

Recidiva e aumento di pena

39 StGB del Codice penale austriaco

21 Dicembre 2020

Armin Kapeller

Abstract

Recenti, gravissimi delitti, hanno “rafforzato” la schiera di coloro che, da tempo, chiedono sanzioni più gravi e incisive nei confronti di coloro, che hanno violato, ripetutamente, la legge penale. Ciò, nonostante l’istituto della recidiva sia sempre stato considerato problematico, anche se, ormai, l’aggravamento di pena conseguente alla medesima, è, in molti ordinamenti, meramente facoltativo.

Indice:

1. La ratio, che giustifica l’aumento di pena
2. La “Strafschärfung” prevista dal § 39 StGB
3. Presupposti per l’applicabilità del § 39 StGB e ragioni ostative alla stessa
4. L’aumento – facoltativo - di pena e il tempo già trascorso in espiazione di pena per precedenti reati
5. La cosiddetta “Rückfallverjährung” ed eventuali impugnazioni

1. La ratio, che giustifica l’aumento di pena

Il § 39, comma 1, C. P. prevede l’**aumento – facoltativo** – della pena fino alla metà del massimo della pena edittale, detentiva o pecuniaria, se l’autore del reato è **recidivo** e sussistono i presupposti indicati nel suddetto comma.

Molto è stato scritto sui **motivi giustificativi dell’aumento di pena** per i “Rückfalltäter”, i recidivi. Fatto sta, che anche in tempi remoti, i recidivi venivano puniti più severamente. Così, **per esempio**, il Corpus Iuris Civilis aveva previsto, in alcuni casi, aumenti di pena per reiterate violazioni. Pure nel diritto canonico (Cap. 4 X e Cap. 9X) troviamo l’espressione “recidere in haeresiam”, espressione, dalla quale è derivata la parola “recidiva”.

Nel **Medioevo**, le **sanzioni a carico dei recidivi**, variavano dalla perdita completa dei diritti, all’esilio (“Verbannung”), alla mutilazione del corpo, alla pena capitale. Nell’Antico Testamento (3° Libro di Mosè), come tradotto da Luther, leggiamo “will euch siebenfältig mehr strafen”, qualora “werdet ihr mir *auch dann nicht* gehorchen”, cioè in caso di ripetuta disobbedienza.

Sappiamo, che Carlo Magno – nel 779 – ha disposto, che la **pena capitale** poteva essere comminata soltanto a carico di chi veniva ritenuto colpevole per la **seconda volta del delitto di furto**. All’epoca dei Longobardi, al secondo furto, il colpevole veniva venduto all’estero.

La Constitutio Criminalis Carolina (CCC) prevedeva la pena di morte, per chi era stato sorpreso “**beim stelen zum dritten mal**” (a rubare per la terza volta).

“**Öffentliche Leibesstrafe**” (irrogazione pubblica di una pena corporale) o anche “**ewige Landesverweisung**” (esilio), era prevista dalla “**Constitutio Criminalis Theresiana**” (1768).

2. La “**Strafschärfung**” prevista dal § 39 StGB

Fatta questa – brevissima – premessa di carattere storico, vediamo ora, qual è la **ratio**, in base alla quale, nel nostro tempo, aumenti di pena vengono giustificati a carico dei recidivi e i **presupposti**, in presenza dei quali, il § 39 C.P. austriaco, consente l’aumento di pena (“**Strafschärfung**”), di cui sopra abbiamo parlato.

L’ordinamento penale prevede, accanto a norme di carattere “generale” per la determinazione della pena, anche **alcune “besonderen Zumessungsnormen”** (norme particolari, che disciplinano l’irrogazione della pena). Mentre quelle di carattere “generale”, si riferiscono prevalentemente alla **colpevolezza** del condannando, considerazioni inerenti alla **prevenzione**, fanno sí, che il legislatore abbia previsto la possibilità di aumenti di pena per quest’ultimo motivo.

Uno di questi casi, nei quali è prevista la “**Möglichkeit der Strafschärfung**”, è costituito dalla recidiva, disciplinata dal § 39 StGB.

Questa norma è stata oggetto di non poche critiche, in quanto, si è detto, sarebbe in **contrasto con il principio della cosiddetta Einzelschuld** (colpevolezza per il singolo fatto commesso). Il legislatore ha però ritenuto, che a carico del recidivo, sia **ravvisabile una “eingewurzelte, schädliche Neigung”**, una radicata inclinazione verso il delitto, che deve essere sanzionata in modo più grave e severo. È stata accolta la “**Vergeltungstheorie**”, che, in sede di inflizione della pena, “guarda”, prevalentemente, al passato e non “in avanti” (nel futuro), come le “**relativen Theorien**”, per le quali la pena viene comminata soprattutto per prevenire la commissione di reati futuri. Si parla anche di “**Zwecktheorie**”.

