

Se il giudice esclude la recidiva l'imputato beneficia del patteggiamento "allargato"

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 5 ottobre 2010, n. 35738 - Pres. Carbone; Rel. Fumu

La recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69 comma 4, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma 4, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 bis, c.p.p.

1. Con sentenza in data 27 aprile 2009 il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Genova applicava ai sensi dell'art. 444 c.p.p. a (...) la pena da loro richiesta, con il consenso del pubblico ministero, in relazione alle imputazioni rispettivamente ascritte.

2. In particolare al primo era contestato il delitto di cui agli artt. 81. c.p., 73 comma 1 bis d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 per avere, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, detenuto e ceduto a diverse persone quantitativi vari di sostanza stupefacente (eroina), con la recidiva reiterata specifica infraquinquennale; al secondo il delitto di cui all'art. 73, comma 1 bis d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 per avere detenuto alcuni quantitativi di sostanze stupefacenti di tipo diverso (eroina e metadone) destinate alla cessione a terzi, con la recidiva reiterata.

3. Nell'accogliere le domande degli imputati il g.u.p. osservava, quanto al C, che potevano essere riconosciute in suo favore le circostanze attenuanti generiche in ragione della giovane età, delle condizioni personali e sociali e del buon comportamento processuale; che la contestata recidiva, la cui applicazione è facoltativa, doveva essere esclusa in considerazione delle condizioni socio-economiche dell'imputato, del meritevole comportamento processuale, della risalenza del precedente e della diversità dei fatti criminosi; che la pena definitiva, partendo dalla base di otto annidi reclusione e venticinquemila euro di multa, ridotta ex art. 62 bis c.p. a cinque anni e quattro mesi di reclusione e diciassettemila euro di multa, aumentata per la continuazione fino a sei anni di reclusione e diciottomila euro di multa (dunque di sei mesi di reclusione e mille euro di multa), all'esito della riduzione premiale doveva fissarsi in quattro anni di reclusione e dodicimila euro di multa.

Quanto all'E il g.u.p., ritenuta l'ipotesi lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 d.p.r. n. 309/90 («stante le non eccessive quantità di sostanza detenute, anche in relazione alla percentuale di prodotto puro»), valutata detta circostanza attenuante prevalente sulla recidiva, applicava la pena finale di un anno e otto mesi di reclusione e tremila euro di multa così come richiesta dall'imputato, il quale aveva tuttavia compreso nel calcolo anche l'aumento per la continuazione, che in realtà non risulta contestata nell'imputazione, secondo il seguente computo: pena base *ex art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/90*, di due anni, tre mesi di reclusione e quattromila euro di multa, aumentata per la continuazione a due anni, sei mesi di reclusione e quattromilacinquecento euro di multa (dunque di tre mesi di reclusione e cinquecento euro di multa), ridotta quindi per il rito nella misura più su indicata.

4. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per cassazione gli imputati ed il Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova.

5. [omissis].

6. [omissis].

7. Il Procuratore generale denuncia:

I - [omissis].

II - violazione degli artt. 73 d.P.R. n. 309/90, anche in relazione agli artt. 99 e 69 c.p.; 81 in relazione all'art. 99 c.p., 444 comma 1 *bis*, c.p.p. denuncia il ricorrente l'applicazione di una pena illegale sotto vari profili, rilevando come la recidiva qualificata, contestata ad entrambi, attesa la sua obbligatorietà non avrebbe potuto essere esclusa dal giudice e conseguentemente non avrebbe potuto non essere sottoposta al giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti generiche, quanto all'imputato C, essere valutata subvalente rispetto alla riconosciuta circostanza attenuante, in violazione dell'art. 69, comma 4, c.p., quanto all'imputato E; deduce, ancora, con riferimento alle posizioni di entrambi, che il giudice del patteggiamento, escludendo la recidiva qualificata in un caso e considerandola subvalente nell'altro, abbia altresì eluso gli ulteriori effetti che da essa comunque obbligatoriamente derivano sia in relazione alla misura dell'aumento per la continuazione, il quale non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave secondo il precetto dell'art. 81, comma 4, c.p., sia in relazione all'accesso al procedimento speciale del c.d. "patteggiamento allargato" al quale dovendosi applicare una pena con minima comunque superiore ai due anni di reclusione - gli imputati non avrebbero dovuto essere ammessi per il divieto posto dall'art. 444, comma 1 *bis*, ultima parte, c.p.p.

8. La Sezione terza penale, assegnataria dell'affare, ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., nella parte in cui stabilisce che sono esclusi dal "patteggiamento" (tra gli altri) i procedimenti «contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, i recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p., qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria».

Ha osservato in proposito (richiamando sez. VI, 16 settembre 2004, p.m. in proc. Bonfanti, rv 230378 e sez. I, 13 novembre 2008, p.m. in proc. Manfredi, rv242509) come alcune pronun-

ce di legittimità abbiano affermato il principio secondo cui «per l'esclusione dal patteggiamento a pena detentiva superiore a due anni, non è sufficiente che dal certificato penale dell'imputato emerga una situazione di recidiva qualificata, ma occorre che la stessa sia stata espressamente riconosciuta e dichiarata dal giudice», mentre altre (sez. II, 4 dicembre 2006, p.m. in proc. Cicchetti, rv 235620 e sez. VI, 9 dicembre 2008, p.m. in proc. Ogana, rv 242148) hanno diversamente ritenuto che «ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del patteggiamento ai sensi dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., è sufficiente che essa sia stata contestata, in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "dichiarazione" al quale si richiama la predetta disposizione per ricomprendere anche le altre situazioni soggettive quali condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza».

