano soluzioni neutralizzatrici della incidenza di altre aggravanti, costituite eminentemente da un contenuto fattuale e non valutativo, nei casi in cui il legislatore ne abbia sancito la rilevanza a fini diversi dalla quantificazione del trattamento sanzionatorio»¹¹.

Interessante, nel dibattito giurisprudenziale, è anche Cass. 31 ottobre 2024, n. 2425, la quale confermato l'orientamento Schettino sulla subvalenza e specificato che «la recidiva, non espressamente negata dal Giudice dell'abbreviato ma neanche riconosciuta in motivazione o in dispositivo», deve ritenersi «sostanzialmente esclusa». Invero, sostiene il Collegio, per riconoscere la recidiva, il giudice «non può limitarsi alla verifica dei soli precedenti penali da cui l'imputato è gravato, ma deve dare conto di un esame concreto, in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen., del rapporto esistente tra il fatto per cui si procede e le precedenti condanne e della verifica se ed in quale misura la pregressa condotta criminosa sia indicativa di una perdurante inclinazione al delitto che abbia influito, quale fattore criminogeno, sulla commissione dei reati sub iudice, escludendo che si tratti di ricaduta occasionale». Così opinando, la sezione ha ribadito l'orientamento di Cass. Sez. Un. Cass. pen., Sez. Unite, 27 ottobre 2011 n. 5859, Marcianò, ma ha anche chiarito che, al di là del bilanciamento, «la recidiva, per la quale non sia stato applicato aumento di pena o della quale non si sia tenuto conto nel giudizio di comparazione con eventuali attenuanti, deve ritenersi non accertata e riconosciuta»¹².

Da quanto detto, emerge in modo lapalissiano che il contrasto sugli effetti da attribuire alla subvalenza della recidiva è vivo e sta iniziando ad interessare anche le sezioni semplici.

¹¹ Merita di essere segnalata anche Cass. Sez. II, 06 maggio 2022, n. 18252 che si limita però a richiamare soltanto il principio di diritto delle Sez. Un. "Li Trenta", senza aggiungere particolari annotazioni.

¹² Massima estratta da *CED Cassazione*, 2025.

Per prospettarne una possibile soluzione, occorre, a nostro avviso, indagare gli effetti di una qualsiasi circostanza dichiarata subvalente.

Com'è noto, infatti, la recidiva è ormai qualificata sia in dottrina che in giurisprudenza come circostanza.

Negli anni successivi all'entrata in vigore del codice penale Rocco la tematica della natura giuridica della recidiva aveva, invero, impegnato tanto la dottrina quanto la giurisprudenza.

In dottrina la problematica si sviluppò principalmente intorno a due orientamenti: l'uno ha qualificato la recidiva come circostanza aggravante, l'altro in termini di indice di commisurazione della pena.

La prima tesi sostiene che la recidiva abbia natura di circostanza in senso tecnico attinente alla persona del colpevole come risulta dal dato normativo dell'art. 70 co. 1, n. 2 e co. 2 c.p., e dall'inserimento della stessa all'interno del giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee per espressa previsione normativa (art. 69 co. 4 c.p.)¹³.

La seconda tesi ritiene che l'istituto, nonostante l'innovazione introdotta dalla riforma legislativa del 1974¹⁴, sia da qualificare alla stregua di un indice di commisurazione della pena di natura analoga agli indici previsti dall'art. 133 c.p. perché «è difficile concepire come circostanza del fatto di reato uno *status* personale del soggetto derivante da una precedente condanna per un altro reato: a questo tradizionale rilievo oggi se ne aggiunge un secondo facente leva sulla generalizzata facoltatività dell'istituto»¹⁵.

Sul punto la giurisprudenza ha assunto fin dall'inizio una posizione non univoca¹⁶ e, anche successivamente alla novella del 1974, non sono mancate pronunce che, pur qualificandola come circostanza, le riconoscevano delle caratteristiche peculiari rispetto al *genus* di appartenenza¹⁷. Ad ogni modo, «in sintonia con l'idea che ai fini della

¹³ In tal senso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 632 e ss. nel quale si aggiunge che «alla luce della complessiva disciplina apprestata dal legislatore, è *contra legem* la tesi dottrinale, priva di echi in giurisprudenza, che nega alla recidiva la natura di circostanza aggravante in senso tecnico. Questa tesi non può plausibilmente fondarsi né sull'asserita incompatibilità fra *status* soggettivi e circostanze del reato, posto che l'art. 70 c.p. annovera tra le circostanze del reato le circostanze inerenti alla persona del colpevole, né può fondarsi sul rilievo che la legge affida alla discrezionalità del giudice l'accertamento della recidiva, dal momento che sono presenti nell'ordinamento altre circostanze a struttura discrezionale, come, ad es., le attenuanti generiche e l'attenuante del contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato»; ancora sulla qualificazione della recidiva come aggravante»; v. V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, Utet, 1985, p. 654.

¹⁴ La legge 7 giugno 1974 n. 200 è intervenuta in modifica dell'originario art. 69 c. 4 c.p., il quale prevedeva che «le disposizioni precedenti non si applicano alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e 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», estendendo il giudizio di bilanciamento delle circostanze anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole.

¹⁵ Vedi G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 413 e F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 2023, p. 605 e ss.

¹⁶ Contraria alla natura di circostanza aggravante è Cass. Sez. IV, 6 dicembre 1958, n. 2254.

¹⁷ Il riferimento è all'orientamento giurisprudenziale inaugurato da Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3152, Paolini relativamente ai rapporti tra recidiva e procedibilità d'ufficio del delitto di truffa ex art. 640 c. 3 c.p. nella formulazione antecedente al D. lgs. n. 36 del 2018.

qualificazione come circostanza occorre attribuire valore determinante agli indici formali (art. 99 comma 3, 69 comma 4, 70 comma 2 c.p.)»¹⁸, si è consolidato l'orientamento secondo cui la recidiva è una circostanza aggravante in senso tecnico¹⁹.

Aderendo alla qualificazione della recidiva come circostanza, si pongono, però, due questioni ancora insolute:

- a) la prima attiene all'individuazione degli effetti di tale circostanza, che sono, come si vedrà, peculiari;
- b) la seconda riguarda, invece, la sua natura soggettiva o oggettiva.

Entrambi gli aspetti risultano, a nostra avviso, intimamente connessi ai fini della risoluzione del problema degli effetti della *recidiva subvalente*.

Pertanto, occorre, più in generale, domandarsi quali siano gli effetti di una qualsiasi circostanza dichiarata subvalente. Solo attraverso una previa analisi della teorica generale degli effetti delle circostanze, sarà possibile comprendere, infatti, quali cd. "altri effetti" possa produrre la recidiva all'esito del bilanciamento.

3. Effetti di una circostanza dichiarata subvalente.

La dottrina ha attentamente analizzato l'argomento subito dopo l'entrata in vigore del codice inquadrandolo, in termini più generali, nell'ambito degli effetti del bilanciamento delle circostanze eterogenee che è disciplinato dall'art. 69 c.p., norma che è stata, peraltro, modificata dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251 e, ancor prima, dalla L. 26 luglio 1975, n. 354.

L'art. 69 c.p. ha la funzione, apertamente dichiarata dal legislatore del 1930, di rendere la pena più proporzionata e individualizzata al caso commesso dal reo. Si legge, infatti, nella *Relazione sul Libro I del Progetto al codice*²⁰, che attraverso il bilanciamento si assicura «una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e *sintetico* sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche».

¹⁸ Così R. BARTOLI, *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, 2014.

¹⁹ V. Cass. Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè così massimata: «la recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio, ma può non essere ritenuta configurabile dal giudice, a meno che non si tratti dell'ipotesi di recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma quinto, cod. pen., nel qual caso va anche obbligatoriamente applicata». V. anche Cass. Sez. Un., 24 maggio 2011, n. 20798, Indelicato così massimata: «la recidiva che può determinare un aumento di pena superiore a un terzo è circostanza aggravante ad effetto speciale e, pertanto, è soggetta, nel caso di concorso con altre circostanze dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento. In caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale, la circostanza più grave si individua in quella con la previsione di pena più alta nel massimo edittale e, se la concorrente ha però una pena più elevata nel minimo edittale, la pena in concreto irrogata non può essere inferiore a quest'ultima previsione edittale». V., infine, Cass. Sez. Un., 24 settembre 2020, n. 3585, Li Trenta, più volte citata.

²⁰ Contenuta in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, p. 123 e ss.

Nell'ambito della Commissione dedicata all'elaborazione del testo, si erano, invero, contrapposte due tesi soprattutto intorno al giudizio di prevalenza: l'una riteneva che il bilanciamento fosse una *scelta*, un'*elisione* di *accidentalia*, mentre l'altra, poi accolta nel codice, opinava nel senso di una risultante di interessi contrapposti, di una *sintesi*²¹. Rispettivamente, la dottrina era, altresì, divisa tra chi sosteneva che l'art. 69 c.p. rispondesse ad esigenze di legalità della pena e chi, invece, la considerava massima espressione di discrezionalità del giudice²².

Le tesi tra loro contrapposte sono – oggi – ricomposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza unanimi, le quali reputano l'intera disciplina delle circostanze in bilico tra esigenze di legalità – e dunque di certezza del diritto e della pena – ed esigenze di personalizzazione della sanzione: del resto, è la stessa Costituzione che impone il continuo bilanciamento tra l'art. 25 Cost., da un lato, e gli artt. 3, 27 e 117 Cost. in combinato disposto con l'art. 7 C.E.D.U., dall'altro. Queste ultime sono tutte norme che esaltano la prevedibilità della sanzione, la sua proporzione in astratto e, soprattutto, in concreto²³. Così letto l'art. 69 c.p., è ovvio che esso costituisca sempre «sintesi» degli

²¹ V. A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza delle circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 58 e ss. e 181 e ss. Sul contrasto, v. anche G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 196 e ss.

²² V. G. MAJANI, *Principio di legalità e principio di discrezionalità nella norma dettata dall'art. 69 cod. pen.* in *Bollettino dell'istituto di diritto e procedura penale università degli studi di Pavia*, 1965, p. 136 e ss., il quale scrive «questo primo sommario contatto con la norma, considerata anche nella sua formulazione letterale, consente di avvertire netta la contestuale estrinsecazione, in essa, dei principi di legalità e di discrezionalità, che la moderna dottrina e la giurisprudenza concordemente ravvisano alla base del sistema delle sanzioni: riflettentisi, rispettivamente, nella predeterminazione degli elementi tipici su cui quella valutazione incide, e nella concreta formazione del giudizio risolutivo».

²³ Cfr., per tutti, Corte Cost., 31 marzo 2021, n. 55 la quale, magistralmente, sottolinea, ad esempio, che alla tenuta costituzionale dell'art. 116 c.p., contribuisce proprio l'attenuante del secondo comma. «Il divieto inderogabile di prevalenza dell'attenuante in esame non risulta, quindi, compatibile con il principio costituzionale di determinazione di una pena proporzionata. Infatti il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato “esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo (sentenza n. 222 del 2018). E il quantum di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile” (sentenza n. 73 del 2020). In definitiva, la sproporzione della pena rispetto alla rimproverabilità del fatto posto in essere, globalmente considerato, conseguente al divieto di prevalenza censurato, determina un trattamento sanzionatorio che impedisce alla pena di esplicare la propria funzione rieducativa con violazione dell'art. 27 Cost. Inoltre, il contrasto dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., con l'art. 3 Cost. viene in rilievo sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza, in quanto il divieto censurato finisce per vanificare la funzione che la diminuzione di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni profondamente distinte sul piano dell'elemento soggettivo (quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello di chi vuole il reato meno grave senza prevedere, colpevolmente, che questo possa degenerare nel fatto più grave)». In tempi meno recenti sulla funzione dell'art. 69 c.p. v. anche Corte Cost., 7 febbraio 1985, n. 38 e Corte cost., 28 giugno 1985, n. 194.

