

La pericolosità qualificata

GIULIA VOLPATTI

Dottoranda di ricerca in Scienze Penalistiche
nell'Università di Trieste

1 - IL DELINQUENTE PERICOLOSO NEL CODICE ROCCO

Il Codice Rocco inserisce la trattazione dell'abitualità, della professionalità, della tendenza a delinquere e della recidiva nel Titolo IV dedicato al reo e alla persona offesa del reato e, più nello specifico, nel Capo II, creato *ad hoc* per la disciplina di queste forme specifiche di pericolosità criminale.

Il concetto di pericolosità, cardine del pensiero della Scuola positiva, condiziona notevolmente l'impianto originario del Codice Rocco; pericolosità che, utilizzando le parole dei commentatori dell'epoca può essere genericamente definita come la potenza, l'attitudine, l'idoneità, la capacità della persona ad essere causa di azioni dannose e pericolose e quindi di danni e di pericoli; più specificamente come potenza antropologia apprezzata nel reato, come probabile attuazione di reati ulteriori¹.

Il Codice Rocco, se pur ancorato al fatto oggettivo nella formulazione della fattispecie incriminatrice, denota l'estensione della valutazione del fatto all'autore attraverso i due istituti della capacità a delinquere e della pericolosità sociale.

¹ E. ALTAVILLA, *Studi sul progetto del nuovo codice penale. Visione positivista della parte speciale di un nuovo codice criminale*, in "Scuola Positiva", 1921, p. 428. Per un approfondimento in tema di pericolosità si veda: N. PALOPOLI, *Il Progetto Ferri fra la Scuola positiva ed il moderno indirizzo criminale*, in "Scuola Positiva", 1925, p. 13. In prospettiva critica: A. CORDOVA, *Le riforme della legislazione penale e il loro momento storico*, in "Rivista Penale", 1921, p. 101.

Infatti, le figure tipizzate di pericolosità sociale presenti ancor oggi nel Codice sono il frutto della particolare attenzione rivolta, in seno alla corrente positivista, al delinquente, anziché al delitto ed alla categoria della pericolosità, nell'ottica generale di creare una sanzione penale *ad hoc* che tenga conto non solo della gravità maggiore o minore del delitto, ma anche della maggiore o minore pericolosità del delinquente. Di fatto, si sottolineava, ben poteva accadere che un delitto grave fosse commesso da un delinquente poco pericoloso e che, invece, uno lieve fosse il sintomo di una personalità abnorme e molto pericolosa.

In questa prospettiva, i provvedimenti repressivi dovevano essere più severi ed efficaci per i delinquenti abituali e meno rigorosi per i delinquenti occasionali e, quindi, meno pericolosi². Si rimarcava, infatti, che ogni delitto prima di essere un ente o un rapporto giuridico era l'azione di un uomo; uomo a cui sarebbe stato poi applicato il provvedimento repressivo stabilito dalla legge. Ed era quest'uomo infine che, scontata la condanna, avrebbe dovuto vivere rispettando gli altri o commettendo nuovi delitti³.

La necessità di una classificazione e distinzione dei delinquenti in base alla loro maggiore o minore pericolosità avrebbe permesso di realizzare il duplice intento del legislatore di difesa sociale e di correzione dei condannati, obiettivo non conseguito nelle precedenti codificazioni perché volte a commisurare la sanzione esclusivamente sulla gravità dei delitti, anziché sulle diverse condizioni personali dei delinquenti.

Al fine di meglio ponderare la sanzione adeguata alle varie categorie di rei, inoltre, si riteneva necessario che il giudice constatasse e dichiarasse che il colpevole non soltanto era responsabile di più delitti o recidivo, ma era un vero e proprio delinquente abituale. A tal fine doveva valutare una serie di elementi dai quali sarebbe emersa la caratteristica di delinquente abituale. Nel progetto preliminare al codice penale⁴ questi elementi sono definiti indici psicologici ed indici legali. I primi sono i significati antropologico-sociali che si desumono dalla natura e dalle modalità dei delitti commessi (che indichino, quindi, non l'occasione, bensì il calcolo e la preparazione), dai motivi determinanti, dalle condizioni personali o dal genere di vita tenuto; gli indici legali, invece, rappresentano il numero degli altri delitti compiuti e delle recidive accumulate dal reo⁵.