Ha pertanto rimesso i ricorsi *ex art.* 618 c.p.p. alle Sezioni Unite penali, cui essi sono stati assegnati dal Presidente Aggiunto il quale, con decreto del 10 marzo 2010, ha fissato l'udienza odierna per la relativa trattazione.

9. [omissis].

10. [omissis].

11. [omissis].

13. Si deve rilevare, innanzi tutto, come in realtà sulla questione devoluta all'esame delle Sezioni unite («se sia sufficiente, perché la recidiva qualificata costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice») non sussista un reale conflitto interpretativo. Ed invero l'affermazione che sia sufficiente la mera contestazione della recidiva reiterata per l'operatività della clausola di esclusione dal patteggiamento "allargato" posta dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., si contrappone, nelle decisioni citate nell'ordinanza di rimessione e più su indicate, non all'affermazione della necessità che l'aggravante, oltre che ritualmente contestata, debba essere effettivamente ritenuta ed applicata dal giudice, quanta a quell'altra - che peraltro non risulta essere stata mai prospettata nella giurisprudenza di legittimità secondo cui sarebbe richiesto dalla norma che gli imputati cui è inibito l'accesso al rito semplificato siano stati già «dichiarati» recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p. con una sentenza precedentemente emessa.

Nei casi oggetto degli arresti giurisprudenziali predetti, infatti, il giudice di merito aveva applicato *ex art.* 444 c.p.p. una pena concordata superiore ai due anni di reclusione ad imputati, cui pure era contestata la recidiva qualificata, ritenendo che il patteggiamento fosse consentito in quanto non risultava che la recidiva medesima fosse stata già oggetto di una precedente dichiarazione giudiziale sostanzialmente attributiva di uno *status* soggettivo.

La Corte, in entrambe le occasioni, ha annullato i provvedimenti di merito affermando la non necessità, perché sia inibito il procedimento speciale, di una preventiva dichiarazione formale della recidiva e ritenendo viceversa sufficiente - ma solo in contrapposizione a tale non condivisa premessa - la sua semplice contestazione: ciò, tuttavia, senza affrontare l'ulteriore e logicamente successiva questione concernente la possibilità per il giudice di escludere

o meno l'aggravante, una volta che questa sia stata ritualmente contestata. Si legge anzi nel testo di sez. II, 4 dicembre 2006, p.m. in proc. Cicchetti, che la contestazione è «condizione necessaria e sufficiente al fine di qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'esistenza e sugli *effetti* di tale circostanza»: così non escludendosi affatto, dunque, da parte della Corte, la sussistenza di uno spazio valutativo del giudice in ordine al riconoscimento ed alla concreta applicazione della recidiva.

14. Il ricorso del pubblico ministero pone piuttosto ulteriori questioni a proposito degli effetti della contestazione della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p., come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e precisamente quella, principale, dell'obbligatorietà o meno dell'aumento di pena ivi previsto e l'altra, conseguente, dell'eventuale persistenza, anche qualora detto aumento sia stato escluso dal giudice, degli ulteriori effetti ricollegati dalla legge alla recidiva qualificata e consistenti nell'operatività dei limiti al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto fissati dall'art. 69, comma 4, c.p.; dei limiti minimi all'aumento della quantità di pena a titolo di continuazione stabiliti dall'art. 81, quarto comma, c.p.; dei limiti all'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" (ed alla relativa riduzione premiale della sanzione) di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., di cui si è in precedenza detto.

15. Il quesito interpretativo nasce intorno al testo dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, il quale – nella sua emendata formulazione lessicale *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla riforma del 1974 (d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito dalla legge 7 giugno 1974, n. 220), nell'ambito di una *novella* tesa, nelle enunciate intenzioni del legislatore, ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato con relativa riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice; in particolare viene in rilievo l'utilizzo, nei comma 3 e 4 dell'art. 99 c.p. e con riferimento al previsto aumento della pena per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata, dell'indicativo presente del verbo *essere* («l'aumento della pena... e») in luogo della voce verbale "può", che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

16. La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento (sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, rv 236412; sez. IV, 19 aprile 2007, p.m. in proc. Meradi, rv 235835; sez. IV, 28 giugno 2007, p.m. in proc. Mazzitta, rv 237271; sez. IV, 2 luglio 2007, p.m. in proc. Farris, rv 236910) nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Carta (sentenza 14 giugno 2007, n. 192 e ordinanze nn. 198 e 409 del 2007; 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; 171 del 2009, dichiarative la prima dell'inammissibilità e le altre della manifesta inammissibilità delle questioni).

16. Le Sezioni unite condividono tali conclusioni e le argomentazioni poste a loro sostegno.

17. Si deve rilevare innanzi tutto, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi 3 e 4 dell'art. 99 c.p. il verbo essere sia utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento («l'aumento di pena è...») della sanzione discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolga l'*an* dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma. Le figure di recidiva *de quibus* non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi costitutivi della recidiva semplice, bensì mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo.

18. La necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p. è peraltro confermata dalla constatazione che ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito "obbligatorio".

19. Tale soluzione interpretativa, oltre che maggiormente aderente al testo della legge, appare altresì quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzionalità, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.

Ed invero l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato dunque foriero di possibili disequaglianze nell'*an* e nel *quantum* (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia «concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Corte cost., n. 192/2007).