Le **percentuali di delinquenti recidivi**, vengono spesso considerate come **indice di effettività e di efficacia dell’ordinamento penale**. Condanna e successiva esecuzione della pena, dovrebbero, entrambe, servire di **monito** (avere un “**Warneffekt**”) al delinquente e **prevenire** la commissione di futuri reati da parte del condannato. Ripetute violazioni, dopo l’esecuzione della pena e, soprattutto, se sono stati commessi reati della stessa indole, dimostrano, che per il delinquente, il **monito non ha sortito effetto**, per cui una **sanzione più grave** (“**eine eingriffsintensive Strafe**”), **s’impone** anche ai fini della tutela della comunità. Secondo parte della dottrina, ripetute violazioni della legge penale, sono anche **indice di una “höheren Schuld”**, di una maggiore colpevolezza, per cui l’aumento di pena, si giustificerebbe non soltanto con riferimento a esigenze di carattere preventivo. C’è anche **chi parla di “außergewöhnlich gesteigerter Schuld”**. Altri reputano, di poter giustificare l’aumento di pena per il recidivo, asserendo, che l’avvenuta espiazione di pena, **non ha avuto effetto “risocializzante”**. Altri ancora, sostengono, che i recidivi rappresenterebbero una **minaccia per il “Bestand der Rechtsordnung”** (esistenza stessa dell’ordinamento giuridico).

Sarebbe, però, “**überschießend**” (eccessivo), se al recidivo potesse essere aggravata la pena anche per effetto di un **reato commesso 10-20 anni fa** e se, tra commissione di questo reato e quello “nuovo”, vi fosse un periodo relativamente lungo, caratterizzato da “**Wohlverhalten**”.

Dopo queste considerazioni di carattere prevalentemente teorico, vediamo ora, com’è **disciplinato, concretamente, l’aumento di pena per i recidivi dal vigente codice penale austriaco**.

3. Presupposti per l’applicabilità del § 39 StGB e ragioni ostative alla stessa

La “Strafschärfung” di cui al § 39 StGB – che fa sí, che il giudice, nell’infliggere la sanzione, non deve, necessariamente, rispettare il **limite massimo della pena edittale** previsto per il singolo reato – è applicabile, indipendentemente dal fatto, se si tratti di reato doloso o colposo. È stato detto, che il § 39 StGB consente una “Strafrahmenverschiebung nach oben”. In ogni caso, però, l’aumento di pena incontra il limite, di carattere generale, di **20 anni di reclusione, che vige per la pena temporanea detentiva**.

Sono **considerazioni di natura specialpreventiva**, che hanno indotto il legislatore, a introdurre il § 39 nel codice penale, nel senso che si concede al giudice la **facoltà, di aumentare la pena** in quanto le condanne pregresse non sono valse a far sí, che il delinquente desistesse dal commettere ulteriori reati.

Abbiamo parlato di pregresse condanne a pena detentiva, in quanto **presupposto** per l’applicabilità del § 39 StGB, è, che l’autore del – nuovo – reato, sia già stato **condannato in precedenza due volte a pena detentiva**. Inoltre, è richiesto, che le pene debbano essere state **espiate almeno in parte**. Precedenti condanne vengono considerate anche quelle **inflitte all’estero**, purché siano stati rispettati gli standards – procedurali – di cui all’articolo 6 CEDU e il fatto sia previsto come reato anche dall’ordinamento austriaco.

Il disposto del § 39 StGB non è applicabile, se la pena detentiva espiata, costituisce pena sostitutiva di pena pecuniaria, che il condannato non era stato in grado di pagare. Se non fosse così, il poveraccio si troverebbe in una situazione peggiore rispetto al benestante (si avrebbe una “Schlechterstellung des Vermögenslosen”). Va osservato, altresí, che neppure la condanna a pena detentiva con il beneficio della sospensione condizionale della pena, consente l’aumento di pena ex § 39 StGB, a meno che questo beneficio non sia stato revocato. È stato detto, che la ratio della “Strafschärfung” di cui al § 39 StGB, è da individuare nel fatto, che il “male” costituito dalla pena detentiva (espiata almeno in parte, anche se si tratta, non, di avvenuta carcerazione, ma di custodia cautelare presofferta), non ha sortito effetto (vedasi Corte Suprema, SSt 46/48 e 63/137). Può parlarsi di “verbüßter Haft”, anche se il condannato è stato in carcere un solo giorno.