Il Codice Rocco ha ripreso la classificazione dei delinquenti in varie categorie, distinguendo il delinquente abituale e professionale ed introducendo la figura del delinquente per tendenza⁶. L'influsso della Scuola positiva emerge anche nell'in-

2 E. FERRI, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in "Scuola Positiva", 1929, p. 5.

3 E. FERRI, *op. cit.*, p. 4.

4 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 61.

5 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 59.

6 L'art. 33 del Progetto Ferri introduce tale figura "quando l'anomalia psichica consista esclusivamente o principalmente nella tendenza al delitto, congenita od acquisita". Si veda F. GRISPIGNI,

tensificazione della repressione dei delinquenti più pericolosi e negli ampi poteri concessi al giudice per adattare la pena al reo in quanto la pena è graduata secondo la capacità a delinquere del colpevole, ovvero secondo la pericolosità criminale. All'insegna, quindi, di una lotta più intensa ed efficace contro i delinquenti pericolosi, il Codice non solo identifica con ampiezza rispetto al Codice Zanardelli ed alle normative straniere dell'epoca tali categorie di soggetti, ma ricollega alle qualificazioni legali di recidivo, delinquente o contravventore abituale o professionale e di delinquente per tendenza conseguenze anche molto gravose, sia in ordine al profilo della pena, che a quello dell'applicazione delle misure di sicurezza.

La creazione del delinquente socialmente pericoloso evidenzia l'ideazione di un tipo di delinquente in parte astratto ed in parte concreto; in astratto, perché esiste una tipologia di pericolosità presunta dalla legge, e, in concreto, perché nei casi di pericolosità presunta è consentito al giudice, entro certi limiti, una valutazione della stessa.

2 - IL DELINQUENTE ABITUALE

I tipi di pericolosità sociale specificati si suddividono in delinquente abituale (art. 102, 103, 104 c.p.), delinquente professionale (art. 105 c.p.) e delinquente per tendenza (art. 107 c.p.); in particolare, la categoria dell'abitualità nel reato è suddivisa in abitualità presunta dalla legge, abitualità ritenuta dal giudice ed infine abitualità nelle contravvenzioni.

La disciplina codicistica in tema di abitualità ha subito rilevanti modifiche nel corso dei decenni successivi all'entrata in vigore del Codice Rocco.

Il tipo legale del delinquente abituale rappresenta la qualità personale dell'individuo che, con la sua persistente attività criminosa, palesa una notevole attitudine a commettere reati. Tale qualità prende le mosse dalla ripetizione di più atti e dalle conseguenze che tale ripetizione lascia nell'animo del soggetto. Quanto più si ripete un atto, tanto meno sforzo psichico e fisico richiede lo stesso, più facile e celere diventa la sua deliberazione ed esecuzione. L'abitualità appare come un istituto orientato verso il criterio preventivo della difesa sociale che considera la reiterazione di più azioni delittuose quale sintomo di pericolosità sociale: prognosi per ulteriori reati e non già indice della riprovevolezza morale di un'abitudine reiterata⁷.

La formulazione codicistica originaria prevedeva la dichiarazione di abitualità *ex lege* per colui il quale, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi della stessa

Diritto penale italiano. Introduzione: dalla nascita della scuola positiva al codice penale vigente, I, Milano, Giuffrè, 1952², p. 82.

7 M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, Giuffrè, 2005³, p. 104.

indole⁸, commessi entro dieci anni e non contestualmente, riportasse un'altra condanna per un delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro i dieci anni successivi all'ultimo dei delitti precedenti. In altre parole, si poteva definire delinquente abituale il soggetto che con la sua persistente attività criminosa dimostrava di aver acquisito una materiale attitudine a commettere reati.