20. È dunque compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi "obbligatoria" del quinto comma), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del

livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

21. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio (sez. un., 27 maggio 1961, p.m. in proc. Papo, rv 98479; sez. un., 23 gennaio 1971, Piano) ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

22. Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una «pili accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo», la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata e per quanto qui rileva in relazione all'oggetto del ricorso in esame, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dal quarto comma dell'art. 99 c.p., il divieto imposto dall'art. 69, comma 4, c.p., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti, il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, comma 4, c.p., l'inibizione dell'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante (sez. un., 18 giugno 1991, Grassi, rv187856).

23. Qualora viceversa la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.

La "facoltatività" della atteggiarsi come parziale della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o "bifasica" (così sez. IV 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto - gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione.

Anche sul punto la giurisprudenza di legittimità formatasi sulla nuova disciplina si è radicata nella condivisa affermazione che gli effetti commisurativi della recidiva non siano svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante.

te ma siano bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena (sez. V, 15 maggio 2009, Held, rv 244209; sez. V, 30 gennaio 2009, p.m. in proc. Maggiani, rv 243600; sez. IV, 29 gennaio 2009, p.m. in proc. Rami, rv 243441; sez. IV, 28 gennaio 2009, Fallarino, non massimata; sez. V, 9 dicembre 2008, p.m. in proc. De Rosa, rv 242946; sez. III, 25 settembre 2008, p.m. in proc. Pellegrino, rv 241779; sez. VI, 17 settembre 2008, p.m. in proc. Orlando, rv 241192; sez. II, 19 marzo 2008, Buccheri, rv 240404; sez. VI, 7 febbraio 2008, p.m. in proc. Goumri, rv 239018; sez. II, 5 dicembre 2007, Cavazza, rv 238521; sez. V, 25 settembre 2007, p.m. in proc. Mura, rv 237273; sez. II, 4 luglio 2007, p.m. in proc. Doro, rv 237144; sez. VI, 3 luglio 2007, p.m. in proc. Saponaro, rv 237272; sez. IV, 2 luglio 2007, p.m. in proc. Farris, *cit.*; Sez. IV, 28 giugno 2007, p.m. in proc. Mazzitta, *cit.*; sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, *cit.*; sez. IV, 19 aprile 2007, p.m. in proc. Meradi, *cit.*, tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione).

Alle medesime conclusioni è pervenuto altresì il Giudice delle leggi che, nelle pronunce di inammissibilità più su citate (una delle quali sollecitata anche da questa Corte con ordinanza di sez. IV, 9 maggio 2007, Contu), ha delineato con chiarezza l'interpretazione conforme al dettato costituzionale ponendo in evidenza l'irrazionalità di una conclusione che ammetta, da un lato, il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibilità che la circostanza, ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità, nell'ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato abbia effetto neutro sulla determinazione della pena e tuttavia, da un altro, eserciti in contrario una sostanziale funzione aggravatrice inibendo un favorevole giudizio di comparazione nell'ipotesi di reato circostanziato *in mitius*; ovvero che, nel caso di più reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p., consenta che la circostanza sia discrezionalmente esclusa in relazione a ciascuno di essi, ma determini comunque, con l'imposizione dell'aumento minimo per il cumulo formale, un sostanziale aggravamento della risposta punitiva proprio in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

Ed analoghe considerazioni possono qui svolgersi a proposito del patteggiamento "allargato", il quale potrebbe essere impedito, con rilevanti conseguenze sulla pena finale, dalla contestazione dell'aggravante che, attesa la sua natura facoltativa, nel giudizio ordinario potrebbe essere ritenuta priva di ogni valenza rivelatrice di disvalore della condotta.

24. Con ciò si palesano le ragioni dell'infondatezza della tesi affermata da una pronuncia (sez. VI, 27 febbraio 2007, p.m. in proc. Ben Hadhria, rv 236426) intervenuta peraltro nel momento delle primissime applicazioni della nuova disciplina e quando la Corte costituzionale ancora non si era espressa circa la possibile interpretazione compatibile motivatamente distonica da tale, consolidato orientamento, ad avviso della quale la semplice esistenza dei precedenti penali reiterati configurerebbe insieme una circostanza aggravante ed una sorta di *status* soggettivo del reo, con la conseguenza che, pur essendo al giudice consentito di escludere il relativo aumento di pena, sarebbe comunque indefettibile sottoporre la recidiva reiterata al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto con i limiti indicati dal quarto comma dell'art. 69 c.p.: dunque con il conseguente sostanziale, indiscriminato ed

automatico aggravamento della sanzione che si reputa non conforme ai principi di rango costituzionale che informano il sistema punitivo.

25. Occorre dunque qui ribadire che la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p. opera nella disciplina codicistica, come risultante dalle interpolazioni di cui alla legge n. 251/05, quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderla e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una pluralità di condanne (sez. I, 8 ottobre 2009, Costagliola, rv 245521).

Qualora la recidiva reiterata sia esclusa, essa non è più ricompresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena e dunque, non essendo stata "ritenuta", neppure entra a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., di tal che resta inoperante, proprio per la mancanza dell'oggetto, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti imposto dal quarto comma del medesimo articolo.

Qualora, viceversa, la recidiva reiterata non sia esclusa dal giudice ma considerata concreto sintomo di maggior colpevolezza e pericolosità, essa svolge necessariamente nel suo complesso la funzione aggravatrice e determina pertanto anche l'effetto, incidente sulla sanzione, consistente nell'operatività dell'inibizione di cui si è detto, con la conseguenza che non è consentito al giudice, il quale non abbia escluso *ex ante* la recidiva, di apprezzarla come subvalente rispetto a eventuali circostanze attenuanti.

