

IRRAGIONEVOLEZZE E FRAINTENDIMENTI NEI RAPPORTI TRA RECIDIVA
REITERATA E CUMULO GIURIDICO DELLE PENE
OSSERVAZIONI A MARGINE DI C. COST., 21.10.2015 N. 241

di Andrea Gaboardi

(Dottore di ricerca in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa)

SOMMARIO: 1. La progressiva levigatura della disciplina introdotta dalla legge “ex Cirielli” in materia di recidiva. – 2. Il regime di cui all’art. 81 co. 4 Cp, la sentenza n. 241/2015 e i nodi problematici ancora irrisolti. – 3. I rapporti tra cumulo giuridico e cumulo materiale delle pene. – 4. La disposizione “oracolare” contenuta nell’art. 81 co. 4 Cp. – 4.1. Le situazioni effettivamente sottoposte al regime dell’aumento minimo di pena in sede di cumulo giuridico. – 4.2. Il fondamento logico e politico-criminale della disciplina in rapporto alla *ratio* del concorso formale di reati e della continuazione criminosa. – 4.3. Profili di illegittimità costituzionale della disciplina.

1. Con la sentenza 21.10.2015 n. 241, la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della compatibilità del regime di rigore introdotto dalla l. 5.12.2005 n. 251 nei confronti dei delinquenti recidivi con i principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 Cost.) e del finalismo rieducativo della pena (art. 27 co. 3 Cost.).

Le previsioni della c.d. legge “ex Cirielli” – della quale si sono denunciati in dottrina lo spirito forcaiolo e la gratuita, crudele “durezza”¹ – sono state invero sottoposte, nel corso degli anni, ad un intenso lavoro ermeneutico e demolitorio da parte del Giudice delle leggi, che ne ha stemperato le asperità più vistose e inaccettabili, sia pure talvolta a costo di dar vita ad ulteriori, significativi problemi di coerenza, di ragionevolezza e di proporzione della disciplina. In un primo momento, come è noto, la Corte – operando sul piano puramente interpretativo² – ha ricostruito in termini di facoltatività (*rectius*, discrezionalità) gli aggravamenti di pena previsti dai primi quattro commi dell’art. 99 Cp: soluzione, quest’ultima, che è ormai assunta al rango di un vero e proprio “diritto vivente” nella giurisprudenza di merito e di legittimità³, seb-

¹ Cfr. T. Padovani, *Introduzione*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino 2013, XXIV (ove si parla di «cieca ottusa bieca e inutile crudeltà» della legge “ex Cirielli”); Id., *sub art. 4 l. 5.12.2015 n. 251*, in *LP* 2006, 453; Id., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *GD* 2006 [dossier n. 1], 32; con specifico riferimento alla recidiva reiterata, cfr. E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *RIDPP* 2007, 521 ss.; M. Pavarini, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova 2006, 15 ss.; S. Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di A. Scalfati, Padova 2006, 53 ss.

² C. cost., 5.6.2007 n. 192.

³ Cfr., sul punto, Cass. S.U. 27.5.2010 n. 35738, in *CEDCass*, m. 247838. In relazione alla recidiva reiterata, v. Cass. S.U. 24.2.2011 n. 20798, in *CEDCass*, m. 249664. La tesi della generalizzata facoltatività degli aumenti di pena ex art. 99 Cp (con l’eccezione dell’ipotesi di cui al co. 5) è stata in origine propugnata in dottrina da A. Melchionda, *La nuova disciplina della recidiva*, in *DPP* 2006, 176 ss. Per una critica argomentata, v. T. Padovani, *sub art. 4, cit.*, 448 ss.; *contra*, anche F. Giunta, *Dal disegno di*

bene sia sorretta da basi logiche ed esegetiche assai fragili e nonostante presenti l'indubbio inconveniente di combinare in modo paradossale il carattere discrezionale dell'aumento di pena con la sua determinazione in misura fissa⁴ (con l'unica eccezione rappresentata dalla c.d. recidiva "aggravata" ex art. 99 co. 2 Cp).

Un tale approdo ermeneutico, che ha frustrato non poco l'intento rigoristico del legislatore, si è poi accompagnato alla declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuni meccanismi di irrigidimento sanzionatorio fondati su presunzioni assolute prive di fondamento empirico o comunque su automatismi irragionevoli e sproporzionati. Così, la Corte ha statuito l'incostituzionalità dell'art. 62-bis Cp, come novellato dalla legge "ex Cirielli", nella parte in cui non consentiva la concessione delle circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato (autore di delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a Cpp, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni) sulla base della sua condotta susseguente al reato⁵. La scure del giudice costituzionale si è, inoltre, abbattuta – sia pure selettivamente e cioè con riferimento alle ipotesi in cui ricorrano talune attenuanti ad effetto speciale comportanti una riduzione significativa della pena – sulle limitazioni poste dal riformato art. 69 co. 4 Cp al giudizio di bilanciamento tra circostanze in caso di applicazione della recidiva reiterata⁶. Infine, con una recente sentenza⁷, la Corte ha definitivamente eliminato le ipotesi di obbligatorietà dell'incremento di pena per la recidiva "comune" (art. 99 co. 5 Cp), privando così la disciplina di uno dei suoi tratti più qualificanti e discussi.

legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contenuto, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di F. Giunta, Milano 2006, 17 ss.

⁴ Rileva questa incongruenza T. Padovani, *Diritto penale*¹⁰, Milano 2012, 272; Id., *sub art. 4*, cit., 449 s.

⁵ C. cost., 7.6.2011 n. 183, in *DPP* 2011, 811 ss., con nota di G. Di Chiara, *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*. Su tale pronuncia, cfr. anche G. Leo, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti "indiretti" della recidiva*, in *RIDPP* 2011, 1785 ss.; G.L. Gatta, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *GCos* 2011, 2374 ss.

⁶ La disciplina introdotta dalla l. 251/2005 prevedeva originariamente un divieto assoluto di prevalenza di eventuali circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata. Per effetto della sentenza della C. cost., 5.11.2012 n. 251 (su cui v. D. Notaro, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *CP* 2013, 1745 ss.; G. Di Chiara, *Legge "Ex Cirielli", disciplina degli stupefacenti e divieto di prevalenza dell'attenuante della lieve entità sulla recidiva reiterata: incostituzionale la rigidità del meccanismo*, in *DPP* 2013, 1687 ss.), è stato eliminato il divieto di prevalenza dell'allora circostanza attenuante di cui all'art. 73 co. 5 TuStup sulla recidiva reiterata; per effetto delle sentenze della C. cost., 18 aprile 2014 nn. 105 e 106, è stato invece espunto il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 648 co. 2 Cp e 609-bis co. 3 Cp su tale forma di recidiva. In relazione a queste ultime pronunce, v. A. Michael, *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *DPP* 2014, 1082 ss.

⁷ C. cost., 8.7.2015 n. 185, in *DPP* 2015, 1490 ss., con nota di F. Rocchi, *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo automatismo sanzionatorio*. Su tale pronuncia, cfr. anche F. Urban, *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.2.2016, 1 ss. (spec. 15 ss.). Ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina Cass. 10.9.2014 n. 37443, in *DPP* 2015, 47 con nota di F. Rocchi, «Semel malus semper praesumitur esse malus»: dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica.

2. Nel giudizio deciso con la sentenza n. 241/2015, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, nello specifico, sulla legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio deteriore a cui l'art. 81 co. 4 Cp – introdotto dalla legge “ex Cirielli” – sottopone il reo recidivo reiterato in sede di quantificazione del cumulo giuridico delle pene previsto per le ipotesi di concorso formale di reati (art. 81 co. 1 Cp) e di reato continuato (*rectius*, continuazione criminosa⁸; art. 81 co. 2 Cp). Tale disposizione impone, infatti, un limite minimo all'aumento di pena per i reati satellite (fissato in un terzo della sanzione stabilita per il reato più grave), mentre la disciplina ordinariamente applicabile non contempla – come è noto – alcuna soglia, ammettendo finanche incrementi di un solo giorno di pena detentiva o di un solo euro di pena pecuniaria⁹.

Secondo il giudice rimettente – che ha sollevato la questione con riferimento, ancora una volta, ai parametri di cui agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. – la norma citata presenterebbe profili di illegittimità, là dove vincolerebbe il giudice a determinare la pena per il reato satellite inderogabilmente nel massimo edittale¹⁰. Ciò si verificherebbe,

⁸ L'espressione è preferibile rispetto a quella tradizionale, perché evidenzia – a superamento di un'antica, sopravvalutata disputa (su cui cfr. V. Zagrebelsky, *Reato continuato*², Milano 1976, 115 ss.) – la natura pluralistica dell'istituto, oggi unanimemente riconosciuto (anche in giurisprudenza: v., *ex multis*, C. cost., 30.7.2008 n. 324; Cass. S.U. 27.11.2008 n. 3286, in *CP* 2009, 2743 ss.) quale figura speciale di concorso materiale di reati: cfr., sul punto, L. Brizzi, *La coniugabilità della continuazione di reati e in particolare del “medesimo disegno criminoso” con lo “stato di tossicodipendenza”*, in *CP* 2015, 3596; F. Coppi, *Reato continuato*, in *DigDPen*, XI, Torino 1996, 223. V. anche M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino 2015, 168 ss.; D. Brunelli, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *CP* 2009, 2749 ss.; A. Pagliaro, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano 2007, 425.

⁹ Su tale previsione, v. soprattutto S. Tigano, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in *AP* 2012, 304 ss.; V.B. Muscatiello, *La recidiva*, Torino 2008, 141 ss.; R. Bartoli, *sub art. 5 l. 5.12.2005 n. 251*, in *LP* 2006, 453 ss.; A. Melchionda, *La nuova disciplina*, cit., 185; L. Bisori, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale*, cit., 73 ss.; A. Mambriani, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *GM* 2006, 847 ss.; L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *GD* 2006 [dossier n. 1], 64 s.; L. Mazza, *Il nuovo volto della recidiva*, in *Riv. di polizia* 2006, 99.

¹⁰ Più in particolare, il contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost. sarebbe stato ravvisabile – secondo il rimettente – nell'impossibilità, in determinati casi, di «modulare la pena in relazione alla necessaria funzione rieducativa della stessa», la quale impone di tener conto delle caratteristiche oggettive e soggettive del caso concreto. La norma impugnata violerebbe, poi, l'art. 3 Cost. per quattro diversi ordini di ragioni: 1) per la disparità di trattamento che introduce, in caso di riconoscimento del concorso formale o della continuazione, tra il condannato cui sia stata applicata la recidiva ex art. 99 co. 4 Cp e quello che non versi in tale condizione; 2) per la parificazione di situazioni di fatto tra loro differenti, atteso che nei casi di obbligatoria irrogazione del massimo della pena prevista per il reato satellite si impedirebbe qualsiasi adeguamento della sanzione alle peculiarità della vicenda concreta, finanche quelle rilevanti sul piano oggettivo; 3) per l'irragionevole differenza tra le modalità di quantificazione della pena valevoli per il reato base (le quali lasciano ampi margini di discrezionalità al giudice) e quelle applicabili per i reati satellite (le quali, invece, comportano talora l'irrogazione di un aumento in misura fissa, coincidente col massimo edittale previsto per il reato singolo); 4) per l'altrettanto irragionevole differenza del trattamento sanzionatorio rispetto alle ipotesi di mero concorso materiale di reati (in assenza di un medesimo disegno criminoso che li avvinca), ove il giudice conserva inalterato il potere di commisurare la sanzione entro una più o meno ampia forbice edittale.

seguendo l'impostazione del giudice *a quo*, in due casi: quando il limite minimo di un terzo della pena base risulta raggiungibile solo per effetto dell'applicazione della pena massima prevista per il reato satellite, ovvero quando la soglia del terzo si rivela inattuabile per effetto del "tetto" generale posto al cumulo giuridico dall'art. 81 co. 3 Cp, disposizione che – letta in combinazione con il co. 4 – imporrebbe l'irrogazione della sanzione per il reato satellite nella misura più elevata stabilita dalla legge.

La Corte ha avuto, invero, giuoco facile nel dichiarare l'inammissibilità della questione. Da un lato, ha rilevato l'incompletezza della descrizione della fattispecie concreta sulla quale il giudice di merito era chiamato a decidere, con conseguente impossibilità di vagliare la rilevanza della questione di costituzionalità nel giudizio *a quo*. Dall'altro lato, ha ritenuto che l'ordinanza di remissione fosse viziata da un presupposto interpretativo erroneo, consistente in una lettura dell'art. 81 co. 3 Cp incompatibile con la *littera legis*.

In particolare, quanto alla carenza di motivazione sulla rilevanza della questione, il Giudice delle leggi ha censurato – in modo del tutto condivisibile – l'omessa precisazione circa il momento in cui era stata o sarebbe stata eventualmente applicata per la prima volta la recidiva reiterata. Stando, infatti, alla giurisprudenza prevalente della Corte di cassazione¹¹, l'art. 81 co. 4 Cp si riferirebbe soltanto alle ipotesi in cui il reo sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva, e non anche ai casi di prima applicazione dell'aggravante di cui all'art. 99 co. 4 Cp. Solo nel primo caso, dunque, l'esito del giudizio di legittimità costituzionale sarebbe stato suscettibile di influire sul processo in corso, a meno che il giudice *a quo* non avesse ritenuto di discostarsi dall'orientamento ermeneutico maggioritario. Ma una simile scelta, certo legittima, avrebbe onerato il rimettente di illustrarne le ragioni nell'ordinanza con cui ha sollevato la questione di costituzionalità.

Per ciò che concerne il secondo profilo di inammissibilità della questione, il giudice *a quo* sarebbe caduto in errore nell'interpretare il disposto dell'art. 81 co. 3 Cp, il quale fissa come limite massimo al cumulo giuridico disciplinato dal primo comma la pena «che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti», ovvero sia la pena complessiva discendente dalla sommatoria aritmetica delle sanzioni commisurate per i singoli illeciti. Il rimettente, in particolare, non avrebbe considerato che il cumulo materiale delle pene regolato dagli artt. 72 ss. Cp e richiamato dall'art. 81 co. 4 Cp ha ad oggetto le singole pene che il giudice ritiene di dover irrogare in concreto in relazione a ciascuno dei reati in concorso e non le pene massime edittali¹².

¹¹ Sulla quale v. *infra*, § 4, nt. 39.

