

I NUOVI VINCOLI ALLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE: LA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA ¹

DOTT. GUIDO PIFFER ²

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ambivalenza della recidiva. – 3. La facoltatività della recidiva reiterata ed i limiti al giudizio di valenza *ex art. 69, co. 4, c.p.* – 4. Sulla natura circostanziale della recidiva. – 5. Le recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di recidiva. – 6. Gli effetti indiretti della recidiva. – 7. (segue) Il concorso formale e il reato continuato: il limite minimo di aumento di pena per il recidivo. – 8. Osservazioni sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di recidiva.

1. Premessa.

A partire dalla **l. 5 dicembre 2005, n. 251** (*Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*), il legislatore ha apportato significative modifiche ad istituti di diritto penale sostanziale e processuale, caratterizzate dall’introduzione di **vincoli** di vario tipo alla **discrezionalità** del giudice. Ciò è avvenuto attraverso la trasformazione di circostanze del reato da facoltative in obbligatorie, la previsione di vincoli nel giudizio di valenza tra circostanze eterogenee, l’introduzione di limiti vincolanti al potere discrezionale di quantificazione della pena, l’introduzione di limitazioni nella concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, la previsione di presunzioni di adeguatezza di talune misure cautelari.

Molti di tali vincoli sono stati ancorati all’istituto della **recidiva** – profondamente modificato nei suoi presupposti e nei suoi effetti ad opera della l. n. 251/2005³ – e questa

¹ Testo rivisto di una parte della relazione svolta il 29.11.2010 al Corso organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura in Roma sul tema: “*Le recenti riforme del sistema penale*”.

² Presidente di Sezione penale presso il Tribunale di Milano.

³ Sulla nuova disciplina della recidiva introdotta dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 v. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *DeG*, 2005, n. 46, 104; BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009; BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *RIDPP*, 2007, 1123; BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta, Milano, 2006, 37; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, 53; DE NICOLO, *Primi problemi applicativi della legge “ex Cirielli”*, *DPP* 2006, 503; DOLCINI, *La recidiva riformata*, *RIDPP*, 2007, 515; FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, *DPP*, 2005, 1325; MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, *GM*, 2006, 837; MARINUCCI, *Certezza d’impunità per i reati gravi e “mano dura” per i tossicodipendenti in carcere*, *DPP* 2006, 170; MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta, Milano, 2006, 181; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, *DPP* 2006, 175; MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008; PAVANI, *Commento all’art. 4, l. 5.12.2005, n. 251*, *LP* 2006, 446; ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, *CP* 2007, 4097; ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, 53.

rivalutazione dell'istituto ha posto il problema se il legislatore abbia finito per contraddire i principi propri di un moderno diritto penale del fatto, proponendo categorie concettuali tipiche di un **diritto penale d'autore**. E' tale un diritto penale che, a scapito della necessaria centralità del fatto di reato, prospetta una colpevolezza per il carattere del reo o per la sua condotta di vita, finendo per punire l'autore del reato non per quello che ha fatto, ma per quello che è o che si è "lasciato diventare"; per contro, un **diritto penale del fatto**, rispettoso del principio di colpevolezza, non può espandere il riferimento alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione del fatto concreto⁴.

Questa fondamentale problematica, riguardante la fisionomia stessa del diritto penale, è stata recentemente affrontata in modo esplicito dalla **Corte costituzionale** nella sentenza **n. 249/2010**, avente tuttavia ad oggetto, non già la recidiva, ma l'art. **61, n. 11-bis**, c.p., introdotto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), convertito dalla l. 24 luglio 2008, n. 125: tale disposizione prevedeva l'aggravante generale della clandestinità, consistente nell'«*avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*»⁵.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., in quanto contrastante proprio con i principi che caratterizzano un diritto penale del fatto.

Si legge nella motivazione della sentenza: “ (...) la qualità di immigrato 'irregolare' (...) diventa uno 'stigma', che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «**tipo di autore**» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento.

Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone **il fatto** alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato **per le condotte tenute e non per le sue qualità personali**. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.

La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di **offensività**, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore”.

Con specifico riferimento alla normativa sulla **recidiva**, la Corte costituzionale si è invece mossa sul piano dell'**interpretazione conforme alla Costituzione**, avallando l'interpretazione che attribuisce carattere **facoltativo** alla recidiva reiterata *ex art. 99, co. 4 c.p.* (sul punto *v. postea*, 3).

Tale interpretazione – idonea ad evitare un contrasto con i principi costituzionali - è stata da ultimo confermata dalla citata sentenza **n. 249/2010**: nell'affermare l'infondatezza del richiamo all'istituto della recidiva per avallare la legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-

⁴ V. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2004, 331.

⁵ Ai sensi dell'art. 1, l. 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*) “*La disposizione di cui all'articolo 61, numero 11-bis), del codice penale si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi*”.

bis, c.p., la Corte ha avuto modo di ribadire che l'istituto della recidiva non è incostituzionale, avendo come presupposto una sentenza definitiva di condanna, riguardando solo delitti non colposi ed essendo fondato su una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso.

Si legge nella motivazione della sentenza: “Parimenti inconferente sarebbe il richiamo all'aggravante della recidiva. L'art. 99 c.p. prevede infatti che l'applicazione della suddetta circostanza è subordinata ad una **sentenza definitiva** di condanna per un delitto non colposo, intervenuta prima del fatto per il quale la pena deve essere aumentata. Inoltre, la recidiva aggrava unicamente la pena per i **delitti non colposi**.”

Sono pertanto esclusi dall'area di operatività della citata norma codicistica sia i reati contravvenzionali che quelli colposi, mentre, come s'è visto prima, il reato di immigrazione clandestina è una contravvenzione, punita, oltretutto, con una pena pecuniaria.

Il recidivo è dunque un soggetto che delinque volontariamente, pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'**insufficienza, in chiave dissuasiva**, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale.

Cionondimeno, con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una **relazione qualificata** tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare **sintomatico** – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della **colpevolezza** e della **pericolosità sociale** (da ultimo, ordinanza n. 171 del 2009).

Ben diversa è la disciplina per l'aggravante oggetto di censura, che può attivarsi finanche quando lo straniero ignori (per colpa) la propria condizione di irregolarità nel soggiorno (art. 59, secondo comma, c.p.), che prescinde da ogni collegamento funzionale con il reato cui accede, e che il giudice di tale reato deve accertare in via incidentale (senza attendere, per inciso, neppure l'esito di eventuali ricorsi amministrativi dell'interessato).

Si deve notare, a tale ultimo proposito, che il presupposto di una **sentenza definitiva** di condanna rende impossibile, nel caso della recidiva, quella formazione di giudicati ingiusti e contraddittori che potrebbe invece derivare, nella materia in esame, dalla accertata non irregolarità della presenza del soggetto nel territorio dello Stato, quando lo stesso sia già stato condannato per un altro reato, con l'applicazione dell'aggravante oggetto dell'odierna censura.

Tale eventualità acquista speciale rilievo nell'ipotesi dello straniero che chieda il riconoscimento dello *status* di rifugiato e, nelle more della relativa procedura, si veda contestata la circostanza in un giudizio che, a differenza di quello concernente il reato di ingresso o soggiorno irregolare, non può essere sospeso (si veda, a tale ultimo proposito, il comma 6 dell'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998).

Tali paradossi sono preclusi dal legislatore nel caso della recidiva, in coerenza peraltro con la **presunzione di innocenza** di cui all'art. 27, secondo comma, Cost., che non consente che si produca un effetto sanzionatorio ulteriore causato da un comportamento la cui illiceità penale deve essere ancora accertata in via definitiva”.

2. L'ambivalenza della recidiva.

La problematica della conformità alla Costituzione della disciplina della recidiva introdotta dalla **l. n. 251/2005** è dunque strettamente connessa a specifici problemi interpretativi, la soluzione dei quali ha determinato, come si dirà, una profonda revisione delle tradizionali opzioni dogmatiche riguardanti l'istituto.

Si è infatti riproposto il problema della natura giuridica della recidiva, da sempre connotata da una marcata **ambivalenza**, potendo essere considerata, sia sotto il profilo della

colpevolezza del fatto (funzione retributivo-proporzionale), sia sotto il profilo della **capacità criminale** del reo (funzione special-preventiva), tanto che, come è noto, si parla anche di natura **bidimensionale** della recidiva.