26. Analoghe conseguenze si verificano in relazione agli altri effetti commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva reiterata.

27. Ne discende – come ha già avuto modo di precisare questa Corte (sez. III, 7 ottobre 2009, p.m. in proc. Serafi, rv 245609) – che il limite all'aumento *ex art.* 81 c.p. «non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave», previsto dalla legge nei confronti dei soggetti «ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4», è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28 giugno 1991 in Proc. Grassi, più su citata.

28. Allo stesso modo l'esclusione *ex ante* della recidiva reiterata ad opera del giudice del "patteggiamento allargato" consente l'accesso al rito speciale dell'imputato al quale la circostanza aggravante sia stata contestata, poiché dalla ritenuta inidoneità della ricaduta nel delitto a determinare, di per se, un aumento di pena per il fatto per cui si procede discende, altresì, l'inoperatività della clausola di esclusione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 444 c.p.p. che inibisce, ove efficace, non solo il percorso processuale semplificato ma, per quanto qui interessa, la fruizione di una rilevante riduzione premiale della sanzione (sez. I, 13 novembre 2008, p.m. in proc. Manfredi, rv 242509).

In proposito si deve solo ulteriormente precisare, per completezza, che la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame («coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi del-

l'art. 99, quarto comma, del codice penale») non può essere interpretata nel senso che indichi la necessita di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. (sez. II, 4 dicembre 2006, Cicchetti; sez. V, 25 settembre 2008, Moccia, rv 241598; sez. II, 22 dicembre 2009, Stracuzzi).

29. Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, comma 3, norme att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, comma 4, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

[*omissis*]

ALESSANDRO DIDDI

Ricercatore di Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento "allargato"

Analizzando il principio espresso dalle Sezioni Unite – laddove si precisa che la recidiva aggravata prevista dall'art. 99, comma 4, c.p. preclude il patteggiamento "allargato" solo nell'ipotesi in cui questa sia ritenuta applicabile dal giudice – emerge come la semplice contestazione della suddetta aggravante comporti, sulla base degli artt. 444 ss. c.p.p., che la pena (richiesta dall'imputato) per una quantità superiore ai due anni di sanzione detentiva può, di regola, adottarsi all'esito del dibattimento.

Posizione del problema

La sentenza annotata risponde al quesito se la mera contestazione della circostanza di cui all'art. 99, comma 4, c.p. impedisce l'accessibilità all'applicazione della pena su richiesta. Come noto, infatti, con l. 12 giugno 2003, n. 134, il legislatore, nell'introdurre il c.d. "patteggiamento allargato", all'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p. ha previsto una serie di preclusioni oggettive e soggettive all'accesso al rito, tra le quali quella riguardante i procedimenti contro coloro che siano stati dichiarati recidivi sulla base dell'art. 99, comma 4, del codice penale¹.

Nel risolvere quello che, secondo il giudice remittente, avrebbe rappresentato un contrasto giurisprudenziale (di fatto, poi, esso co-

me rileva la sentenza, era assai meno consistente di come appariva), le Sezioni Unite non solo sono intervenute sul problema specifico ad esse devoluto, ma hanno colto l'occasione per chiarire varie questioni riguardanti gli effetti derivanti dalla contestazione della recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., che, come noto, soprattutto in seguito alle numerose modifiche introdotte dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, si riflette su differenti e composite discipline².

Si deve ricordare, a tal riguardo, che la recidiva reiterata in esame, oltre ad incidere sul patteggiamento "allargato", preclude la sospensione dell'esecuzione di cui all'articolo 656, comma 5, c.p.p.³. Ma ancor più significativi sono i riflessi della recidiva sul piano

¹ Originariamente, il rinvio all'art. 99, comma 4, c.p. implicava l'esclusione del patteggiamento allargato ai recidivi specifici, aggravati ed a quelli reiterati. La riforma apportata con la l. 5 dicembre 2005, n. 251, ha spostato le ipotesi di recidiva diverse da quella reiterata, nei commi precedenti al quarto e, dunque, ha limitato gli effetti paralizzanti della recidiva solo con riferimento alla più grave delle ipotesi contenute nell'art. 99 c.p.

² Per un quadro di sintesi delle interferenze provocate dalla recidiva reiterata sulla disciplina dei vari istituti, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizioni del reato e recidiva*, Padova, 2006, 54 ss. (ed anche 86 ss.).

³ Sull'argomento, D'Agnolo, *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, *Nuove norme*, cit., 195 ss.

del diritto penale sostanziale. A mente dell'art. 69, comma 4, c.p., lo *status* soggettivo di cui all'art. 99, comma 4, c.p. fa anzitutto scattare il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti, di qualunque specie esse siano, quando il reato sia stato commesso da imputato già dichiarato recidivo⁴; in applicazione dell'art. 81, comma 4, c.p. (e dell'art. 671, comma 2 *bis*, c.p.p.), poi, l'aumento di pena a titolo di continuazione e di concorso formale non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave⁵; ancora, il primo comma dell'art. 62 *bis* c.p. stabilisce che non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, comma 1, n. 3) e secondo comma nei casi previsti dall'articolo 99, comma 4, allorquando si proceda per i delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni⁶.

La recidiva (non solo reiterata) spiega effetti anche con riferimento ad altri istituti presenti nel codice penale⁷ e, a tale riguardo, un richiamo particolare deve essere riservato alla prescrizione del reato, non solo perché

l'aumento di pena previsto in certi casi è calcolato ai fini del termine ordinario di prescrizione⁸, ma anche perché l'attuale art. 161, comma 2, c.p. aggancia ad alcune ipotesi di recidiva l'interruzione della prescrizione⁹.