In dottrina, v. L. PELLEGRINI, *L'incerta sorte degli effetti giuridici collegati alla circostanza dichiarata «soccumbente»*, nota a Cass., Sez. IV, 24 ottobre 2013 n. 48534, in *Cass. pen.*, fasc. 9, 2014, p. 3029 e ss. e ID., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2014, p. 297 e ss.

elementi del fatto, poiché la personalizzazione della pena obbliga il giudice a valutare tutti i suoi elementi, e anche «scelta», poiché, in sede di irrogazione, occorre che la valutazione precedente si sostanzi in termini quantitativi. Pertanto, si afferma che il giudizio è *obbligatorio, sintetico ed unitario*, proprio perchè è diretto alla valutazione integrale e complessiva del fatto e della personalità del reo; è *discrezionale*, perchè solo mediante una larga discrezionalità può adempiere la sua funzione; la sua efficacia, riguardando unicamente il *quantum* di pena commisurato in concreto, non si estende ad elidere gli effetti che, indipendentemente dalle variazioni di pena, le circostanze elise possono produrre²⁴.

Queste premesse generali incidono ed animano anche il dibattito sugli effetti della prevalenza delle attenuanti (*rectius*: subvalenza delle aggravanti).

Secondo l'opinione più risalente, quando una circostanza è giudicata subvalente, essa è *tamquam non esset* e non produce alcun effetto²⁵.

Tale opinione è stata «superata» dal prof. Delogu, il quale, per la prima volta, ha introdotto la distinzione tra effetti diretti ed indiretti della subvalenza²⁶.

Esemplare è anche G. MAJANI, *Il principio, cit.*, secondo cui «per questa sua attinenza con la più complessa delle ipotizzabili figure di illecito circostanziato, la cui essenza appare ricca di significazioni non soltanto diverse fra loro ma l'una all'altra contrarie, la norma [art. 69 c.p.] è uno dei cardini su cui s'impenna la disciplina del rapporto reato-pena, in quanto tende ad assicurare una situazione di equilibrio e di proporzione fra la concreta polivalenza del reato e la sanzione, mediante la concentrazione delle scelte nelle quali potrebbe astrattamente risolversi la valutazione delle circostanze concorrenti, nell'alternativa prevalenza-equivalenza». Più di recente, R. BARTOLI, *Le circostanze al bivio tra legalità e discrezionalità*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato: un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. BARTOLI, M. PIFFERI, Milano, Giuffrè, 2016, p. 36, ha chiarito «dall'altro lato, si pone il problema del rapporto tra circostanze soccombenti e commisurazione. Sul tema si sono sviluppati due orientamenti. Il primo concepisce il bilanciamento come uno strumento di individualizzazione della pena, e quindi come un "giudizio globale del fatto", con la conseguenza che le circostanze soccombenti non sono prese in considerazione in sede di commisurazione della pena risultando – per così dire – cancellate, attribuendo quindi ampia discrezionalità al giudice. Il secondo orientamento concepisce invece il bilanciamento come strumento di determinazione legale della pena per stabilire se un fattore debba essere valutato come circostanza propria o impropria, per cui, in caso di soccombenza, il fattore rientra nella commisurazione». In generale, sul bilanciamento, v. I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 28 e ss.; D. ZANIOLO, *Le circostanze del reato*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 115 e ss.; C. BERNASCONI, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale: ai confini della legalità*, Napoli, Jovene, 2019.

²⁴ A. M. STILE, *Il giudizio*, cit., 58.

²⁵ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, I, Milano, Giuffrè, 1943, p. 223 e S. PINTACUDA, *Natura ed effetti del giudizio di comparazione tra circostanze*, in *Giust. pen.*, II, 1958, p. 629 ss., il quale ritiene che il fondamento della discrezionalità del giudice è dovuto ad esigenze di «equità». V. MANZINI, nella sua versione del *Trattato di diritto penale* del 1933, IX, p. 757, faceva l'esempio dell'appropriazione indebita aggravata per l'abuso delle relazioni di prestazione d'opera che, a suo avviso, cessava di essere perseguibile d'ufficio nel caso in cui l'aggravante veniva annullata dal concorso con le attenuanti. Nella versione più recente del Trattato rivedrà la sua opinione in modo contrario almeno nella parte generale, su cui v. nota

²⁶ T. DELOGU, *I limiti di efficacia del giudizio*, cit: il suo studio ha l'obiettivo di risolvere il problema degli effetti della subvalenza quando da una circostanza dipende la procedibilità del reato.

L'A. parte dalla premessa maggiore secondo cui le circostanze sono «fatti penali accessori modificativi»²⁷ capaci di incidere soltanto sulla pena in quanto, quando una circostanza è ritenuta esistente, essa esiste «come fatto storico»²⁸. Di conseguenza, se la stessa viene “neutralizzata” con il bilanciamento, continua ad esistere ad altri effetti²⁹. L'incidenza del bilanciamento solo sulla pena è, del resto, dimostrata, ad avviso dell'A., dal dato letterale dell'art. 69 c.p., il quale, ancora oggi, si esprime nel senso che «non si tien conto» degli aumenti o delle diminuzioni «di pena», non di altri elementi del reato.

Su queste premesse, l'A. definisce³⁰ le due tipologie di effetti di una circostanza in questi termini:

- l'effetto è diretto quando discende direttamente dal fatto materiale che integra la fattispecie circostanziale;
- l'effetto è, invece, riflesso quando si produce in conseguenza del precedente primo effetto giuridico.

Così, ad esempio, la modificazione della pena è sicuramente il più importante effetto di una circostanza. Invece, se dall'esistenza della circostanza scaturisce anche l'applicazione di una pena accessoria, l'effetto è diretto se l'intervento della pena accessoria dipende esclusivamente dalla presenza della circostanza e non già dalla variazione che questa ha operato sulla pena principale poiché la variazione può anche mancare; l'effetto sarà, invece, riflesso in tutti quei casi in cui la pena accessoria deriva dalla qualità o dalla quantità della pena principale.

Analogamente, secondo l'A., le variazioni sul modo di essere della punibilità, sia quando si accompagnano alle variazioni sulla pena, sia quando si presentano come unico effetto giuridico della circostanza, sono sempre un effetto giuridico diretto e non già un effetto giuridico riflesso delle circostanze³¹. Del resto, la funzione delle circostanze è quella di personalizzare la pena, mentre l'esclusione della punibilità d'ufficio o a querela non riguarda la pena, bensì la politica criminale, sicché una loro neutralizzazione da parte del giudice comporterebbe l'esercizio di un potere che non gli compete. Il giudizio di prevalenza o di equivalenza non cancella dunque la circostanza, ma si limita a neutralizzare esclusivamente qualcuno dei suoi effetti, mentre gli altri continuano a prodursi³². L'A. fa ovviamente salvi gli specifici casi previsti dalla legge,

²⁷ «Le circostanze del reato sono dunque sempre ed esclusivamente fatti penali accessori modificativi, in quanto altro non possono fare che modificare in più od in meno la gravità del reato al quale accedono» Così, ID, *ibidem*, p. 375.

²⁸ ID, *ibidem*, p. 372, nota 2.

²⁹ «L'esclusione di un effetto diretto non importa perciò l'esclusione degli altri effetti diretti della circostanza, la quale continua pur sempre a sussistere come fatto giuridico. Tale fenomeno non è che un'applicazione di quel principio che frequentemente ricorre nel mondo giuridico e che è stato paragonato al principio fisico della conservazione delle energie: ogni atto giuridico produce, fino a quando è possibile, ogni effetto di cui è capace. Fenomeno del quale l'esempio più saliente è la cosiddetta conversione dei negozi giuridici. Il giudizio di prevalenza o di equivalenza non cancella dunque la circostanza, ma si limita a neutralizzare esclusivamente qualcuno dei suoi effetti, mentre gli altri continuano a prodursi». Così ID, *ibidem*, p. 383.

³⁰ ID, *ibidem*, p. 376.

³¹ ID, *ibidem*, p. 381

³² ID, *ibidem*, p. 383

quale ad esempio era il calcolo della prescrizione che doveva tener conto, ai sensi del vecchio art. 157 c.p., degli esiti del bilanciamento.

La tesi del prof. Delogu ha incontrato il favore della dottrina successiva che ha provato a precisarla, sotto alcuni aspetti, senza mutarne il suo impianto.

Un autore successivo³³, ad esempio, presupponendo che una circostanza dichiarata sussistente nel fatto, quando viene elisa nel giudizio di bilanciamento, non «scompare» bensì degrada a circostanza «impropria» rilevante ai sensi dell'art. 133 c.p., preferisce distinguere tra a) effetti ricollegabili alla modificazione della pena principale e b) effetti che non riguardano la misura della pena. Con riferimento alla prima serie «vengono in considerazione le diverse occasioni di incidenza, delle circostanze, sul computo del massimo di pena astrattamente irrogabile per un determinato reato», mentre nella seconda serie, «è certamente fuor di dubbio la natura diretta di effetti quali la comminazione di pene accessorie non conseguente alla modificazione della pena principale, l'incidenza sul regime di procedibilità e, per riprendere lo specifico profilo di cui al paragrafo precedente, l'applicabilità di misure di sicurezza in presenza di circostanze di diminuita imputabilità. In tutti questi casi, si tratta di conseguenze immediatamente riferibili alla circostanza come fattispecie e non derivate da un previo effetto da essa prodotto»³⁴. I primi sono indiretti poiché dipendono dalla pena mutata; i secondi sono diretti poiché discendono dalla dichiarazione della circostanza.

Altra autorevolissima dottrina³⁵ affronta, invece, il problema degli effetti delle circostanze in relazione alla funzione del giudizio di bilanciamento. L'A. ritiene che la funzione delle circostanze sia quella di permettere al giudice una valutazione completa del fatto storico, che prescinde di per sé dal riferimento alla personalità del reo. A dimostrazione di ciò, egli evidenzia che le circostanze inerenti alla persona del colpevole, tra cui la recidiva, “erano” escluse dal bilanciamento nella versione dell'art. 69 c.p. pre-riforma del 1975. Conseguenza dell'intimo legame tra il fatto storico e le circostanze è che «come il valore intrinseco della circostanza non può essere soppresso, e, in tale qualità, continua ad esplicare degli effetti nella commisurazione della pena, così deve ritenersi che anche la circostanza, pur quando è giustamente svuotata della sua efficacia tipica sulla pena, continua a produrre gli eventuali effetti che le sono connessi indipendentemente dalla sua capacità di aggravare o attenuare il reato sul piano della tipicità»³⁶. Tanto premesso, l'A. richiama direttamente la distinzione del prof. Delogu, ma aggiunge, facendo l'esempio della procedibilità, che, in ogni caso, occorrerebbe indagare se gli effetti diretti si riferiscono al particolare valore espresso dalla circostanza oppure alla differente gravità del reato. Così, «se la forma di procedibilità si riconnette alla situazione evidenziata dalla circostanza, essa permane anche in caso di soccombenza o equivalenza; se è ricollegata invece alla sola efficacia aggravante o attenuante, allora dalla negazione di questa qualità discende anche la negazione di quell'effetto»³⁷.

³³ G. DE VERO, *Circostanze*, cit., p. 207

³⁴ ID, *ibidem*, p. 218

³⁵ A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit.

³⁶ ID, *ibidem*, p. 211.

³⁷ ID, *ibidem*, p. 216.

Da ultimo, un altro esponente della dottrina³⁸, pur pervenendo in sostanza alle stesse conclusioni del prof. Delogu, ha criticato sul piano dogmatico la sua tesi, osservando che la congiunta previsione di effetti giuridici ulteriori a quelli sulla pena nasconde «un fenomeno di parziale sovrapposizione di più fattispecie normative: da un lato si delinea la fattispecie del reato circostanziato, come tale contrassegnata dalla tipica variazione modificativa della pena prevista per il reato base; dall'altro si individua una fattispecie formalmente identica sotto il profilo dei relativi presupposti costitutivi, ma funzionalmente caratterizzata da una separata ed esclusiva rilevanza, ad esempio, sul solo piano del regime di procedibilità di quello stesso reato base, ovvero sui diversi effetti sanzionatori innanzi esemplificativamente segnalati, etc»³⁹. Tale seconda fattispecie, dalla cui esistenza dipendono gli "altri effetti" di una circostanza, è autonoma rispetto a quella da cui scaturiscono gli effetti sulla pena e, solo per «comodità normativa», il legislatore ha talvolta ritenuto opportuno "agganciare" le due fattispecie. Di conseguenza, gli "altri effetti" di una circostanza (processuali e/o sanzionatori) sono ricollegabili esclusivamente alla sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie circostanziale, ma non anche all'ulteriore applicazione dei relativi effetti di modificazione della pena. Pertanto, in ultima analisi, «l'ininfluenza dei riflessi astrattamente legati al giudizio di cui all'art. 69 CPI non dipende dalla natura diretta, e/o indiretta, degli effetti connessi ad una certa circostanza, ma dal fatto che, poiché solo la variazione della pena principale rappresenta conseguenza suscettibile di denotare la natura circostanziale dei relativi presupposti normativi – e quindi di individuare la stessa cerchia degli elementi all'uopo "bilanciabili" – ogni diversa conseguenza rimane necessariamente al di fuori dell'area di incidenza di un eventuale bilanciamento con altre circostanze eterogenee»⁴⁰.