L'ambivalenza della recidiva – che spiega anche le difficoltà del suo inquadramento dogmatico – è del resto già insita nella stessa **sistematica del codice penale**: mentre la disciplina base dell'istituto è collocata nel libro I, titolo IV (*“Del reo e della persona offesa dal reato”*), capo II (*“Della recidiva, dell'abitudine, professionalità e della tendenza a delinquere”*), la sua disciplina come circostanza aggravante è collocata nel capo II (*“Delle circostanze del reato”*), del titolo II (*“Del reato”*), del libro I. Altri effetti della recidiva (c.d. effetti indiretti o collaterali) sono poi disciplinati nel contesto della normativa riguardante distinti istituti: amnistia, indulto, prescrizione, estinzione della pena per decorso del tempo, liberazione condizionale, riabilitazione.

Sull'impianto originario del codice del 1930, come è noto, si sono stratificati vari interventi riformatori della recidiva (in particolare ad opera del **d.l. n. 99/1974** e della **l. n. 251/2005**), i quali, oltre a modificarne in più punti la fisionomia, ne hanno progressivamente esteso la rilevanza rispetto ad istituti di diritto penale sostanziale (oblazione speciale, giudizio di valenza, concorso formale e reato continuato, prescrizione) e processuale (patteggiamento c.d. allargato; sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi; benefici dell'ordinamento penitenziario), ampliando i casi di discipline derogatorie fondate sul suo riconoscimento o sulla sua applicazione.

Sotto il profilo strettamente dogmatico, la tesi dominante in giurisprudenza e condivisa dalla prevalente dottrina qualifica la recidiva come **circostanza del reato**, il che trova inequivoco fondamento, non solo nel disposto dell'art. 70, co. 2, c.p. (*“Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva”*), ma soprattutto – dopo la riforma del 1974 – nella sua inclusione nel giudizio di valenza ai sensi dell'art. 69 c.p.

Trattasi di circostanza che richiede la previa **contestazione** (v. *postea*, 4) e che come tutte le circostanze aggravanti deve ritenersi assoggettata al criterio di imputazione soggettiva di cui all'art. 59, co. 2, c.p.⁶.

La recidiva, quale circostanza del reato, presenta tuttavia anche profili peculiari, tanto che si parla comunemente di **aggravante sui generis**: così è da escludere che essa possa incidere sul regime di procedibilità, problema questo che si è posto in giurisprudenza in relazione all'art. 640, co. 3, c.p., che prevede per il delitto di truffa la procedibilità di ufficio, qualora *“ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante”*⁷.

Nella giurisprudenza – soprattutto anteriore alla l. n. 251/2005 - sono tuttavia ravvisabili **due diverse concezioni** della recidiva, così sintetizzabili:

⁶ Non sembra tuttavia che sul punto si sia pronunciata la giurisprudenza.

⁷ V. - pur con motivazione discutibile - **Cass., Sez. un., 31/01/1987, n. 3152/1987, Paolini**, Rv. 175354: “La recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, in quanto essa, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato”.

a) una concezione che potremmo chiamare **formale**, normalmente espressa attraverso la qualifica della recidiva come **status soggettivo**, secondo la quale la recidiva è tendenzialmente produttiva di effetti sulla base del mero dato formale della **commissione del nuovo reato dopo una precedente condanna passata in giudicato**: in questa prospettiva viene tendenzialmente svalutato l'aspetto della dichiarazione della recidiva da parte del giudice e, nella recidiva facoltativa, il presupposto della maggiore colpevolezza del fatto e della maggiore pericolosità del reo; a questa concezione si può ricondurre ad esempio l'orientamento che relega la discrezionalità della recidiva facoltativa al mero profilo dell'aumento della pena, non incidente sull'esistenza in sé della recidiva, considerata un mero dato di qualificazione del reato, dipendente solo dalla previa condanna;

b) una concezione che potremmo chiamare **sostanziale**, normalmente espressa attraverso la valorizzazione della qualificazione della recidiva come **circostanza del reato**, secondo la quale la recidiva è tendenzialmente produttiva di effetti anche indiretti solo se il giudice ne accerti i presupposti e la dichiara, verificando non solo l'esistenza del **presupposto formale** costituito dalla previa condanna (presupposto che nel caso di recidiva obbligatoria è necessario e sufficiente, sempre che il nuovo reato appartenga al novero dei reati che determinano l'obbligatorietà), ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del **presupposto sostanziale** costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla maggiore pericolosità del reo.

L'analisi della giurisprudenza in materia di recidiva (non sempre lineare e coerente) rivela come talune divergenze interpretative su punti specifici sottendano in realtà l'adesione all'una o all'altra concezione: si tratta di un'alternativa assai risalente, in quanto riscontrabile addirittura in epoca anteriore alla riforma del 1974, quando la recidiva era sempre obbligatoria⁸.

⁸ V. ad es. il contrasto espresso già negli anni '60 da queste due sentenze:

Cass., Sez. V, 21/02/1968, n. 629/1968, Tudisco, Rv. 107330: "In sede di esecuzione - e specificamente in tema di estinzione della pena per decorso del tempo, di riabilitazione e di liberazione condizionale - la recidiva non può essere considerata una circostanza aggravante del reato, bensì una **situazione soggettiva autonoma della persona che spiega de iure i suoi effetti penali** e che può essere **dedotta dal certificato del casellario giudiziale** e da sentenze non ancora iscrittevi, ma passate in cosa giudicata o riconosciute se pronunciate all'estero (nella specie, si è ritenuta inapplicabile, nonostante il decorso di anni dieci dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, la causa estintiva della pena di anni quattro e mesi quattro di reclusione per un delitto di bancarotta fraudolenta ad un condannato senza la contestazione della recidiva pur risultante da anteriore altra condanna a lire duemila di ammenda per contravvenzione alla legge di pubblica sicurezza punibile alternativamente con l'arresto o con l'ammenda).

Cass., Sez. I, 08/11/1966, n. 1258/1967, Leonardi, Rv. 103217: "La recidiva non costituisce una autonoma situazione soggettiva della persona che infrange il comando penale, ma una **circostanza aggravante**, con la conseguenza che essa deve essere **contestata** anche quando risulti da un documento pubblico o debba essere **presa in esame** anche per un effetto diverso dall'inasprimento della pena. Tale principio va applicato non solo in tema di determinazione della pena al fine di stabilire il tempo necessario a prescrivere il reato, nel qual caso la recidiva viene presa in considerazione agli effetti dell'inasprimento della pena, ma anche in tema di determinazione del periodo di buona condotta per gli effetti di cui all'art 179 c.p., nonché nel caso di prescrizione della pena, al fine di escludere l'effetto estintivo del decorso del tempo sulla pena stessa nei confronti dei recidivi nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99 c.p."

3. La facoltatività della recidiva reiterata ed i limiti al giudizio di valenza ex art. 69, co. 4, c.p.

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 251/2005, il principale problema interpretativo affrontato dalla giurisprudenza è stato quello della natura della **recidiva reiterata** (art. 99, co. 4, c.p.)⁹ e della sua incidenza sul **giudizio di valenza** ai sensi dell'art. 69, co. 4, c.p. nuovo testo¹⁰.

La giurisprudenza ormai costante riconosce innanzitutto che la **recidiva reiterata** è **facoltativa** (*rectius discrezionale*) **nell'an** e vincolata nel *quantum*¹¹, salvo il caso in cui essa

⁹ L'art. 4, co. 1 l. n. 251/2005 dispone: L'articolo **99** del codice penale è sostituito dal seguente:
«**Art. 99 - (Recidiva).** – Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.
La pena può essere aumentata fino alla metà:
2. se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;
3. se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
4. se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.
Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.
Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.
Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.
In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo».

¹⁰ L'art. 3, co. 1, l. n. 251/2005 dispone: Il **quarto comma** dell'**art. 69** del codice penale è sostituito dal seguente: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato».

La l. n. 251/2005 non ha invece modificato l'art. 52 d.l.gs n. 274/2000 che in tema di **sanzioni applicabili dal giudice di pace** ai co. 3 e 4 dispone: “3. Nei casi di recidiva reiterata infraquinquennale, il giudice applica la pena della permanenza domiciliare o quella del lavoro di pubblica utilità, salvo che sussistano circostanze attenuanti ritenute prevalenti o equivalenti. 4. La disposizione del comma 3 non si applica quando il reato è punito con la sola pena pecuniaria nonché nell'ipotesi indicata nel primo periodo della lettera a) del comma 2”.

¹¹ V. per tutte **Cass., Sez. V, 15/05/2009, n. 22871/2009, Held**, Rv. 244209: “La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora **facoltativa** - salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) - con la conseguenza che, allorquando il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p.. (...)”.

Quanto agli argomenti a favore della natura facoltativa della recidiva, si possono richiamare quelli indicati nella sentenza **Cass., Sez. IV, 11/04/2007, n. 16750/2007, Serra**, che tra le prime ebbe a prospettare tale interpretazione; essi sono:

a) il carattere non autonomo, ma derivato delle due tipologie di recidiva di cui all'art. 99, co. 3 e 4, c.p., le quali presuppongono l'accertamento della recidiva semplice – sicuramente facoltativa - e ne costituiscono ipotesi specifiche, che da essa si differenziano solo per la diversità degli aumenti di pena;

diventa obbligatoria nell'*an*, ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p., essendo il nuovo delitto compreso nell'elenco di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.¹².