Per finire la panoramica, si rammenti che pure in materia penitenziaria vigono numerose eccezioni al godimento di benefici per il caso in cui al condannato sia stata applicata la recidiva (così gli articoli – tutti introdotti o ritoccati dalla l. n. 251 del 2005 – 30 *quater* ord. pen. in tema di concessione di permessi premio; 50 *bis* ord. pen. in tema di concessione della semilibertà¹⁰; 47 *ter* ord. pen., in ordine alla detenzione domiciliare¹¹; 58 *quater* comma 7 *bis* ord. pen., in materia di divieto di concessione dei benefici¹²).

“Facoltatività” della recidiva

Quanto al tema sottoposto alla loro attenzione, le Sezioni Unite muovono dal rilievo che non è “obbligatoria” l'applicazione della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. e, per-

⁴ Con riferimento a tale previsione, Rosi, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 22 ss.

⁵ In merito, cfr. Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 81 ss.

⁶ Sulla disposizione, ancora, Rosi, *Effetti della recidiva reiterata*, cit. 13 ss.

⁷ Amnistia (art. 151, comma 5, c.p.); oblazione discrezionale (art. 162 *bis* c.p.); prescrizione della pena (art. 172, comma 7, c.p.); indulto (art. 174, comma 3, c.p.); sospensione condizionale della pena (art. 164, comma 2, c.p.); liberazione condizionale (art. 176, comma 2 c.p.); riabilitazione (art. 179, comma 2, c.p.).

⁸ Così, Cass., sez. V, 24 marzo 2009, B.L., *CED Cass.*, 244204 e incidentalmente, C. cost., 6 febbraio 2009, n. 34. Secondo Cass., sez. VI, 4 novembre 2008, p.m. in proc. N.G.O.B., *CED Cass.*, 242133 «l'aumento di pena per la recidiva, ai fini del calcolo del termine prescrizionale, è valutabile ancorché essa sia contestata per la prima volta dopo trascorso il termine di prescrizione previsto per l'imputazione non aggravata, purché la contestazione preceda la pronuncia della sentenza».

⁹ Sulla disciplina della interruzione della prescrizione in seguito alla entrata in vigore della legge 251 del 2005, Barazzetta, *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 173 ss.

¹⁰ Sul punto, cfr. Ciampi, *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 266 e ss.

¹¹ Sul punto, D'Agnolo, *Novità su detenzione domiciliare e ordine pubblico*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 209.

¹² In materia, Fiorio, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 225 ss. e Marra, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, *ivi*, 298.

tanto, il giudice può escluderla anche se si tratta di circostanza contestata dal pubblico ministero; ne consegue che ove all'esito del giudizio di controllo si ritenesse che, nonostante le precedenti condanne, l'imputato non meriti l'inasprimento sanzionatorio, viene meno l'effetto impeditivo contemplato dall'art. 445, comma 1, *bis* c.p.p. In tal caso, insomma, ancorché ricorra una situazione in astratto riconducibile alla previsione di cui all'art. 99, comma 4, c.p., la ritenuta insignificanza della potenzialità recidivante determina, oltre al mancato aumento della pena base, anche di tutti gli ulteriori effetti connessi all'assenza della circostanza. L'esegesi, peraltro, dà per scontato che la preclusione si realizzi quando la fattispecie aggravatrice si configura tramite il reato contestato nel processo in cui viene chiesta la pena negoziata, senza pretendere un precedente giudicato nel quale la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p., sia già stata dichiarata.

L'applicazione delle varie disposizioni che ricollegano determinati effetti allo *status* di recidivo dipende, in primo luogo, da se le situazioni contemplate nella disciplina comportino o meno l'aumento obbligatorio del trattamento sanzionatorio e, dunque, se, al fine di paralizzare l'ammissibilità di determinati istituti o benefici, basti la semplice contestazione della recidiva ovvero se, oltre che contestata, questa dev'essere anche ritenuta dal giudice.

A tal riguardo, si deve subito mettere in evidenza che, nonostante talune incertezze iniziali (che avevano ispirato numerosi dubbi, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005¹³), la giurisprudenza costituzionale ha, infatti, ritenuto non solo che la recidiva, sul piano strettamente sostanziale, operi alla stregua di una qualsiasi aggravante, ma che essa, non essendo obbligatoria, è - di regola - suscettibile di essere sottoposta al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.¹⁴.

¹³ Anche la dottrina era apparsa divisa. Sul punto, per una ricostruzione delle varie posizioni, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 75.

¹⁴ C. cost., sent. 14 febbraio 2007, n. 192. Anche C. cost., sent. 30 novembre 2007, n. 409 la quale evidenzia ancora "che, in primo luogo, difatti - per le ragioni specificate nella citata sentenza n. 192 del 2007 - è possibile ritenere che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria unicamente nei casi previsti dall'art. 99, comma 5, c.p. (rispetto ai quali soltanto tale regime è espressamente contemplato), e cioè ove concernente uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. (il quale reca un elenco di reati ritenuti dal legislatore, a vari fini, di particolare gravità e allarme sociale); salvo, poi, l'ulteriore problema interpretativo di stabilire quale delitto debba rientrare in tale catalogo, affinché scatti l'obbligatorietà: se il delitto oggetto della precedente condanna, ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo; o indifferentemente l'uno o l'altro o addirittura entrambi». Di analogo tenore, C. cost., sent. 6 giugno 2008, n. 193; C. cost., sent. 21 febbraio 2008, n. 33; C. cost., sent. 10 luglio 2008, n. 257; C. cost., sent. 29 maggio 2009, n. 171.