La vigenza di questa presunzione *iuris et de iure* ad oggi deve ritenersi dubbia stante il disposto dell'art. 31 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 con il quale veniva abrogata la presunzione di pericolosità.

L'abrogazione dell'art. 204 c.p.⁹ ha posto un evidente problema di coordinamento con l'art. 102 c.p., il quale non ha subito un'abrogazione in modo espresso: ciò lo si ricava dall'art. 21 della legge 633 cit. che, sostituendo l'art. 69 legge 26 luglio 1975, n. 354 in tema di ordinamento penitenziario, ha attribuito al magistrato di sorveglianza il potere di revocare la dichiarazione di delinquenza abituale di cui agli artt. 102, 103, 104 del codice penale.

Si ritiene, però, che alla luce di un'interpretazione sistematica degli artt. 31 l. 633 cit. e 102 c.p., l'abolizione della pericolosità presunta rilevi a qualsiasi effetto e, di conseguenza, anche in riferimento all'abitualità presunta *ex lege* poiché l'abitualità non è che un tipo normativo di pericolosità sociale. Pertanto, se le misure di sicurezza sono sempre ordinate previo accertamento concreto della pericolosità sociale, anche la pericolosità dei delinquenti deve essere sempre concretamente accertata dal giudice.

In dottrina non vi è, però, unanimità di vedute in merito all'abrogazione dell'art. 102 c.p.

Secondo alcuni Autori¹⁰, infatti, l'art. 31 non farebbe altro che trasformare da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità di cui all'art. 102 c.p. richiedendo che il giudice accerti la concreta esistenza della pericolosità presunta dalla legge.

8 Ai sensi dell'art. 101 c.p. sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse del codice penale ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti caratteri fondamentali comuni.

9 L'art. 204 c.p. prevedeva che: le misure di sicurezza sono ordinate, previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa. Nei casi espressamente determinati, la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge. Nondimeno, anche in tali casi, l'applicazione delle misure di sicurezza è subordinata all'accertamento di tale qualità, se la condanna o il proscioglimento è pronunciato: 1. Dopo dieci anni dal giorno in cui è stato commesso il fatto, qualora si tratti di infermi di mente, nei casi preveduti dal primo capoverso dell'articolo 219 e dell'articolo 222; 2. Dopo cinque anni dal giorno in cui è stato commesso il fatto, in ogni altro caso. È altresì subordinata all'accertamento della qualità di persona socialmente pericolosa la esecuzione, non ancora iniziata, delle misure di sicurezza aggiunte a pena detentiva, ovvero concernenti imputati prosciolti se, alla data della sentenza di condanna o di proscioglimento, sono decorsi dieci anni nel caso preveduto dal primo capoverso dell'articolo 222, ovvero cinque anni in ogni altro caso.

10 F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2007², pp. 318-319.

Altro orientamento, invece, ritiene che l'abolizione della pericolosità presunta rilevi al fine sia delle misure di sicurezza sia di ogni altro effetto della pericolosità medesima, nel senso non già che non possano soltanto applicarsi le misure di sicurezza, bensì che non possa ormai più pronunciarsi o comunque residuare alcuna dichiarazione di abitualità se non vi è all'origine, o se viene meno, il supporto di una attuale perdurante e concreta pericolosità sociale. Conclusione, questa, che si ricaverebbe dall'art. 69, comma 4, legge 26 luglio 1975, n. 354 nel testo sostituito dall'art. 21 legge n. 633 cit. che ricollega la revoca (da intendersi come automatica, ovvero doverosa ed immediata) della dichiarazione di delinquenza qualificata all'esito della pericolosità. L'unica differenza, quindi, che residuerebbe tra l'abitualità dell'art. 102 e quella dell'art. 103 (entrambe ormai ritenute dal giudice) resta affidata alla circostanza che gli indici legali propri della prima comportano una valutazione giudiziale più stringente della possibile pericolosità sociale del soggetto¹¹.

Secondo altri¹², infine, ad oggi può ritenersi essersi verificata la totale abrogazione della norma in commento.