Quanto ai criteri che il giudice deve applicare nell'esercizio del potere discrezionale che è alla base del riconoscimento della recidiva facoltativa, essi sono costantemente individuati nella **maggior colpevolezza** del fatto e nella **maggior pericolosità** dell'autore del reato¹³, il

b) la locuzione usata nell'art. 81, co. 4, c.p. introdotto dalla l. n. 251/2005 ("*soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, co. 4*"), che evidenzia come la recidiva reiterata debba essere innanzitutto riconosciuta sussistente, per cui viene richiamato il potere discrezionale del giudice, tipico del facoltativo aumento per la recidiva, in quanto altrimenti, ove la recidiva fosse obbligatoria anche nell'*an* nei casi di cui all'art. 99, co. 4, c.p., non avrebbe senso richiedere che la stessa sia "applicata", cioè riconosciuta;

c) la locuzione "*ritenute circostanze aggravanti*" di cui all'art. 69, co. 4, c.p. comporta sempre un giudizio valutativo in ordine all'applicazione dell'aumento per la recidiva reiterata, che non può quindi essere considerata obbligatoria nell'*an*", ma solo nel "*quantum*", individuato in misura fissa a seconda delle differenti ipotesi (reiterata semplice o aggravata).

In medesimi argomenti sono ribaditi anche da **Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé**.

¹² Sulla recidiva **obbligatoria** v. **Cass., Sez. IV, 30/06/2009, n. 2666/2009**: "Secondo il testo novellato dell'art. 99, c.p. il giudice è obbligato a riconoscere la recidiva **solo se l'imputato recidivo commette uno dei delitti elencati nell'art. 407 co. 2, lett. a) c.p.p.**"; **Cass., Sez. II, 05/12/2007, n. 46243/2007, Cavazza**, Rv. 238521: "**Il divieto di prevalenza**, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p. opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui **la recidiva reiterata sia obbligatoria** per essere **il nuovo delitto** compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p."; **Cass., Sez. I, 15/04/2008, n. 17313/2008, Giglio**, Rv. 239620: "Anche quando, per la tipologia del reato ascritto, l'aumento di pena per la recidiva sia obbligatorio ai sensi dell'art. 99, comma quinto, c.p., non sussiste, in presenza di attenuanti, il divieto del giudizio di bilanciamento tra queste ultime e la recidiva, essendo **precluso solo quello di prevalenza** delle prime sulla seconda. Ne consegue che è viziata da illegittimità la sentenza che, nel determinare la pena da infliggere, dapprima proceda all'aumento per la recidiva e successivamente alla diminuzione per le attenuanti. (Nella specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, provvedendo direttamente al nuovo calcolo della pena finale, a partire dalla pena-base, così come determinata dal giudice di merito)".

Per un altro caso di **recidiva obbligatoria** si veda l'**art. 639, co. 3, c.p.** introdotto dall'art. 3, co. 3, l. n. 94/2009: «*Nei casi di recidiva per le ipotesi di cui al secondo comma si applica la pena della reclusione da tre mesi a due anni e della multa fino a 10.000 euro. Nei casi previsti dal secondo comma si procede d'ufficio*»; il richiamato co. 2 dispone: «*Se il fatto è commesso su beni immobili o su mezzi di trasporto pubblici o privati, si applica la pena della reclusione da uno a sei mesi o della multa da 300 a 1.000 euro. Se il fatto è commesso su cose di interesse storico o artistico, si applica la pena della reclusione da tre mesi a un anno e della multa da 1.000 a 3.000 euro*».

¹³ V. per tutte **Cass., Sez. VI, 16/07/2008, n. 34702/2008, Ambesi**, Rv. 240706: "L'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata può essere applicato solo qualora si ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo sotto il profilo della **più accentuata colpevolezza** e della **maggior pericolosità** del reo, in considerazione della natura e del tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p."

La costante giurisprudenza precisa anche che "Non è ravvisabile il vizio di contraddittorietà di motivazione nel caso di diniego delle circostanze attenuanti generiche per i precedenti penali dell'imputato e di contemporaneo giudizio di equivalenza tra una circostanza attenuante e la recidiva, trattandosi di due ben distinte valutazioni non necessariamente collegate ad identici presupposti" (così per tutte **Cass., Sez. II, 04/11/2009, n. 106/2010, Marotta**, Rv. 246045).

In ordine ai **criteri** in base ai quali il giudice deve esercitare il potere discrezionale relativo al riconoscimento della recidiva esiste una sostanziale continuità tra la giurisprudenza più recente e la giurisprudenza affermatasi dopo la riforma del 1974; v. ad es. **Cass., Sez. V, 22/11/1974, n. 4338/1975, Vianelli**, Rv. 129839: "Il giudice non è più vincolato alla opinione preventiva ed astratta della maggior capacità a delinquere e pericolosità del

che comporta per il giudice un corrispondente obbligo motivazionale¹⁴, anche se sul punto la giurisprudenza non appare univoca¹⁵.

Sempre secondo la giurisprudenza ormai costante, la **limitazione del giudizio di valenza** di cui all'art. 69, co. 4, c.p. va intesa nel senso che le circostanze attenuanti - di qualunque tipo esse siano - non possono essere dichiarate prevalenti sulle aggravanti nel caso in cui ricorrono gli estremi della **recidiva reiterata ex art. 99, co. 4 c.p.** (o nel caso in cui ricorrono le aggravanti di cui agli artt. 111 e 112, co. 1, n. 4 c.p.¹⁶) o perché il giudice **ricosce** la recidiva **facoltativa**, ritenendone sussistenti i presupposti formali e sostanziali, o perché la recidiva è **obbligatoria** e quindi deve essere dichiarata dal giudice per essere in nuovo delitto ricompreso nella previsione dell'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.: al di fuori di queste ipotesi il giudizio di valenza non è soggetto ad alcuna limitazione¹⁷.

reo espresse dalla ricaduta nel reato, ma è tenuto a stabilire volta per volta, se effettivamente la recidiva sia espressione di insensibilità etica e pericolosità, e giustifichi perciò la maggiore punizione del reo; o se, invece, per l'occasionalità della ricaduta, per i motivi che la determinano, per il lungo intervallo di tempo tra il precedente reato e il nuovo, per la diversità di indole delle varie manifestazioni delinquenziali, per la condotta in genere tenuta dal reo, eccetera, quella insensibilità e quella pericolosità non siano riscontrabili”.

¹⁴ V. Cass., Sez. V, 21/10/2008, n. 46452/2008, Tegzesiu, Rv. 242601: “L'applicazione dell'aumento di pena per effetto della recidiva rientra - fatti salvi i casi di operatività obbligatoria di cui all'art. 99, co. 5, c.p. - nell'esercizio dei poteri discrezionali del giudice e richiede adeguata motivazione, in particolare, con riguardo alla nuova azione costituente reato e alla sua idoneità a manifestare una maggiore capacità a delinquere che giustifichi l'aumento di pena”.

¹⁵ V. ad es. Cass., Sez. III, 18/02/2009, n. 13923/2009, Criscuolo, Rv. 243505: “In assenza di deduzioni difensive, l'applicazione dell'aumento di pena per la recidiva facoltativa nei casi di cui all'art. 99, co. 3 e 4, c.p., non comporta un obbligo di specifica motivazione, trattandosi di un aggravamento previsto dalla legge quale effetto delle condizioni soggettive dell'imputato (In motivazione la Corte ha precisato che è solo l'esclusione di tale aggravamento di pena a dover essere motivato)”; Cass., Sez. III, 21/04/2010, n. 22038/2010, Passacantando Rv. 247634: “Il rigetto della richiesta di esclusione della recidiva facoltativa, pur richiedendo l'assolvimento di un onere motivazionale, non impone al giudice un obbligo di motivazione espressa, ben potendo quest'ultima essere anche implicita. (Fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto implicita la motivazione sul diniego della richiesta di esclusione della recidiva reiterata infraquinquennale, desumendola dalla dichiarazione di pericolosità sociale del condannato, destinatario della misura di sicurezza della libertà vigilata, statuizioni, queste, incompatibili con l'esclusione della recidiva); Cass., Sez. V, 19/11/2009, n. 711/2010, Stracuzzi, Rv. 245733: “Non vi è obbligo di specifica motivazione, in assenza di specifiche deduzioni difensive, per la decisione di aumento di pena per la recidiva facoltativa nei casi di cui all'art. 99, commi terzo e quarto, c.p., trattandosi di un aggravamento previsto dalla legge quale effetto delle condizioni soggettive dell'imputato”.