¹² Con riferimento alle ipotesi di reato continuato, occorre peraltro notare come parte della dottrina – nonostante la *littera legis* – ritenga che l'aumento fino al triplo non possa spingersi fino a coincidere con il cumulo aritmetico delle pene ordinariamente applicabili, poiché un simile esito sarebbe incompatibile con il *favor rei* connotato all'istituto della continuazione: v. R. Bartoli, *La determinazione della pena del reato continuato*, in *SI* 2002, 652; F. Coppi, *Reato continuato*, cit., 230; G. Flora, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del primo libro del codice penale*, in *RIDPP* 1975, 508; in giurisprudenza, v. Cass. 4.12.1981, Bottari, in *CP* 1983, 645. *Contra*, tra gli altri, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano 2004, 757; E. Morselli, *Reato continuato*, in *NssDI*, Appendice, VI, 1996, 364; in giurisprudenza, V. Cass. 11.3.1981, Polelli, in *CP* 1982, 1549.

Se l'esito di una questione di legittimità costituzionale così erroneamente impostata nella forma e nei presupposti giuridici era in effetti prevedibile, la sentenza in commento sollecita in ogni caso l'attenzione dell'interprete su alcuni nodi problematici irrisolti attinenti sia alla disciplina del concorso formale e della continuazione di reati in generale, sia al peculiare regime restrittivo previsto dall'art. 81 co. 4 Cp per i recidivi reiterati.

Sotto il primo profilo, emerge ancora una volta il tema del rapporto tra la pena complessiva discendente dal cumulo giuridico (anche in relazione alle modalità del suo calcolo) e le sanzioni che il giudice ritiene applicabili ai reati in concorso *uti singuli*.

Quanto alla disciplina di cui all'art. 81 co. 4 Cp, resta invece sul tappeto la questione della sua ragionevolezza, insieme a quella della sua compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale e con la finalità rieducativa della pena. Ma prima ancora, si avverte la necessità di verificare la sua capacità di inserirsi armonicamente nel tessuto normativo dell'art. 81 Cp, nonché di conciliarsi con la (controversa) struttura e con il (discusso) fondamento delle figure del concorso formale di reati e della continuazione criminosa.

La disposizione in esame sembra, infatti, presupporre una ben precisa ricostruzione dei due istituti, visti come espressione di un'indulgenza legislativa pura, giacché non necessariamente collegata al riscontro di elementi espressivi di un minor disvalore dei fatti commessi. L'unicità della condotta e l'identità del disegno criminoso non sono concepiti quali dati da cui inferire una ridotta colpevolezza dell'agente, ma sono riguardati come meri pretesti – dotati di piena legittimazione normativa – per cospicue mitigazioni di pena.

Tale lettura – presumibilmente indotta dall'atteggiamento “clemenziale” della giurisprudenza di merito, che espande l'area del reato continuato e confina di norma l'aumento di pena *ex art.* 81 co. 1 Cp entro margini alquanto esigui¹³ – ha appunto suggerito al legislatore del 2005 di predisporre un irrigidimento correttivo ispirato ad uno speculare “gratuito” rigore, anch'esso privo di un costante sostrato razionale in termini di maggiore colpevolezza e piuttosto collegato ad un mero *status* soggettivo (quello di recidivo reiterato) ritenuto sintomatico di un'elevata pericolosità sociale.

Nelle prossime pagine, si cercherà di mettere in luce i nodi problematici emergenti dalla lettura della sentenza della Corte costituzionale. Più specificamente, in un primo momento, si affronterà – partendo dall'errore ermeneutico in cui è incorso il

¹³ Tale atteggiamento, che nei casi di reato continuato si fonda spesso su una vera e propria presunzione relativa circa la sussistenza del medesimo disegno criminoso, è perlopiù motivato dall'avvertita necessità di mitigare le eccessive asperità sanzionatorie che deriverebbero dall'applicazione del cumulo materiale o comunque di una pena complessiva ad esso prossima. Sul punto, v. per tutti G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, p.g.⁵, Milano 2015, 516, 518; per un riscontro di questa tendenza già all'indomani della riforma del 1974, cfr. G. Sandrelli, *Indagine sulla prima applicazione dell'art. 81 del codice penale da parte del Tribunale di Torino dopo la riforma del 1974*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di G. Vassalli, Milano 1982, 367 ss. La Cassazione, pur censurando certi automatismi (v., ad es., Cass. 16.1.2009 n. 3747, in *CEDCass*, m. 3747), ha ritenuto l'accertamento circa la sussistenza del medesimo disegno criminoso *quaestio facti* incensurabile in sede di legittimità (cfr. Cass. 21.9.2012 n. 49969, in *CEDCass*, m. 254006).

giudice *a quo* – il tema del calcolo del cumulo giuridico delle sanzioni, in relazione al limite previsto dall'art. 81 co. 3 Cp e alla pena ritenuta irrogabile per le singole violazioni. In séguito, si cercherà di fornire l'interpretazione più plausibile dell'oscuro testo dell'art. 81 co. 4 Cp, concentrando l'attenzione sulla questione richiamata dal Giudice delle leggi e costituente, in effetti, il vero “pomo della discordia” in rapporto alla disposizione citata: a quali soggetti si applica la disciplina restrittiva introdotta in materia di concorso di reati dalla legge “ex-Cirielli”? Si tenterà, inoltre, di valutare la compatibilità di tale regime di rigore con i principi costituzionali e con la *ratio* dei due istituti del concorso formale di reati e della continuazione criminosa.

3. Il tema delle modalità di calcolo del cumulo giuridico delle pene è da sempre uno degli argomenti più controversi nella giurisprudenza in materia di concorso formale di reati e, ancor più, di continuazione criminosa. Il dibattito si è per lungo tempo concentrato soprattutto sul criterio di identificazione della «violazione più grave», la cui pena – stante il disposto dell'art. 81 co. 1 Cp – deve fungere da base per la quantificazione della sanzione complessiva. La focalizzazione dell'impegno ermeneutico su tale – pur importante – aspetto¹⁴ ha, tuttavia, sovente oscurato (o comunque indebitamente svalutato) altri gravi nodi problematici del regime del cumulo giuridico, primo fra tutti quello dei rapporti di quest'ultimo con il cumulo materiale delle pene e della procedura di verifica circa il rispetto del limite di cui all'art. 81 co. 3 Cp¹⁵.

In particolare, a meritare attenzione è la questione – logicamente preliminare rispetto alla stessa individuazione del c.d. reato base – concernente la necessità o meno che il giudice proceda alla determinazione della pena per i singoli reati in concorso *uti singuli*. La risposta, alla luce della disciplina complessiva del cumulo giuridico contenuta nell'art. 81 Cp, non può invero che essere affermativa¹⁶: soltanto attraverso la commisurazione della pena per tutti gli illeciti singolarmente considerati, risulta infatti possibile verificare con la dovuta precisione se la sanzione risultante dall'aumento *ex art.* 81 co. 1 Cp superi o meno il limite superiore costituito dal cumulo materiale. A ritenere diversamente, del resto, il “tetto” massimo fissato dall'art. 81 co. 3 Cp rischia di risolversi in una sorta di mero criterio orientativo tendenziale, privo di qualsiasi reale efficacia precettiva in ragione della normale impossibilità di verificarne l'avvenuto rispetto in concreto.

¹⁴ L'intensità e la complessità della questione sono testimoniate dall'intervento di ben sei pronunce della Corte di cassazione a Sezioni unite, che hanno più o meno diffusamente approfondito il tema: Cass. S.U. 28.2.2013 n. 25939, in *DPP* 2013, 1296 ss., con nota di A. Martufi, *Criteri per determinare la violazione più grave nel reato continuato: scelta la strada della conservazione*; Cass. S.U. 26.11.1997 n. 15, in *CP* 1998, 1599 ss., 2313, con nota di D. Pitton, *Violazione più grave e pene eterogenee nel reato continuato: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*; Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, in *CP* 1994, 2027 ss.; Cass. S.U. 12.10.1993 n. 748, in *CP* 1994, 1186; Cass. S.U. 27.3.1992 n. 4901, in *CP* 1992, 2046; Cass. S.U. 19.6.1982 n. 9559, in *GI* 1983 (II), 314.

¹⁵ Sul punto, v. comunque Cass. S.U. 19.6.1982, cit.

¹⁶ Analogamente R. Bartoli, *Per una rifondazione delle problematiche poste dal calcolo del cumulo giuridico*, in *DPP* 2013, 1352 s.; F. Coppi, *Reato continuato*, cit., 230 s.; V. Zagrebelsky, *Reato continuato*², cit., 847 s.

D'altro canto, l'obbligo di commisurare la pena in relazione ad ogni singolo reato è espressamente stabilito, sul terreno processuale, dall'art. 533 co. 2 Cpp.

Sul punto, occorre nondimeno rilevare come la giurisprudenza di legittimità – pur talvolta richiamando, in via di principio, l'esigenza di indicare in motivazione la sanzione “stabilita” per ciascun reato¹⁷ – abbia finito con l'assumere nei fatti un approccio estremamente (ed eccessivamente) “permissivo”, accontentandosi di solito della mera specificazione della pena irrogata per il reato ritenuto più grave e dell'incremento per la continuazione. Dettagli ulteriori non sono di norma richiesti, a meno che non emerga un effettivo interesse da parte dell'imputato, legato ad esempio ad una probabile futura applicazione di benefici penitenziari o *lato sensu* esecutivi, ovvero alla prevedibile estinzione di alcuni reati o di alcune pene¹⁸. È vero, infatti, che l'operazione di scioglimento del cumulo giuridico imposta da tali istituti può essere svolta in via incidentale dal giudice chiamato a pronunciarsi su di essi, senza necessità che questi disponga di puntuali riferimenti circa la sanzione ritenuta da infliggersi per ogni singolo reato in concorso¹⁹. Ma l'avvenuta commisurazione in concreto di quest'ultima – attività ovviamente riservata al solo giudice della cognizione – può contribuire in modo spesso decisivo a scindere il cumulo in frammenti di pena realmente proporzionati alla diversa gravità dei singoli illeciti²⁰. D'altra parte, va pure riconosciuto che al medesimo risultato può pervenirsi anche soltanto limitandosi ad indicare in sentenza i frammenti di aumento riferibili a ciascun reato in concorso: soluzione, questa, particolarmente congeniale a chi concepisce il cumulo giuridico come operazione di *addizione* di segmenti sanzionatori e propugnata talvolta dalla stessa giurisprudenza di legittimità²¹, che pure continua a leggere il cumulo nei termini di una *moltiplicazione* della pena base.

¹⁷ V., ad es., Cass. 2.7.2009 n. 32625, in *CEDCass*, m. 244843 richiamata anche dalla sentenza della Corte costituzionale in esame.

¹⁸ Tra gli istituti che impongono lo scioglimento del cumulo, si possono ricordare – oltre alla prescrizione del reato – l'indulto, l'amnistia impropria, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (a proposito delle quali, v. l'art. 53 co. 4 l. 24.11.1981 n. 689), alcuni benefici penitenziari nel caso in cui il concorso formale o la continuazione riguardino reati c.d. ostativi ex art. 4 Op. La scissione del cumulo appare, peraltro, imprescindibile – nonostante il contrario avviso della prevalente giurisprudenza – nei casi in cui l'aumento di pena si riferisca a reati puniti con pene diverse per genere e/o per specie, al fine di convertire l'incremento in una sanzione corrispondente, per tipologia, a quella prevista dal legislatore per il singolo reato satellite.

¹⁹ Cfr., ad es., in relazione al problema del calcolo dei termini di durata massima della custodia cautelare applicata solo ai reati satellite o ad alcuni di essi, Cass. S.U. 26.3.2009 n. 25956, in *RP* 2009, 1105.

²⁰ Deve, peraltro, ritenersi – in applicazione dei principi generali che regolano la fase esecutiva – che, qualora l'operazione di scioglimento del cumulo avvenga al di fuori del giudizio di cognizione, essa sia vincolata a rispettare il rapporto di proporzione tra le singole pene eventualmente commisurate nella sentenza definitiva.

²¹ Ritengono che debba potersi individuare, leggendo la motivazione della sentenza, la pena inflitta dal giudice in aumento per ciascun reato satellite Cass. S.U. 28.2.2013, cit. (sia pure collegando impropriamente tale aggravio motivazionale alla necessità di verificare l'avvenuto rispetto dell'art. 81 co. 3 Cp); Cass. S.U. 23.4.2009 n. 21501, in *CEDCass*, m. 243380; Cass. S.U. 21.4.1995 n. 7930, in *CEDCass*, m. 201549. Per una determinazione analitica delle singole entità di pena in aumento riferibili a ciascun reato si esprimeva già una parte minoritaria della giurisprudenza negli anni Ottanta: cfr., sul punto, E.M. Ambrosetti, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Padova 1991, 6 ss.

Un siffatto atteggiamento del giudice di legittimità riduce, a conti fatti, ad un mero vaglio astratto e formale il doveroso controllo sulla corretta applicazione delle regole relative al cumulo delle pene e sul buon uso del potere discrezionale del giudice²²: in mancanza della specificazione delle singole sanzioni separatamente applicabili, risultano censurabili solo le sproporzioni più eclatanti e manifeste (quelle che, ad esempio, importano il superamento della sommatoria dei massimi edittali) o gli aumenti di pena non corredate da adeguata motivazione, neppure rispetto alla loro determinazione complessiva. E proprio in tale svalutazione applicativa del limite di garanzia di cui all'art. 81 co. 3 Cp deve probabilmente ricercarsi la fonte dell'errore ermeneutico in cui è incorso il giudice *a quo* nel sollevare la *quaestio legitimitatis* decisa con la sentenza n. 241/2015: il rimettente, a ben guardare, si è in effetti limitato a constatare, riassumendolo senza ipocrisie, l'orientamento della prevalente giurisprudenza di legittimità, che – non imponendo la quantificazione e l'indicazione del cumulo materiale delle sanzioni in concreto applicabili – finisce inevitabilmente, ad onta delle affermazioni di principio e salvo che la sanzione complessiva sia stabilita in fase esecutiva, col disperdere nell'astrattezza il “massimale” calcolato alla stregua degli artt. 72 ss. Cp. Ovvio che tale astrattezza si traduca nella rilevanza attribuita al limite superiore della pena comminata dal legislatore per ciascun reato (eventualmente incrementata o ridotta alla luce delle circostanze ritenute applicabili), dal momento che si tratta – stanti le premesse – dell'unico dato disponibile utilmente impiegabile per sostanziare il precetto di cui all'art. 81 co. 3 Cp.