Poche, invece, sono le voci successive al saggio del prof. Delogu che continuano a sostenere la tesi a lui contraria⁴¹.

Interessante è, ad esempio, quanto affermato dal Pretore di Biella nel 5 marzo 1976: il Pretore ritiene che, dopo la riforma del 1975 che aveva incluso le circostanze autonome, indipendenti e quelle inerenti alla persona del colpevole, nell'ambito del bilanciamento, al giudice fosse concesso far discendere dalla subvalenza anche il venir meno della procedibilità d'ufficio di un reato, sul presupposto che la modifica normativa «ha senza dubbio mutato il significato del giudizio di equivalenza o prevalenza. È evidente, infatti, che la circostanza che fa scattare una pena autonoma è qualcosa di più che un semplice *accidens* del reato: essa incide sulla sua essenza, contribuendo a fargli assumere, se non un nuovo titolo, una diversa fisionomia strutturale, e crea così una

³⁸ A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, Cedam, 2000, p. 692 e ss.

³⁹ ID, *ibidem*, p. 696.

⁴⁰ ID, *ibidem*, p. 698.

⁴¹ A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952, p. 301 e ss. non richiama la tesi del prof. Delogu e sembra, piuttosto, contraddirla nella parte in cui osserva: «qual'è la efficienza del giudizio circa la equivalenza delle circostanze aggravanti e diminuenti o circa la prevalenza delle une sulle altre? L'art. 69 a tale giudizio si riferisce per ciò che concerne la determinazione della pena. Ma poiché la misura della pena è la base per l'applicazione di altri istituti (ad. es., sospensione condizionale della pena, condono, ecc.), è chiaro che la dichiarata equivalenza o prevalenza può avere ulteriori conseguenze».

speciale figura criminosa, la cui ragion d'essere sorge e si esaurisce nella sussistenza della circostanza stessa, con i vari effetti che ad essa sono collegati. Ora, l'applicabilità del giudizio di prevalenza o equivalenza anche a circostanze di tal tipo si risolve inevitabilmente nella possibilità di incidere, attraverso il detto giudizio, sulla stessa esistenza giuridica della figura criminosa da quelle circostanze creata».

In relazione alla riforma del '75, il Pretore osserva che proprio perché oggi è possibile bilanciare circostanze che mutano la «qualità» del reato (e non solo la quantità)⁴², il legislatore del '74 ha «forse inconsapevolmente, alterato il senso e la logica originari dell'istituto in essa contemplato, attribuendogli il significato nuovo più sopra illustrato, conforme, del resto, alla generale tendenza manifestata (v. infatti le modifiche agli artt. 81 e 164 c.p.) nel senso di un ampliamento dei limiti della valutazione discrezionale nel giudice. È chiaro che la trasformazione del giudizio ex art. 69 c.p. ha carattere strutturali e concerne quindi anche i casi in cui si verta in tema di circostanze determinanti semplicemente aumenti o diminuzioni proporzionali della pena principale. Anche in tale ipotesi il giudizio di comparazione manterrà la nuova natura di mezzo di “identificazione” giuridica del fatto. Un opinamento diverso cozzerebbe contro insuperabili ostacoli di ordine sistematico ed equitativo».

Tale tesi, cui per la verità sembrano aver aderito le successive Sez. Un. Grassi, è stata aspramente criticata da una voce in dottrina, la quale, annotando la sentenza, ha evidenziato che un ragionamento del genere comporta l'illogicità di slegare la circostanza dal fatto storico, dalla *ratio* dell'art. 69 c.p., nonché di violare il principio di certezza del diritto⁴³.

⁴² Così si esprime la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, I, secondo cui «la compensabilità non può riferirsi, per essere logica, a quantità eterogenee, le quali sfuggono aritmeticamente alla possibilità di un ragguaglio; e ciò costituisce una ragione perentoria per togliere al giudice la potestà di una comparazione che sarebbe arbitraria, anche nei casi nei quali il trapasso dall'una all'altra specie di pena possa dipendere da necessità inerenti ai limiti legali delle pene. Le regole sulla prevalenza e sulla equivalenza sono applicabili soltanto in quanto si rimanga nel campo delle vere e proprie circostanze, ossia di quelle circostanze che modificano esclusivamente la quantità del reato, rappresentandone una accidentalità, una modalità, una causalità. In altre parole, le regole anzidette non possono trovare più applicazione, non soltanto quando una particolare circostanza divenga elemento costitutivo speciale di un determinato reato, e quindi faccia mutare il titolo del reato; ma anche quando essa, pur non facendo mutare il titolo del reato, ne muti la qualità (e non soltanto la quantità), di modo che ci si trovi dinanzi ad una sottospecie o sub-titolo del reato medesimo».

⁴³ «La tesi prospettata nella sentenza che si annota può apparire, al più, suggestiva *prima facie*. Ma già subito si avverte l'inaccettabilità di una tesi che, a prescindere da altre conseguenze dogmatiche e di principio, pretende di trasformare un fatto materiale di lesioni gravi o gravissime in un fatto di lesioni lievi, come se la mutilazione, la malattia inguaribile, le deformazioni permanenti ecc. potessero essere cancellate, nella loro realtà naturalistica, da un mero gioco dialettico. Sul piano dogmatico, tale tesi si rivela di poi in aperto contrasto con il clato normativo fornito dall'art. 69 e con la *ratio* dell'istituto in esame. Una più attenta riflessione sul “principio” affermato nella sentenza annotata, consente altresì di rilevarne la contraddittorietà con principi di natura costituzionale. Riconoscere infatti al giudice, attraverso l'art. 69, la facoltà di riqualificare normativamente il fatto sulla base di una valutazione circa l'incidenza della circostanza, equivale, a nostro avviso, a riconoscere allo stesso organo il potere di fissare gli elementi della fattispecie criminosa: conseguenza questa che contrasterebbe inevitabilmente con il principio di legalità. E parimenti violata apparirebbe, nel caso di specie, quella certezza del diritto che lo stesso principio di legalità intende garantire, ove si ritenesse operante, per il giudice, la facoltà di affermare un regime di procedibilità anziché un altro. Ove si accettasse, in definitiva, la soluzione interpretativa proposta dal giudice di merito –

La dottrina più recente, infine, con larga prevalenza, sul presupposto che l'equivalenza e la subvalenza non eliminano la circostanza dal fatto storico, aderiscono

della quale le conseguenze in tema di procedibilità del reato non sono che un aspetto – si rischierebbe davvero di avere “per la prima volta un diritto libero, rimesso a scelte individuali del giudice”. Né si possono, infine, tralasciare le conseguenze e le implicazioni che una tale soluzione avrebbe in campo civile: quale l'incongruenza di risarcire alla parte civile una lesione grave o gravissima dopo che la stessa è stata dal giudice qualificata lesione lieve, o, peggio, l'ingiustizia di risarcirla come fosse, in realtà, una lesione lieve». Sono le parole di V. VALIGNANI, *Sui limiti di efficacia dell'art. 69 c.p. alla luce del d.l. 11 aprile 1974 n. 99*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 112 ss.;

alla distinzione tra effetti diretti ed indiretti⁴⁴ e, schematicamente, chiarisce⁴⁵ che il giudizio di bilanciamento:

⁴⁴ Nella manualistica tradizione, cfr. I. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Torino, Giappichelli 2019, p. 32 e ss. L'A. nota che le conseguenze del giudizio di bilanciamento riguardano solo la misura della pena: «sul punto la lettera dell'art. 69 non potrebbe essere più chiara. La norma in questione dispone sempre e soltanto aumento, diminuzione di pena o irrilevanza, sempre a questi effetti, di circostanze di segno opposto ritenute equivalenti. Ma nel nostro sistema una circostanza, oltre che sulla pena, può influire su ulteriori momenti, anche di natura processuale, della disciplina complessiva del fatto-reato. L'ipotesi più significativa e frequente è quella che concerne la procedibilità: d'ufficio o a querela della persona offesa. Realizzata una circostanza che comporti un effetto del genere, eventuale soccombenza della circostanza stessa non si riverbera sul regime di procedibilità da essa disposto. Pertanto, se in forza di un'attenuante, un certo reato, perseguibile d'ufficio, diventa perseguibile a querela dell'offeso, la soccombenza o l'equivalenza della attenuante non fa sì che per detto reato si debba procedere d'ufficio». T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 312 e ss. evidenzia che le circostanze producono anche altri effetti oltre a quello di determinare l'aumento o la diminuzione della pena in concreto. Tali effetti sono sulla prescrizione del reato (art. 157, comma 2 c.p.), sulla procedibilità (es. 646 comma 3 c.p.) sulla competenza (art. 4 c.p.p.), sulle misure cautelari (artt. 278 e 379 c.p.p.). Essi vengono definiti dall'A. «a rilevanza edittale» e, a suo parere, «si tratta di effetti ricollegati, sul piano normativo, alla mera sussistenza della circostanza, e a prescindere dalle sue vicende applicative». Anche F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 412 spiegano che le circostanze producono altri effetti cd. di rilevanza edittale a prescindere dalla loro applicazione. F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 512, testualmente ritengono che «gli effetti del giudizio di bilanciamento, salvo diversa previsione, si limitano di regola alla sola determinazione della pena, mentre continueranno a prodursi gli effetti diversi eventualmente collegati alle circostanze (es. la perseguibilità a querela o d'ufficio), nonostante la loro equivalenza o soccombenza». C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 503 osservano che la subvalenza «opera solo sul piano della valutazione comparativa delle circostanze, non esplicando alcun effetto sul piano della procedibilità, della disciplina della prescrizione o, ancora, sulla concessione di istituti di carattere premiali». G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 602 affermano: «è ovvio che gli effetti del giudizio di bilanciamento delle circostanze si producono oltre che sulla misura della pena da infliggere in concreto, anche su altri istituti la cui applicabilità è correlata alla misura della pena inflitta: è il caso, ad es., dell'ammnistia impropria o dell'indulto concessi per reati puniti in concreto con una pena non superiore a un certo limite, nonché delle pene accessorie, quando la loro applicazione sia collegata alla pena principale irrogata in concreto (ad es., l'interdizione dai pubblici uffici ai sensi dell'art. 29 c.p.). Per contro, il bilanciamento delle circostanze non influisce su istituti che non si ricollegano al quantum di pena inflitta: nel senso che le circostanze soccombenti o ritenute equivalenti ex art. 69 c.p. continuano a produrre gli effetti previsti dalla legge». A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 764 si esprime così «quanto alle circostanze soccombenti, o ritenute equivalenti, esse tuttavia non si elidono, come un tempo erroneamente si riteneva (l'A. richiama F. CARNELUTTI), bensì non si fa luogo soltanto al relativo aumento, o diminuzione della pena, né si calcolano ai fini della prescrizione del reato – tranne che si tratti di circostanze aggravanti ad efficacia o ad effetto speciale, in base alla modifica apportata all'art. 157 c.p. dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 – ma restano sussistenti ad ogni altro effetto».

Tra i Trattati, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 2, Torino, Utet, 1981, p. 323 e ss.; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale. Tomo I*, Utet, 2022, p. 697 e ss.; G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Punibilità e pene*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 354 e ss., i quali sostengono che gli effetti della subvalenza riguardano solo la pena principale.

Tra le opere monografiche, v. G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 257 ss.; G. ZINGIRIAN, *La danza delle circostanze: profili applicativi degli accidentalia delicti*, Milano, Key, 2015, p. 40 e ss.; S. MARANI, *Il reato circostanziato*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2007, p. 230 e ss.; U. DEL POZZO, *Limiti del giudizio di prevalenza od equivalenza delle circostanze*, in *Giur. cass. pen.* (Nota a sent. Cass. pen., 9 novembre 1953, Bonardi), in *Giur. Compl. Cassazione Pen.*, 1954, 1°, 46. VI.