¹⁶ L'art. 111 c.p. prevede: “(Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile). Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata. Se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà. Se chi ha determinato altri a commettere reato ne è il genitore esercente la potestà, la pena è aumentata fino alla metà, o se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza da un terzo a due terzi”.

L'art. 112, co.1, n. 4 c.p., nel testo da poi modificato dalla l. n. 94/2009, prevede: “(Circostanze aggravanti).

La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: (...)

4. per chi, fuori dal caso preveduto dall'art. 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni diciotto o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza”.

¹⁷ V. per tutte Cass., Sez. V, 30/01/2009, n. 13658/2009, Maggiani, Rv. 243600: “Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di **recidiva reiterata** di cui all'art. 99, co. 4, c.p.,

Nell'interpretazione dell'art. 69, co. 4, c.p. la giurisprudenza mantiene dunque l'**unitarietà** e l'**inscindibilità** del giudizio di valenza¹⁸, perché la presenza di una determinata aggravante (per quanto qui interessa, la recidiva) incide sul giudizio di valenza nel suo complesso, in quanto impedisce la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, ma il giudice conserva il potere di dichiarare la prevalenza delle aggravanti sulle attenuanti o la loro equivalenza: il divieto di prevalenza delle attenuanti assume così carattere **generale ed assoluto**¹⁹.

In altri termini, l'art. 69, co. 4, c.p. deroga alla disciplina generale, semplicemente escludendo alcuni dei possibili esiti del giudizio di valenza: le aggravanti "blindate" (artt. 99, co. 4; 111 e 112, co. 1. n. 4, c.p.) sono dotate di maggior "resistenza" e l'attribuiscono anche ad eventuali altre aggravanti concorrenti, nel senso che tutte le aggravanti possono essere dichiarate solo prevalenti o equivalenti rispetto all'attenuante o alle attenuanti concorrenti.

Gli esposti orientamenti in tema di facoltatività della recidiva e di giudizio di valenza sono stati recentemente con fermati da **Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé**²⁰.

opera soltanto se il giudice **in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena** per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia **obbligatoria** per essere **il nuovo delitto** compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p."; **Cass., Sez. V, 15/05/2009, n. 22871/2009, Held**, Rv. 244209: "La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora **facoltativa** - salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) - con la conseguenza che, allorquando il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p.. Ne deriva che, nel caso in cui la recidiva reiterata concorra **con una o più attenuanti**, il giudice procede al giudizio di bilanciamento, a norma dell'art. 69, co. 4, c.p., come modificato dalla L. n. 251 del 2005, solo ove ritenga la recidiva reiterata **effettivamente idonea ad influire**, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede".

¹⁸ **Cass., Sez. VI, 09/10/2003, n. 39456/2003, Cotugno**, Rv. 227433: "Il giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p. ha **carattere unitario ed inscindibile** e deve essere effettuato con la comparazione tra le attenuanti nel loro complesso e la recidiva, sicché una volta riconosciuta in appello una speciale attenuante, ed essendo state riconosciute in primo grado le attenuanti generiche equivalenti alla recidiva, il giudice d'appello deve effettuare la valutazione delle attenuanti globalmente, essendogli inibito diminuire la pena solo per effetto dell'attenuante speciale e mantenere il giudizio di equivalenza tra attenuanti generiche e recidiva. (Nella specie la Corte ha ritenuto che essendo stata riconosciuta in appello la prevalenza sulla recidiva dell'attenuante speciale di cui al quarto comma dell'art. 385 c.p., tale statuizione comportava peraltro l'effetto giuridico della prevalenza anche delle attenuanti generiche).

¹⁹ V. per tutte: **Cass., Sez. IV, 30/06/2009, n. 26666/2009**: "Il divieto di prevalenza delle attenuanti è formulato in modo generale ed assoluto, sicché quando operante, si applica sia per le attenuanti comuni (art. 62 c.p.), sia per le attenuanti generiche (art. 62-bis c.p.)"; **Cass., Sez. III, 25/09/2008, n. 45065/2008, Pellegrino**, Rv. 241780: "In tema di concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti previsto dall'art. 69, co. 4, c.p., a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251, è formulato in **modo generale ed assoluto**. Ne consegue che tale divieto riguarda sia le circostanze attenuanti comuni, sia le circostanze attenuanti generiche che le circostanze attenuanti speciali".

²⁰ Queste le massime ufficiali tratte dalla sentenza:

(**Rv. 247838**) La recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio, ma può non essere ritenuta configurabile dal giudice, a meno che non si tratti dell'ipotesi di recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma quinto, c.p., nel qual caso va anche obbligatoriamente applicata. (Nell'enunciare tale principio, la

L'orientamento che riconosce la facoltatività della recidiva reiterata ha trovato un avallo decisivo nella sentenza della **Corte costituzionale n. 192/2007**, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 della l. n. 251/2005, sollevate in riferimento agli artt. 3; 25, co. 2; 27, co. 1 e 3; 101, co. 2 e 111, co. 1 e 6, Cost.

La Corte ha infatti osservato che le eccezioni di incostituzionalità sollevate muovevano dal presupposto dell'obbligatorietà della recidiva reiterata, senza che fosse stata vagliata la praticabilità della diversa interpretazione che, attribuendo a tale tipo di recidiva carattere facoltativo, avrebbe fatto **cadere l'«automatismo» oggetto di censura**, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, sulla base di un'asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Si legge nella motivazione della sentenza: "Conformemente (..) ai criteri di corrente adozione in tema di **recidiva facoltativa**, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso **concretamente significativo** – in rapporto alla **natura** ed al **tempo di commissione** dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. **133 c.p.** – sotto il profilo della più accentuata **colpevolezza** e della **maggiore pericolosità** del reo.

Di conseguenza, allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento – soggetto al regime limitativo di cui all'art. 69, co. 4, c.p. – unicamente quando, sulla base dei criteri dianzi ricordati, ritenga la **recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio** del fatto per cui si procede; mentre, in caso contrario, **non** vi sarà luogo ad alcun **giudizio di comparazione**: rimanendo con ciò esclusa la censurata elisione automatica delle circostanze attenuanti.

I giudici *a quibus* non indicano, del resto, quali argomenti si oppongano ad una simile conclusione. In particolare, essi non si chiedono se la conclusione stessa possa trovare ostacolo nell'indirizzo dominante della giurisprudenza di legittimità – formatosi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 e peraltro avversato dalla dottrina largamente maggioritaria – in forza del quale la facoltatività della recidiva atterrebbe unicamente all'aumento di pena, e non anche agli altri effetti penali della stessa, rispetto ai quali il giudice sarebbe comunque vincolato a ritenere esistente la circostanza; o se assuma, al contrario, rilievo dirimente – pure nella cornice di detto indirizzo – la considerazione che il **giudizio di bilanciamento** attiene anch'esso al **momento commisurativo della pena**".

Corte ha precisato che, in presenza di contestazione della recidiva a norma di uno dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p., è compito del giudice quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti e al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e a ogni altro parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali).

(**Rv 247839**) Una volta contestata la recidiva nel reato, anche reiterata, purché non ai sensi dell'art. 99, comma quinto, c.p., qualora essa sia stata esclusa dal giudice, non solo non ha luogo l'aggravamento della pena, ma non operano neanche gli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, di cui all'art. 69, co. 4 c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, co. 4 c.p., dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, co. 1-bis, c.p.p.; effetti che si determinano integralmente qualora, invece, la recidiva stessa non sia stata esclusa, per essere stata ritenuta sintomo di maggiore colpevolezza e pericolosità. (Fattispecie relativa ad istanza di cosiddetto "patteggiamento allargato").

* * *

Il contrasto giurisprudenziale sorto dopo l'entrata in vigore della l. n. 251/2005 in ordine al significato della **facoltatività** della recidiva reiterata ed al tipo di incidenza della stessa sul giudizio di valenza, è fondamentale per comprendere come proprio tale questione abbia fatto emergere le già evidenziate contrapposte concezioni della recidiva, tanto che non a caso è da questo contrasto che ha preso le mosse un processo di superamento degli orientamenti interpretativi fino ad allora prevalenti.

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 251/2005 era stata prospettata infatti una nozione assai **ristretta** della **facoltatività** della recidiva reiterata, secondo la quale essa non riguarda i presupposti della recidiva, cioè la sua sussistenza, ma **solo l'aumento della pena**: la facoltatività viene riferita al solo **effetto quoad poenam**, mentre tutti gli altri effetti della recidiva - inclusa la limitazione al giudizio di valenza di cui all'art. 69, co. 4, c.p. - derivano unicamente dalla verifica da parte del giudice della correttezza della sua contestazione, in base al dato formale della precedente condanna (o delle precedenti condanne).