L'abitualità nel delitto vigente nel nostro ordinamento, pertanto, alla luce di questo ultimo orientamento sarebbe solamente quella dichiarata dal giudice ex art. 103 c.p., precisamente nei confronti di chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 c.p., ritiene che il colpevole sia dedito al delitto.

Anche questa previsione risponde, assecondando orientamenti positivisticici, ad una funzione di marcata difesa sociale (prevenzione speciale)¹³.

L'essere dedito al delitto si traduce in una peculiare struttura della personalità del reo particolarmente dedita alla commissione di reati e, quindi, ad una forte probabilità di ulteriori delitti: non può, pertanto, il delinquente abituale non essere considerato pericoloso.

In realtà, a prescindere dalla effettiva abrogazione o meno della presunzione di abitualità, nel reato se si volge lo sguardo alla prassi applicativa, si deve sottolineare come negli ultimi tempi vi sia sempre una maggior tendenza ad astenersi da dichiarazioni giudiziali di abitualità nel reato (come anche nel caso della dichiarazione di professionalità e di tendenza a delinquere).

11 Così l'opinione di M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 102 ss.; conf., L. PEPINO, *Commento art. 21 l. 10 ottobre 1986, n. 663*, in "Legislazione Penale", 1987, p. 219; G. RUSSO, *Pericolosità sociale e tipologie di delinquenza qualificata: una simmetria infranta o riaffermata?*, in "Cassazione Penale", 1989, p. 1736; P. GIANNONE, *La revoca della dichiarazione di pericolosità qualificata in una interpretazione "adeguata" della Corte Costituzionale*, in "Legislazione Penale", 1988, p. 742.

12 G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, I, Bologna, Zanichelli, 2009⁶, p. 819.

13 M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 108.

Infine, il codice prevede l'abitudine nelle contravvenzioni la quale si verifica quando il reo sia stato condannato alla pena dell'arresto per tre contravvenzioni della stessa indole e riporta condanna per un'altra contravvenzione, anche della stessa indole, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 c.p., ritiene che il colpevole sia dedito al reato.

Anche questa figura di pericolosità sociale qualificata esprime la particolare attenzione (ostinazione a parere di qualche Autore)¹⁴ del legislatore alle esigenze di difesa sociale nella prospettiva di una specialprevenzione con sfondo di negativa neutralizzazione (neutralizzazione del reo in difesa della società)¹⁵. L'abitudine nelle contravvenzioni non è mai stata presunta dalla legge, bensì soltanto ritenuta dal giudice sulla base di una valutazione in concreto.

3 - IL DELINQUENTE PROFESSIONALE

La figura del delinquente professionale rappresenta un tipo particolare di delinquente abituale. Si ritiene essere la tipologia più "incallita" nel delitto perché il delinquente trae i mezzi di sussistenza dal reato e, di conseguenza, essa desta il maggior grado di riprovazione nella coscienza sociale¹⁶. L'art. 105 c.p. stabilisce, infatti, che il soggetto, che si trova nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitudine e riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente o contravventore professionale quando, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 c.p., debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato.

La professionalità nel reato, come forma particolare di abitudine criminosa, è connotata da una particolare ed elevata pericolosità sociale derivante dal fatto che l'attività criminosa non è solo espressione della personalità del reo, bensì denota un preciso stile di vita.

È bene precisare che la professionalità nel reato non presuppone necessariamente la dichiarazione di abitudine: ciò che il codice richiede è la sussistenza delle condizioni necessarie solo ai fini della dichiarazione di abitudine. Sulla base dei presupposti dell'abitudine nei delitti o nelle contravvenzioni, il giudice è tenuto a valutare se il soggetto vive con i proventi dell'attività illecita, anche soltanto in parte¹⁷.

14 M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 110.

15 M. ROMANO-G. GRASSO., *op. loc. ult. cit.*

16 F. RENDE, *Il delinquente di professione*, Roma, La Laziare, 1923², p. 85; P. SOLLIMA, *I delinquenti professionali*, Roma, La Laziare, 1932⁸, p. 125.