Nella giurisprudenza, Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, *CED Cass.*, 236412; Cass., sez. IV, 19 aprile 2007, p.m. in proc. Meradi, *CED Cass.*, 235835; Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, p.m. in proc. Mazzitta, *CED Cass.*, 237271; Cass., sez. IV, 2 luglio 2007, p.m. in proc. Farris, *CED Cass.*, 236910. Sulla natura e sul fondamento della recidiva, si confrontano in dottrina varie tesi. Secondo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II, IV ed. Torino, 1961, 696, «la recidiva semplice o aggravata è una circostanza aggravante *soggettiva, inerente alla persona del colpevole*, come è espressamente dichiarato nel capoverso dell'art. 70». Nello stesso senso, Contento, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, 496; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte gen., 4^a ed., Milano, 1993, 467. Inclini, invece, a ritenere che la recidiva non costituisca una aggravante bensì più semplicemente un indice di commisurazione della pena di natura analoga a quella degli indici di cui all'art. 133 c.p. e, come tale, sottratta, tra l'altro, al bilanciamento delle circostanze, Maliverni, *Circostanze del reato*, *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 72; Mantovani, *Diritto penale*, II ed., Padova, 1988, 638, Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, I, III ed., Bologna, 1995, 403.

In particolare, la Corte costituzionale ha sottolineato come il giudice possa discrezionalmente escludere la recidiva – quantomeno agli effetti della commisurazione della pena – in correlazione alle peculiarità del caso concreto e, conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo di una più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo¹⁵. Soprattutto, si è ritenuto che il tenore letterale dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, nonostante che dalla sua emendata formulazione si possa essere indotti *prima facie* a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva, non implichi affatto un automatico aumento di pena¹⁶.

In effetti, sul piano strettamente letterale, i commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. (nel nuovo testo introdotto dall'art.4 della legge n. 251 del 2005), utilizzando il verbo essere all'indicativo presente ("è") – in luogo della voce verbale "può", che compariva nel testo precedente, e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 c.p. – lasciano

pensare che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, nella l. 7 giugno 1974, n. 220¹⁷.

Tuttavia, la Corte costituzionale, chiamata a decidere le varie questioni sorte sul presupposto della reintroduzione di un regime obbligatorio dell'aumento di pena a titolo di recidiva, ha offerto una lettura morbida delle disposizione in argomento individuando, quale solido appiglio interpretativo per una più adeguata ermeneusi, la espressa obbligatorietà della circostanza per i soli casi di procedimenti riguardanti i delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a). c.p.p., in ordine ai quali l'aumento della pena è, appunto, chiaramente definito come obbligatorio nell'*an* e nel *quantum* (art. 99, comma 5, c.p.)¹⁸.

Anche la sentenza annotata condivide tale impostazione, soggiungendo che un sistema penale rispondente ai principi di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria, non può privare il giudice dal potere di considerare se la ricaduta nel reato costituisce indice di particolare disvalore della condotta,

¹⁵ C. cost., sent 4 aprile 2008, n. 91.

¹⁶ C. cost., sent. 14 febbraio 2007, n. 192.

¹⁷ La riforma del 1974 ha attenuato il rigore sanzionatorio della recidiva, sia introducendo correttivi al calcolo degli aumenti di pena, sia mediante la fissazione di un tetto massimo dell'aumento complessivo di pena (stabilito nel cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato), sia, infine, nella previsione della facoltatività dell'aumento della pena stessa.

¹⁸ C. cost., sent. 14 febbraio 2007, n. 192 secondo la quale, in conclusione, l'indicativo presente "è", che figura nei commi precedenti, si deve ritenere riferito, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 c.p., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo – mentre lascia viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. In dottrina, in termini pressoché identici, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit. 75.

Sul punto, cfr. anche C. cost., sent. 30 novembre 2007, n. 409 la quale evidenzia l'esistenza di un ulteriore problema interpretativo, quello, cioè di stabilire quale delitto debba rientrare nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., affinché scatti l'obbligatorietà e cioè se il delitto oggetto della precedente condanna; ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo; o indifferentemente l'uno o l'altro; o addirittura entrambi. Analoga questione interpretativa propongono, ma non risolvono, C. cost., sent. 6 giugno 2008, n. 193 e C. cost., 29 maggio 2009, n. 171.

di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente ovvero una mera ed accidentale interruzione del percorso di riabilitazione e reinserimento sociale totalmente avulsa dal passato criminale¹⁹.

Sebbene restino normativamente non definiti i criteri in base ai quali il giudice affermi o escluda la recidiva²⁰, il giudice conserva, dunque, il compito di verificare in concreto – al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali e sulla base della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, oltre che di ogni altro possibile parametro individualizzante della personalità del reo e del grado di colpevolezza – se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di pericolosità.

Recidiva individuata *hic et nunc* o recidiva precedentemente dichiarata?

Una volta ritenuta, sul piano generale, la non obbligatorietà della recidiva, la concreta esclusione della stessa da parte del giudice

comporta l'elisione di quegli effetti inibitori ai quali sono sottoposti i "tipi" inquadrabili nell'art. 99, comma 4, c.p. Come anticipato, in effetti, la sentenza annotata ha affermato il principio in questione con riguardo al patteggiamento "allargato", concludendo – in contrasto con un certo orientamento giurisprudenziale²¹ – che, al fine di escludere l'ammissibilità del rito, è necessario non soltanto che la recidiva sia stata contestata ma che essa venga ritenuta sussistente dal giudice²².