Secondo questa interpretazione, la recidiva consiste dunque in uno **status soggettivo** fondato sulla ricaduta nel reato dopo una condanna passata in giudicato ed è questo **status** che, ai sensi dell'art. 69, co. 4, c.p. nuovo testo, impedisce la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, anche se il giudice ritiene di non dovere applicare l'aumento di pena proprio della recidiva.

La sentenza fondamentale al riguardo è **Cass., Sez. VI, 27/02/2007, n. 18302/2007, Ben Hadhria**, Rv. 236426: "Il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata trova applicazione, unitamente alle altre regole sul giudizio di comparazione, pur quando il giudice ritenga, dopo aver accertato la sussistenza della contestata recidiva, di non disporre l'aumento di pena"²¹.

Si legge nella motivazione della sentenza: "(...) La giurisprudenza pressoché costante è nel senso che la nuova disciplina della recidiva, di cui alla l. 7 giugno 1974, n. 220, ha sancito soltanto **la facoltatività dell'aumento di pena e non anche degli altri effetti penali connessi alla recidiva** (*lex plurimis*, Sez. 3[^], 20 maggio 1993, dep. 25 giugno 1993, n. 6424; Sez. 1[^], 6 maggio 1986, dep. 23 ottobre 1986, n. 2335; Sez. 2[^], 9 marzo 1983, dep. 27 maggio 1983, n. 6948; Sez. 3[^], 6 dicembre 1978, dep. 10 marzo 1979, n. 2335).

Pertanto, è *ius receptum* che il giudice è vincolato ad applicare la recidiva, una volta accertato che sia stata correttamente contestata. Mentre, **la discrezionalità riguarda solo la scelta di aumento o meno di pena**, fermo restando che, in ogni caso, **la recidiva ha gli altri effetti penali** per essa stabiliti dalla legge. Effetti che vanno dal divieto di misure previste dal diritto sostanziale a quelle previste dall'ordinamento penitenziario - quali la sospensione condizionale della pena, l'oblazione speciale, la liberazione condizionale, la riabilitazione, la

²¹ Con tale sentenza la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di patteggiamento per il delitto di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, perché il giudice, escluso l'aumento di pena per la recidiva in ragione di una prognosi non negativa in punto di pericolosità, aveva omissso il giudizio di comparazione, da effettuarsi tenendo conto del divieto di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto con la recidiva reiterata specifica infraquinquennale contestata.

prescrizione - e, infine, a quelle processuali, quale quella della preclusione della richiesta di pena *ex art. 444 c.p.p., co. 1-bis*.

Altrettanto è diritto vivente che la recidiva rileva agli effetti penali solo in quanto sia stata ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo essere stata regolarmente contestata, attesa la sua natura di "aggravante". La sentenza che la applica ha natura costitutiva e non dichiarativa del particolare *status* del soggetto desumibile dal suo certificato penale (Sez. 1[^], 6 ottobre 2004, dep. 29 novembre 2004, n. 46229; Sez. 1, 10 novembre 1987, 20 febbraio 1987).

La recidiva, al pari di ogni circostanza "inerente la persona del colpevole", in caso di concorso con altre circostanze aggravanti e attenuanti, comporta l'operatività delle regole stabilite dall'art. 69 c.p., come espressamente stabilito dal co. 4 dello stesso articolo.

In altre parole, **lo *status* individuale del recidivo determina sia una qualificazione giuridica soggettiva**, in quanto si riferisce a una situazione inerente alla persona del reo, **sia una circostanza aggravante soggettiva**.

Ne consegue che la recidiva è soggetta al meccanismo giuridico del **giudizio di comparazione** delle concorrenti circostanze attenuanti, **indipendentemente dalla valutazione *ex ante* che il giudice possa già effettuare sull'aumento o meno di pena**. Valutazione che, invece, si porrà **all'esito della comparazione e nel caso in cui la stessa sia dichiarata prevalente rispetto alle altre**.

Qui, il giudice può escludere se operare gli aumenti per la recidiva là dove ritenga gli aumenti di pena delle altre aggravanti concorrenti *ex art. 63 c.p.* già adeguati, in base ai criteri dettati dall'art. 133 c.p., all'entità oggettiva e soggettiva del fatto²².

Questa interpretazione si ricollega a quella giurisprudenza anteriore alla l. n. 251/2005, secondo la quale "in tema di recidiva l'art. 99 c.p. – nel testo sostituito dall'art. 9 d.l. 11 aprile 1974, n. 99 conv. l. 7 giugno 1974 n. 220 – dà facoltà al giudice non già di escludere la circostanza, ma di non apportare gli aumenti di pena che da essa dovrebbero conseguire"²³.

* * *

Per comprendere perché, solo dopo l'entrata in vigore della l. n. 251/2005, il problema del significato della facoltatività della recidiva abbia assunto un'importanza decisiva nella rivalutazione della natura giuridica dell'istituto, è necessario accennare sinteticamente all'evoluzione della disciplina della recidiva in rapporto al giudizio di valenza.

²² Nello stesso senso **Cass., Sez. IV, 22/02/2008, n. 15232/2008, Fahir**, Rv. 240209: "Il divieto di ritenere nel giudizio di comparazione prevalenti le circostanze attenuanti su quelle aggravanti qualora sia stata contestata la recidiva reiterata ai sensi dell'art. 99 c.p., trova applicazione anche quando il giudice nell'ambito del potere discrezionale riconosciutogli dalla legge ritenga di non disporre l'aumento di pena per la recidivanza".

²³ Così, tra le altre, **Cass., Sez. II, 12/04/1983, n. 10248/1983, Querzola**, Rv. 161468); v. anche **Cass., Sez. III, 29/09/1978, n. 435/1979, Vinciguerra**, Rv. 140816: "Quando la recidiva non espliciti, per effetto della riconosciuta prevalenza o equivalenza rispetto ad essa di circostanze attenuanti, alcuna efficacia sulla determinazione della pena, non è difettosa la motivazione della sentenza che non precisi i motivi della mancata esclusione, giacché l'art. 99 c.p., nel testo sostituito dall'art. 9 d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220, dà facoltà al giudice non di escludere la circostanza, che è inerente alla persona del colpevole, ma di non apportare gli aumenti di pena".

Nel **codice Rocco** del 1930 la recidiva era obbligatoria (salvo i casi di cui all'art. 100 c.p.) e, in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole, essa era sottratta al giudizio di valenza.

Con la riforma introdotta dal **d.l. n. 99/1974** la recidiva era stata trasformata da obbligatoria in facoltativa (con conseguente abrogazione dell'art. 100 c.p.) ed era stata assoggettata al giudizio di valenza attraverso la modifica dell'art. 69 c.p., venendo equiparata alle altre circostanze: anche aderendo alla concezione della recidiva come *status* il giudice non aveva in pratica dei vincoli nella quantificazione della pena, potendo non applicare l'aggravamento della pena per la recidiva o paralizzarne comunque l'effetto aggravatore dichiarandola subvalente.

La **l. n. 251/2005** ha mantenuto (stante l'esposta interpretazione affermata in giurisprudenza) il carattere prevalentemente facoltativo della recidiva reiterata (ad eccezione dei casi di recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, co. 5 c.p.), ma ha introdotto dei vincoli al giudizio di valenza e correlativamente al potere di quantificazione della pena.

A fronte di tale modifica normativa, l'adesione alla concezione della recidiva come *status* aveva come conseguenza che il giudice, stante gli indicati vincoli al giudizio di valenza, si trovava costretto ad irrogare pene la cui gravità veniva avvertita come sproporzionata rispetto al disvalore del fatto ed alla personalità dell'imputato. Tipico il caso del reato di cui all'art. 73 t.u.stup.: aderendo a tale concezione, in presenza della recidiva reiterata anche il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 73, co. 5 t.u.stup. non permetteva di irrogare una pena detentiva comunque inferiore al minimo edittale di anni sei di reclusione previsto per l'ipotesi base del reato.

Di qui la scelta della giurisprudenza di rivedere, innanzitutto ai fini del giudizio di valenza, l'orientamento tradizionale che qualificava la recidiva come *status*. Invero, solo la piena adesione alla diversa concezione della **recidiva come circostanza** permetteva di **limitare** la portata dei nuovi vincoli del giudizio di valenza nel caso di recidiva reiterata: non riconoscendo la recidiva, cioè non riconoscendo l'esistenza di tutti i suoi presupposti (in particolare di quello sostanziale), il giudice poteva evitare in radice di applicare la disciplina derogatoria al giudizio di valenza dettata dall'art. 69, co. 4, c.p.