17 È consentita la dichiarazione in oggetto anche quando l'agente, grazie al reddito dei reati che commette, non si provveda del necessario per vivere, bensì si procuri il superfluo. Così M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 113.

Infine, il delinquente per tendenza è disciplinato dall'art. 108 c.p. che lo identifica nel soggetto che, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale, commette un delitto non colposo, contro la vita o l'incolumità individuale, anche non preveduto dal Capo primo del Titolo dodicesimo del libro secondo del codice, il quale, per sé e unitamente alle circostanze indicate nel secondo comma dell'art. 133 c.p., riveli una particolare inclinazione al delitto che trovi la sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole. Può essere, quindi, delinquente per tendenza anche un delinquente primario purché abbia commesso un delitto c.d. di sangue (delitto in cui la vita e l'incolumità siano oggetto di tutela anche indiretta).

Dal recidivo e dal delinquente abituale o professionale il delinquente per tendenza si differenzia qualitativamente potendo essere anche un delinquente primario ed occasionale.

Trattandosi di soggetto capace di intendere e di volere che commette tali delitti per un'istintuale malvagità, è proprio quest'ultima caratteristica ad assurgere quale sintomo della vetustà di questa categoria penalistica, come anche rilevato da numerosa dottrina che, anzi, ne propone l'estromissione dal codice¹⁸. Il delinquente per tendenza rappresenta l'espressione più avanzata, ma anche la più distorta, di quella pericolosità sociale qualificata che, in funzione di marcata difesa sociale, sta alla base della figura del delinquente recidivo e del delinquente o contravventore abituale o professionale¹⁹.

È, infatti, questa forma di pericolosità sociale, la più discussa e dibattuta. Può essere considerata come il risultato del compromesso tra gli orientamenti della Scuola positiva e quelli della Scuola classica. Se, da un lato, «la speciale inclinazione al delitto, che trovi la sua causa nell'indole [...] del colpevole» costituisce un dato naturalistico sulla falsariga del delinquente lombrosiano ed appare riferirsi ad un sostrato naturalistico che esulerebbe dalla volontà, dall'altro, «l'indole particolarmente malvagia» da cui la prima dovrebbe trarre origine costituisce una componente di natura etica che, coinvolgendo la sfera della volontà, giustifica il rigoroso trattamento penale secondo i canoni della Scuola classica. Il legislatore degli anni trenta ritenendo che l'anormalità etico-affettiva fosse irrilevante ai fini dell'imputabilità, ha inteso il delinquente per tendenza come un soggetto che, senza presentare disturbi nella sfera intellettiva e volitiva, è privo di senso morale e che per effetto di tale follia morale presenta forti spinte ai delitti di sangue.

Emerge con chiarezza l'influsso della Scuola positiva nella codificazione della figura del delinquente per tendenza; non a caso, infatti, numerose le critiche o, perlomeno, i suggerimenti presenti nei lavori preparatori al Codice penale riferiti all'anomalia di questa particolare figura di delinquente. Quest'ultima, infatti, veniva sovente identificata con il "delinquente nato" di Lombroso ed, in tale

18 G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 820; M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 118.

19 M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 117.

ottica, a più voci ne veniva richiesta l'eliminazione. In realtà, si può affermare che con tale norma, la figura positivista lombrosiana non viene tanto respinta, quanto piuttosto superata, ritenendo il delinquente per tendenza sì socialmente pericoloso, ma al tempo stesso non affetto da alcuna tara biologica e/o fisio-psichica (e quindi per sé correggibile), pienamente capace di intendere e volere e, pertanto, pienamente colpevole.

Le riserve avanzate sin dall'origine trovano riscontro nella prassi, in quanto, difficilmente si possono ritrovare dichiarazioni giudiziali di delinquente per tendenza, tanto più oggi ove si può affermare che il delinquente per tendenza non trovi riscontro nella realtà naturalistica²⁰.

La dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere comporta, oltre agli aumenti di pena dipendenti dalla recidiva, l'applicazione di una misura di sicurezza, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, l'inapplicabilità dell'amnistia o dell'indulto (qualora il decreto non disponga diversamente), il divieto della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale, l'esclusione della prescrizione della pena per i delitti ed il raddoppio del termine di prescrizione delle pene per le contravvenzioni e del termine per ottenere la riabilitazione, l'inapplicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 3 c.p., il divieto di ricovero presso un ospedale civile in caso di infermità psichica sopravvenuta al condannato²¹.

La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato può essere pronunciata in ogni tempo, anche dopo l'esecuzione della pena. Se pronunciata dopo la sentenza di condanna, non si tiene conto della successiva condotta del colpevole e rimane ferma la pena inflitta. Diversamente, la dichiarazione di tendenza non può che pronunciarsi con la sentenza di condanna.

La riabilitazione estingue la dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato e quella di tendenza a delinquere.

5 - LA RECIDIVA

Infine, per quanto concerne la recidiva, essa è compresa tra le circostanze inerenti la persona del colpevole ed è disciplinata all'art. 99 c.p.; diversamente dalle altre forme specifiche di pericolosità criminale, essa comporta un aumento di pena, mentre le altre l'applicazione di una misura di sicurezza.

Il delinquente abituale, professionale e per tendenza hanno in comune con il delinquente recidivo la inclinazione al delitto: se, però, nella recidiva tale inclinazione viene in considerazione per fini repressivi, nelle altre figure di delinquenti l'aggravamento di pena ha luogo solo ed in quanto nella concreta situazione l'inclinazione al reato sia tale da far ritenere come probabile la perpetrazione di ulteriori reati.

²⁰ Si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 820.

²¹ Per i contravventori abituali o professionali, oltre alle misure di sicurezza, si applicano il divieto della sospensione condizionale della pena e l'inapplicabilità dell'attenuante.

Si rileva che, nonostante l'indiscutibile comune matrice criminologica, il raggruppamento della recidiva e delle dichiarazioni di abitualità o professionalità nel reato e di tendenza a delinquere si presenti precario sul piano dogmatico. Infatti, la riconduzione della recidiva alla colpevolezza del fatto è di per sé ancora possibile a date condizioni, mentre non lo è più per le dichiarazioni di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere. L'inquadramento legale della recidiva tra le circostanze del reato e la differenza qualitativa dei suoi effetti da quelli delle altre dichiarazioni tradiscono, già de *iure condito*, una differenziazione di fondo²².

Il fondamento della recidiva è sempre stato molto discusso ed, invero, tale istituto tardò ad affermarsi perché contrastava con la concezione del diritto penale classico-retributiva: l'aumento di sanzione come conseguenza della ricaduta nel reato finiva per alterare quel rapporto di perfetto equilibrio implicito nell'equazione gravità del reato-pena. Tale categoria, invece, veniva valorizzata dalle concezioni soggettivistiche del diritto penale, sia del diritto penale della volontà, che del diritto penale della pericolosità.

La *ratio* dell'istituto trova fondamento nelle esigenze di prevenzione speciale in quanto l'aumento di pena inflitto è giustificato dall'insufficienza a distogliere il reo dalla commissione di altri reati della sanzione comminata con la precedente condanna. Il recidivo dimostra una maggiore insensibilità ai dettami dell'ordinamento e, di conseguenza, una maggiore propensione a delinquere in futuro.

Infatti, nella versione originaria della norma, il Codice Rocco (anche in accoglimento delle sollecitazioni positivistiche) aveva strutturato la recidiva con una marcata prevalenza della specialprevenzione. Ciò lo si rileva dalla collocazione sistematica dell'istituto posto al di fuori del titolo dedicato al reato e nel titolo dedicato al reo e separato, quindi, dalla parte relativa alla commisurazione della pena e all'esercizio del potere discrezionale del giudice.

La recidiva, inoltre, era concepita non soltanto in termini di genericità e perpetuità, ma anche e soprattutto di obbligatorietà o automaticità: tutti segni evidenti della ricerca normativa di meri sintomi o indici astratti di pericolosità del soggetto, con evidente trascuratezza del singolo reato del caso concreto²³.