- incide sugli istituti che fanno riferimento per la loro applicabilità, alla pena inflitta, come nel caso dell'amnistia impropria o dell'indulto, concesso per reati puniti in concreto con una pena non superiore a un certo limite, nonché delle pene accessorie, quando la loro applicazione sia collegata alla pena principale irrogata dal giudice (ad esempio, art. 29); incide in caso di continuazione, per la individuazione della violazione più grave, la quale va individuata, in astratto, in base alla pena edittale, avendo riguardo al reato così come ritenuto in sentenza e tenendo conto delle circostanze riconosciute esistenti e dell'eventuale giudizio di bilanciamento fra di esse⁴⁶;
- non incide, invece, per espresso disposto del comma 3 dell'art. 157 c.p. come modificato dalla L. n. 251 del 2005, sul calcolo del tempo necessario a prescrivere; sul regime di procedibilità⁴⁷; per espressa previsione di legge, sull'esclusione dall'indulto concesso con L. 31.7.2006, n. 241 e con D.P.R. 22.12.1990, n. 394; sull'amnistia di cui al D.P.R. 12.4.1990, n. 75; sulle pene accessorie, quando la loro applicazione sia prevista per una fattispecie aggravata⁴⁸; sulla competenza funzionale del giudice⁴⁹.

4. Effetti della recidiva.

Visti i plurimi effetti che una circostanza può produrre e considerato che la recidiva si qualifica come tale, prima di avanzare una possibile soluzione al contrasto prospettato nel primo paragrafo, occorre indagare gli effetti della recidiva per verificare, in concreto, cosa comporti il suo riconoscimento al di là del suo bilanciamento.

Dall'esame dell'impianto normativo emerge l'ibridazione dell'istituto della recidiva, che assume rilevanza nell'intero assetto ordinamentale, producendo effetti diretti ed indiretti. In particolare, la ricerca normativa ha restituito un panorama legislativo variegato in cui l'attitudine dell'agente alla reiterazione di illeciti viene presa in considerazione tanto dal formante penale quanto da quello amministrativo.

Traendo le mosse dall'art. 99 c.p., va preliminarmente evidenziato che la norma distingue la recidiva semplice, che è circostanza aggravante comune e disciplinata al comma 1, dalle ipotesi di recidiva aggravata o qualificata di cui ai commi successivi, integrante gli estremi di circostanza aggravante ad effetto speciale. La recidiva qualificata, ossia specifica, infraquinquennale, propria e reiterata, si caratterizza, in particolare, per avere natura peculiare, poiché è produttiva «non solo dell'escursione

⁴⁵ *Codice Penale commentato* a cura di M. RONCO, B. ROMANO, sub. Art. 69, in *onelegale.it* e E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Codice penale commentato. Tomo I*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 1441 e ss.

⁴⁶ Cass., Sez. Un., 13 giugno 2013, n. 25939.

⁴⁷ Da ultimo, v. Cass., 10 giugno 2021, n. 22952.

⁴⁸ Cass., 27 novembre 1985.

⁴⁹ Cass., 5 ottobre 2004, n. 44408.

sanzionatoria, ma anche di effetti ulteriori, decisivi per la concreta conformazione del trattamento del condannato recidivo»⁵⁰.

Gli “effetti ulteriori” sono i cd. effetti indiretti della recidiva, destinati ad operare anche in assenza di un aumento di pena, per il solo fatto del riconoscimento della concreta pericolosità del soggetto.

La possibilità che la recidiva subvalente o equivalente possa produrre effetti indiretti è alquanto recente. Invero, il legislatore del 1930 aveva escluso la recidiva dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. in base alla considerazione che le circostanze inerenti alla persona del colpevole, ossia l'imputabilità e la recidiva, «escono, per così dire, fuori dal quadro della equivalenza o della prevalenza, essendo del tutto eterogenee rispetto alle altre circostanze comuni e speciali»⁵¹.

Con la legge 7 giugno 1974, n. 220, è stato, però, patrocinato l'opposto principio: la recidiva è ora bilanciabile, con l'eccezione della recidiva ex art. 99, comma 4 c.p. Per quest'ultima l'art. 69, comma 4 c.p., prevede il divieto di prevalenza, su di essa, delle circostanze attenuanti. Il menzionato divieto è stato formulato in modo generale, sicché la giurisprudenza ritiene che esso riguardi le circostanze attenuanti sia comuni sia speciali. Esso, inoltre, concerne la sola ipotesi di prevalenza, sicché non è escluso che la recidiva reiterata possa essere ritenuta equivalente.

La previsione dell'art. 69, comma 4 c.p. è stata, tuttavia, notevolmente incisa negli ultimi anni da ripetuti interventi della Corte Costituzionale⁵², che ha dichiarato reiteratamente l'incostituzionalità della norma in ragione della necessità di misurare la tenuta costituzionale della previsione con i principi di eguaglianza, di offensività della condotta del reo e della proporzionalità della pena tendente alla rieducazione del condannato.

È, dunque, oggi indiscusso che la recidiva possa essere dichiarata subvalente, ad eccezione della recidiva ex art. 99, comma 4, che, invece, può essere dichiarata solo equivalente e, nei casi in cui la Consulta ha provveduto a pronunciarsi per l'illegittimità, subvalente.

Così delineatosi il quadro normativo, volendo aderire alla tesi dottrina prevalente esposta nel paragrafo precedente, nonostante l'assenza di escursione sanzionatoria, la recidiva dovrebbe produrre, comunque, i seguenti effetti indiretti che si è deciso di distinguere sulla base della loro topografia normativa.

Muovendo dagli effetti contenuti nel codice penale, la recidiva subvalente dovrebbe incidere:

- sulla commisurazione della pena ex artt. 81, comma 4, e 133 c.p.;

⁵⁰ Cass., Sez. Un., 15 maggio 2019, n. 20808, Schettino

⁵¹ *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori cit.*, 125. V. anche nota 43.

⁵² V. Corte Cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, sent. 14 aprile 2014 n. 105, sent. 14 aprile 2014 n. 106, sent. 7 aprile 2016, n. 74, sent. 17 luglio 2017, n. 205, sent. 7 aprile 2020, n. 73, sent. 31 marzo 2021, n. 55, sent. 12 maggio 2023, n. 94, sent. 11 luglio 2023, n. 141, sent. 12 ottobre 2023, n. 188, sent. 9 novembre 2023, n. 201, sent. 24 marzo - 22 aprile 2025, n. 56 e sent. 21 luglio 2025, n. 117.

- sulla particolare tenuità, sia per il calcolo della pena minima ex art. 131-bis comma 5 c.p. sia per la concessione del beneficio stesso, poiché la recidiva reiterata rivela un'accentuata pericolosità sociale dell'imputato che è incompatibile con la tenuità⁵³;

- sul calcolo del tempo necessario a prescrivere ex art. 157 comma 2 c.p., e sul calcolo del tempo massimo di sospensione e interruzione ex art. 161 comma 2 c.p.;

- sull'estinzione del reato: nello specifico, l'amnistia impropria e l'indulto sono preclusi ex artt. 151 comma 5 e 174 comma 3 c.p., similmente l'estinzione della pena ex art. 172 c.p. non è configurabile a causa della recidiva di cui ai capoversi dell'art. 99 c.p., o il tempo necessario a estinguere si allunga nel caso di cui all'art. 173 c.p.; nelle contravvenzioni, infine, essa osta all'oblazione ex art. 162-bis c.p.;

- sulla confisca: l'art. 544-sexies prescrive che «in caso di recidiva è disposta l'interdizione dall'esercizio delle attività» di trasporto, di commercio o di allevamento degli animali;

- sull'esecuzione della pena: la sospensione condizionale ex art. 164 c.p., non solo non può concedersi a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, ma in caso di reiterazione dell'azione criminosa, la sospensione va revocata ex art. 168 c.p. La recidiva qualificata incide anche sull'ammissione alla liberazione condizionale dell'art. 176 c.p., richiedendosi che il condannato abbia scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli. Le restrizioni alla concedibilità della liberazione condizionale al condannato recidivo operano anche quando la recidiva sia stata oggetto del giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti e non abbia comportato un aumento di pena. La riabilitazione non è, invece, esclusa dalla recidiva, pur richiedendosi in capo al giudice un maggiore rigore nella valutazione dei suoi presupposti applicativi, comportando l'aumento del periodo minimo durante il quale il condannato deve avere mantenuto buona condotta. L'art. 179 c.p., infatti, stabilisce un termine di almeno otto anni per l'ammissione alla riabilitazione dei recidivi, salvo il caso di recidiva semplice.

Sul piano dell'esecuzione penale, però, gli effetti più pregnanti e significativi sono quelli che modulano diversamente l'accesso ad alcuni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, come i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 30-quater L. 26 luglio 1975, n. 354, i permessi premio possono essere concessi ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, comma 4 c.p. dopo l'espiazione di un terzo della pena, della metà della pena o di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni. I predetti limiti minimi vengono parametrati alle condizioni fissate dall'art. 30-ter in relazione alla durata della condanna alla pena detentiva.

L'art. 58-quater L. 354/1975, in maniera ancora più incisiva stabilisce che l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva reiterata. Tuttavia, sul punto, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità del comma

⁵³ Cass., Sez. V, 19 ottobre 2020, n.1489.

7-bis dell'art. 58-quater della Legge 354/1975 nella parte in cui non prevede che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti. La declaratoria di incostituzionalità coglie l'afflittività degli effetti indiretti della recidiva e ne vieta l'applicazione retroattiva coerentemente con le prerogative costituzionali dell'irretroattività della legge penale sfavorevole⁵⁴.

Per quanto concerne la dimensione processuale della recidiva, essa è atta a produrre effetti sulle condizioni di procedibilità, comportando la procedibilità d'ufficio per taluni reati.

In particolare, il riferimento alle aggravanti speciali richiamate dagli articoli 623-ter e 649-bis c.p., come modificati dal D. lgs 10 aprile 2018, n. 36, comprende anche la recidiva qualificata, che, ove ritenuta sussistente dal giudice, rende il reato perseguibile d'ufficio.

Ancora, nell'ambito delle contestazioni, il pubblico ministero può procedere alla contestazione suppletiva della recidiva, che non richiede l'autorizzazione del giudice a differenza di quanto previsto per la contestazione del fatto nuovo, in presenza dei presupposti previsti dall'art. 518, comma 2, del codice di rito. Tale circostanza assume rilievo in relazione agli effetti che la contestazione suppletiva della recidiva può determinare sulla prescrizione del reato⁵⁵.

In sede esecutiva, la recidiva può impedire la sospensione dell'ordine di carcerazione (art. 656 c.p.p.).

La recidiva reiterata osta, infine, al patteggiamento semplice ex art. 444 comma 1-bis c.p.p.

Altri effetti della recidiva si rinvencono inoltre in fonti extra penali e processuali penali.

La riconosciuta recidiva ha l'attitudine ad incidere in via amministrativa sulla posizione giuridica del *civis*, che si vede privato dei titoli abilitativi allo svolgimento di una data attività sia in via temporanea, con la sospensione *ad tempus*, sia in via definitiva con la revoca.

Così, ad esempio, la configurazione *latu sensu* amministrativa della recidiva attiene a una serie di violazioni correlate all'esercizio del commercio (art. 71-septies L. 22 aprile 1941, n. 633; art. 22 L. 7 dicembre 1951, n. 1559; art. 31 L. 5 giugno 1962, n. 616; art. 24 L. 13 febbraio 2006, n. 70; art. 18 D.lgs. 22 febbraio 2006, n. 128; art. 4 L. 4 novembre 2010, n. 201; art. 3 L. 3 febbraio 2011, n. 4; art. 39 L. 28 luglio 2016, n. 154).

Nell'ambito della tutela dell'ordine pubblico, l'accertamento della recidiva negli illeciti afferenti alla pubblica sicurezza comporta la sospensione o la revoca delle

⁵⁴ V. Corte Cost., sent. 16 marzo 2007 n. 79.

⁵⁵ Per garantire la prevedibilità del diritto penale, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere l'aumento di pena per la recidiva che integri una circostanza aggravante ad effetto speciale non rileva se la stessa sia stata oggetto di contestazione suppletiva dopo la decorrenza del termine di prescrizione previsto per il reato come originariamente contestato (v. Cass. Sez. Un., 28 settembre 2023 n. 49935, Domingo).

autorizzazioni di polizia, soprattutto in materia di esplosivi e di materiale pirotecnico (art. 53 R.d. 18 giugno 1931, n. 773; art. 33 D.lgs. 29 luglio 2015, n. 123; art. 37 D.lgs. 19 maggio 2016, n. 81).