Questa nuova opzione interpretativa ha potuto addurre a proprio favore un argomento apparso subito decisivo: l'**incongruenza logica** dell'applicazione della concezione tradizionale della recidiva al giudizio di valenza, argomento bene evidenziato anche dalla **Corte costituzionale** nella già citata sentenza **n. 192/2007**.

Osserva infatti la Corte: "In effetti, qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato, mantenga il carattere di facoltatività, ma dall'altro abbia efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti – siano esse ad effetto comune o speciale – ne deriverebbe la conseguenza, all'apparenza **paradossale**, di una **circostanza "neutra" agli effetti della determinazione della pena** (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato, **ma in concreto 'aggravante'** – eventualmente, anche in rilevante misura – nell'ipotesi di reato circostanziato '*in mitius*'. In altre parole, appare assai problematico sul piano logico supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini invece un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato: profilo

problematico, questo, con il quale i giudici *a quibus* avrebbero dovuto necessariamente misurarsi”.

La concezione della recidiva come *status* si è dunque dimostrata **inidonea** ad essere applicata anche alla nuova disciplina del giudizio di valenza di cui al nuovo co. 4 dell'art. 69 c.p.

Decisiva nel segnare questa svolta interpretativa è stata la sentenza **Cass., Sez. IV, 11/04/2007 n. 16750/2007, Serra**.

La sentenza evidenzia con chiarezza il punto centrale del problema, vale a dire la concezione della recidiva e la nozione di facoltatività: “Il contrasto giurisprudenziale, oggetto di critica da una parte molto consistente della dottrina, discende dalla generale considerazione secondo cui la facoltatività concerne solo l'aumento di pena, ma **non la sussistenza della recidiva** (...). Tale impostazione, però, finisce con lo stravolgere l'istituto stesso della recidiva, intesa come circostanza aggravante inerente alla persona, giacché ne deriverebbe l'applicazione ad altri effetti, pur se in concreto è stato escluso l'aumento di pena”.

Dopo avere concordato con l'orientamento secondo il quale una circostanza aggravante deve ritenersi applicata, non solo allorquando viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante impedendo a questa di svolgere la sua funzione di alleviare la pena irroganda per il reato, la sentenza esprime la propria decisa adesione alla concezione secondo la quale la recidiva, per operare, deve essere ritenuta dal giudice, cioè **dichiarata o riconosciuta**.

“(…) Ed invero, esiste anche un orientamento un tempo minoritario (...) secondo cui "la recidiva non è un mero *status* soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere **ritenuta** dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare **contestazione**, onde può desumersi, pure, dal giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, anche nell'ipotesi in cui i relativi aumenti di pena siano elisi in sede di bilanciamento per il giudizio di prevalenza delle attenuanti, giacché si tratta di **dichiarazione e riconoscimento** della recidiva e non di applicazione". Infatti, in presenza di valida contestazione deve ritenersi che il giudice abbia ravvisato gli estremi di quella maggiore colpevolezza del reo o di quella maggiore pericolosità, che, in concreto, integrano il **riconoscimento o la dichiarazione** della recidiva reiterata.

Questa tesi si fa preferire sia per ragioni logico - sistematiche e di garanzia, giacché, secondo la conclusione di un illustre Maestro, è difficilmente spiegabile come "da una recidiva esclusa nella competente istanza (potrà) in un ulteriore episodio giudiziale scaturire una contestazione di recidiva reiterata", sia in considerazione della particolare rilevanza attribuita dalla l. n. 251 del 2005 alla recidiva, delle caratteristiche della disciplina e dell'esistenza di questo contrasto in giurisprudenza, sicché la pedissequa ripetizione del precedente dettato normativo non può comportare un piano adagiarsi sull'interpretazione dominante.

Infatti, gli effetti della nuova riforma della recidiva come impongono al giudice, di merito e di legittimità, nell'ambito dei propri compiti, un adeguato obbligo motivazionale, inteso come congrua esplicitazione delle ragioni dell'esercizio del potere discrezionale nei casi di recidiva facoltativa e, sotto altro profilo, quale controllo sulle argomentazioni svolte, reso in parte più pregnante dalle modificazioni introdotte all'art. 606 c.p.p., lett. e), dalla l. n. 46 del 2006, così determinano la **rivisitazione di approdi giurisprudenziali**, la

cui giustificazione non appare appropriata, tenuto conto del quadro costituzionale nel quale deve essere valutato l'istituto della recidiva, tanto più che l'art. 69 c.p., comma 4, fa riferimento alle "ritenute circostanze aggravanti".

Di qui il rifiuto della c.d. "**discrezionalità bifasica**" della recidiva²⁴:

“Inoltre, seguendo la dottrina maggioritaria, nonostante una carenza di approfondimento sul tema da parte della giurisprudenza, dopo la riforma del 1974, deve rilevarsi che, ritenuta la recidiva una circostanza inerente alla persona, non è ammissibile configurare, in materia di circostanze, una "**discrezionalità bifasica**" (sull'*an* della circostanza, che deve essere riconosciuta, e sulla variazione della pena conseguente), in quanto deve riconoscersi che l'individuazione e l'applicazione della circostanza devono seguire un medesimo binario e che la facoltatività della recidiva comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto, sicché il requisito oggettivo della precedente condanna non è sufficiente, in assenza dei presupposti soggettivi a fondare non solo l'aumento di pena, ma anche il riconoscimento della recidiva agli altri effetti penali, ma solo a determinare per un successivo delitto l'intervenuta dichiarazione”.

Infine la sentenza esplicitamente afferma che una diversa interpretazione dell'art. 99, co. 4, c.p. non sarebbe rispettosa del canone dell'**interpretazione conforme alla Costituzione**²⁵, innanzitutto sotto il profilo del rispetto del principio di **offensività**:

“(…) un carattere peculiare, derivante dal divieto previsto dall'art. 69 c.p., co. 4, si verifica nel caso in cui si ritenga configurabile un'**attenuante indipendente**, contraddistinta dalla previsione di una misura di pena diversa da quella ordinaria del reato base, ovvero quella c.d. **ad effetto autonomo**, così denominata, in quanto è prevista una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, vale a dire quelle contraddistinte dall'espressione onnicomprensiva di circostanze "**ad effetto speciale**", ove questo precetto non venga interpretato nel senso ritenuto corretto da questo collegio cioè ritenendo la recidiva reiterata *ex art. 99 c.p., co. 4*, facoltativa e necessario il precedente riconoscimento di detto tipo di recidiva per produrre gli effetti ivi contemplati, qualora, pur essendo stata contestata, non si ritenga, in una valutazione dei presupposti e delle condizioni proprie di detto istituto, di applicare l'aumento di pena ivi stabilito.

Infatti, è noto che la previsione di queste attenuanti trova una sua giustificazione nel **principio di offensività** (sulla sua costituzionalizzazione vedi con aderenza al delitto contestato nell'impugnata sentenza le quattro sentenze della Consulta tutte sulla disciplina delle sostanze stupefacenti L. n. 331 del 1991, L. n. 133 del 1992, L. n. 369 del 1995 e L. n. 296 del 1996), giacché la fattispecie circostanziale si basa sulla capacità del fatto considerato di ridurre significativamente l'entità dell'offesa recata al bene protetto, sicché è giustificata una consistente riduzione della pena in presenza soprattutto di minimi edittali del reato base abbastanza elevati in modo da adeguare la sanzione al fatto anche in virtù dei **principi di ragionevolezza e di proporzionalità della pena** (cfr. Corte Cost. n. 67 del 1992; n. 139 del 1989; n. 49 del 1989; nn. 273 e 409 del 1989, n. 103 del 1982; n. 329 del 1997 basate sul canone fondamentale della proporzionalità coniugato e derivato dal principio di ragionevolezza e di razionalità oppure Corte Cost. n. 168 del 1994, sulla

²⁴ Negli stessi termini **Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé**, che espressamente richiama, sul punto, la sentenza in esame.

²⁵ Negli stessi termini, anche se più sinteticamente, **Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé**.

declaratoria di incostituzionalità dell'ergastolo per i minori imputabili, concernente particolari situazioni soggettive, ovvero, riguardanti una mutata sensibilità sociale o un differente quadro normativo vedi Corte Cost. n. 313 del 1995, che concerne altre fattispecie di oltraggio dopo la famosa sentenza n. 341 del 1994, in tema di minimo edittale del delitto di cui all'art. 341 c.p., e Corte Cost. n. 314 del 1995, con riferimento al raffronto tra pene dei delitti di oltraggio e di violenza o minaccia a pubblico ufficiale).