Se le condanne subite, sono più di due, oltre alla “Strafschärfung” prevista dal § 39 StGB, questi precedenti, specie se sono molti, possono giustificare un **ulteriore, lieve, aumento** di pena. Ciò non implica violazione del cosiddetto Doppelverwertungsverbot (vedasi SSt 2003/35).

4. L'aumento – facoltativo - di pena e il tempo già trascorso in espiazione di pena per precedenti reati

A differenza di quanto previsto dal § 23 StGB (ricovero di un recidivo pericoloso), il § 39 StGB, non prevede, che il recidivo debba avere trascorso un periodo di tempo minimo (più giorni) in carcere. Ciò, perchè ai fini dell'imposizione della misura prevista dal § 23 StGB, è decisiva la pericolosità della persona, mentre con la “**Strafschärfung**”, di cui al § 39 StGB, si intende **sanzionare l'accertata “hartnäckige, verbrecherische Neigung”** (l'inclinazione ostinata a commettere reati).

Altro presupposto per l'applicabilità del § 39 StGB, è, che il delinquente, posteriormente a due condanne già avvenute, abbia **commesso altro reato dopo il compimento del 19.mo anno di età**. Il legislatore è stato dell'avviso, che un reato commesso prima di aver compiuto 19 anni di età, non legittimi di ritenere la sussistenza dell'inclinazione (“Neigung”) di cui sopra si è parlato.

Ai fini della ravvisabilità della “**besonders hartnäckigen, verbrecherischen Neigung**”, i reati (3) devono presentare certe analogie (strutturali) tra di loro. È necessario, che in questi reati si rispecchi la personalità del reo. **Per individuare la citata “Neigung”**, occorre fare **riferimento al § 71 StGB**, che ravvisa la “**schädliche Neigung**”, nella commissione di reati, che violano lo stesso bene giuridico o trovano la loro origine in identici, detestabili motivi.

Questa “Neigung” è individuabile, per esempio, **nei casi in cui viene commesso un furto e poi il “Täter” si rende responsabile di appropriazione indebita**. Anche se prima è stata perpetrata una truffa e poi resa una falsa testimonianza, può parlarsi di “**gleicher, schädlichen Neigung**”, posto che l'autore di entrambi i reati, rivela l'**inclinazione a ingannare terzi** (vedasi 15 Os 126/99). “**Gleiche, schädliche Neigung**” sussiste, secondo la Corte Suprema, pure nel caso, in cui, per esempio, un incendio doloso è stato commesso dalla stessa persona, che poi commette un furto; in entrambi i casi, l'azione è diretta (anche) contro il patrimonio altrui (vedasi 13 Os 162/93).

Se l'azione criminosa è diretta contro lo **stesso bene giuridico**, la stessa “**schädliche Neigung**”, è ravvisabile anche in un fatto commesso con dolo e in altri commessi per colpa.

5. La cosiddetta “Rückfallverjährung” ed eventuali impugnazioni

Il comma 2 del § 39 StGB prevede, che di un reato commesso in precedenza, **non possa tenersi conto**, qualora tra espiazione della pena per questo reato e la commissione del reato successivo, siano trascorsi più di 5 anni; si parla, in proposito, di “**Rückfallverjährung**” (si tratta di una specie di “prescrizione”). Va però osservato, che **in questo quinquennio, non sono compresi** i periodi di tempo, in cui la persona è stata privata della libertà personale per ordine dell'autorità (e non aveva, quindi, possibilità di delinquere). Ha ritenuto il legislatore, che la “**selbe schädliche Neigung**”, **non sia più ravvisabile**, se la persona, per ben 5 anni, si è astenuta dal delinquere.

La previsione di cui al § 39 StGB contiene, come risulta da quanto esposto, una “**fakultative Strafverschärfungsmöglichkeit**” (la facoltà di un aumento facoltativo della pena), che rientra nella **discrezionalità** del giudice (vedasi SSt 46/40 e SSt 60/60), che deve valutare, in ogni singolo caso, se vi è un “**erhöhtes Strafbedürfnis**” (un'esigenza di aumentare l'infliggenda pena).

Il fatto che si tratti di una decisione discrezionale, ha per conseguenza, che contro l'applicazione del § 39 StGB, rispettivamente la non applicazione dello stesso, è **proponibile l'appello, la “Berufung”** (vedasi SSt 46/40 e 46 (45)).

“**Nichtigkeitsbeschwerde**” (**impugnazione per nullità**) è proponibile soltanto, se sono state violate norme cogenti (per esempio, se la pena è stata aumentata ex § 39 StGB, nonostante una sola, precedente condanna).

TAG: *Reclivida, Austria, pena*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.