Ma v'è di più: l'ammessa carenza di una determinazione delle pene singolarmente applicabili è destinata a ripercuotersi inevitabilmente sulla soluzione di altre gravi questioni interpretative, fra cui appunto quella delle modalità di identificazione della violazione più grave. È, infatti, evidente che, di fronte a simili disinvolture, l'unica opzione praticabile sia costituita dal parametro della gravità in astratto²³, atteso che il giudice – salvo casi eccezionali – non avrà a disposizione termini di raffronto concreti (e cioè sanzioni effettivamente commisurate sulla base degli indici di cui all'art. 133 Cp). Non sorprende, allora, che la giurisprudenza più recente (da ultimo, Cass. S.U. 28.2.2013 n. 25939, in *CEDCass*, m. 255347)²⁴ abbia convintamente aderito

²² Sulla necessità – affermata a parole – di un vaglio scrupoloso in proposito, cfr. Cass. 2.7.2009, cit.; Cass. S.U. 21.4.1995, cit.; Cass. S.U. 23.1.1971, Urbinati, in *CEDCass*, m. 118011.

²³ Tale opzione è sostenuta in dottrina (adducendo a sostegno il necessario rispetto dei principi della riserva di legge e della certezza del diritto) da G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, p.g.⁷, Bologna 2014, 674; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*², Padova 1982, 387; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, p.g.², Milano 1980, 594. Secondo questa tesi, per individuare la violazione più grave, occorre guardare ai massimi ovvero – in caso di equivalenza di questi ultimi – ai minimi previsti dalla legge per i singoli reati in concorso. La giurisprudenza maggioritaria ritiene, in ogni caso, di integrare tale valutazione di carattere “quantitativo” con un parametro “qualitativo” basato sulla natura del reato (e dunque sulla *specie* di pena): i delitti, quale che sia la pena per essi prevista, debbono considerarsi sempre più gravi delle contravvenzioni (cfr., da ultimo, Cass. S.U. 28.2.2013, cit.; in dottrina, accoglie tale parametro “qualitativo”, sia pure combinandolo con l'identificazione in concreto della violazione più grave, R. Bartoli, *Per una rifondazione*, cit., 1352; Id., *La determinazione*, cit., 654; *contra*, A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.A. De Francesco, Torino 2011, 331 s.).

²⁴ V., in particolare, prima delle S.U. del 2013, Cass. 20.1.2012 n. 13573, in *CEDCass*, m. 253299; Cass.

alla tesi dell'identificazione del reato base in relazione alla gravità della pena edittale, escogitando talora correttivi "barocchi" per ovviare alle indubbie ambiguità ed incongruenze cui può condurre il criterio adottato²⁵.

L'identificazione in astratto della violazione più grave ed il ridimensionamento del limite di cui all'art. 81 co. 3 Cp si trovano, pertanto, in un rapporto di corrispondenza biunivoca. Non è un caso, d'altronde, che l'unica sentenza delle Sezioni unite patrocinate il parametro della gravità in concreto nell'individuazione del reato base abbia contestualmente affermato l'indispensabilità della previa determinazione della pena per tutti i reati in concorso nella loro singolarità²⁶.

È, del resto, proprio quest'ultima l'unica ricostruzione ermeneutica realmente conforme al principio di legalità: da un lato, infatti, l'art. 81 co. 3 Cp, letto in combinato disposto con l'art. 533 co. 2 Cpp, è inequivocabile nell'esigere un raffronto tra il cumulo giuridico stabilito dal giudice e il cumulo materiale ordinariamente applicabile (è questo il senso del richiamo alla disciplina di cui agli artt. 72 ss. Cp); dall'altro lato, l'art. 81 co. 1 Cp, identificando la pena alla base del cumulo in relazione alla gravità della rispettiva «violazione» e non del generico reato²⁷, è altrettanto netto nel

14.7.2010 n. 34382, in *CEDCass*, m. 248247; Cass. 15.6.2010 n. 24838, in *CP* 2011, 2252; Cass. 11.2.2010 n. 12473, in *CP* 2011, 188; in seguito, v. Cass. 16.9.2014 n. 49007, in *CEDCass*, m. 261424; Cass. 27.9.2013 n. 7407.

²⁵ Le ambiguità più consistenti sono legate al carattere equivoco degli indici di gravità edittale: un reato potrebbe, ad esempio, presentare un massimo edittale inferiore e al contempo un minimo edittale superiore a quello di un altro reato in concorso. Il correttivo più risalente e ricorrente è costituito dal ritenuto divieto per il giudice, in sede di determinazione in concreto della sanzione, di irrogare una pena base inferiore a quella minima stabilita per uno dei reati satellite (cfr. Cass. S.U. 28.2.2013, cit.; Cass. S.U. 24.2.2011 n. 20798, in *CEDCass*, m. 249664; Cass. S.U. 26.11.1997, cit.; Cass. S.U. 27.3.1992, cit.; Cass. 14.4.2011 n. 19737, in *CEDCass*, m. 250335; nello stesso senso C. cost., ord. 9.1.1997 n. 1). In questo modo, tuttavia, si introduce apoditticamente un limite minimo all'aumento ex art. 81 Cp invero non previsto dalla legge (così, ad es., A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, cit., 331). Un altro ormai consolidato temperamento al criterio fondato sulla gravità in astratto consiste, poi, nel prendere in considerazione la forma consumata o tentata del reato, nonché la presenza di eventuali circostanze attenuanti o aggravanti, se del caso fatte oggetto del bilanciamento di cui all'art. 69 Cp (Cass. S.U. 28.2.2013, cit.; Cass. 30.1.2013 n. 7346, in *CEDCass*, m. 254551; *contra*, Cass. 5.2.2009 n. 9828, in *CEDCass*, m. 243426). La soluzione è, però, contraddittoria: se la valutazione di gravità deve avvenire in astratto, non ha alcun senso applicare l'art. 69 Cp, il quale postula necessariamente un giudizio riferito alle caratteristiche concrete dell'episodio criminoso. Su tali correttivi, ritenuti espressione di uno sforzo di "concretizzazione" del criterio formalistico adottato, cfr. A. Martufi, *Criteri per determinare*, cit., 1306 ss.

²⁶ Cfr. Cass. S.U. 26.5.1984, cit. A favore dell'identificazione in concreto della violazione più grave, v. anche Cass. 4.6.2014 n. 38581, in *CEDCass*, m. 262223; Cass. 6.3.2012 n. 25120, in *CEDCass*, m. 252614; Cass. 9.2.2010 n. 12765, in *CEDCass*, m. 246895. In dottrina, v. R. Bartoli, *Per una rifondazione*, cit., 1352; F. Mantovani, *Diritto penale*, p.g.⁹, Padova 2015, 495; G.A. De Francesco, *Diritto penale*, II, *Forme del reato*, Torino 2013, 65 s.; T. Padovani, *Diritto penale*¹⁰, cit., 400; L. Fioravanti, *Nuove tendenze giurisprudenziali in tema di individuazione della "violazione più grave" ex art. 81 c.p.*, in *RIDPP* 1982, 749; R. Rampioni, *Sulla determinazione della pena nel reato continuato*, in *CP* 1978, 1021; V. Zagrebelsky, *Reato continuato*², cit., 137.

²⁷ Per tale rilievo, v., per tutti, T. Padovani, *Diritto penale*¹⁰, cit., 400. La dizione legislativa viene, però, da alcuni (cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale*, cit., 511) ritenuta talmente ambigua da suscitare fondati dubbi circa la sua illegittimità costituzionale per violazione del principio di legalità della pena.

collegare le dinamiche di quantificazione della sanzione complessiva alle caratteristiche concrete dei singoli illeciti commessi.

Non è, peraltro, solo il principio di legalità ad essere potenzialmente conculcato dalle sopra descritte disinvolture applicative: il rischio è anche quello di eludere – in spregio all'art. 27 co. 1 Cost. – l'imperativo del carattere personale della responsabilità penale (considerato, perlomeno, sotto il profilo del «*ne maior poena quam culpa sit*»), disancorando la determinazione della pena complessiva dal grado di riprovevolezza dei singoli illeciti e dell'intera vicenda criminosa²⁸. Senza contare che la pretesa valutazione in astratto della gravità delle singole violazioni ai fini del calcolo del cumulo all'esito del giudizio di cognizione stride con il principio di eguaglianza, se si considera che l'art. 187 NAttCp impone inequivocabilmente l'adozione del criterio dell'individuazione in concreto, qualora il concorso formale o il vincolo continuativo debbano essere applicati in sede esecutiva²⁹.

D'altra parte, la ritenuta inutilità della commisurazione delle singole pene in concreto sembra incidere anche sulla soluzione dell'ulteriore problema interpretativo riguardante le modalità di calcolo del cumulo giuridico in presenza di reati puniti con pene diverse per genere o per specie. La tesi prevalente in giurisprudenza – quella del semplice aumento della pena più grave, senza tener conto della diversità di genere o di specie della pena prevista per i reati satellite³⁰ – pare perlopiù motivata dalla difficoltà di frammentare il cumulo in segmenti riferibili ai singoli reati in concorso, difficoltà a sua volta derivante dalla frequente mancanza del termine di riferimento costituito dal rapporto di proporzione tra le sanzioni singolarmente applicabili e commisurate in concreto. E lo stesso discorso vale, *a fortiori*, per la questione della determinazione della durata delle eventuali pene accessorie: l'applicabilità del disposto di cui all'art. 77 Cp, pur affermata in via di principio, trova nei fatti un ostacolo insormontabile nella frequente riluttanza a commisurare le pene principali singolarmente infliggibili per ciascun reato, con la conseguenza che si è costretti a ripiegare verso il *modus discensus* del riferimento alla sola pena irrogata per la violazione più grave, indipendentemente dall'illecito per il quale si applica la sanzione penale accessoria³¹; se ciò rispetto all'interdizione dei pubblici uffici produce risultati a volte incoerenti ma tutto sommato accettabili, in relazione a pene accessorie più specificamente legate sul piano contenutistico al tipo di reato cui conseguono vi è il rischio,

²⁸ V., sul punto, A. Martufi, *Criteri per determinare*, cit., 1308 s.; F. Coppi, *Reato continuato*, cit., 230. Sottolinea D. Pitton, *Violazione più grave*, cit., 2317, come il criterio della valutazione in concreto sia maggiormente in linea anche con la finalità rieducativa della pena (art. 27 co. 3 Cost.).

²⁹ Nega il valore decisivo del riferimento all'art. 187 NAttCp, sostenendo la ragionevolezza di una divaricazione della disciplina sanzionatoria applicabile in sede di cognizione ovvero di esecuzione, G. Romeo, *Alle Sezioni unite, ancora una volta, la questione dei criteri di identificazione della violazione più grave nel reato continuato*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.11.2012. Conf. A. Martufi, *Criteri per determinare*, cit., 1309 s.

³⁰ Cfr. Cass. S.U. 28.2.2013, cit.; Cass. S.U. 26.11.1997, cit.; v. anche, *ex plurimis*, Cass. 17.3.2015 n. 35999, in *CEDCass*, m. 265002; Cass. 30.9.2004 n. 44414, in *CEDCass*, m. 230490.

³¹ V., ad es., Cass. 27.3.2008 n. 17616, in *CEDCass*, m. 240067; Cass. 11.7.1997 n. 8605, in *CEDCass*, m. 208580 (secondo la quale, però, occorrerebbe guardare alla sola violazione più grave anche in relazione alla *tipologia* delle pene accessorie applicabili); *contra*, distinguendo tra continuazione omogenea ed eterogenea, Cass. 13.6.1986 n. 6990, in *CEDCass*, m. 173318.

tutt'altro che peregrino, di dar luogo a vistose ed ingiustificate disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di concorso materiale "puro" di reati.

In definitiva, appare dunque imprescindibile – per scongiurare simili incongruenze – far precedere al calcolo del cumulo ex art. 81 co. 1 Cp la commisurazione in concreto delle pene ritenute applicabili ai singoli reati in concorso. Questa fase preliminare, tuttavia, non può risultare immune dall'influenza esercitata su ciascun illecito dal fattore aggregante preso in considerazione dal legislatore per giustificare la deroga all'ordinario regime della sommatoria aritmetica delle sanzioni. Ogni reato appare, infatti, fenomenologicamente condizionato dal contesto in cui si verifica e, dunque, anche dall'eventuale disegno criminoso in cui si inserisce, ovvero dalla contestuale realizzazione di altri illeciti penali per effetto del compimento dell'azione o dell'omissione tipica. Ciò vale soprattutto per l'elemento psicologico, che potrà essere influenzato soprattutto sotto il profilo dell'intensità del dolo o del grado della colpa. Senza contare che nel caso del reato continuato l'esistenza di un programma criminoso, rivelando significative connessioni con i motivi e gli scopi dell'agire (o non agire) illecito, sembra a pieno titolo apprezzabile quale circostanza concomitante in grado di incidere sul processo motivazionale del reo e, perciò, suscettibile di essere considerata come coefficiente di capacità a delinquere ex art. 133 co. 2 Cp.

Ebbene, è logico che tutte tali influenze siano adeguatamente valutate dal giudice già in sede di commisurazione della pena per i singoli reati in concorso, i quali devono essere sì analizzati partitamente, ma non certo isolandoli dal contesto in cui essi si trovano inseriti.

Solo dopo aver determinato le pene applicabili a ciascun illecito e aver conseguentemente calcolato il limite massimo posto al cumulo giuridico dall'art. 81 co. 3 Cp, il giudice potrà allora procedere all'individuazione della violazione (in concreto) più grave e all'incremento di pena per i reati satellite³².