Evidenzia ancora la sentenza, che l'interpretazione proposta è giustificata anche dal necessario rispetto dei principi di **ragionevolezza** e di **eguaglianza**:

“(…) Ed invero, "il **canone della ragionevolezza** deve trovare applicazione non solo all'interno dei singoli comparti normativi, ma anche con riguardo all'intero sistema" (Corte Cost. n. 84 del 1997). Proprio in relazione alla materia degli stupefacenti ed alla vicenda esaminata dal giudice sassarese, in cui la quantità della droga rinvenuta (circa dieci grammi di eroina), le condizioni di vita degli spacciatori - tossicodipendenti ed il numero dei soggetti coinvolti, il Serra e la sua compagna, hanno indotto il giudice a ritenere configurabile l'attenuante del fatto di lieve entità con motivazione diffusa, non contestata dal ricorrente, entrambi gli imputati sarebbero dovuti essere puniti con una pena detentiva della reclusione da sei a venti anni e pecuniaria della multa da Euro 26.000,00 a Euro 260.000,00, invece di quella prevista per l'attenuante indipendente (da uno a sei anni di reclusione ed euro da Euro 3.000,00 a Euro 26.000,00 di multa), sicché l'irragionevolezza della previsione di una recidiva obbligatoria anche nell'ipotesi di cui all'art. 99 c.p., co. 4, è eclatante e configge con l'ulteriore principio costituzionale della finalità rieducativi della pena (art. 27 Cost.).

Il **principio di eguaglianza** può essere richiamato in ordine alla normativa di cui all'art. 69 c.p., co. 4, anche sotto un differente aspetto, giacché, secondo quanto rilevato dai primi commentatori, può determinare un appiattimento del trattamento sanzionatorio per situazioni completamente diverse, inerenti non solo alle circostanze ad effetto speciale, ma anche al concorrere o meno di più circostanze attenuanti (ad es. in tema di furto pluriaggravato il riconoscimento delle attenuanti comuni del danno di particolare tenuità e del risarcimento del danno o della restituzione, ritenute circostanze sintomatiche di una minore capacità criminale e l'ultima relativa alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato pregiudicato dalla condotta criminosa (Corte Cost. n. 138 del 1998), rispetto all'individuazione di un'altra attenuante da sola, giacché, in entrambi i casi, la pena detentiva minima da irrogare sarebbe di cinque anni di reclusione, ove fosse ritenuta la natura obbligatoria della recidiva di cui all'art. 99 c.p., co. 4, o di tre anni di reclusione, qualora l'altro effetto penale della recidiva facoltativa su indicata, previsto dall'art. 69 c.p., co. 4, discendesse automaticamente dalle condanne risultanti dal certificato penale e non da una dichiarazione o riconoscimento della stessa).

Infine, la proposta interpretazione si accorda con il principio della **funzione rieducativa della pena**:

“Peraltro, anche a voler seguire la non condivisibile tesi dottrinale su richiamata, che comporterebbe la difficoltà di ritenere configurabile una violazione dell'art. 3 Cost., sotto l'aspetto della ragionevolezza e della razionalità della disciplina di cui all'art. 69 c.p., co. 4 e art. 99 c.p., sussisterebbe sempre un ulteriore profilo di dubbio di costituzionalità con riferimento all'**art. 27 Cost.** Ed invero, l'aggravamento sanzionatorio riservato al recidivo reiterato, senza che detta situazione abbia un effettivo fondamento sostanziale, apprezzato dal giudice in termini di maggiore colpevolezza individuale del reo o di una sua maggiore pericolosità, sicché, invece, è assunto in base ad un rilievo automatico ed obbligatorio e considerato in virtù della mera contestazione senza alcun accertamento da parte del

giudice ai fini del dispiegamento degli effetti indicati nel giudizio di comparazione, incide sul principio della **funzione rieducativa** della pena”.

4. Sulla natura circostanziale della recidiva.

L'affermarsi dell'esposta opzione interpretativa in tema di recidiva facoltativa e la conseguente **accentuazione** della sua **natura circostanziale** impongono alcune precisazioni in ordine ai tre distinti profili della recidiva, riguardanti la contestazione, il riconoscimento (o la dichiarazione) e l'applicazione della recidiva stessa.

Per **contestazione** della recidiva si intende l'atto processuale preliminare rispetto ad ogni successiva sua valutazione da parte del giudice, un atto che per il Pubblico ministero è obbligatorio²⁶.

La giurisprudenza è costante nel riconoscere che una **formale contestazione** della recidiva è il presupposto indispensabile per il suo riconoscimento²⁷, il che del resto trova conferma nella normativa processuale in materia di nuove contestazioni (artt. 516 ss c.p.p.), che pur prevedendo per la contestazione suppletiva della recidiva una disciplina derogatoria in ordine al diritto al termine a difesa (v. art. 519, co. 1 c.p.p.), implicitamente conferma che alla recidiva si applica la regola della previa contestazione.

La contestazione della recidiva deve inoltre essere **specificata**, perché ad ogni tipo di recidiva sono ricollegati distinti effetti sanzionatori e soprattutto perché la recidiva reiterata produce rilevantissimi effetti indiretti: il giudice **non** può dunque ravvisare una forma di recidiva **diversa e più grave** di quella contestata²⁸.

²⁶ V. Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé, Rv. 247838: “La recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio (...)”.

²⁷ V. per tutte Cass., Sez. I, 26/03/2009, n. 16001/2009, Bauso, Rv. 243307: “La recidiva può determinare l'aumento di pena se contestata, a nulla rilevando che non risulti dal certificato penale”.

²⁸ Sulla necessità di una **contestazione specifica** rispetto alle differenti tipologie di recidiva, v. ad es. Cass., Sez. II, 07/07/2009, n. 37523/2009, Dimitri, Rv. 244732: “Costituisce violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza l'affermazione, in sentenza, della recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p.p., con il conseguente divieto di comparazione con le circostanze attenuanti, a fronte della contestazione soltanto della recidiva di cui all'art. 99, co. 2, c.p.p.”; Cass., Sez. III, 20/01/2010, n. 5849/2010, Oudhini, Rv. 246195: “In tema di recidiva, la contestazione specifica di una delle ipotesi dell'art. 99 c.p. esclude che il giudice possa ritenere una recidiva diversa e più grave. (In applicazione di tale principio la Corte ha annullato la sentenza del giudice d'appello che, ritenuta la recidiva specifica reiterata infraquinquennale in luogo di quella, contestata, non reiterata, aveva applicato il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, u. co. c.p.)”; in epoca meno recente v. Cass., Sez. VI, 27/02/1996 n. 5335/1996, Caccavallo, Rv. 205072: “La necessità di contestazione puntuale dei singoli tipi di recidiva sussiste tutte le volte che il giudice, con riferimento alla medesima, debba praticare un correlativo aumento della pena e comunque in ogni ipotesi in cui dalla sussistenza di una determinata ipotesi di recidiva debba derivare all'imputato uno svantaggio giuridicamente apprezzabile. Invero essendo la recidiva una circostanza aggravante del reato, essa non può produrre l'effetto dell'inasprimento della pena se non quando risulti contestato il correlativo tipo”.

In particolare è stato affermato in giurisprudenza che, dovendo attribuirsi alla recidiva natura di circostanza aggravante, in sede di giudizio abbreviato non condizionato, l'imputazione non può essere modificata con la contestazione della recidiva, non trovando applicazione l'art. 423 c.p.p., in quanto non richiamato dall'art. 441, co. 1, c.p.p.²⁹

A fronte di tali consolidati orientamenti giurisprudenziali, appare opportuno osservare che l'**obbligo** per il Pubblico ministero di contestare la recidiva, nel caso in cui essa è facoltativa, sorge sulla base del suo solo **presupposto formale**: spetterà poi al giudice valutare la sussistenza del presupposto della maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, valutazione che sarebbe ingiustificatamente preclusa in mancanza di formale contestazione.

E' per questo che non appare contraddittoria la scelta del Pubblico ministero che, dopo avere contestato la recidiva, non ne ritenga sussistente il presupposto sostanziale e quindi la escluda, ad esempio nel formulare le proprie conclusioni o aderendo ad una richiesta di patteggiamento avente tale presupposto: l'oggetto della contestazione e del riconoscimento della recidiva facoltativa è infatti solo in parte coincidente.

Per **dichiarazione** o **riconoscimento** della recidiva si intende comunemente l'atto con il quale il giudice afferma l'esistenza dei presupposti della recidiva.

Come già accennato, nel caso di recidiva **obbligatoria** trattasi di presupposti concernenti la previa condanna (o le previe condanne nel caso di recidiva reiterata) e l'inclusione del nuovo reato nell'elenco dei reati che ai sensi dell'art. 99, co. 5 c.p. attribuiscono carattere obbligatorio alla recidiva; nel caso di recidiva **facoltativa** al presupposto della previa condanna (o alle previe condanne) si aggiunge quello della maggior colpevolezza del fatto e della maggior pericolosità del soggetto.