In altri casi ancora, l'incidenza sui titoli abilitativi è effetto indiretto del riconoscimento dell'operatività della recidiva penale ex art. 99 c.p. In particolare, in ambito venatorio, la sospensione, la revoca e il divieto di rilascio della licenza di porto di fucile per uso di caccia, nonché la chiusura o la sospensione dell'esercizio sono condizionate al riscontro della recidiva monoaggravata, cd. specifica (art. 32 L. 11 febbraio 1992, n. 157).

Anche nel contesto della lotta al contrabbando la disciplina della recidiva prevede un aumento sanzionatorio per colui che sia già stato condannato in via definitiva, espressamente rimandando al codice penale per le ipotesi in cui ricorrano ipotesi di recidiva diverse da quelle indicate dalla normativa (art. 89 D.lgs. 26 settembre 2024, n. 141).

In una posizione mediana tra il diritto amministrativo ed il diritto penale si colloca la cd. reiterazione, che connota le sanzioni amministrative di cui alla legge 24 novembre 1981, che all'art. 8-bis traccia le coordinate per traslare la recidiva propria delle sanzioni penali al microcosmo delle sanzioni depenalizzate.

Nello specifico, facendo salvo quanto stabilito da disposizioni speciali, la reiterazione semplice presuppone la commissione di una violazione della stessa indole di quella accertata con provvedimento esecutivo nei cinque anni precedenti, specificando che la reiterazione è specifica se è violata la medesima disposizione.

Si tratta di un istituto che coniuga le esigenze retributive e specialpreventive del diritto penale con quelle di celerità e proporzionalità del diritto amministrativo, laddove consente di caducare gli effetti della reiterazione in ogni caso, se il provvedimento che accerta la precedente violazione è annullato.

La reiterazione amministrativa assume rilievo anche nell'ambito delle violazioni degli obblighi di matrice finanziaria quando gli stessi sono imposti a tutela dell'ordine pubblico (art. 91 D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

Un concetto ibrido, simile a quello della cd. reiterazione, emerge anche in relazione alla ripetuta violazione delle prescrizioni del D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285. Il Codice della Strada, difatti, evoca la recidiva nel biennio o nel triennio e comporta l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione o della revoca della carta di circolazione (art. 82) o della patente (art. 187). Ai sensi dell'art. 222, qualora da una violazione delle norme del codice della strada derivino danni alle persone, il giudice può applicare la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente nell'ipotesi di recidiva reiterata specifica verificatasi entro il periodo di cinque anni a decorrere dalla data della condanna definitiva per la prima violazione. La recidiva ivi richiamata, al pari della recidiva *stricto sensu* penale, presuppone un giudicato di condanna. Per la prova della recidiva nel biennio, però, non è necessario produrre un'attestazione documentale della definitività dell'accertamento del pregresso illecito, ma appare sufficiente un elemento di prova, accompagnato dalla mancata allegazione, da parte del ricorrente, della deduzione di aver presentato un ricorso avverso l'irrogazione della sanzione o una richiesta di oblazione che non sia stata respinta.

Le affinità della recidiva del Codice della Strada con l'istituto del codice penale emergono anche dall'esame dell'art. 224-bis, che al ricorrere della recidiva qualificata stabilisce una durata minima del lavoro di pubblica utilità. Inoltre, per effetto della L. 1° dicembre 2018, n. 132 è stato modificato il comma 15-bis dell'art. 7 del Codice della Strada, che adesso prevede che, in caso di recidiva, l'illecito amministrativo si trasformi in contravvenzione, così assumendo natura penale. La recidiva, in questo caso, si sostanzia nel fatto che il soggetto sia già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo.

La nostra disamina extrapenale della recidiva deve, infine, fare necessariamente riferimento al recente intervento di riforma del sistema sanzionatorio tributario delegato dalla L. 9 agosto 2023, n. 111. Vengono, infatti, modificati i presupposti applicativi per la recidiva in un'ottica più favorevole al contribuente. Affinché possa operare l'aggravamento sanzionatorio che può estendersi fino al doppio della misura edittale, occorre constatare che nel triennio precedente sia intervenuta la definitività dell'accertamento del precedente illecito in virtù di sentenza passata in giudicato o di mancata impugnazione dell'atto di contestazione della violazione o di irrogazione della sanzione (art. 7, comma 3 D.lgs 472/1997 come modificato dal D.lgs. 87/2024).

La scelta di ancorare la contestazione della recidiva alla irrefutabilità del precedente illecito, oltre a tipizzare l'orientamento pretorio, riduce la distanza con la recidiva del codice penale, anche in ragione dell'afflittività che connota le sanzioni tributarie.

Nonostante i punti di intersezione tra il diritto penale ed il diritto amministrativo, resta, però, fermo che il fenomeno del recidivismo è affrontato in via autonoma dai due campi normativi: nel primo caso, esso confluisce nell'art. 99 c.p. e suoi pedissequi effetti; nel secondo, invece, si atteggia più propriamente quale reiterazione. Tuttavia, come visto, non mancano casi in cui la recidiva penale è richiamata al fine di produrre effetti anche di natura strettamente amministrativa.

Quanto esposto consente di ritenere, dunque, che le questioni relative alla recidiva, al modo in cui essa debba essere intesa e alla sua operatività, anche indiretta, attingono spunti dall'intero complesso ordinamentale. Da questo punto di vista, la recidiva è sicuramente circostanza *sui generis*, capace di produrre effetti assolutamente eterogenei molto rilevanti.

5. Recidiva subvalente e fatto storico: natura soggettivo-normativa e implicazioni sul bilanciamento.

Così sinteticamente ricostruito il quadro giurisprudenziale e dottrinario in materia di natura giuridica ed effetti delle circostanze, e, in particolare, della recidiva, è finalmente possibile meglio comprendere e risolvere il contrasto denunciato nel primo paragrafo di questo lavoro.

Quanto sostenuto dalle Sez. Un. Li Trenta è pienamente in linea con l'opinione della dottrina prevalente secondo cui quando una circostanza – qual è la recidiva – viene *considerata* nel giudizio di sintesi ex art. 69 c.p., essa è da ritenersi *applicata* e, di

conseguenza, produce i suoi effetti sia quando è equivalente sia quando è subvalente o prevalente. In accordo con questo orientamento sono anche le Sez. Un. Filosofi e le più remote Sez. Unite Iovinella del 1980.

Ad esse si contrappongono le Sez. Un. Grassi le quali, aderendo all'orientamento dottrinario più risalente, hanno chiarito che è del tutto improduttiva di effetti – anche indiretti⁵⁶ – l'aggravante «sopraffatta» dall'attenuante nel giudizio di bilanciamento.

È interessante notare che le Sez. Un. Iovinella, Grassi, Filosofi e Li Trenta si sforzano di elaborare una regola generale valida per tutte le circostanze e poi la calano nel caso di specie di loro interesse.

Da questo punto di vista, le Sez. Un. Schettino si presentano come «eccentriche» nel dibattito, poiché impostano il problema della «subvalenza» con particolare riguardo alla recidiva e giungono a ritenere, in modo solo parzialmente conforme alle Grassi, che quando essa è dichiarata subvalente, non produce altro effetto. La conformità è solo parziale, proprio perché le Schettino affermano il principio solo con riguardo alla recidiva che giudicano, infatti, come una circostanza avente note di estrema specialità per i suoi molteplici effetti ulteriori. A quest'ultima specifica opinione si adeguano totalmente le Sez. Un. Cirelli e Sabbatini.

Secondo il nostro parere, la via tracciata dalle Schettino è quella più corretta, poiché maggiormente conforme alla peculiare natura della recidiva e, per tale ragione, non si pone in contrasto con l'affermazione più generale delle Filosofi e Iovinella, mentre il principio di diritto delle Grassi va superato.

Invero, per risolvere il contrasto, non può esimersi dal domandarsi, quale premessa maggiore, quali siano gli effetti di una *qualsiasi* circostanza dichiarata subvalente.

In merito, le argomentazioni prospettate dalla dottrina maggioritaria, la quale ritiene che la subvalenza non elimini gli effetti indiretti di una circostanza, sono risultate assolutamente convincenti. Persuade, in particolare, l'opinione della dottrina nella parte in cui osserva che quando una circostanza è ritenuta esistente, essa esiste «come fatto storico» e, pertanto, il bilanciamento in subvalenza può incidere sulla pena ma non elimina il fatto circostanziale⁵⁷.

In altri termini, la fattispecie circostanziale esiste perché esiste l'accadimento-circostanza, ed il legislatore è libero di attribuire a quella fattispecie la produzione degli

⁵⁶ V., in dottrina, R. BARTOLI, *Recidiva*, cit., p. 865, il quale, citando le Sez. Un. Grassi, osserva che «la giurisprudenza è giunta a una soluzione compromissoria, per cui si deve distinguere a seconda dell'esito del bilanciamento: se l'esito è di equivalenza, gli effetti indiretti si producono, mentre, solo se l'aggravante soccombe, non si producono».

⁵⁷ Nella nota 2, p. 372 del saggio di T. DELOGU, *I limiti di*, cit., l'A. richiama il V. MANZINI, *Trattato*, cit., IX, I, 757, il quale «accomuna al caso in cui una circostanza aggravante venga neutralizzata, quello in cui essa, a seguito di accertamento, risulti inesistente. È chiaro però che le due ipotesi sono nettamente distinte, in quanto nella seconda non ci troviamo di fronte alla neutralizzazione dell'effetto giuridico di una circostanza esistente però come *fatto storico*, ma addirittura di fronte alla mancanza di detta circostanza. E perciò a seguito di tale inesistenza dovranno logicamente non prodursi tutti gli effetti giuridici che il diritto ricollega a quella circostanza». V. anche V. VALIGNANI, *Sui limiti*, cit.

effetti che, nel quadro costituzionale di riferimento, ritiene più opportuni⁵⁸: può dunque decidere di attribuire al giudice il potere di eliderne gli effetti soltanto in relazione alla pena attraverso il bilanciamento ex art. 69 c.p., ma proprio perché tale attribuzione deriva dalla legge, il giudice non può travalicare quel potere decidendo di non far conseguire al riconoscimento dell'evento-circostanza gli altri effetti previsti dalla legge stessa.

È, quindi, il principio di legalità, che anima il giudizio di bilanciamento, a regolare, ex art. 25 Cost., il potere del giudice: pertanto, poiché l'art. 69 c.p. si esprime soltanto in termini di *pena*, deve condividersi l'assunto delle Filosofi secondo cui una circostanza «è riconosciuta ed applicata non soltanto quando è produttiva del suo effetto tipico di aumento dell'entità della pena, ma anche quando, in applicazione dell'art. 69 cod. pen., si determinino altri effetti, quali la neutralizzazione di una circostanza attenuante concorrente» e delle Iovinella, secondo cui il giudizio di bilanciamento – anche in subvalenza – «incide sulla determinazione della pena da irrogare, ma non altera (...) la fattispecie legale tipica».

Opinando diversamente, il giudice si autoattribuirebbe il potere di configurare, a suo piacimento, la fattispecie tipica circostanziale e i suoi effetti in spregio al principio di legalità: per tale ragione, quando una circostanza esiste nel fatto storico, essa deve necessariamente rilevare nel corrispondente fatto tipico.

Queste conclusioni, assolutamente condivisibili, lasciano, però, a nostro avviso, insoluto all'interprete un quesito: quando un accadimento circostanziale può ritenersi *escluso* dal fatto storico?

Si appalesa, quindi, opportuno definire il concetto di *fatto storico*, per distinguere l'ipotesi dell'insussistenza di una circostanza da quella del suo bilanciamento in equivalenza o in subvalenza.

L'argomento richiederebbe estremo approfondimento, ma va circoscritto al tema che ci occupa: invero, la dottrina penalistica riconosce da tempo che all'espressione «fatto» non corrisponde, nella scienza del diritto processuale penale, una nozione unitaria⁵⁹, poiché esso può essere inteso come *fatto giuridico* oppure come *fatto storico* che ha rilevanza *giuridica* non solo processuale ma anche sostanziale, civile, penale o amministrativa. Così, ad esempio, la nozione di fatto di cui all'art. 477 c.p.p. è, ancora, alquanto dubbia: «si va da un'accezione assai restrittiva, che intende per "fatto" il gruppo limitato di elementi che comportano l'offesa di un certo bene giuridico, ad altre che assumono nozioni via via più late, comprendendovi ora i soli elementi materiali del reato o anche gli elementi psicologici, ora tutti gli elementi che abbiano esercitato un'influenza determinante sul contenuto della decisione, ora l'intero fatto storico all'interno del quale si ipotizza l'esistenza di un fatto illecito penale»⁶⁰.