4. La sentenza della Corte costituzionale in commento – nel censurare l'incompletezza dell'ordinanza di remissione per il difetto di una motivazione esauriente circa la rilevanza della questione sollevata – si concentra poi, come si è anticipato, sul tenore della disposizione di cui all'art. 81 co. 4 Cp. Essa è stato oggetto, come si sa, di molteplici controversie interpretative, sollecitate da imprecisioni lessicali

³² Non è qui possibile soffermarsi sulle modalità di calcolo dell'incremento, che costituiscono da tempo oggetto di controversia tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Nella prassi giudiziaria, in ogni caso, prevale nettamente l'adozione del c.d. criterio della "moltiplicazione" della pena base: cfr. Cass. S.U. 28.2.2013, cit.; Cass. S.U. 26.11.1997, cit. Sembra, in ogni caso, che l'aumento debba avvenire sulla base dei parametri di cui agli artt. 133 e 133-bis Cp, opportunamente adattati – nel caso di reato continuato – alla struttura del disegno criminoso (cfr. G.A. De Francesco, *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *RIDPP* 1978, 1452). Sul punto, sia consentito rinviare anche ad A. Gaboardi, *Le loquaci spoglie del reato continuato*, in *CP* 2014, 4006 ss. Per un'interessante ricostruzione alternativa che – sia pure in un'ottica *de lege ferenda* – mira a valorizzare le sanzioni commisurate in concreto per ciascun reato, v. R. Bartoli, *Per una rifondazione*, cit., 1353.

e contorsioni sintattiche così gravi da attribuire al testo legislativo – come è stato efficacemente osservato – la «chiarezza di un oracolo»³³.

I problemi ermeneutici posti dalla disposizione sono principalmente quattro.

Il primo è collegato all'infelice scelta legislativa di evocare il concetto di “applicazione” della recidiva reiterata. Come è noto, in sede di giudizio, le circostanze (compresa appunto la recidiva) prima si accertano nei loro presupposti e poi si riconoscono (o, come altrimenti si dice, si “dichiarano”). Tecnicamente esse non si applicano; ad essere applicato – obbligatoriamente o facoltativamente, secondo l'indicazione normativa – è piuttosto l'incremento di pena connesso alla ricorrenza della fattispecie circostanziale³⁴. L'approssimazione terminologica dell'art. 81 co. 4 Cp ha suscitato, pertanto, un vero e proprio dilemma circa il significato da attribuire alla locuzione impiegata: la c.d. applicazione della recidiva coincide con il suo riconoscimento oppure con l'applicazione del relativo aumento sanzionatorio?

La questione è destinata ad avere ricadute pratiche importanti nel caso in cui la recidiva reiterata sia stata riconosciuta senza alcun aggravamento del carico sanzionatorio, perché il giudice non ha proceduto all'aumento o perché ha ritenuto la recidiva equivalente o soccombente (nei limitati casi in cui quest'ultima soluzione è oggi possibile³⁵) rispetto a concorrenti circostanze attenuanti. Ebbene, qualora si reputasse il termine “applicazione” sinonimo di “riconoscimento”³⁶, in tutti i casi menzionati vigerebbe, in sede di cumulo, il limite minimo previsto dall'art. 81 co. 4 Cp. Viceversa, qualora si intendesse anettere rilievo all'effettività dell'aumento di pena per la recidiva, l'irrigidimento della disciplina del concorso formale e della continuazione non varrebbe certamente nelle ipotesi di mancato incremento sanzionatorio ovvero di soccombenza dell'aggravante rispetto ad eventuali attenuanti, mentre sarebbe di dubbia applicazione nei casi di equivalenza con queste ultime. La giurisprudenza, che ha aderito in modo pressoché unanime alla seconda opzione interpretativa, si è in effetti divisa proprio con riferimento alle ipotesi nelle quali la recidiva sia stata neutralizzata nelle sue conseguenze “deteriori” dalla ritenuta equivalenza di circostanze attenuanti. A fronte di un orientamento minoritario³⁷ che considera inapplicabile il limite di cui all'art. 81 co. 4 Cp in questi casi, si registra un opposto indirizzo³⁸ secondo il quale la dichiarata equivalenza tra la recidiva reiterata e le concor-

³³ Così, T. Padovani, *Alcuni rilievi sul progetto ex-Cirielli*, in www.camerepenalonline.it. Stigmatizzano il carattere tecnicamente scadente della prosa legislativa anche L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 73, che parla della norma come di un «piccolo miracolo d'oscurità»; A. Melchionda, *Recidiva e prescrizione*, cit., 185; L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 64.

³⁴ Lo ricorda L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 64. Sul punto, si vedano anche le precisazioni offerte da Cass. S.U. 27.5.2010, cit.

³⁵ Cfr. C. cost., 18.4.2014 nn. 105 e 106, cit.

³⁶ Così, ad es., L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 64.

³⁷ Cfr. Cass. 28.5.2015 n. 36247, su cui v. le osservazioni di G. Andreatza, in *CP* 2015, 3386; Cass. 11.9.2014 n. 53573, in *CEDCass*, m. 261887; Cass. 7.6.2013 n. 48768, in *CEDCass*, m. 258669; Cass. 21.11.2012 n. 5243; Cass. 28.9.2011 n. 431, in *CEDCass*, m. 251883.

³⁸ Cfr. Cass. 26.6.2015 n. 43040, con ampia argomentazione, in cui si rimarca come il verbo “applicare” implichi il “porre in atto” ovvero l’“imporre” qualcosa e venga utilizzato nel lessico codicistico per indicare l'irrogazione concreta di una sanzione; v. anche Cass. 27.1.2015 n. 22980, in *CEDCass*, m. 263985; Cass. 24.1.2011 n. 9636, in *CEDCass*, m. 249513.

renti attenuanti sarebbe inidonea ad impedire l'applicazione del regime più severo in materia di concorso formale e continuazione, dal momento che il bilanciamento in equivalenza comporta pur sempre la concreta incisione della riconosciuta recidiva sulla determinazione della pena, per il fatto di paralizzare l'effetto mitigatore sul carico sanzionatorio connesso alla ricorrenza delle circostanze attenuanti.

Il profilo più controverso della disciplina riguarda, però, i soggetti cui deve applicarsi il regime più severo previsto dalla disposizione in esame. I termini del problema interpretativo sono stati, peraltro, già impostati a grandi linee in precedenza, riassumendo le motivazioni dell'inammissibilità della questione di costituzionalità decisa con la sentenza n. 241 del 2015. La *consecutio temporum* dei verbi impiegati dal legislatore nell'art. 81 co. 4 Cp (ove si parla di reati che «sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva» reiterata) ha, infatti, indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere applicabile la soglia minima del cumulo solo nei casi in cui il reo sia già stato dichiarato recidivo reiterato con sentenza definitiva prima della perpetrazione degli illeciti in concorso³⁹. È questa, del resto, la lettura suggerita (sia pure incidentalmente e in forma dubitativa) dallo stesso Giudice delle leggi, sia nella pronuncia in commento sia nella precedente ordinanza n. 193 del 2008⁴⁰. Non manca, tuttavia, chi⁴¹ – attenendosi allo spirito della riforma del 2005 – ritiene di riferire la norma di cui all'art. 81 co. 4 Cp anche alle situazioni in cui il condannato sia riconosciuto per la prima volta recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati – in concorso formale o unificati dal vincolo della continuazione – del cui trattamento sanzionatorio si discute.

Il dibattito è peraltro complicato dal riscontro di ulteriori ambiguità nel testo legislativo, il quale riferisce il requisito della (previa o contestuale) avvenuta applicazione della recidiva ex art. 99 co. 4 Cp ai soli reati satellite, senza nulla dire circa la violazione più grave. Se si considera che – per la dottrina e la giurisprudenza dominanti⁴² – il medesimo disegno criminoso su cui si sorregge il reato continuato appare

³⁹ Cfr. Cass. 11.9.2014, cit.; Cass. 26.3.2013 n. 18773, in *CEDCass*, m. 256011; Cass. 1.7.2010 n. 31735, in *CEDCass*, m. 248094. Così, in dottrina, V.B. Muscatiello, *La recidiva*, cit., 141 s.; S. Corbetta, *Il nuovo volto*, cit., 82.

⁴⁰ C. cost., 21.5.2008 n. 193, che riconosce comunque il carattere non implausibile dell'opposta interpretazione.

⁴¹ Si veda, sia pure implicitamente, l'ordinanza di rimessione (487/2007) che ha condotto a C. cost., 21.5.2008, cit. Così anche A. Mambriani, *La nuova disciplina*, cit., 847 s.; L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 81; L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 64 s. Non esclude l'ammissibilità di tale ricostruzione A. Melchionda, *Recidiva e prescrizione*, cit., 185.

⁴² La compatibilità tra recidiva e continuazione è perlopiù motivata sulla base dell'eventualità – certamente plausibile – che l'intervento di una condanna irrevocabile nel corso dell'esecuzione del disegno criminoso lasci del tutto indifferente il reo o addirittura fomenti il suo spirito di ribellione contro l'ordinamento: cfr. Cass. 2.7.2013 n. 41881, in *CEDCass*, m. 256712; Cass. 24.11.2011 n. 19541, in *CEDCass*, m. 252847; Cass. S.U. 17.4.1996 n. 9148, in *CEDCass*, m. 205543; in dottrina: G. Diotallevi, *La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella prospettiva nomofilattica delle Sezioni unite*, in *CP* 1997, 358 s.; V. Zagrebelsky, *Reato continuato*², cit., 55; F. Coppi, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli 1969, 366. In senso adesivo e con ulteriori argomenti a favore, sia consentito rinviare ad A. Gaboardi, *Le loquaci spoglie*, cit., 4003. *Contra*, adducendo soprattutto ragioni di carattere politico-criminale, Cass. 11.11.2010 n. 5761, in *CEDCass*, m. 249254; in dottrina: F. Mantovani, *Diritto penale*, p.g.⁹, cit., 490 s.; E.M. Ambrosetti, *Problemi attuali*, cit. 31.

compatibile con l'applicazione della recidiva ad alcuni dei reati in serie, si capisce allora come la descritta polarizzazione della controversia sulle due posizioni sopra riasunte si sia dissolta, almeno in dottrina, nell'articolazione di impostazioni intermedie, che in materia di continuazione di reati valorizzano le diverse possibili scansioni cronologiche della serie criminosa. Ma sul punto si avrà modo di tornare a breve.

Un terza questione dibattuta attiene, invece, alla quantificazione dell'aumento minimo previsto dall'art. 81 co. 4 Cp. Da un lato, infatti, il richiamo al terzo della «pena *stabilita* per il reato più grave», se preso alla lettera, deporrebbe per la considerazione della sanzione astrattamente prevista dal legislatore; dall'altro lato, leggendo in tali termini la disposizione, non sarebbe chiaro se il limite “fisso” di un terzo debba essere calcolato sul minimo o sul massimo edittale. Ragione per cui la giurisprudenza, con una sorta di interpretazione correttiva, fa riferimento alla pena base determinata in concreto⁴³.

In relazione alla soglia inferiore *ex art. 81 co. 4 Cp*, è sorto peraltro l'ulteriore problema dell'individuazione dell'incremento cui essa risulta applicabile: ci si chiede, cioè, se l'incremento evocato dal legislatore sia quello complessivo sulla pena base o, viceversa, corrisponda all'aumento di pena per ciascun reato satellite. Nel secondo caso, come è evidente, l'irrigidimento del trattamento sanzionatorio sarebbe senz'altro assai più cospicuo, atteso che il limite minimo del terzo della pena base opererebbe in modo, per così dire, frammentario, riferendosi ad ogni singolo segmento di sanzione in aumento. La giurisprudenza ha, in ogni caso, accolto la prima soluzione ricostruttiva⁴⁴, sia per scongiurare irragionevoli eccessi di rigore afflittivo sia per il prevalente ricorso da parte dei giudici al criterio della “moltiplicazione” in sede di quantificazione del cumulo con la conseguente, frequente indisponibilità di precise indicazioni circa l'entità dei frammenti di pena riferibili a ciascun reato satellite.

Nei paragrafi che seguono, si procederà all'esame del regime deteriore previsto dall'art. 81 co. 4 Cp, con un triplice obiettivo: 1) identificare le situazioni cui tale norma risulta plausibilmente applicabile; 2) saggiare il fondamento logico e politico-criminale di tale disciplina, anche in rapporto alla *ratio* delle figure del concorso formale di reati e della continuazione criminosa; 3) evidenziare eventuali profili di contrasto tra l'art. 81 co. 4 Cp e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità della responsabilità penale e finalismo rieducativo della pena.

4.1. Quali sono, dunque, le ipotesi di concorso formale di reati o di continuazione criminosa soggette alla disciplina restrittiva introdotta all'art. 81 co. 4 Cp dal legislatore del 2005? E in che cosa consiste effettivamente tale disciplina?

La risposta alla seconda domanda, pur a fronte di qualche perplessità dovuta alla sciatteria con cui è stato redatto il testo di legge, è senz'altro più agevole. È evidente, infatti, che la norma in esame impone, nei casi di cui all'art. 81 co. 1 e 2 Cp, un

⁴³ Tale soluzione è patrocinata in dottrina da G.A. De Francesco, *Diritto penale, II, Forme del reato*, cit., 66.

⁴⁴ Cfr. Cass. 26.6.2015, cit.; Cass. 28.5.2015, cit.; Cass. 19.12.2012 n. 4918; Cass. 13.1.2010 n. 5478, in *CEDCass*, m. 246116; Cass. 4.9.2008 n. 37482, in *CEDCass*, m. 241809.

limite minimo al complessivo aumento di pena per i reati satellite fissato in un terzo della pena base (e cioè della sanzione inflitta per la violazione più grave), ovvero nella sommatoria delle pene separatamente applicabili, ove questa sia di ammontare inferiore. In quest'ultimo caso, il limite minimo coincide con il limite massimo, dimodoché la determinazione dell'aumento per il concorso formale o per la continuazione avviene in misura fissa.

Le diverse interpretazioni che pure sono state prospettate sono, infatti, destinate ad infrangersi contro ostacoli insuperabili sul piano applicativo e sistematico. Ciò vale, innanzitutto, per la già menzionata tesi che vorrebbe calcolare l'aumento minimo per i reati satellite sulla pena comminata in astratto dal legislatore: come già si è anticipato, questa ricostruzione – in mancanza di indicazioni normative più puntuali – condurrebbe a gravi incertezze, non essendo chiaro se occorra riferirsi al minimo o al massimo edittale⁴⁵. Problemi di ordine sistematico pone, invece, la diversa tesi che riferisce la soglia di cui all'art. 81 co. 4 Cp all'incremento per ciascun illecito satellite: a parte gli eccessi sanzionatori cui potrebbe condurre, essa dimentica il collegamento pur sempre esistente tra la disposizione in esame e il primo comma dell'art. 81 Cp, il quale – nel definire il cumulo giuridico – fa esclusivo riferimento ad un aumento sino al triplo della sanzione che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, non scindendo tale incremento in tanti segmenti di pena quanti sono i reati satellite⁴⁶. È certo plausibile – anche se non condivisibile – ritenere che il cumulo debba avvenire per successive addizioni e non per moltiplicazione della pena base⁴⁷, ma costituisce viceversa un'evidente forzatura affermare che l'art. 81 co. 4 Cp – nel richiamare genericamente l'aumento di cui al primo comma – presupponga una sua interpretazione nel senso richiamato e per giunta si riferisca ad ogni segmento sanzionatorio aggiuntivo: da un lato, la teoria del cumulo per addizioni consecutive appare perfettamente conciliabile anche con la tesi della soglia minima "globale"; dall'altro lato, se l'art. 81 co. 1 Cp pone il "tetto" massimo del triplo all'aumento nel suo complesso, non si vede perché l'art. 81 co. 4 Cp – che presenta un tenore letterale tutto sommato analogo – non debba parimenti fissare la "soglia" minima del terzo all'incremento considerato nella sua interezza.