Così ricostruiti i rapporti, occorre adesso chiedersi quando la situazione che dà luogo alla recidiva cominci ad esplicare i suoi effetti paralizzanti. Insomma, occorre stabilire ancora se – ai fini della operatività della speciale clausola soggettiva di esclusione del patteggiamento "allargato" – la situazione di cui all'art. 99, comma 4, c.p. dev'essere già stata riconosciuta con precedente sentenza, ovvero se basta che la stessa sia ritenuta esistente per la prima volta nella vicenda nella quale viene presentata la richiesta di applicazione della pena.

Si tratta di problema non proprio specifico della materia processuale in quanto anche l'art. 81, comma 4, c.p., ad esempio, pre-

¹⁹ Negli stessi termini, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 76 e 81. La dottrina per prima ha indicato la necessità che la decisione in tema di declaratoria della recidiva venisse assunta ricercando, accanto al presupposto formale della precedente condanna, diversi ed ulteriori fattori, da individuare in quelli relativi alla colpevolezza del fatto (Pittaro, *Recidiva*, *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996, 359; Romano-Grasso, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, 1990; 366). In sostanza, si è ritenuto che, anche alla luce delle indicazioni ricavabili dal principio di cui all'art. 27 Cost., non sia più accettabile la tesi della rilevanza oggettiva della recidiva, necessitandosi comunque di un presupposto psicologico, da individuarsi, in primo luogo, nella consapevolezza dell'imputato di essere stato già condannato al momento della commissione dell'ulteriore reato (Marini, *Lineamenti del sistema penale*, 2ª ed., Torino, 1993, 893).

²⁰ Secondo la dottrina, di fatto il giudice finisce per essere dotato di un amplissimo potere discrezionale ai limiti dell'arbitrio giudiziale. Così, Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 403; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 636.

²¹ Cass., sez. II, 1 luglio 2009, p.m. in proc. G.M., *CED Cass.*, 245321 «La recidiva qualificata impedisce la definizione con patteggiamento per pena detentiva superiore ai due anni di reclusione anche se soltanto contestata e non anche applicata».

²² Conf. Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, *CED Cass.*, 236412.

suppone che all'imputato sia stata applicata la recidiva reiterata²³.

Stando al tenore letterale della legge (articolo 444, comma 1 *bis*, c.p.p.), il patteggiamento allargato sarebbe interdetto agli imputati *dichiarati* (delinquenti abituali, professionali e per tendenza) o *recidivi* nei casi indicati dall'art. 99, comma 4, c.p. In altri termini, non sembra sufficiente che l'imputato raggiunga le condizioni previste dall'art. 99, comma 4, c.p., attraverso il reato contestato nel processo in cui va adottata la pena su richiesta, essendo invece necessario che la recidiva reiterata sia stata già enunciata con una anteriore sentenza. La conclusione è ancor più chiara ove il tenore letterale dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., venga posto a confronto con la diversa formula impiegata dal legislatore nell'art. 162 *bis* c.p., che, appunto, impedisce l'ammissibilità dell'oblazione, tra l'altro, «quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'articolo 99, dall'articolo 104, o dall'articolo 105»²⁴.

La giurisprudenza, tuttavia, nonostante il tenore letterale dell'art. 444, comma 1 *bis*,

c.p.p., esclude che occorra un'antecedente dichiarazione di recidiva, ritenendo piuttosto, ai fini qui esaminati, sia sufficiente che la circostanza venga semplicemente contestata: «in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "dichiarazione" al quale si richiama la predetta disposizione per ricomprendere anche le altre situazioni soggettive quali condizioni di delinquente abituale, professionale o per tendenza»²⁵.

Effetti del principio espresso dalle Sezioni Unite

Vanno ora analizzate talune ricadute pratiche non direttamente affrontate dalla sentenza annotata ma delle quali, alla luce della conclusione raggiunta, si deve tener conto.

Le Sezioni Unite affermano che, se esclusa dal giudice, la recidiva non impedisce l'accessibilità del patteggiamento "allargato"; ma tale conclusione impone di spiegare come opera il principio avendo riguardo alla dinamica processuale.

²³ Secondo Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 82, l'art. 81, comma 4, c.p., non dovrebbe essere applicato se la recidiva reiterata è per la prima volta contestata nel processo avente ad oggetto più fatti avvinti dalla continuazione o in concorso formale.

²⁴ Bricchetti-Pistorelli, *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, Guida dir., 2003, 25, 23; Marzaduri, L. 12 giugno 2003 n. 134. *Modifiche al codice di procedura penale al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti*. Commento agli artt. 1-3, 5, *Legislazione pen.*, 2004, 253; Peroni, *Le nuove norme in materia di patteggiamento "allargato" e di sanzioni sostitutive*. Commento alla l. 12 giugno 2003 n. 134, *Dir. pen. proc.*, 2003, 1072.

A proposito dell'art. 162 *bis* c.p. Cass., sez. IV, 16 marzo 2004, *Riv. pen.*, 2005, 778, ha affermato che «ai fini dell'ammissibilità dell'oblazione speciale, la recidiva reiterata, pur in mancanza di una precedente apposita dichiarazione giudiziale dello "status" di recidivo - dichiarazione che non ha natura costitutiva - è ostativa all'applicazione del beneficio (la contestazione della recidiva essendo necessaria unicamente per applicare l'aumento di pena)». Conf. Cass., sez. I, 5 aprile 2006, G.G., *CED Cass.*, 234251.