Da questo punto di vista, sembra potersi sostenere che altro è il *fatto storico*, vale a dire la serie naturalistica e materiale di accadimenti che si manifesta contingentemente nella realtà, altro è il *fatto legale tipico*, vale a dire l'insieme degli elementi manifestatisi

⁵⁸ Magistrale è, in tal senso, l'opinione di A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit.

⁵⁹ A. PAGLIARO, *Fatto (dir.proc.pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*.

⁶⁰ ID., *ibidem*.

nella realtà che il legislatore prende in considerazione ai fini della costruzione delle sue fattispecie⁶¹.

Tale classificazione non è sconosciuta neppure alla giurisprudenza: anzi, Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, Tushaj, delinea magistralmente la nozione di *fatto storico* laddove chiarisce che esso è «situazione reale ed irripetibile costituita da tutti gli elementi di fatto concretamente realizzati dall'agente», distinguendola dal «fatto legale, tipico».

Ebbene, muovendo da una definizione di fatto storico come insieme di accadimenti materiali e naturalistici apprezzabili all'esterno dagli umani sensi, deve giocoforza ritenersi che una circostanza può ritenersi esistente – e dunque applicata – soltanto quando essa si estrinsechi nella realtà.

In altri termini, soltanto se un evento circostanziale tipicamente previsto nella legge sia in grado di manifestarsi in natura come fatto storico, allora un eventuale giudizio di bilanciamento non è in grado di *annullare* la sua esistenza e la sua *applicazione*; se, invece, quella circostanza descrive una valutazione esclusivamente normativa, perché artificialmente costruita sulla *persona* dell'imputato, è difficile sostenere che al momento del suo bilanciamento, il giudice non la stia disapplicando o elidendo dal mondo giuridico. E ciò perché, in quest'ultimo caso, mondo giuridico e mondo naturalistico coincidono.

In tale logica, quindi, la distinzione delle circostanze in oggettive, soggettive e inerenti alla persona del colpevole, di cui all'art. 70 c.p., risulta essere fondamentale.

Non v'è dubbio, infatti, che le circostanze oggettive che concernono «la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso» abbiano un saldo ancoraggio nel fatto storico, dal momento che sono strettamente legate all'azione che è movimento corporeo dell'uomo⁶². Così, ad esempio, è lapalissiano che l'aggravante delle più persone riunite, se giudicata subvalente, non elimina le più persone dal fatto storico, bensì incide soltanto sulla pena.

Maggiori dubbi desta, invece, la categoria delle circostanze soggettive, poiché esse «concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole», le quali ultime sono l'imputabilità e la recidiva. Eppure, in linea generale, è possibile sostenere che per quanto tali circostanze tratteggino elementi interiori di una persona, esse possono essere giudicate esistenti soltanto se all'esito del processo penale hanno trovato una propria «estrinsecazione» nel fatto: infatti, oggetto di accertamento nel processo è, prima del fatto tipico, il fatto storico, che il giudice è chiamato a ricostruire mediante l'analisi logica delle prove e, solo successivamente, è tenuto a qualificarlo come fatto tipico. Così, ad esempio, il vizio parziale di mente ex art. 89 c.p., che è circostanza inerente alla persona del colpevole, trova un ancoraggio nel fatto storico, poiché è oggetto di un accertamento tecnico, la cd. perizia, all'esito del

⁶¹ ID., *Fatto a) diritto penale, ibidem*.

⁶² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 232.

quale è possibile ritenere che nella realtà storica e naturalistica quella persona non è interamente capace di intendere e di volere. Di conseguenza, qualsiasi bilanciamento di questa circostanza non potrebbe eliminare i suoi effetti oltre la pena, poiché l'incapace resterebbe tale.

La circostanza soggettiva, che suscita maggiori perplessità in questo ragionamento è, allora, proprio la recidiva, poiché la sua natura giuridica non è frutto di una valutazione, per così dire, naturalistica o scientifica, bensì normativa.

Non a caso, il nodo inerente al fondamento oggettivo o soggettivo della stessa, e cioè se essa afferisca al fatto storico oppure attenga all'autore della condotta alla stregua di un giudizio normativo, non è stato ancora sciolto; anzi, il dibattito in dottrina e in giurisprudenza è alquanto variegato.

In merito, un esponente della dottrina ha sostenuto che «è al soggetto, e non al fatto che risale la logica dell'aggravamento di pena per la recidiva». La diversità della recidiva rispetto alla maggior parte delle circostanze deriva dal fatto che «dopo la pronuncia della condanna, il colpevole porta con sé il segno del disvalore giuridico-penale del suo precedente operato; di qui un maggiore impegno per il soggetto che diventa, a seguito dell'accertamento giudiziario del proprio reato, un già reo»⁶³.

Gli elementi di specificità dell'istituto *de quo* emergono anche in giurisprudenza, in particolare con le Sez. Un. Paolini⁶⁴ laddove si è affermato che «il Codice penale si occupa della recidiva non nella parte che riguarda il reato, ma in quella che si riferisce al reo (...). Ed invero, la recidiva qualifica il soggetto, ma resta del tutto estranea alla fattispecie legale, comunque circostanziata, del reato».

La sentenza stigmatizza che «la recidiva, dunque, pur compresa nell'ampia accezione di circostanza, è certamente diversa dalle altre circostanze comuni e speciali. Di tale diversità fu ben consapevole il legislatore del 1930 che escluse la recidiva dal giudizio di bilanciamento (...). E coerentemente, anche in tema di concorso di persone nel reato, riservò alle circostanze inerenti alla persona del colpevole una valutazione diversa rispetto alle altre circostanze (art. 118 c.p.). La riforma del 1974 non ha smentito la originaria distinzione operata dal legislatore, ma ha eliminato l'evidente antinomia tra il fine che il giudizio di bilanciamento doveva perseguire, cioè quello della individualizzazione della pena in concreto tenendo anche conto della particolare personalità del reo considerata sotto ogni aspetto sintomatico, e la rigida limitazione del giudizio di bilanciamento ad una valutazione complessiva del disvalore materiale del fatto. E non è senza significato che il legislatore, modificando l'art. 69 c.p., abbia voluto indicare espressamente, distinguendole dalle altre, le circostanze inerenti alla persona del colpevole».

Il collegio conclude il proprio ragionamento, finalizzato ad escludere la recidiva dalle circostanze aggravanti che mutano il regime di procedibilità del delitto di truffa secondo la vecchia formulazione dell'art. 640 co. 3 c.p., qualificando la recidiva come «circostanza aggravante *sui generis*, che ha rilevanza solo quando sia presa in

⁶³ A. M. STILE, *Il giudizio*, cit., 160.

⁶⁴ V. Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3152, Paolini.

considerazione la misura della pena, mentre non produce alcun effetto sulla quantità del fatto-reato, al quale resta estranea».

Una voce, in dottrina, nel commentare la decisione, ha contestato che il carattere *sui generis* della recidiva possa essere collegato all'assenza di una capacità di incidere «sulla tipicità del reato stesso» perché, anche a voler concepire la recidiva come una particolare qualificazione giuridica diversa dalle circostanze in senso tecnico, la distinzione tra reo e reato finisce per dar luogo ad una sintesi «che sarebbe arbitrario scomporre. Le qualifiche giuridiche del soggetto sono infatti prese in considerazione dalla legge penale solo ed in quanto sia stato commesso un reato»⁶⁵. Pertanto, la qualifica andrebbe inevitabilmente ad accrescere la gravità del fatto reato.

Un altro esponente della dottrina⁶⁶, invece, per fare chiarezza sulla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante, si è previamente interrogato sul fondamento del recidivismo.

Ebbene l'istituto potrebbe, in astratto, basarsi su tre *rationes*: «anzitutto, la recidiva può essere espressione di una maggiore pericolosità sociale». Inoltre, «la recidiva può essere espressione di una maggiore colpevolezza concepita in termini normativi, vale a dire di una resistenza del soggetto a lasciarsi motivare dalle norme. (...) Infine, la recidiva può essere espressione di maggiori esigenze specialpreventive, essendo rivelatrice di una personalità insensibile agli effetti di intimidazione speciale o di risocializzazione della pena. In questa prospettiva il disvalore torna a radicarsi sulla personalità del reo, ma, più che al reato, è connesso all'esecuzione della pena».

In particolare, l'autore osserva che il fondamento dell'istituto è notevolmente cambiato nel tempo: inizialmente, esso era stato concepito in termini di maggiore pericolosità sociale del soggetto recidivo (a conferma si richiama l'originaria formulazione dell'art. 99 che disciplinava una forma generica e perpetua di recidiva oltre ad ulteriori ipotesi di aggravanti modellate su soggetti ritenuti presuntivamente maggiormente pericolosi), ma con la novella del '74, la problematica della *ratio* sarebbe diventata maggiormente complessa perché intrecciata con la tematica dell'inquadramento giuridico della recidiva in termini di circostanza (cui si aggancerebbe una maggiore colpevolezza) ovvero indice di commisurazione della pena (legato a doppio filo con una maggiore pericolosità) anche se «non sembra sussistere una

⁶⁵ A. MELCHIONDA, nota a Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3152, Paolini, *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Il Foro Italiano*, 1987, Parte II, p. 45.

⁶⁶ In tal senso v. S. MARANI, *Il reato circostanziato*, cit., p. 250 e ss. «secondo l'impostazione che riteniamo di accogliere, la recidiva troverebbe la propria *ratio* in finalità di soddisfacimento di esigenze di prevenzione speciale. Solo in tal modo si potrebbe giustificare un aumento del trattamento sanzionatorio, in quanto, nella commissione di un nuovo reato da parte di chi si sia già reso responsabile di una condotta contrastante con il diritto, si evidenzerebbe l'insufficienza della precedente sanzione al distoglimento del reo alla realizzazione di nuovi reati. Che questa fosse la teoria maggiormente accolta nell'impianto originario dell'art. 99 c.p., lo si poteva dedurre da diversi elementi. In primo luogo, la collocazione sistematica dell'istituto, posto al di fuori del titolo dedicato al reato e posto all'interno di quello dedicato al reo. In secondo luogo, la recidiva veniva originariamente concepita come generica, perpetua, obbligatoria ed automatica, segno evidente di una volontà del legislatore di porre in risalto la ricerca di indici della pericolosità del soggetto».

tale corrispondenza tra natura e *ratio*, in quanto la prima più che la seconda ha conseguenze sulla disciplina».

Egli conclude che non è possibile individuare l'attuale fondamento della recidiva prescindendo da un'interpretazione costituzionalmente orientata: il fondamento dell'aumento sarebbe l'accresciuta colpevolezza del soggetto recidivo perché, trattandosi di una circostanza, sarebbe contrario ai principi costituzionali di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio infliggere una punizione maggiore al recidivo sganciata dalla colpevolezza per il fatto nuovo commesso e invece giustificata da una maggiore pericolosità, che è, invece, elemento soggettivo *lontano* dal fatto reato e proiettato verso il futuro quale attitudine a porre in essere ulteriori condotte penalmente rilevanti⁶⁷.

Non manca, infine, in dottrina, una tesi dottrinale mediana che individua un doppio fondamento della recidiva (cosiddetta *ratio* bidimensionale) la quale sarebbe espressione tanto di maggiore colpevolezza quanto di maggiore pericolosità sociale. I suoi sostenitori chiariscono che, essendo la recidiva inserita nel codice penale all'interno della teoria del reo e non del reato, essa «non rientra nella colpevolezza, ma è un indice della maggior capacità a delinquere del soggetto. E come questa è bidimensionale, venendo in considerazione in chiave sia retributiva (quale aspetto della colpevolezza per il fatto), sia preventiva (quale capacità di nuovi delitti)» così è la natura della recidiva⁶⁸.

La tesi del fondamento bidimensionale dell'istituto è attualmente sposata dalla giurisprudenza maggioritaria che trova la sua genesi nelle Sez. Un. Indelicato.