⁴⁵ Inoltre, essa sarebbe del tutto disarmonica sul piano sistematico: la pena inflitta per il reato base dovrebbe essere incrementata di una quota minima proporzionale alla pena prevista in astratto e di una quota massima proporzionale alla pena determinata in concreto. Un simile sincretismo appare del tutto immotivato e illogico, nonché foriero di potenziali disequilibri sanzionatori. Cfr. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, II, *Forme del reato*, cit., 66.

⁴⁶ Va, inoltre, rilevato come la soluzione qui criticata era quella esplicitamente accolta dall'originaria formulazione dell'emendamento governativo che ha condotto all'introduzione dell'art. 81 co. 4 Cp., ove si affermava appunto che il giudice avrebbe dovuto applicare un aumento minimo di un terzo della pena irrogabile per ogni reato satellite caduto in continuazione. Se si vuole attribuire un senso alla modifica intervenuta nel corso dell'esame parlamentare, tale soluzione – non più chiaramente suffragata dal testo legislativo – deve essere rigettata. Cfr., sul punto, L. Bisorì, *La nuova recidiva*, cit., 72 s., nt. 66.

⁴⁷ È ciò che in ultimo sembra suggerire, *ex plurimis*, C. Silva, *L'evoluzione della continuazione: il problematico passaggio dalla teoria del reato alla commisurazione della pena*, in www.archiviopenale.it, 2015, 8 ss.

Ciò chiarito, occorre ora affrontare il problema delle situazioni nelle quali deve trovare applicazione il suddetto regime di rigore. La questione si risolve quasi completamente nell'esatta identificazione dei soggetti recidivi reiterati evocati in modo quanto mai sibillino dal testo della disposizione in esame.

Innanzitutto, è necessario chiarire che i recidivi reiterati sottoposti alla disciplina dell'art. 81 co. 4 Cp sono esclusivamente quelli a cui il giudice ha ritenuto di applicare l'aumento di pena *ex art. 99 co. 4 Cp*. Sono, pertanto, esclusi coloro i quali siano stati semplicemente dichiarati recidivi reiterati e *a fortiori* i soggetti rispetto ai quali la recidiva non sia stata nemmeno ritenuta (perché, ad esempio, non contestata) pur essendone stati accertati i presupposti.

La conclusione si impone per ragioni linguistiche soverchianti. Infatti, per quanto l'art. 81 co. 4 Cp sia affastellato di espressioni atecniche o comunque imprecise, l'opera correttiva dell'interprete non può spingersi fino a trascurare completamente il campo semantico delle parole impiegate dal legislatore: in questo caso, l'uso del participio «applicata» – per quanto riferito in modo improprio alla recidiva, anziché alla relativa sanzione in aumento – denota in maniera inequivocabile l'intenzione di dare esclusivo rilievo alle ipotesi in cui il giudice abbia proceduto a porre in atto le conseguenze riconnesse dall'ordinamento alla ricorrenza della peculiare recidiva in discorso.

Il regime di cui all'art. 81 co. 4 Cp risulta, pertanto, applicabile in tutte le ipotesi in cui il giudice abbia dichiarato la recidiva e l'abbia presa in considerazione al fine di determinare il concreto trattamento sanzionatorio. In caso di bilanciamento con concorrenti attenuanti, ciò avviene non soltanto quando la recidiva *ex art. 99 co. 4 Cp* sia stata ritenuta prevalente, ma anche quando essa sia stata dichiarata equivalente o finanche soccombente (nelle rare ipotesi in cui è ammessa una simile soluzione). Nel caso di equivalenza, la concreta incidenza della recidiva sulla commisurazione della pena è evidente, visto che essa impedisce la decurtazione della sanzione dell'ammontare corrispondente alle concesse attenuanti. Ma il discorso non pare mutare neppure in ipotesi di soccombenza, dacché il nostro ordinamento distingue chiaramente tra mera non applicazione dell'aumento di pena discrezionale e concreta prevalenza delle attenuanti sulla corrispondente aggravante facoltativa. In quest'ultimo caso, infatti, il giudice ammette che, in assenza della ricorrenza di attenuanti (peraltro, ritenute così significative da oscurare il rilievo dell'aggravante), la dichiarata recidiva avrebbe certamente comportato un incremento di pena. Anche in questa ipotesi vi è, dunque, un'incidenza della recidiva sulla fase di commisurazione della sanzione, avendo essa costituito oggetto di un concreto giudizio di ponderazione *ex art. 69 Cp*.

La soluzione prospettata è, peraltro, in linea tanto con la *ratio* dell'intervento legislativo del 2005, quanto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 27 Cost. Sul primo fronte, occorre rilevare come il fondamento della disciplina "deteriore" di cui all'art. 81 co. 4 Cp risieda nell'avvertita necessità di ridurre gli effetti potenzialmente benevoli del cumulo giuridico nei confronti di soggetti rivelatisi particolarmente insensibili al messaggio dissuasivo di precedenti condanne e perciò considerati maggiormente pericolosi: tale insensibilità, per poter giustificare una simile prognosi di pericolosità sociale, deve essere stata non soltanto accertata in concreto, ma

anche ritenuta meritevole di incidere, in termini di maggior rimproverabilità, sulla commisurazione della sanzione. Quanto al rispetto dei principi costituzionali, nulla di arbitrario sembra esservi nel discriminare tra soggetti a cui la recidiva reiterata sia stata solo dichiarata e soggetti che abbiano visto applicarsi l'aumento di pena (sia pure eventualmente neutralizzato da concorrenti attenuanti): la valutazione del giudice, che ha ritenuto di praticare l'incremento sanzionatorio, è infatti motivata in termini di maggior colpevolezza e/o pericolosità⁴⁸.

Ciò chiarito, occorre affrontare il tema cruciale del momento in cui deve essere stato applicato l'aumento di pena per la recidiva. Anche in questo caso, occorre innanzitutto sgombrare il campo da ricostruzioni incompatibili col tenore letterale della disposizione in esame. L'utilizzo di una voce verbale coniugata al passato, per giunta in consecuzione ad un altro verbo coniugato al presente, induce necessariamente a ritenere che la norma si riferisca a casi nei quali vi sia stata una *pregressa* "applicazione" della recidiva di cui all'art. 99 co. 4 Cp⁴⁹. Tale soluzione si impone, peraltro, anche per ragioni logiche: la ritenuta "prima" applicazione dell'incremento sanzionatorio per la recidiva reiterata ai reati satellite deve ovviamente riflettersi sul calcolo dell'aumento *ex art.* 81 co. 1 Cp, così come avviene per tutte le circostanze aggravanti riferite a tali illeciti⁵⁰; se la recidiva reiterata, oltre ad influire di riflesso sulla quantificazione del cumulo, finisse pure con l'incidere direttamente – attraverso il meccanismo della soglia minima – sull'aumento di pena per il concorso formale o per il reato continuato, essa verrebbe presa in considerazione due volte (una volta in relazione al singolo reato e un'altra volta in sede di irrigidimento dell'aumento globale), con violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale declinato sul piano delle conseguenze sanzionatorie⁵¹.

⁴⁸ Inoltre, se si aderisce – come in questa sede – alla tesi per cui la recidiva reiterata deve essere stata "applicata" prima della commissione di almeno uno dei reati satellite, l'avvenuta incidenza della stessa sulla determinazione della pena pare espressiva, rispetto ai nuovi reati realizzati, di una più spiccata ostilità ai precetti dell'ordinamento. La circostanza dimostra, infatti, l'insufficiente efficacia deterrente della precedente valorizzazione della stessa recidiva reiterata ai fini sanzionatori. Ciò che può essere indice di maggior colpevolezza per i reati in concorso e, in ipotesi, anche di maggiore pericolosità.

⁴⁹ Ritiene, invece, l'argomento fondato sulla *consecutio* dei tempi verbali non decisivo L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 81, il quale rileva come – a fronte della sciattezza tecnica del legislatore – pare improponibile fare leva in sede interpretativa su raffinati *distinguo* lessicali. Tanto più che è possibile che «l'improprio ricorso al tempo passato voglia semplicemente dar conto dello scarto logico-cronologico che naturalmente intercorre tra il riconoscimento della recidiva ed il momento di quantificazione dell'aumento di pena».

⁵⁰ Deve, in proposito, ricordarsi che tutti i reati uniti dal vincolo della continuazione, con riferimento alle circostanze aggravanti e attenuanti, mantengono la loro autonomia. Pertanto, la recidiva reiterata potrebbe dar luogo ad un aumento "virtuale" di pena solo in relazione ad alcuni dei reati satellite. Cfr., sul punto, Cass. S.U. 27.11.2008, cit.; in dottrina, v. C. Silva, *L'evoluzione della continuazione*, cit., 6 s.

⁵¹ Ed infatti è soprattutto chi ritiene la norma riferibile anche ai casi di prima "applicazione" della recidiva a denunciare tale violazione del *ne bis in idem*: A. Mambriani, *La nuova disciplina*, cit., 848; L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 66. V. anche A. Melchionda, *Recidiva e prescrizione*, cit., 185. V., però, L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 85 s. Per converso, R. Bartoli, *sub art.* 5, cit., 456, sottolinea correttamente come, considerando anche i casi di prima "applicazione" della recidiva, quest'ultima

Ma quali sono le ipotesi di pregressa applicazione dell'incremento per la recidiva reiterata rilevanti ai fini del trattamento più severo di cui all'art. 81 co. 4 Cp?

Nulla quaestio circa i casi di recidiva riconosciuta e considerata ai fini sanzionatori in un precedente giudizio riguardante reati diversi da quelli in concorso. Essi rientrano indubbiamente nell'alveo applicativo della norma in esame (purché – come si vedrà – la recidiva reiterata sia “applicata” anche ai reati satellite in concorso).

Il testo dell'art. 81 co. 4 Cp sembra, tuttavia, ricomprendere anche situazioni ulteriori. La previsione legislativa è, infatti, alquanto esplicita nel richiedere che gli illeciti commessi dopo l'avvenuta “applicazione” della recidiva in un precedente giudizio siano i «reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave», dunque i soli reati satellite⁵². Non è, pertanto, né necessario né sufficiente che il reato base sia stato realizzato successivamente rispetto all'applicazione con sentenza definitiva dell'aumento di pena per la recidiva reiterata; ciò che conta è la posteriorità della perpetrazione dei reati satellite.

Così ragionando, nelle ipotesi di reato continuato, soggiacerebbe al regime dell'incremento minimo anche il caso in cui la recidiva reiterata abbia inciso sul trattamento sanzionatorio della violazione più grave realizzata e giudicata prima della commissione di tutti i reati satellite o anche soltanto di uno solo tra essi. Allo stesso modo, la disciplina di cui all'art. 81 co. 4 Cp sarebbe applicabile nelle ipotesi di giudicato sulla recidiva reiterata incidente sulla sanzione di uno o più reati satellite, purché almeno un altro reato satellite sia stato compiuto successivamente. Ancora: la soglia minima interverrebbe ad irrigidire l'aumento in tutte le ipotesi in cui la recidiva reiterata abbia influito sulla determinazione della pena per reati estranei alla serie criminosa e tuttavia accertati in via definitiva nel corso della sua esecuzione, col solo limite della priorità del giudicato rispetto alla commissione di almeno un illecito satellite⁵³.

La soluzione – che presuppone, in ogni caso, la ritenuta compatibilità tra continuazione di reati e recidiva⁵⁴ – non trova, peraltro, conforto nel solo dato letterale,

venga valutata due volte agli stessi fini commisurativi e in ordine agli stessi fatti giudicati da una stessa sentenza di condanna; viceversa, escludendo tali situazioni, la recidiva assumerebbe rilevanza per due volte ai medesimi fini commisurativi, ma in ordine a fatti (e a sentenze di condanna) diversi, senza dunque violazione del *ne bis in idem*.

⁵² Valorizza questo profilo linguistico della disposizione, sia pure partendo da presupposti interpretativi diversi e giungendo a conclusioni parimenti divergenti, A. Mambriani, *La nuova disciplina*, cit., 848. Così anche L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 83 ss., portando a sostegno anche i lavori preparatori della disposizione. L'A. osserva, tuttavia, il carattere un poco “bizzarro” di una previsione in virtù della quale l'aggravamento della sanzione dipende da una circostanza che non riguarda necessariamente il reato alla cui pena è raggugliato il trattamento sanzionatorio complessivo. Ammette che una siffatta interpretazione è la più conforme alla *littera legis* e non è implausibile sul piano sistematico R. Bartoli, *sub art. 5*, cit., 459, il quale ritiene che – aderendo ad un tale ricostruzione ermeneutica – l'art. 81 co. 4 Cp sarebbe applicabile – oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata si riferisca a reati estranei al concorso – solo nell'ipotesi in cui la violazione base sia stata realizzata prima dei reati satellite.

⁵³ Cfr., sul punto, L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 74 ss.