A seguito dell'introduzione del D.L. 11 aprile 1974, n. 99 e della legge 5 dicembre 2005, n. 251, rilevanti sono state le modifiche apportate all'istituto rispetto alla formulazione originaria del Codice Rocco.

La recidiva del 1930 era fondata sui caratteri dell'obbligatorietà, genericità e perpetuità ovvero sussistente per il solo fatto della ricaduta nel reato, anche se trattavasi di reato del tutto eterogeneo nel fatto e motivazione quanto mai distante nel tempo.

Se, infatti, in origine la norma prevedeva l'aumento di pena per il soggetto che, dopo essere stato condannato per un reato ne commetteva un altro, con le succes-

22 Così M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 86.

23 M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*, p. 90.

sive modifiche si è variata la tipologia del reato presupposto: solo il delitto non colposo, con esclusione, quindi, dell'illecito colposo e di quello contravvenzionale.

Pertanto, ad oggi, è recidivo colui che, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commetta un altro parimenti non colposo.

Nello specifico, con la riforma dell'anno 1974 è stato abrogato l'art. 100 c.p. in tema di recidiva facoltativa grazie al quale si è potuto generalizzare la facoltatività della recidiva prima limitata soltanto ad ipotesi determinate (recidiva tra delitti e contravvenzioni, tra delitti dolosi e preterintenzionali, tra delitti colposi o tra contravvenzioni).

L'obiettivo, invece, della riforma dell'anno 2005 è stato quello di inasprire il trattamento sanzionatorio per chi ricade nel crimine perseguendo così più efficacemente le due finalità a fondamento dell'istituto: quella retributiva (adeguando la risposta sanzionatoria alla gravità del fatto) e quella preventiva (in quanto la recidiva è tipica espressione di pericolosità sociale e di potenzialità criminosa).

Il Codice Rocco, ad oggi, prevede tre forme di recidiva differenziate nei presupposti e negli effetti giuridici.

La recidiva semplice consiste nella commissione di un delitto non colposo a seguito di condanna irrevocabile per altro delitto non colposo. L'aumento di pena previsto è di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo²⁴.

La recidiva aggravata comporta un possibile aumento di pena fino alla metà qualora il nuovo delitto non colposo sia della stessa indole (recidiva specifica), sia stato commesso entro cinque anni dalla condanna precedente (recidiva infraquinquennale), sia stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena stessa²⁵. Qualora concorrano più circostanze fra quelle che fanno da presupposto alla recidiva aggravata, l'aumento di pena è della metà²⁶.

Infine, la recidiva è reiterata se il nuovo delitto non colposo è commesso da chi è già recidivo²⁷.

Viene introdotta, inoltre, la recidiva reiterata obbligatoria in riferimento ai soggetti recidivi che commettono uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p.

La questione più dibattuta in tema di recidiva è sicuramente la sua natura giuridica, su cui ancor oggi la dottrina si interroga e dibatte. In base all'inquadramento codicistico, la recidiva risulta essere una circostanza e, come tale, soggetta

24 Il testo originario prevedeva l'aumento fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.

25 Il testo originario prevedeva la possibilità di aumento della pena fino ad un terzo.

26 Tale era una mera facoltà nel disegno originario del codice.

27 La riforma ha inasprito gli aumenti di pena per la recidiva reiterata: aumento della metà (e non fino alla metà) in caso di recidiva semplice, è dei due terzi (non più fino ai due terzi) se la precedente recidiva è aggravata specifica o infraquinquennale o si riferisce ad un delitto non colposo commesso durante o dopo l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

al giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.* Si rileva come sia difficile qualificare come circostanza uno *status* personale del soggetto derivante da una precedente condanna per altro reato. Apparirebbe, in realtà, come una sorta di indice di commisurazione della pena di natura analoga agli indici previsti dall'art. 133 c.p.

Nella prassi, invero, la giurisprudenza sembra ormai orientata a considerare la recidiva quale circostanza e calcolarla nel bilanciamento tra aggravanti ed attenuanti.