Il collegio, nel confutare il precedente orientamento Paolini, ha affermato, invero, che «il riconoscimento e l'applicazione della recidiva quale circostanza aggravante postulano, piuttosto, la valutazione della gravità dell'illecito commisurato alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva – sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale – quale aspetto della colpevolezza e della capacità di realizzazione di nuovi reati, soltanto nell'ambito

⁶⁷ V. anche P. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, Utet, 1996, estratto da *onelegale.it*: «invero, ancora una volta si deve sottolineare il rilievo offerto dalla precedente sentenza di condanna ed il legame, da individuare, con il nuovo reato: l'oggetto, per l'appunto della discrezionalità del giudice. Cosicché, comunque sia, tale giudizio discrezionale dovrà esser rivolto al passato e non al futuro. Il punto è essenziale, venendo ad investire il fatto di reato e la sua colpevolezza, alla stregua di un'impostazione costituzionalmente orientata, ma mai la pericolosità del soggetto od altre prognosi in avanti. In realtà, come esattamente si è notato, la precedente sentenza di condanna acquista rilievo, perché il soggetto, nonostante l'esperienza del processo, nonostante il monito a non violare più la legge solennemente espressogli in quelle forme, nonostante la finalità (ri)educativa connessa all'esecuzione della pena, nonostante tutto ciò, ha violato nuovamente la legge, dimostrando disprezzo o, perlomeno, insensibilità etica verso l'ordinamento giuridico, il giudice della condanna, la comunità sociale. È, dunque, un rimprovero maggiore che si può muovere al recidivo, che viene ad influire sulla gravità del reato commesso, con il conseguente aumento di pena».

⁶⁸ In tal senso v. F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 605 e ss. ma anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 602 secondo cui «Il nuovo delitto deve inoltre denotare sia una maggior colpevolezza (il soggetto deve, cioè, apparire particolarmente riprovevole per essersi dimostrato insensibile all'ammonimento derivante dalla precedente condanna), sia una accentuata capacità a delinquere».

di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso, che deve essere concretamente significativo – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, e avuto riguardo ai parametri indicati dall’art. 133 c.p. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo».

La pronuncia, le cui statuizioni sono state condivise dalle successive sentenze Filosofi, Li Trenta e Schettino, offre sì una soluzione maggiormente aderente ad un diritto penale del fatto, ma fonda la propria ricostruzione sulla *ratio* bidimensionale dell’istituto che poggia, come visto, su due criteri: maggiore colpevolezza e pericolosità, alternativamente richiamati dalle tesi dottrinali già indicate. L’essenza di questi criteri è innegabilmente soggettivo-normativa.

Infatti, come la maggiore pericolosità del soggetto è un indice a caratterizzazione prognostica e sbilanciato sulla persona del colpevole, perché la sua valutazione si colloca in una dimensione futura che lambisce solamente il fatto reato, anche il criterio della maggiore colpevolezza possiede uno spiccato valore soggettivo-normativo poiché diretto a valutare l’ostinata persistenza nel delinquere desumibile dal fatto commesso ed è principalmente incentrato sulla persona dell’autore.

Tale personalità viene valutata alla stregua di un criterio normativo: invero, è la recidiva stessa a essere istituto artificiale, poiché tanto esiste ed è classificabile in varie tipologie perché esistono concetti quali quello di condanna, di esecuzione della pena e di delitto non colposo. In ultima analisi, la recidiva tanto esiste nel mondo reale perché lo Stato garantisce un processo: è, dunque, lo Stato stesso a delineare i connotati del recidivo, mentre all’esterno la persona resta sempre la stessa.

Del resto, basta scorrere l’art. 99 c.p. per avvedersi che qualunque ipotesi di recidiva esso delinei, il richiamo è costantemente ed esclusivamente a concetti normativi e non descrittivi; e, se ciò non bastasse, poiché dopo la sentenza Corte Cost. n. 185 del 2015, la dichiarazione della recidiva non è mai obbligatoria, ai fini del suo riconoscimento, la giurisprudenza impone al giudice di ricostruire la vita criminale della persona, i suoi precedenti, la gravità in senso giuridico delle sue azioni per prevedere la reiterazione di suoi comportamenti illeciti in senso esclusivamente soggettivo-normativo e giammai naturalistico⁶⁹. È, pertanto, assodato in giurisprudenza che, per quanto tale giudizio debba essere improntato a canoni oggettivi, esso riguarda direttamente il reo e si riverbera sull’azione da lui commessa solo mediatamente, poiché è al soggetto e non al fatto che risale la logica dell’aggravamento della recidiva: egli è punito perché già condannato, non perché ha commesso un reato più grave.

⁶⁹ V., da ultimo, Cass. 31 ottobre 2024, n. 2425, la quale ha ribadito che «il vaglio del Giudice sul "riconoscimento" della recidiva, invece, non può limitarsi alla verifica dei soli precedenti penali da cui l’imputato è gravato, ma deve dare conto di un esame concreto, in base ai criteri di cui all’art. 133 cod. pen., del rapporto esistente tra il fatto per cui si procede e le precedenti condanne e della verifica se ed in quale misura la pregressa condotta criminosa sia indicativa di una perdurante inclinazione al delitto che abbia influito, quale fattore criminogeno, sulla commissione dei reati sub iudice, escludendo che si tratti di ricaduta occasionale». Ha ribadito, quindi, l’orientamento di Cass. Sez. Un. Cass. pen., Sez. Unite, 27 ottobre 2011 n. 5859, Marcianò.

In questo senso, si condividono le pregevoli osservazioni di autorevolissima dottrina la quale ha da sempre evidenziato che la recidiva è una circostanza talmente legata alla persona del «reo» da designare un «tipo» di autore, connotato da un suo peculiare grado di pericolosità, di colpevolezza, di reiterazione⁷⁰. Il giudizio sulla recidiva è complesso, poiché riguarda la «persona», da valutare secondo criteri normativi, e non la «personalità», da giudicare secondo criteri solo soggettivi⁷¹.

Tale distinzione trova le sue basi proprio nella nozione di «circostanze inerenti alla natura del colpevole» cui la recidiva appartiene. Quest'ultima categoria si differenzia dalle circostanze in senso tecnico poiché «da un lato (...) esse non riguardano in alcun modo il fatto; dall'altro, il richiamo alla "persona" mette in evidenza che esse non trovano la propria ragion d'essere neppure in relazione alle peculiarità del singolo individuo, non si riferiscono cioè alla maggiore o minore *riprovevolezza individuale* dimostrata da chi si trova in quello *status*. Egualmente precisa si dimostra la classificazione offerta dall'art. 70. Infatti le circostanze inerenti alla persona vengono differenziate anche dalle circostanze soggettive, perché il fondamento di queste ultime riguarda sempre, direttamente, la gravità del fatto (in relazione al suo aspetto psicologico) e non ha a che vedere con il soggetto agente, cioè con la "persona" del reo»⁷².

Anche la Consulta, del resto, nel contesto della generale non obbligatorietà della recidiva, ha superato la presunzione legale di pericolosità che connota il divieto di bilanciamento di cui al comma 4 dell'art. 69 c.p., proprio in quanto riflette l'anacronistica convinzione che alcuni recidivi, ossia quelli reiterati, siano a tal punto pericolosi da dover sottostare a un vero e proprio regime penale differenziato in contrasto con le prerogative di rieducazione della pena e di personalizzazione della stessa secondo le coordinate eurounitarie e sovranazionali. I plurimi interventi costituzionali sull'art. 69 c.p., invece, conformano un modello applicativo della recidiva che risulta più aderente alla sua qualificazione in termini di circostanza inerente alla persona del colpevole. Difatti, l'aver scalfito l'assolutezza del divieto di prevalenza consente di definire un assetto sanzionatorio più coerente con la personalità del reo rispetto alla valutazione della mera gravità della condotta.

Può, dunque, concludersi che poiché la giurisprudenza maggioritaria aderisce alla concezione bidimensionale, che impone al giudice una valutazione della *colpevolezza* e della *pericolosità* del soggetto, il giudizio sulla sussistenza della recidiva è intimamente legato non tanto al fatto-storico quanto al reo come *persona*.

La persona è qui da intendersi come *tipo*, come concetto «normativo», vale a dire come «soggetto» che, secondo un parametro legale, è in grado di dimostrare una certa pericolosità.

Il fatto storico, invero, deve essere sì considerato dal giudice, ma solo nella misura in cui possa rivelare elementi utili al giudizio sulla *persona tipicamente recidivante*.

⁷⁰ A. M. STILE, *Il giudizio*, cit., pp. 160, 161 e 168.

⁷¹ «Persona» è ciò che ogni uomo ha in comune con tutti gli altri, è il tipo; «personalità» è l'individuo, ciò che distingue tra loro le persone e le caratterizza. V. N. HARTMANN, *Kleinere Schriften*, I, Berlino, Walter de Gruyter & Co, 1953, p. 311 e ss.

⁷² A. M. STILE, *Il giudizio*, cit., p. 163.

Si tratta di un giudizio largamente incentrato su elementi giuridici più che storici: è il diritto che crea il recidivo, poiché egli in natura non esiste.

Da questo punto di vista, la recidiva è circostanza *sui generis* anche rispetto all'imputabilità, poiché, come si è esemplificato in precedenza, grazie alla perizia, lo stato di capacità di un soggetto si sostanzia in un giudizio naturalistico.

La natura normativa della recidiva influenza fortemente la questione della sua subvalenza e la differenza da qualsiasi altra circostanza.

Del resto, proprio per sottolineare il legame che il concorso eterogeneo di circostanze aveva con il fatto storico, si richiamava l'ultimo comma dell'art. 69 c.p. il quale, nella formulazione anteriore alla riforma del 1975, escludeva dal bilanciamento le circostanze «inerenti alla persona del colpevole»⁷³, tra cui, ancora oggi, l'art. 70 c.p. annovera la recidiva, esclusione motivata, secondo attenta dottrina, proprio in virtù della fisionomia di quelle circostanze non radicate nel mondo fenomenico bensì in quello soggettivo-normativo.

Ebbene, se il fondamento della produzione degli effetti di una circostanza dichiarata subvalente ai fini della sola pena è quello secondo cui essa è comunque presente nel fatto storico, proprio quest'ultima affermazione non è sostenibile qualora la recidiva sia dichiarata subvalente, poiché la recidiva non può essere trattata come tutte le altre circostanze neppure, oggi, a seguito della riforma del 1975 che ha eliminato il suo divieto di bilanciamento⁷⁴.

A ben vedere, infatti, qualsiasi valutazione riguardante la comparazione di qualsiasi circostanza con la recidiva si sostanzia in un giudizio normativo sulla persona del reo, da intendersi come *tipo*: tale intenso legame impone al giudice di interpretare la subvalenza della recidiva nel modo più conforme possibile ai principi di personalità e proporzionalità della sanzione.

In altri termini, se la recidiva attiene intimamente al *tipo* di colpevole, quando il giudice la ritiene «subvalente» sta, in sostanza, esprimendo un giudizio di sua

⁷³ Non a caso, A. M. STILE, *Il giudizio*, cit., p. 146 e ss., si occupa prima di rinvenire un motivo di tale esclusione legislativa e, solo dopo, dopo si domanda quali siano gli effetti del bilanciamento. Egli scrive: «si delinea, dunque, con sufficiente chiarezza in che cosa consiste l'eterogeneità che si riscontra tra le circostanze che sono oggetto del giudizio di prevalenza e quelle inerenti alla persona del colpevole. Essa dipende dalla sfera dei valori alla quale le une e le altre cause di modificazione della pena si riferiscono: le prime riguardano sempre delle situazioni di fatto, considerate indipendentemente dal soggetto; le seconde concernono invece la persona del reo, senza che la loro presenza accresca o diminuisca la gravità del fatto commesso».

⁷⁴ Magistralmente, si pone il problema il prof. Bartoli nell'articolo *Le circostanze al bivio tra legalità e discrezionalità*, cit., p. 47, il quale scrive che «una volta ricondotte nella commisurazione della pena, il primo passaggio da compiere è quello di operare un intervento sulla "qualità" delle circostanze. Avere consapevolezza in sede di commisurazione dei criteri finalistici costituzionalmente orientati, significa porre il limite invalicabile della gravità del reato e interpretare la capacità a delinquere come istanze specialpreventive (rieducazione/ risocializzazione) che possono operare solo al di sotto della soglia predetta. Ciò comporta che le circostanze devono riferirsi e modulare la gravità del reato, eliminando così tutte quelle che sono slegate dal disvalore del reato ed esprimono istanze generalpreventive o di pericolosità sociale. Con conseguenze fondamentali sulla recidiva compatibile con la Costituzione solo se concepita in termini di maggiore colpevolezza (si ricordi che ciò apre ulteriori problemi di razionalità del sistema rispetto agli effetti indiretti della recidiva, quando quest'ultima si intreccia a istituti rispetto ai quali non può che assumere una ratio di maggiore pericolosità sociale)».

esclusione: è come se stesse asserendo che altri elementi del fatto storico importano una scarsa pericolosità del soggetto, poiché su di essa «prevalgono». E se i primi prevalgono, la recidiva è eliminata dal mondo giuridico e, di conseguenza, anche da quello storico, perché il giudizio sulla recidiva è artificiale: è come dire, in altri termini, che quella persona non integra alcun *tipo* di recidivo.