⁵⁴ S. Tigano, *La recidiva reiterata*, cit., 305, pur partendo da diversi presupposti interpretativi, ritiene del resto che la previsione in esame avrebbe definitivamente risolto in termini favorevoli la tradizionale questione della conciliabilità tra recidiva e vincolo della continuazione. Cfr. anche D. Falcinelli,

ma ha dalla sua anche una specifica ragione di carattere sistematico. Se si dovesse guardare anche alla violazione più grave, qualora essa fosse stata effettivamente commessa dopo il formarsi del giudicato su di una recidiva reiterata, il potenziale aggravamento sanzionatorio *ex art. 81 co. 4 Cp*, sia pure riguardato nel segmento “virtualmente” riferibile a tale reato, andrebbe ad incidere – in modo non solo irrazionale, ma anche illegittimo – su di una pena riferita dal legislatore codicistico (*art. 81 co. 1 Cp*) ad altri illeciti (i reati satellite, al cui numero e alla cui gravità essa deve essere – secondo la giurisprudenza – commisurata)⁵⁵. La concreta influenza della gravità di un reato (la violazione base) sulla sanzione determinata per altri reati (gli illeciti satelliti) si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza costituzionale che vieta aggravamenti sanzionatori fondati su meri *status* o caratteristiche personali privi di qualsiasi legame con l’illecito realizzato⁵⁶. Peraltro, gli effetti cui si perverrebbe assumerebbero risvolti invero paradossali nel caso in cui l’unico reato per il quale dovessero sussistere i requisiti posti dall’*art. 81 co. 4 Cp* fosse in concreto proprio la violazione più grave: in una simile evenienza, la più elevata rimproverabilità personale rispetto a tale illecito e connessa alla recidiva “plurireiterata”, pur essendo priva di risvolti sulla pena del reato base⁵⁷, comporterebbe un aumento minimo sulla sanzione commisurata per altri reati del tutto estranei, magari neppure aggravati da una recidiva *ex art. 99 co. 4 Cp*.

Quanto si è finora affermato si fonda, nondimeno, su un assunto di partenza, che merita ora di essere sufficientemente argomentato: l’applicabilità del regime di cui all’*art. 81 co. 4 Cp* anche a quelle ipotesi di concorso formale di reati e a quelle serie criminose nelle quali i requisiti previsti da tale norma ricorrano esclusivamente rispetto ad alcuni illeciti (in ipotesi, anche uno soltanto). Si pensi, per esempio, ai casi in cui concorrano tra loro (*ex art. 81 co. 1 o 2 Cp*) delitti dolosi e delitti colposi, ovvero delitti dolosi e contravvenzioni⁵⁸. Oppure, si pensi ancora alle ipotesi in cui la recidiva reiterata sia stata “applicata” rispetto ad alcuni reati della sequenza (o ad altri reati estranei) nel corso dell’esecuzione del disegno criminoso.

Il reato continuato tra Mito (del favor rei) e Realtà (del medesimo disegno criminoso), in www.archiviopenale.it, 2014, 7; A. Mambriani, *La nuova disciplina*, cit., 848.

⁵⁵ La circostanza è rilevata, sia pure riconducendo nell’alveo dell’*art. 81 co. 4 Cp* anche i casi di prima “applicazione” della recidiva reiterata, anche da L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 84 s.

⁵⁶ Cfr., per tutte, con estrema chiarezza, C. cost., 8.7.2010 n. 249, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’aggravante di cui all’*art. 61 n. 11-bis Cp*.

⁵⁷ Essa non potrebbe, infatti, nemmeno incidere in fase di commisurazione infraeditale, visto che una simile soluzione colliderebbe col divieto del *bis in idem* sostanziale. E anche la scelta discrezionale circa l’applicazione dell’aumento per la recidiva reiterata alla pena base non potrebbe – per la stessa ragione – essere motivata dal giudice sulla base della ricorrenza dei requisiti di cui all’*art. 81 co. 4 Cp*.

⁵⁸ Pacifica la configurabilità di un concorso formale tra reati colposi, nonché tra delitti e contravvenzioni. Quanto al reato continuato, sussistono dubbi (perlopiù risolti negativamente) circa la sua compatibilità con gli illeciti colposi. Al proposito, in altra sede si è cercato di dimostrare l’ammissibilità della continuazione tra reati colposi o tra reati dolosi e reati colposi, con peraltro alcuni penetranti limiti legati al requisito della “criminosità” del disegno: sia consentito rimandare ad A. Gaboardi, *Le loquaci spoglie*, cit., 3999 ss. (cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici su tale annosa controversia ermeneutica).

In effetti, parte della dottrina propende per l'esclusione di tali situazioni dal regime "deteriore" in esame, adducendo motivazioni perlopiù fondate sul rispetto dei principi di legalità, eguaglianza, ragionevolezza, proporzione e colpevolezza⁵⁹. Ma la soluzione non convince proprio alla luce di tali principi. Si consideri una serie criminosa composta da tre reati satellite tutti dotati dei requisiti di cui all'art. 81 co. 4 Cp e la si confronti con un'altra sequenza di illeciti, in cui delle sei violazioni satelliti solo tre sono costituite da delitti dolosi commessi dopo il giudicato su una previa recidiva reiterata. E, per semplificare, poniamo che i tre reati satellite delle due serie, così come i rispettivi reati più gravi, siano identici per tipo e gravità. Per quale ragione in un caso si dovrebbe applicare la soglia minima imposta dalla norma in esame e nell'altro no? Si noti, peraltro, che nella seconda situazione descritta la presenza di ulteriori tre reati in concorso non comporta necessariamente il superamento del terzo della pena base per via del più cospicuo aumento e, dunque, la disparità di trattamento non è detto che sia risolta in via automatica per altra via.

È, però, vero che nell'ipotesi di complessi criminosi per così dire "spuri" – e cioè composti da illeciti non tutti dotati dei requisiti di cui all'art. 81 co. 4 Cp – riferire semplicemente il limite minimo previsto da tale norma all'aumento per la totalità dei reati satellite potrebbe dare luogo al trattamento identico di fattispecie concrete differenziate e potrebbe altresì collidere con l'imperativo della proporzione della sanzione alla gravità dell'illecito commesso (con ovvi possibili influssi sulla stessa efficacia rieducativa della pena). Il problema, in realtà, si pone in termini concreti ed effettivi specialmente nei casi in cui il cumulo materiale delle sanzioni applicabili sia inferiore al limite minimo di un terzo della pena base. In tali ipotesi, infatti, la disciplina di cui all'art. 81 co. 4 Cp prevede indirettamente la determinazione dell'aumento in una misura fissa coincidente con la somma aritmetica delle sanzioni separatamente infliggibili per i singoli illeciti satelliti. La conseguenza è che, nei complessi di reati "spuri", gli illeciti privi dei requisiti di cui all'art. 81 co. 4 Cp potrebbero essere destinatari di una "quota" di incremento sanzionatorio maggiore di quella altrimenti applicabile⁶⁰.

⁵⁹ Per una sintesi delle argomentazioni *pro* e *contra* l'una e l'altra tesi, v. L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 87. Un quadro articolato, impostato nell'ottica di scongiurare il *bis in idem* sostanziale, è proposto da R. Bartoli, *sub* art. 5, cit., 462, il quale comunque esclude l'applicabilità del regime di cui all'art. 81 co. 4 Cp qualora i suoi presupposti ricorrano soltanto in relazione ad alcuni reati satellite

⁶⁰ Si pensi al caso di una sequenza di cinque reati avvinti dal nesso continuativo. Quantificata la pena per la violazione più grave in tre anni di reclusione e la sanzione singolarmente applicabile agli altri reati in due mesi ciascuno, si ipotizzi che solo due degli illeciti satelliti siano stati commessi successivamente ad una sentenza definitiva in cui sia stata "applicata" la recidiva reiterata. Se si estende il limite di cui all'art. 81 co. 4 Cp a tutti i reati satellite, la pena complessiva sarà pari a tre anni e otto mesi di reclusione; viceversa, qualora si ritenga il limite valido solo in rapporto ai due illeciti effettivamente "interessati", il cumulo giuridico potrebbe spaziare da tre anni, quattro mesi e due giorni a tre anni e otto mesi di reclusione. Un simile problema, ovviamente, non si pone qualora il limite del cumulo materiale sia superiore al limite del terzo della pena base: essendo tale soglia inferiore parametrata sulla sanzione per la violazione più grave, l'aggravamento minimo non subisce mutamenti nelle due diverse opzioni (limite riferito a tutti i reati satellite o solo a quelli dotati dei requisiti previsti dall'art. 81 co. 4 Cp); ed anzi, a ben guardare, procedere alla scissione del cumulo porterebbe all'irrogazione di una sanzione complessiva più grave, perché la quota di pena relativa agli illeciti

A ben guardare, tuttavia, una siffatta applicazione indiscriminata dell'art. 81 co. 4 Cp non pare l'unica soluzione praticabile.

Per assicurare il rispetto degli artt. 3 e 27 Cost., sembra invero sufficiente – nei casi sopra citati – limitare la validità della soglia minima coincidente col cumulo materiale delle sanzioni ai soli reati suscettibili di giustificare il trattamento più severo previsto dalla norma in esame. Il giudice, in sostanza, dovrà semplicemente assicurare che la pena globale raggiunga almeno l'ammontare risultante dalla somma delle sanzioni singolarmente irrogabili al reato base e ai reati satellite richiamati dall'art. 81 co. 4 Cp; il restante aumento potrà, viceversa, essere calcolato secondo le regole ordinarie, spaziando da tanti giorni quanti sono i residui reati satellite al limite massimo del cumulo materiale complessivo o del triplo della pena base. Si tratta, in sostanza, di scindere il cumulo giuridico in due parti, come del resto suggerito da un'attenta dottrina⁶¹.

Da ultimo, occorre affrontare la questione dell'applicabilità del regime più severo introdotto dalla legge "ex-Cirielli" in relazione a quei reati satellite per i quali il giudice ritenga di non dover procedere ad un aumento di pena per la recidiva ex art. 99 co. 4 Cp. Non bisogna, infatti, dimenticare che, qualora ricorrano i requisiti indicati dall'art. 81 co. 4 Cp, è giocoforza che tutti i reati satellite interessati siano a loro volta suscettibili di vedersi applicato un incremento di pena per la recidiva reiterata. Un aumento – si badi – "ordinario" (e rilevante ai fini del normale calcolo del cumulo), diverso da quello che dà luogo alla soglia minima del terzo della pena base e che attiene a tutti i reati satellite interessati nel loro complesso, stigmatizzando un fenomeno ritenuto più grave: la "plurireiterazione" della recidivanza.

Ebbene, al quesito sopra illustrato deve darsi una risposta decisamente negativa, come del resto autorevolmente affermato dalla Corte costituzionale⁶². È vero che

privi dei requisiti di cui all'art. 81 co. 4 Cp non rientrerebbe nell'aumento di un terzo e dovrebbe, pertanto, dar luogo ad un ulteriore (sia pure, in ipotesi, modesto) incremento.

⁶¹ Cfr. L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 87 s. Tale soluzione sembra applicabile anche alle ipotesi in cui – pur in presenza di un cumulo materiale delle sanzioni per i reati satellite eccedente la soglia minima del terzo – la sommatoria delle pene singolarmente infliggibili per gli illeciti che posseggono i requisiti di cui all'art. 81 co. 4 Cp dia luogo ad un ammontare inferiore alla suddetta soglia: anche in questo caso il limite minimo dovrebbe essere costituito da tale ammontare, mentre il limite massimo sarebbe come sempre rappresentato dal cumulo materiale complessivo, ovvero dal triplo della pena base.

⁶² C. cost., 21.5.2008, cit., sia pure impostando il discorso sulla base della tesi (rispetto alla quale la stessa Corte manifesta perplessità) per cui l'art. 81 co. 4 Cp si riferirebbe anche ai casi di prima "applicazione" della recidiva reiterata agli illeciti in concorso. Nell'ordinanza si legge che risulterebbe «illogico che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato (ove non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), possa produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti – quali il concorso formale di reati e la continuazione – volti all'opposto fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale». Così anche S. Tigano, *La recidiva reiterata*, cit., 304 s.; L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 76, sempre sulla base della tesi che riferisce la norma anche ai casi di prima "applicazione" della recidiva. *Contra*, L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 64 s., valorizzando il disposto di cui all'art. 671 co. 2-bis Cpp, il quale altrimenti si rivelerebbe del tutto inutile. Ma, in realtà, è evidente che – salvo deroghe – l'applicazione del reato continuato in sede esecutiva segue le medesime regole valide in sede di cognizione, con l'ovvio limite per cui il giudice non può

la recidiva reiterata *ex art. 99 co. 4 Cp* e la recidiva “plurireiterata” *ex art. 81 co. 4 Cp* sono situazioni (parzialmente) differenti. Ma esse si pongono, come è naturale, in una scala crescente di gravità: sarebbe, pertanto, paradossale che rispetto a reati per i quali il giudice ritenesse di non dover applicare l’aumento discrezionale per la recidiva reiterata trovasse, poi, spazio il regime ultrasevero introdotto dalla legge “*ex-Cirielli*”. Dunque, presupposto per l’applicazione della disciplina di cui all’*art. 81 co. 4 Cp* è il contestuale riconoscimento (con concreta incisione sul trattamento sanzionatorio dei reati *uti singuli* e in sede di cumulo) della recidiva reiterata in relazione agli illeciti in concorso⁶³. Ove ciò non si verifichi in rapporto soltanto ad alcune violazioni satelliti, queste saranno (eventualmente) svincolate dal regime della soglia minima secondo lo schema sopra delineato.

4.2. L’esegesi dell’*art. 81 co. 4 Cp* offre – come si è visto – il quadro di una disciplina particolarmente ingarbugliata nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze.

Ciò che è limpido è, invece, il complessivo intento del legislatore del 2005, che ha inteso circondare il soggetto recidivo (e in specie quello reiterato) con una “gabbia” repressiva improntata ad un cieco rigorismo⁶⁴. L’obiettivo non è, insomma, la recidivanza nelle sue ripercussioni sulla colpevolezza per il singolo illecito commesso e/o sulla pericolosità sociale dell’autore, bensì il delinquente recidivo considerato per il suo mero stato soggettivo⁶⁵.

Interpretare l’*art. 81 co. 4 Cp* in modo coerente con questa ispirazione di fondo si rivela, tuttavia, impossibile perché contrasterebbe con il principio dell’irrilevanza, ai fini sanzionatori, delle semplici condizioni personali prive di legami soggettivi od oggettivi con il fatto illecito commesso⁶⁶. Si è, dunque, tentata nel paragrafo precedente la strada di una lettura della disposizione conforme a Costituzione: l’operazione ha permesso di delineare una nuova figura di recidiva (che si potrebbe definire “plurireiterata” e che rivelerebbe una colpevolezza e/o una pericolosità ancora maggiori rispetto a quelle connesse alla mera recidiva *ex art. 99 co. 4 Cp*) riferibile non a singoli illeciti, ma al complesso dei reati satellite (uno, alcuni o tutti) nelle ipotesi di concorso formale e di continuazione.