²⁵ Cass., sez. VI, 9 dicembre 2008, p.m. in proc. O.R., *CED Cass.*, 242148. Secondo Cass., sez. II, 4 dicembre 2006, Cicchetti, *Cass. pen.* 2008, 3365, la necessità di una dichiarazione costituisce formalità che va riservato alle altre preclusioni soggettive previste dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p. Sul punto, tra l'altro, la sentenza annotata, esegue un'operazione interpretativa della giurisprudenza segnalando come, in effetti, sul punto specifico, nonostante la diversa posizione della sezione remittente, non sussista alcun tipo di contrasto. Cass., sez. III, 13 gennaio 2006, Bancalari, *Cass. pen.* 2006, 2422; Cass., sez. VI, 16 settembre 2004, Bonfanti, *Giust. pen.*, 2005, III, 723 e *CED Cass.*, 230378.

È ovvio, innanzitutto, che la recidiva, perché impedisca l'accesso al rito dev'essere anzitutto contestata all'imputato, non essendo evidentemente sufficiente che dal casellario giudiziale risultino una pluralità di condanne²⁶.

Da tale precisazione derivano alcune importanti conseguenze.

La prima è che, stante la "facoltatività" della recidiva, pur ricorrendone le condizioni, il pubblico ministero può non procedere alla contestazione e, sulla base di tale presupposto, esprimere il consenso alla richiesta di applicazione di una pena superiore ad anni due proposta dall'imputato.

Una via alternativa – come talvolta accade nella prassi giudiziaria – sta nel fatto che il magistrato d'accusa procede alla contestazione della recidiva allo scopo di rendere edotto il giudice dell'astratta presenza dei presupposti per poi ritenere la circostanza concretamente non applicabile in sede di espressione del consenso, spiegando le ragioni della scelta. A tal'ultimo riguardo, tuttavia, si deve considerare che, secondo un recente orientamento, «è illegittima la modifica dell'imputazione, con l'esclusione di un'aggravante contestata, effettuata dal pubblico ministero, nel corso dell'udienza mediante una correzione del capo di imputazione for-

mulata nel rinvio a giudizio, in quanto, in virtù del principio di irretrattabilità dell'azione penale, il pubblico ministero, a norma dell'art. 516 e 517 c.p.p., ha il solo potere di integrare l'accusa, mentre non può procedere autonomamente alla correzione o riquilibratura delle condotte, potere che spetta al giudice, al quale con la sentenza deve fornire adeguata motivazione sulle questioni di fatto e di diritto concernenti la sussistenza o meno di tali circostanze»²⁷. In effetti, è ben strano che, in sede di espressione del consenso ad una richiesta di patteggiamento allargato, il pubblico ministero rinneghi le scelte da lui assunte nell'imputazione, escludendo l'aggravante; non si capisce su quali elementi egli rivedrebbe *in melius* le sue determinazioni.

Comunque, in entrambe le evenienze sopra descritte, il giudice, nell'ambito del normale potere di valutazione (art. 444, comma 2, c.p.p.), può respingere l'accordo sulla pena, ritenendo al contrario sussistenti le condizioni concrete per l'adozione dell'art. 99, comma 4, c.p.; salvo a non pensare che gli sia precluso sindacare in positivo la configurabilità della recidiva se questa non è mai stata oggetto dell'imputazione formulata dal pubblico ministero.

²⁶ Così, Cass., sez. VI, 16 settembre 2004, p.m. in proc. Bonfanti, cit.; Cass., sez. III 13 gennaio 2006, Bancalari, cit., applicando un principio espresso in precedenza da Cass., sez. un., 27 maggio 1961, p.m. in proc. Papo, *Giust. pen.*, 1962, II, 97, secondo la quale «nel determinare la pena prevista dalla legge per il reato al fine di stabilire il termine di prescrizione non si tiene conto della recidiva quando questa non sia stata contestata all'imputato o, comunque, non risulti dalla sentenza» e da Cass., sez. un., 23 gennaio 1971, Piano, *Cass. pen.*, 1971, 554 secondo la quale «La recidiva, sia in quanto costituisce uno status personale dell'imputato, sia in quanto rappresenta una circostanza aggravante del reato, può essere presa in considerazione, a tutti gli effetti penali, solo se sia stata dichiarata dal giudice di merito. Il principio va osservato anche ai fini della riabilitazione, per la decorrenza del maggior termine di dieci anni richiesto per la concessione di tale beneficio ai recidivi. Invero la materia della riabilitazione, attenendo alla fase della esecuzione, non consente l'esame di situazioni e circostanze interdette a seguito della formazione del giudicato».

²⁷ Così, Cass., sez. IV, 24 aprile 2010, Pinna, *Cass. pen.*, 2010, 2740 con nota critica di F. Galluzzo, *È ipotizzabile una rinunzia parziale all'imputazione?*.

S'intuisce che la contestazione della recidiva - salvo che, con prassi eterodossa, il pubblico ministero non "ne disponga" al momento del consenso - è sufficiente a paralizzare il rito negoziato; in casi simili, la disciplina impone che il magistrato d'accusa esprima il proprio dissenso, motivandolo sulla base della causa preclusiva.

Tuttavia - poiché in forza di quanto statuisce l'art. 448, comma 1, c.p.p., l'impu-

tato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, può pronunciare immediatamente sentenza - non è detto che la domanda di patteggiamento allargato non dia riscontro positivo *in limine litis*, sempre che si ritenga non necessario, in tal caso, il consenso del pubblico ministero che ha contestato la recidiva²⁸.

²⁸ Per un'indagine su tale ultima problematica, inclusa la panoramica giurisprudenziale alla quale si rinvia, Della Monica, *La "rinnovazione" in giudizio della richiesta di patteggiamento*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 225.