Se ciò è vero, in un giudizio così involgente il reo, non può muoversi l'obiezione che esigenze di certezza (afferenti, ad esempio, alla procedibilità del reato) derivanti dall'art. 25 Cost. impongano, ad ogni costo, la produzione di effetti della recidiva: poiché essa non riguarda il fatto storico, si finirebbe, infatti, per cadere nella contraddizione di ritenere applicata una fattispecie (la recidiva, appunto) appena esclusa nell'ambito della comparazione.

Il giudizio sulla recidiva richiede, infatti, un livello di personalizzazione normativa così elevato da rinvenire il suo fondamento direttamente negli artt. 3 e 27 Cost., che esprimono principi che devono cedere di fronte alle esigenze di certezza processuale, pena l'irragionevolezza teleologica del sistema, il quale finirebbe per punire «status» ed «autori» in modo automatico.

Del resto, non solo la dottrina⁷⁵, ma anche la giurisprudenza ha notato, limpidamente, che «la recidiva che non incide sul trattamento sanzionatorio non può influenzare il programma trattamentale perché altrimenti rilevarebbe come mera qualità soggettiva del condannato, delineata dall'esistenza di precedenti penali pur quando da essi non possa desumersi alcun effetto in termini di accresciuta pericolosità sociale o di aumentata potenzialità lesiva del fatto commesso. Altre considerazioni valgono per altro tipo di aggravanti che, ove pure soccombenti nel giudizio di bilanciamento, segnano comunque la configurazione concreta del fatto criminoso, lo qualificano in modo particolare secondo un criterio di maggior disvalore oggettivo, che certo non viene meno se, per effetto di concorrenti attenuanti, la pena infine irrogata non risenta della riscontrata presenza dell'aggravante»⁷⁶.

La conformità a Costituzione di questa motivazione è totale, se sol si considera che la pena è «polifunzionale», ma non può mai annullare il suo fine «rieducativo», *sub specie* di prevenzione positiva⁷⁷. Già solo sul piano motivazionale, risulterebbe invero illogico sostenere in una sentenza, ad esempio, che l'esistenza di una determinata attenuante esclude la pericolosità del soggetto recidivo sicché essa è da dichiararsi prevalente sulla recidiva, per poi applicare a quel soggetto gli effetti – diversi dalla pena

⁷⁵ V. V. MANZINI, *Trattato*, 1985, cit., il quale colloca la recidiva tra le *circostanze estrinseche* «che, invece, aggravano o diminuiscono la responsabilità del colpevole per cause che non hanno relazione con la esecuzione o con la consumazione del reato, e consistono in relazioni, in fatti o in eventi successivi all'esaurimento del reato o altrimenti a questo estranei».

⁷⁶ Cass. Sez. I, 17 gennaio 2024, n. 2089

⁷⁷ L'orientamento secondo cui è necessario che la rieducazione non venga mai sacrificata è frutto di un *revirement* della Consulta operato con la sentenza n. 306 del 1993. V., più diffusamente, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, capitolo I, secondo cui la prevenzione positiva «non si limita a frapporre ostacoli (fisici, psicologici o giuridici) alla commissione di nuovi reati, ma tende più ambiziosamente a promuovere un miglioramento della personalità degli autori già condannati, ricorrendo a tecniche di tipo rieducativo o riabilitativo».

– riguardanti proprio quella recidiva (*rectius*: quel tipo di pericolosità). Così opinando, la recidiva diventerebbe uno «stigma», un *habitus* di cui la persona (quella in carne ed ossa) non potrebbe mai spogliarsi neppure quando ha agito in controtendenza nello specifico fatto storico. Ma l'azione in controtendenza va premiata sia perché «riparativa» sia perché è anche il principio di proporzionalità ad imporlo, ed esso anima, più di ogni altro, la disciplina delle circostanze⁷⁸.

Anche la *littera legis* conforta tale interpretazione: l'art. 69 c.p., nella sua attuale formulazione, esclude, infatti, dalla subvalenza la recidiva reiterata. Tale esplicita esclusione si giustifica per evitare che la forma più grave di recidiva – con i suoi innumerevoli effetti extra penologici – venga elisa. Il fatto che nel 2005 il legislatore abbia sentito il bisogno di esprimere tale divieto dimostra, *a contrario*, che la sua preoccupazione specialpreventiva fosse proprio quella che la subvalenza potesse porre nel nulla la circostanza e i suoi effetti, cosa che invece non è logicamente possibile in caso di equivalenza. Quest'ultima, infatti, non comporta una valutazione, in negativo, di esclusione della pericolosità del soggetto rispetto al fatto, quanto piuttosto, in positivo, di *sua pari pericolosità*.

Pure il *rinnovato*⁷⁹ art. 99 c.p. induce l'interprete verso la medesima conclusione: non essendo più «obbligatoria», la recidiva può essere esclusa quando il soggetto non è considerato pericoloso. Poco importa se quel giudizio di pericolosità sia antecedente ed autonomo oppure insito e concomitante a quello sul bilanciamento delle circostanze: se all'esito di quest'ultimo, la pericolosità del soggetto non raggiunge la soglia richiesta dall'art. 99 c.p., gli effetti della recidiva non possono prodursi⁸⁰.

Da ultimo, il dato strutturale altresì milita verso queste conclusioni: la valenza *sui generis* della recidiva è dimostrata dai moltissimi effetti, previsti dalla legge, che l'applicazione della circostanza comporta e che si è tentato di elencare, in modo alquanto esauriente, nel paragrafo 3 di questo lavoro. Tali «effetti ulteriori» contribuiscono a delineare, se non la pena, quantomeno la sanzione, a volte anche sul piano

⁷⁸ La tipizzazione di circostanze si riconnette direttamente ai principi di rieducazione e proporzionalità della pena (v., in dottrina, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020 e M. GAMBARDILLA, *Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali*, in *Riv. It. per le Scienze Giur.*, Napoli, fasc. 11/2020, p. 103 ss. e F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione. contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, consultabile in <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Palazzo-Il-principio-di-proporzione.pdf>). Non a caso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2020, p. 433 ha evidenziato che la funzione delle circostanze va ravvisata nella duplice aspirazione del diritto penale: da un lato rendere il più aderente possibile la valutazione legale e meglio adeguare la pena al reale disvalore dei fatti concreti attraverso l'individualizzazione della responsabilità e dall'altro circoscrivere la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena; della medesima opinione sono T. PADOVANI, *Digesto delle discipline penalistiche*, voce "Circostanze del reato", in <https://onelegale.wolterskluwer.it/> e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VIII ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 493.

⁷⁹ Si ricordi che la Consulta, con sentenza del 23 luglio 2015 n. 185, ha dichiarato l'incostituzionalità del quinto comma limitatamente alle parole "è obbligatorio e".

⁸⁰ Tracce di un tale modo di argomentare erano già contenute nel pensiero di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 305.

amministrativo e, in ogni caso, seguono la persona recidiva rientrando nell'orbita di copertura delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU. Ancora una volta, torna prepotente, dunque, il principio di proporzionalità⁸¹: sarebbe, invero, irragionevole far sopportare ad una persona che, al seguito del giudizio di comparazione, non risponde più ad alcun *tipo* di recidivo previsto dalla legge tali escursioni sanzionatorie.

6. Conclusioni: verso una soluzione costituzionalmente orientata.

In conclusione, alla luce di quanto espresso, riteniamo che una possibile soluzione al contrasto possa essere la seguente.

In termini generali, è sicuramente corretto quanto affermato dalle Sez. Un. Iovinella del 1980: quando una circostanza è riconosciuta e, di conseguenza, entra nel "gioco" del bilanciamento, essa è da ritenersi applicata e produrrà i suoi effetti anche se dichiarata subvalente, poiché esiste nel fatto storico e l'art. 69 c.p. permette al giudice di elidere soltanto la pena ma non gli consente di obliterare dalla fattispecie legale tipica quell'accadimento circostanziale. Escludere gli altri effetti di quella circostanza comporterebbe quindi un'inammissibile violazione del principio di legalità.

Tuttavia, se una circostanza costruisce un *tipo* di persona del colpevole, al punto da potersi definire *soggettivo-normativa*, occorre distinguere.

Il giudizio di *equivalenza* ne comporterà comunque il suo riconoscimento, poiché le circostanze conviveranno l'una con l'altra, in quanto alcuna valutazione di disfunzionalità della pericolosità è stata compiuta: il giudice valuta, piuttosto, quel soggetto contemporaneamente portatore di elementi positivi e negativi, e la pena viene prima aumentata e poi diminuita con un risultato matematicamente pari a 0, ma che in astratto impone comunque l'esistenza dei fattori addizionati e sottratti. Pertanto, quanto statuito dalle Sez. Un. Filosofi resta valido: l'*equivalenza* riconosce la recidiva nel fatto storico e implica la produzione dei suoi effetti diretti e indiretti.

Quanto al giudizio di *subvalenza*, visto che esso non involgerà il fatto storico bensì sarà soltanto normativo, allora sarà più calzante opinare nel senso delle Sez. Un. Grassi: tale ultima circostanza, se esclusa, sarà *tamquam non esset* ad ogni effetto, vale a dire *non applicata*. E ciò perché realtà giuridica e storica coincidono: escludere la circostanza sul piano giuridico significherebbe eliminarla dal fatto storico.

Poiché la recidiva appartiene, indubbiamente, per espressa previsione di legge ex art. 70 c.p., alle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed è parimenti indubbio che la valutazione sulla sua sussistenza sia di tipo soggettivo-normativo importando un'analisi della pericolosità dell'imputato, qualora il giudizio sulla ritenuta recidiva sia

⁸¹ Sono, d'altronde, le stesse Sez. Un. Schettino ad evocare una tale interpretazione, laddove chiariscono che la recidiva è peculiare «per essere produttiva non solo dell'escursione sanzionatoria, ma anche di effetti ulteriori, decisivi per la concreta conformazione del trattamento del condannato recidivo».

di subvalenza, quest'ultima non produrrà alcun effetto, nel massimo rispetto del principio di personalizzazione della sanzione sia interno che convenzionale⁸².

Pertanto, anche quanto affermato dalle Sez. Un. Li Trenta sulla procedibilità va superato: se la procedibilità dipende della recidiva e quest'ultima viene dichiarata *tamquam non esset*, anche la procedibilità d'ufficio verrà meno.

Similmente è a dirsi per quanto affermato dalle Sez. Un. Schettino sul disposto dell'art. 157 c.p.: il richiamo al comma terzo secondo il quale non si applicano le norme di cui all'art. 69 c.p. ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere, diviene non pertinente, perché se dal giudizio di bilanciamento la recidiva è *esclusa* dal fatto storico, essa non può comunque comportare l'aumento di cui al comma II o altri effetti di natura interruttiva ex art. 161 c.p.

Tale ultima conclusione si impone, in sostanza, perché nella storia non esistono *i recidivi*, poiché *l'uomo recidivo* non è naturalisticamente diverso dagli altri uomini, ma è il diritto che lo giudica tale. Così, quando il giudice ritiene la recidiva subvalente, egli sta eliminando dal mondo giuridico e dalla realtà storica – giacché i due piani coincidono quando gli istituti hanno una base soltanto normativa e non anche fenomenica –, la pericolosità del soggetto che lo aveva reso qualificabile come *recidivo*: in questo caso, la circostanza non è proprio *applicata*, perché non esiste più.

⁸²Della medesima opinione è anche M. CASSANO, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc.*, suppl. *Gli Speciali*, 2012, secondo la quale «al riconoscimento della sussistenza della recidiva non consegue necessariamente l'applicazione dell'aggravante, che presuppone una sua effettiva incidenza sulla quantificazione della pena».

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**