La limitazione della nuova figura di aumento per la recidiva a queste sole situazioni necessita, tuttavia, di una spiegazione. Perché il singolo illecito commesso

discostarsi dalle valutazioni e dalle indicazioni effettuate nelle sentenze definitive di cui trattasi. Così ragionando, la disposizione resterebbe pertanto inutile, visto che anche in sua assenza il giudice dell’esecuzione dovrebbe considerare l’esistenza di pregresse condanne con “applicazione” della recidiva reiterata. Nel senso del carattere comunque pleonastico dell’*art. 671 co. 2-bis Cpp* si esprime anche L. Biori, *La nuova recidiva*, cit., 81 s.

⁶³ Ciò rende impossibile applicare il regime in parola alle contravvenzioni e ai delitti colposi in concorso. *Contra*, V.B. Muscatello, *La recidiva*, cit., 142 s.

⁶⁴ Cfr. R. Bartoli, *sub art. 5*, cit., 454.

⁶⁵ Da questo punto di vista la recidiva contemplata dall’*art. 81 co. 4 Cp* assumerebbe rilevanza come mero indice di pericolosità personale dell’autore reclamante un’automatica reazione repressiva e preventiva; in sostanza, il limite minimo all’incremento di pena per i reati satellite muterebbe la sua *ratio* e le sue caratteristiche da quelle delle misure di sicurezza: così, R. Bartoli, *sub art. 5*, cit., 457; L. Biori, *La nuova recidiva*, cit., 79.

⁶⁶ V., ancora una volta, C. cost., 8.7.2010, cit.

da un soggetto già recidivo reiterato comporta, al più, soltanto un ulteriore incremento di pena ex art. 99 co. 4 Cp ed invece più illeciti in concorso formale o in continuazione compiuti dal medesimo soggetto importano anche l'applicazione del regime ulteriormente "deteriore" di cui all'art. 81 co. 4 Cp?

La risposta è semplice assumendo il punto di vista del legislatore: essa risiede nella convinzione indimostrata che il concorso formale di reati e la continuazione criminosa diano luogo a dei meri benefici sanzionatori non necessariamente dotati di una giustificazione razionale in punto di ridotta colpevolezza o di minore capacità a delinquere manifestata dal reo. Tali benefici sono ritenuti eccessivi per soggetti che hanno più volte mostrato la loro "ribellione" ai valori protetti dall'ordinamento e la loro insensibilità a condanne precedentemente inflitte. Ciò che il legislatore avrebbe prodigalmente elargito con una mano (l'art. 81 co. 1 e 2 Cp) viene, dunque, apoditticamente sottratto con l'altra (l'art. 81 co. 4 Cp), costruendo una disciplina di rigore basata sulla rilevanza di un mero *status*. Ad influire su una simile persuasione può certo essere stata anche la diffusa tendenza giurisprudenziale a sospingere l'aumento ex art. 81 co. 1 Cp verso livelli sanzionatori assai modesti o comunque significativamente contenuti rispetto al limite superiore del triplo della pena base (o del cumulo materiale).

Ma, una volta ricostruita la disciplina in senso conforme a Costituzione, una spiegazione siffatta non può certo dirsi appagante. Occorre, piuttosto, rinvenire un elemento di raccordo tra la recidiva "plurireiterata" e i profili strutturali del concorso formale e del reato continuato che ne giustificano il peculiare regime sanzionatorio⁶⁷. È necessario, in definitiva, soffermarsi sulla *ratio* di tali istituti per verificare se il peculiare fenomeno descritto dall'art. 81 co. 4 Cp sia in grado di incidere sui fattori che motivano l'applicazione del cumulo giuridico.

Orbene, tali fattori sono costituiti, nel caso del concorso formale, dall'unità della condotta e, nel caso della continuazione di reati, dal requisito baricentrico dell'identità del disegno criminoso.

Secondo la ricostruzione tradizionale, entrambi gli istituti esprimerebbero un moto di favore per il reo argomentato nei termini di una minore colpevolezza. In relazione al concorso formale di reati, in passato⁶⁸ si sosteneva soprattutto la tesi dell'esistenza di una sola risoluzione alla base degli illeciti realizzati, la quale reclamerebbe una valutazione più benevola per il fatto che il soggetto si sarebbe posto una sola volta in contrasto con l'ordinamento. Più di recente, peraltro, la ridotta colpevolezza per i reati in concorso formale è stata giustificata sulla scorta del fatto che l'unicità della condotta impedirebbe all'agente di scindere i singoli atti di scelta alla base di ogni violazione: il soggetto, una volta deciso di commettere un reato, non potrebbe sfuggire (mediante una rinuncia *in extremis*) alla realizzazione dell'altro o degli altri⁶⁹. Nel caso di concorso formale di illeciti colposi, il trattamento potenzialmente più mite connesso al cumulo giuridico sarebbe a sua volta motivato dalla pre-

⁶⁷ Lo rileva anche R. Bartoli, *sub* art. 5, cit., 455, 457.

⁶⁸ Ma la tesi è richiamata anche da L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 71, il quale sostanzialmente vi aderisce.

⁶⁹ Cfr. A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, cit., 308.

senza, per effetto della condotta tenuta, di una sola violazione delle regole cautelari o di più violazioni comunque riferibili allo stesso contegno comportamentale: il soggetto avrebbe mancato di adeguarsi una volta soltanto alle esigenze preventive sottese alle regole di diligenza disattese.

Quanto al reato continuato, il *favor rei* espresso attraverso il regime del cumulo giuridico troverebbe fondamento nella circostanza per cui ogni episodio criminoso della serie è stato oggetto di una previa deliberazione “a monte” che lo ha rannodato funzionalmente agli altri; il soggetto ha, dunque, ceduto una sola volta ai motivi a delinquere e l’atteggiamento psichico riferibile a ciascuna violazione in sequenza ha assunto il ruolo di mera, quasi automatica, conferma di una decisione già presa, quantomeno a grandi linee.

Occorre, pertanto, chiedersi se questa ricostruzione tradizionale del concorso formale e del reato continuato in termini di ridotta colpevolezza – molto diffusa, ma per certi versi contestabile⁷⁰ – possa conciliarsi con la rilevanza attribuita dall’art. 81 co. 4 Cp, in sede di calcolo del cumulo, alla recidiva “plurireiterata”, ovvero alla commissione di uno o più reati satellite dopo aver subito (in una o più condanne definitive) gli effetti “deteriori” della recidiva ex art. 99 co. 4 Cp.

La risposta sembra dover essere, in linea di massima, positiva per quanto concerne il reato continuato. Come è stato osservato in dottrina⁷¹, il medesimo disegno criminoso – per quanto genericamente espressivo di una colpevolezza (tendenzialmente) ridotta – è pur sempre un coefficiente graduabile: anzi, la forbice sanzionatoria tra l’aumento minimo e l’aumento massimo per i reati satellite servirebbe proprio a valorizzare il concreto livello di intensità della programmazione criminosa. È, allora, evidente che una recidiva particolarmente qualificata come quella contemplata dall’art. 81 co. 4 Cp possa incidere in modo significativo sull’intensità del disegno, rendendo meritevole di un giudizio di rimprovero più accentuato l’atteggiamento psichico che ha assistito la formazione e l’esecuzione del piano. Ciò vale in generale, dal momento che il soggetto plurirecidivo dimostra una pervicace insensibilità verso

⁷⁰ La vecchia tesi che asserisce la fantomatica presenza di un solo nesso psichico nelle ipotesi di concorso formale è insostenibile, perché dimentica che dolo e colpa sono pur sempre concetti normativi, i quali non possono rimanere insensibili alla pluralità dei beni giuridici conculcati. Esistono, pertanto, tanti collegamenti psicologici quanti sono gli illeciti commessi: essi si atteggianno, sul piano fenomenologico, a sfaccettature di un dato psichico complesso costituito da un comprensivo atto di scelta. Inaccettabile è anche la tesi per cui nel concorso formale vi sarebbe minore colpevolezza perché la decisione di commettere uno degli illeciti, una volta assunta, non consentirebbe al soggetto di tornare parzialmente sui propri passi rispetto al progetto originario, evitando la realizzazione dell’altro illecito: posto che la commissione di un reato può di norma avvenire attraverso molteplici condotte potenzialmente idonee, il soggetto, nel risolversi a realizzare il primo reato, è solitamente in grado di scegliere modalità che non comportino la contestuale perpetrazione dell’altro. Quanto al reato continuato, il *favor rei* da cui l’istituto è sgorgato in seno al diritto comune è oggi oramai incompatibile con la struttura assunta da tale figura speciale di concorso materiale di reati (soprattutto dopo la riforma del 1974, che ha consentito la configurabilità del vincolo continuativo anche tra violazioni eterogenee): il requisito del medesimo disegno criminoso non è, infatti, sempre evocativo di una minor colpevolezza, ma può addirittura essere sintomo, all’opposto, di un’elevata callidità criminale o di una spiccata abilità operativa nel delinquere.

⁷¹ Sempre attuali sono, sul punto, le lucide osservazioni di G.A. De Francesco, *Appunti sulla capacità a delinquere*, cit., 1451 ss.

la legge. Ma vale soprattutto nel caso in cui il giudicato di recidiva reiterata si sia formato rispetto ad uno degli illeciti della serie: in questo caso, l'intervento della condanna definitiva non ha frantumato – come avrebbe dovuto – l'unità del disegno, così rivelando un'ostinazione a delinquere meritevole di una più marcata stigmatizzazione. Se, dunque, l'identità del disegno criminoso giustifica pur sempre – in linea di massima – una minore colpevolezza, queste forme peculiari di recidivanza possono denunciare una spinta motivazionale più forte e una caparbia delinquenziale più spiccata, peraltro talvolta “rinfocolate” nel corso dell'esecuzione del piano architettato⁷².

Un tale collegamento tra recidiva “plurireiterata” e intensità del disegno non è, però, indefettibile, considerata anche la molteplicità di fattori (dal numero di violazioni alla loro omogeneità, dalla gravità dei reati progettati alla natura dello scopo perseguito, ecc.)⁷³ che possono incidere sulla graduazione di quest'ultima. Ragione, questa, per cui – come meglio si dirà a breve – l'automatismo e talora la fissità dell'aumento previsto dall'art. 81 co. 4 Cp si rivelano totalmente ingiustificati. E, allo stesso modo, risulta arduo motivare perché la suddetta recidiva non operi quale tradizionale circostanza aggravante per i singoli illeciti in concorso.

Molto più difficile sembrerebbe collegare la recidiva ex art. 81 co. 4 Cp all'elemento eretto a “collante” del concorso formale: l'unicità della condotta⁷⁴. Operando esso sul piano eminentemente oggettivo, non si vede come esso possa essere condizionato da uno *status* soggettivo come la recidiva. Ma occorre ricordare come l'unità dell'azione o dell'omissione ripercuota i suoi effetti sulla configurazione della *mens rea*, tradizionalmente riguardata globalmente o comunque, pur riconoscendo l'esistenza di una pluralità di nessi psichici, considerando la contestualità e l'inscindibilità di questi ultimi. Ciò potrebbe indurre a ritenere l'esistenza di una sola “lotta dei motivi” sulla quale andrebbe eventualmente ad incidere la recidiva “plurireiterata”. Ma ancora una volta non si giustificano gli automatismi e soprattutto non si spiega perché solamente tale ipotesi di recidiva qualificata produca effetti direttamente sul cumulo, a differenza delle altre circostanze.

Il fondamento dei due istituti del reato continuato e del concorso formale può, tuttavia, essere ricostruito anche in termini diversi e più convincenti. Entrambe le figure – non a caso accomunate sul piano degli effetti – servirebbero ad attribuire una disciplina sanzionatoria unitaria a quelle vicende criminose caratterizzate da una forte intersezione ed interdipendenza tra i profili psicologici degli illeciti in concorso. Il disegno criminoso o l'unità della condotta incide a tal punto sul “vissuto” soggettivo di ciascuna violazione da rendere preferibile – per una migliore comprensione dei fatti e per scongiurare “plurime” valutazioni in sede di accertamento della colpevolezza – una considerazione unitaria degli elementi psicologici dei vari illeciti e del nesso funzionale che (per la presenza di un unico piano o per la contestualità delle scelte criminose attuate con una sola condotta) ha avvinto ogni singolo reato

⁷² Nello stesso senso, R. Bartoli, *sub* art. 5, cit., 457.

⁷³ Per un possibile elenco di massima, elaborato tuttavia nell'ambito di una diversa impostazione, sia consentito rinviare ad A. Gaboardi, *Le loquaci spoglie*, cit., 4007.

⁷⁴ La circostanza è rilevata da R. Bartoli, *sub* art. 5, cit., 458, e da L. Bisori, *La nuova recidiva*, cit., 71 s.

all'altro⁷⁵. In questo senso, i due istituti non sarebbero animati da una mera *causa indulgentiae*, ma risponderebbero all'esigenza di un trattamento sanzionatorio più razionale e adeguato alla complessità (specie sul piano soggettivo) delle ipotesi concorsuali in esame.

Ebbene, anche intendendo in questo modo la *ratio* del concorso formale e della continuazione, la recidiva "plurireiterata" sembra in grado di incidere significativamente sui rispettivi fattori unificanti, peraltro non più condizionati dall'impaccio di una ricostruzione in chiave di *favor rei*. Nel reato continuato, è innegabile che tale recidiva influisca sulla configurazione sull'elemento che funge da *trait d'union* tra gli elementi psicologici dei vari illeciti della serie: il disegno criminoso. Essa può fungere da fattore perturbativo qualora la condanna rilevante intervenga nel corso dell'esecuzione del programma iniziale, ma può anche più in generale denunciare una particolare proclività del soggetto al delitto, contribuendo a rendere la progettazione del disegno espressiva non di un'unica spinta motivazionale, bensì di una spiccata callidità criminale. Nel concorso formale (tra delitti dolosi), è viceversa quasi ovvio che la recidiva "plurireiterata" incida, sul piano fenomenologico, una sola volta sulla *mens rea*, che si risolve in un atto di scelta caratterizzato da molteplici nervature giuridicamente significative, per il rapportarsi della psiche del soggetto con i diversi beni giuridici coinvolti.

Una considerazione unitaria della recidiva ex art. 81 co. 4 Cp è, allora, in ambedue i casi perfettamente giustificata dall'esigenza di evitare valutazioni sovrapposte nell'ambito di vicende psichicamente interrelate. Residua, però, il problema dell'automatismo dell'aumento previsto da tale disposizione, che – come si illustrerà – introduce un elemento di rigidità costituzionalmente illegittimo.

Sfuma, invece, il diverso problema dell'anomalia di un aggravamento di pena per la recidiva riferito al cumulo e non ai singoli reati satellite. Alla luce dell'impostazione poc'anzi descritta, infatti, il calcolo del cumulo deve avvenire per moltiplicazione della pena base alla stregua dei criteri di cui agli artt. 133 e 133-bis Cp, e non attraverso l'addizione di segmenti sanzionatori relativi a ciascun illecito in concorso⁷⁶. In quest'ottica, le circostanze accertate e riconosciute in relazione a tutti o ad alcuni illeciti satelliti (compresa la recidiva, anche reiterata) refluiscono, allora, nell'alveo di un giudizio di gravità esteso all'intero complesso criminoso, andando ad incidere genericamente sul calcolo dell'aumento per il cumulo. La previsione di cui all'art. 81 co. 4 Cp sarebbe, da questo punto di vista, funzionale esclusivamente ad introdurre un elemento di rigidità in sede di calcolo, obbligando il giudice a non "scendere" al di sotto di una determinata soglia in alcune ipotesi ritenute espressive di una particolare pervicacia criminale. Tale vincolo, nell'intento del legislatore, dovrebbe a sua volta costituire un'efficace risposta – limitata ai casi più gravi (quelli appunto di "plurireiterazione") – alla frequente (e, in effetti, ingiustificata) riluttanza della giuri-

⁷⁵ Si è provato ad argomentare più diffusamente questa tesi, specie in relazione al reato continuato, in altra sede: cfr., volendo, A. Gaboardi, *Le loquaci spoglie*, cit., 3985 ss. e *passim*.

⁷⁶ Ciò al fine di scongiurare il rischio di attribuire rilievo più volte allo stesso fattore incidente sull'elemento soggettivo degli illeciti in concorso.

sprudenza precedente alla riforma a considerare la recidiva “applicata” ai singoli reati satellite ai fini della quantificazione globale dell’aumento di pena.

Peraltro, come si è altrove dimostrato⁷⁷, la cornice del cumulo giuridico – se l’aumento per i reati satellite è commisurato globalmente e non per quote proporzionali – potrebbe rappresentare una sede particolarmente idonea a valutazioni special-preventive: la presenza dell’argine globale di cui all’art. 81 co. 3 Cp consente, infatti, di superare gli ostacoli che si frappongono normalmente ai giudizi prognostici in fase di determinazione della pena (ove il rispetto del principio di colpevolezza impone un loro impiego esclusivamente in funzione attenuatrice del carico punitivo), assicurando la possibilità di dare risalto (anche in chiave aggravatrice della risposta sanzionatoria) alla pericolosità sociale del soggetto nell’ambito dell’ampia forbice costituita dall’aumento ex art. 81 co. 1 Cp.

Da questo punto di vista, il concreto aumento della pena complessiva per effetto della recidiva dichiarata in relazione ad uno o a tutti i reati satellite potrebbe essere quantificato guardando non soltanto alla maggiore colpevolezza (eventualmente) espressa dalla ricaduta nel delitto, ma anche alla più accentuata pericolosità sociale dell’autore di cui quest’ultima potrebbe rivelarsi sintomatica. Nel caso specifico della recidiva “plurireiterata” ex art. 81 co. 4 Cp, osta nondimeno a una tale valorizzazione in funzione prognostica del cumulo giuridico l’assenza di flessibilità dell’incremento ex art. 81 co. 4 Cp, che è di applicazione obbligatoria al ricorrere dei requisiti previsti (purché tuttavia sia stata applicata la recidiva reiterata ai reati satellite) e spesso conduce all’esito della determinazione della pena complessiva in misura fissa. Insomma, un’intollerabile presunzione legale non solo di maggiore colpevolezza, ma anche di più elevata pericolosità sociale.

4.3. Occorre, da ultimo, evidenziare i principali profili di incostituzionalità della disciplina, pur reinterpreta nel modo il più possibile conforme ai canoni di eguaglianza e di personalità della responsabilità penale.

Ebbene, la violazione più vistosa del principio di ragionevolezza è, innanzitutto, insita proprio nel più volte criticato automatismo che connota l’inasprimento sanzionatorio ex art. 81 co. 4 Cp. Anche ritenendo che presupposto di applicabilità del regime più severo ivi previsto sia la riconosciuta incidenza della recidiva reiterata sulla determinazione della pena per i reati satellite, non si deve infatti dimenticare che la recidiva “plurireiterata” presa in considerazione dalla norma in esame costituisce un “fenomeno” parzialmente diverso, il quale si fonda su una pregressa “applicazione” della recidiva reiterata e si colloca, perciò, su un gradino più alto in una scala di crescente gravità soggettiva. Tanto da giustificare, appunto, una risposta punitiva ulteriormente aggravata – in caso di concorso formale di reati o di continuazione criminosa – rispetto a quella prevista per la mera recidiva reiterata.

Il fatto che l’applicazione dell’incremento di pena ex art. 99 co. 4 Cp ai reati satellite resti discrezionale e che tale applicazione costituisca a sua volta il presupposto indefettibile per l’operatività della soglia minima di cui all’art. 81 co. 4 Cp non elimina, allora, la presunzione assoluta su cui si regge la disciplina di rigore contenuta

⁷⁷ Sia consentito rinviare ad A. Gaboardi, *Le loquaci spoglie*, cit., 4008, 4012.

nell'ultima norma citata: posto l'incremento facoltativo per la recidiva reiterata, l'irrigidimento sanzionatorio per la recidiva "plurireiterata" è obbligatorio. In sostanza, il legislatore presume – senza possibilità di smentita – la maggiore colpevolezza e/o pericolosità del soggetto che sia tornato a delinquere dopo essersi già visto "applicare" la recidiva reiterata in una precedente condanna. Ma ciò soltanto nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di infliggergli un nuovo aumento di pena ex art. 99 co. 4 Cp, il quale – come si è detto – trova tuttavia una giustificazione almeno in parte diversa.

A parte la logica contorta sottesa a tale ragionamento, la presunzione assoluta è priva di qualsivoglia radicamento empirico. Ben potrebbe accadere, infatti, che un soggetto recidivo "plurireiterato" sia ritenuto meritevole di vedersi applicato un aggravamento ex art. 99 co. 4 Cp, ma non altrettanto meritevole di un irrigidimento del cumulo ex art. 81 co. 4 Cp. Egli può, ad esempio, manifestare una maggiore colpevolezza (o pericolosità) per l'esistenza di pregresse plurime condanne, ma non altrettanto per l'esistenza di una previa dichiarazione di recidiva reiterata incidente sulla pena per i reati precedentemente commessi: ciò che si verifica di frequente quando la recidiva reiterata, pur "applicata", sia stata ritenuta equivalente a concorrenti attenuanti senza influenzare in modo "visibile" il carico sanzionatorio (il condannato privo di cognizioni giuridiche potrebbe addirittura non essersi accorto della stessa dichiarazione di recidiva), ovvero quando non abbia fatto séguito l'esecuzione della pena incrementata per tale recidiva.

Sotto questo profilo, l'art. 81 co. 4 Cp, prevedendo una presunzione assoluta non corrispondente a dati di esperienza generalizzati⁷⁸, violerebbe l'art. 3 Cost., parificando indebitamente situazioni potenzialmente diverse e differenziando – altrettanto indebitamente – la recidiva "plurireiterata" dalle altre forme di recidiva comune, ormai tutte ad incremento sanzionatorio facoltativo. Peraltro, sarebbe frustrata anche la finalità rieducativa della sanzione, la quale – rischiando di non essere proporzionata alla gravità del fatto o dei fatti commessi – sarebbe avvertita come eccessivamente afflittiva dal condannato, demotivandolo nel percorso di risocializzazione.

Peraltro, l'irragionevolezza della disciplina di cui all'art. 81 co. 4 Cp non è limitata a questo pur grave aspetto. Nei casi in cui la soglia minima del terzo della pena base risulti inattuabile per l'operare del limite massimo del cumulo materiale, l'incremento di pena per i reati satellite avverrebbe in una misura fissa coincidente appunto con la sommatoria aritmetica delle pene singolarmente applicabili. Ciò produce una duplice disparità di trattamento rispetto alle ipotesi in cui il "tetto" del cumulo materiale superi il terzo della pena base.

Innanzitutto, senza alcuna reale motivazione ed anzi in modo del tutto casuale⁷⁹, si prevede in alcuni casi un incremento fisso e in altri casi un incremento variabile: non è dato sapere perché il giudice nella prima ipotesi non possa esercitare la discrezionalità ordinariamente riconosciutagli (ed anzi costituzionalmente imposta:

⁷⁸ Sull'illegittimità delle presunzioni legali assolute in questi casi, v. da ultimo C. cost., 8.7.2015, cit. (con cui è stato dichiarato incostituzionale il regime di obbligatorietà della recidiva di cui all'art. 99 co. 5 Cp). Cfr. anche le sentt. nn. 232/2013, 213/2013, 182/2011, 164/2011, 265/2010, 139/2010.

⁷⁹ L. Bisorì, *La nuova recidiva*, cit., 91.

art. 27 Cost.) nella fase di commisurazione della pena, se non in sede di definizione delle sanzioni applicabili ai reati *uti singuli* e poi confluenti nel cumulo materiale.

Ma la disparità di trattamento risulta ancora più odiosa e paradossale se si considera che le ipotesi di incremento fisso coincidente col cumulo materiale sono tendenzialmente quelle in cui concorrono tra loro (pochi) reati di scarsa gravità o comunque sussiste un'ampia forbice di pena in concreto tra la violazione base e gli illeciti satelliti. Dunque, mentre nelle situazioni di più accentuata gravità (per il numero degli illeciti commessi o per il loro disvalore intrinseco) il colpevole potrà ancora beneficiare del cumulo giuridico (sia pure ridimensionato nelle sue virtualità *pro reo*), nei casi meno gravi la forza mitigatrice della disciplina di cui all'art. 81 Cp si dissolve completamente. L'assurdità di un tale risultato⁸⁰ è palese e rivela ancora una volta un contrasto della disciplina con gli artt. 3 e 27 co. 1 e 3 Cost.

Peraltro, nella disciplina si annidano almeno altri due profili di disequaglianza.

Il primo risiede nella mancata estensione all'incremento di cui all'art. 81 co. 4 Cp del limite tradizionale agli aggravamenti per la recidiva previsto dall'art. 99 co. 6 Cp. Se anche la recidiva "plurireiterata" – per essere conforme a Costituzione – non può dare risalto a meri *status* soggettivi ma deve esprimere una maggiore colpevolezza e/o pericolosità in relazione ai fatti commessi, essa segue la medesima logica delle altre forme di recidiva e deve, pertanto, soggiacere alle medesime limitazioni⁸¹.

Un'indebita disparità di trattamento si coglie, infine, nella scelta legislativa di ritenere irrilevante la ricorrenza dei requisiti della recidiva "plurireiterata" rispetto alla violazione più grave. L'incongruenza e l'illogicità delle conseguenze sono ancora una volta evidenti, specie se si considera l'ipotesi in cui tali requisiti siano posseduti dal solo reato base e non dai reati satellite: la disciplina di cui all'art. 81 co. 4 Cp sarebbe del tutto inapplicabile⁸², senza che però sia dato riscontrare una valida ragione per non irrigidire la pena complessiva come viceversa avviene negli altri casi considerati. Anzi, la riferibilità della recidiva "plurireiterata" al reato in concreto più grave dovrebbe semmai giustificare un inasprimento più marcato⁸³. D'altro canto,

⁸⁰ Essa è messa bene in evidenza da L. Biori, *La nuova recidiva*, cit., 90, con anche alcuni esempi pratici.

⁸¹ Così anche L. Biori, *La nuova recidiva*, cit., 91 s., il quale – in modo tutto sommato condivisibile – ritiene tuttavia praticabile un'interpretazione conforme a Costituzione: il limite del cumulo delle pene risultanti dalle condanne precedenti potrebbe essere già applicabile facendo leva sul tenore letterale dell'art. 99 co. 6 Cp, che si riferisce in generale all'aumento di pena «*per effetto* della recidiva».

⁸² Cfr., sia pure partendo da presupposti diversi, R. Bartoli, *sub art. 5*, cit., 462.

⁸³ Tale inasprimento – come già si è ricordato (v. *retro*, § 4.1) – non potrebbe, peraltro, avvenire mediante un meccanismo di soglia minima dell'aumento come quello previsto dall'art. 81 co. 4 Cp, per la semplice ragione che si realizzerebbe un'indebita commistione tra la gravità di un reato (la violazione base) e la sanzione commisurata per altri reati (gli illeciti satelliti). Una possibile soluzione alternativa per queste ipotesi potrebbe, allora, consistere nella fissazione di un limite minimo alla pena base superiore a quello edittale (e determinato in misura percentuale rispetto a quest'ultimo), ovvero in un incremento della pena commisurata in concreto, applicabile solo nei casi di concorso formale di reati o di continuazione criminosa. Per non dar luogo ad ulteriori profili di disequaglianza, entrambi gli irrigidimenti non dovrebbero, tuttavia, riflettersi sulla determinazione del cumulo aritmetico delle pene rilevante ex art. 81 co. 3 Cp. Fondamentale, in ogni caso, sarebbe – come si è poc'anzi detto – rendere discrezionale il meccanismo di irrigidimento sanzionatorio per la recidiva "plurireiterata", quale che esso sia.

l'irragionevole esclusione estende – sia pure in misura minore – i suoi effetti discriminatori persino rispetto alle ipotesi in cui i requisiti di cui all'art. 81 co. 4 Cp ricorrono anche in rapporto ad uno o più illeciti satelliti: la condizione di recidivo “pluri-reiterato” riferita al reato base non produce, infatti, alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio, a fronte di una disciplina che – come si è più volte spiegato – può portare viceversa a risposte punitive in concreto diverse a seconda del numero di reati satellite che posseggono i citati requisiti.

Nonostante nella sentenza n. 241/2015 la Corte costituzionale abbia dichiarato l'inammissibilità della *quaestio legitimitatis* sollevata (giacché in effetti male imposta), non mancano pertanto nel groviglio intricato della disciplina contenuta nella norma esaminata profili di (anche grave) contrasto con i principi di eguaglianza, colpevolezza e finalismo rieducativo che meritano, ove in concreto rilevanti, di essere in futuro sottoposti allo scrutinio del Giudice delle leggi.

ILP