Si parla in proposito anche di recidiva **accertata** o **ritenuta** e, per contro, di **esclusione** della recidiva, quando invece il giudice non ne ritiene esistenti i presupposti.

In realtà, poiché i presupposti della recidiva **obbligatoria** sono meramente formali sarebbe opportuno riservare a tale tipo di recidiva i termini "**dichiarare**" o "**accertare**",

²⁹ V. Cass., Sez. VI, 19/01/2010, n. 13117/2010, Sghiri Yassine, Rv. 246680: "Nel corso di un giudizio abbreviato non subordinato ad integrazione probatoria, non è applicabile la disposizione di cui all'art. 423 c.p.p. in tema di modifica dell'imputazione, sicché il riconoscimento di una circostanza aggravante che non avrebbe potuto essere oggetto di una contestazione suppletiva determina la nullità della sentenza pronunciata all'esito di tale giudizio. (Fattispecie in cui la Corte territoriale aveva ritenuto legittima la contestazione della recidiva sull'erroneo presupposto che non si tratterebbe di una vera e propria aggravante ai sensi dell'art. 423 c.p.p.)". Si legge nella motivazione della sentenza: "(...) a differenza di quanto sostenuto nella sentenza impugnata, la recidiva è considerata nel nostro ordinamento a tutti gli effetti come una circostanza aggravante del reato, precisamente un'aggravante inerente alla persona del colpevole, come si desume dal fatto che essa risulta inclusa nel giudizio di comparazione previsto dall'art. 69 c.p. (da ultimo v., Sez. 5^a, 24 marzo 2009, n. 22619, Baron). Ne deriva che la disciplina prevista nel giudizio abbreviato sulla contestazione delle aggravanti e, in genere, sulla modifica dell'imputazione trova applicazione anche per la "recidiva", soprattutto quando si tratta di giudizio abbreviato non condizionato. Infatti, l'espressa esclusione da parte dell'art. 441 c.p.p., comma 1 della disposizione dell'art. 423 c.p.p. dal novero delle norme applicabili impedisce che nel giudizio abbreviato il pubblico ministero possa contestare una circostanza aggravante ovvero modificare l'imputazione, in quanto il giudizio deve svolgersi secondo la sua tipica struttura, quindi allo stato degli atti, con la conseguente immutabilità dell'originaria contestazione. Il riconoscimento di una circostanza aggravante che non avrebbe potuto essere oggetto di contestazione suppletiva, perché vietata dal citato art. 441 c.p.p., determina la parziale nullità della sentenza di condanna pronunciata all'esito del giudizio abbreviato introdotto con richiesta non condizionata (Sez. 4^a, 14 febbraio 2007, n. 12259, Biasotto; Sez. 6^a, 27 novembre 2007, n. 47568, Luddeni). In conclusione, nel caso in esame il pubblico ministero, nel corso del giudizio abbreviato richiesto senza alcuna subordinazione ad integrazioni probatoria, non avrebbe dovuto contestare all'imputato alcuna circostanza aggravante, sicché si impone l'annullamento della sentenza impugnata, limitatamente alla ritenuta recidiva (...)".

parlando invece di recidiva “**riconosciuta**” o “**ritenuta**” solo rispetto alla recidiva **facoltativa**, perché essa annovera anche un presupposto di natura discrezionale.

Di recidiva **dichiarata** si parla tuttavia anche con riferimento al problema se, nel caso di **recidiva reiterata**, vi debba essere un atto formale di accertamento o riconoscimento della **recidiva semplice** o se la stessa possa essere desunta dal certificato penale. La giurisprudenza assolutamente prevalente esclude che nel caso in esame la recidiva semplice debba essere stata giudizialmente dichiarata³⁰: sotto questo limitato profilo la recidiva si risolve dunque in un mero **status soggettivo** fondato sul dato oggettivo della previa condanna passata in giudicato.

Per **applicazione** della recidiva s'intende la sua effettiva incidenza sulla quantificazione della pena, il che si verifica non solo nel caso in cui il giudice **augmenta** effettivamente la pena per effetto della recidiva, ma anche nel caso in cui la recidiva viene considerata dal giudice **equivalente** ad eventuali attenuanti concorrenti, perché anche in questo caso essa comunque incide concretamente sulla quantificazione della pena paralizzando l'operatività delle attenuanti.

Perché dunque la recidiva possa dirsi applicata è necessario: **a)** che nel caso, in cui ricorra solamente la recidiva o concorrano altre circostanze aggravanti, il giudice abbia **applicato l'augmentato** della pena in relazione alla recidiva; **b)** che nel caso in cui concorrano circostanze eterogenee, il giudice abbia proceduto al giudizio di valenza e **non** abbia dichiarato la recidiva **subvalente** rispetto ad altra circostanza (o ad altre circostanze) di segno opposto, cioè l'abbia dichiarata prevalente o equivalente.

Vi può essere dunque la dichiarazione o il riconoscimento della recidiva senza che la stessa sia poi applicata: è appunto il caso della recidiva dichiarata subvalente rispetto alle circostanze attenuanti, il che peraltro non può avvenire nel caso di recidiva reiterata stante il disposto dell'art. 69, co. 4, c.p..

Tale nozione di applicazione, in rapporto al giudizio di valenza, è stata elaborata dalla giurisprudenza principalmente in materia di indulto³¹.

³⁰ V. per tutte **Cass., Sez. II, 07/05/2010, n. 18701/2010, Arullani**, Rv. 247089: “La recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice”; nello stesso senso, incidentalmente, **Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé**. Per la giurisprudenza anteriore alla l. n. 251/2005 v. tra le altre **Cass., Sez. I, 06/05/2003, n. 24023/2003, Andreucci**, Rv. 225233: “La circostanza che il terzo comma dell'art. 99 c.p., nel prevedere l'aumento di pena per effetto della recidiva reiterata, faccia riferimento al recidivo che commette un altro reato, non suffraga la tesi secondo cui in tanto la recidiva reiterata può essere contestata in quanto in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice. Infatti, dalla lettura della norma emerge evidente che il termine "recidivo" è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel primo comma dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata” e negli stessi termini **Cass., Sez. III, 20/05/1993, n. 6424/1993, Mighetto**, Rv. 195127.

³¹ V. ad es. **Cass., Sez. un., 18.6.1991, n. 17/1991, Grassi**, Rv 187856: “Una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche come applicata, non solo allorquando nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato. Invece non è da ritenere applicata l'aggravante solo allorquando, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sopraffà, in modo che sul piano dell'afflittività

Taluni effetti indiretti della recidiva sono connessi solo alla sua dichiarazione o al suo riconoscimento, a prescindere dalla sua applicazione: ciò si verifica in tema di **prescrizione** del reato (v. *postea*).

Con specifico riferimento all'entità dell'aumento di pena derivante dall'applicazione della recidiva, l'esperienza giudiziaria ha fatto emergere la grande rilevanza pratica dell'applicabilità dell'**art. 63, co. 4** c.p., il quale prevede che, nel caso di concorso di più aggravanti che comportano una pena di specie diversa o di circostanze ad effetto speciale, "*si applica la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla*".

Ora, tranne la recidiva semplice, tutte le altre ipotesi di **recidiva** comportano un aumento di pena superiore ad un terzo e configurano quindi circostanze **ad effetto speciale** in base alla definizione prevista dall'art. 63, co. 3 ultima parte c.p.: ne consegue che, come evidenziato da **Cass., Sez. I, 17/03/2010, n. 18513/2010, Amantonico**, se tali ipotesi di recidiva concorrono con circostanze che prevedono una pena di specie diversa o con altre circostanze ad effetto speciale trova applicazione l'art. 63, co. 4, c.p. (nel caso oggetto della sentenza la recidiva specifica *ex art. 99, co. 2, c.p.* – di natura **facoltativa** – concorrevano con l'aggravante di cui all'art. 585 c.p., entrambe dunque ad effetto speciale)³².

Tale sentenza contrasta con la meno recente **Cass., Sez. II, 16/06/2009, n. 26517/2009, Grande**, riguardante tuttavia un caso di recidiva **obbligatoria**: la sentenza ha escluso l'applicabilità dell'art. 63, co. 4 c.p. formulando il principio così sintetizzato nella massima ufficiale (Rv. 244723): "La previsione dell'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva reiterata specifica, di cui all'art. 99, co. 5, c.p. determina l'obbligatorietà dell'aumento di pena per le circostanze aggravanti ad effetto speciale che qualificano i reati indicati dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p., così derogando alla previsione di cui all'art. 63, co. 4, c.p., che prevede, in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, l'applicazione soltanto della pena stabilita per la circostanza più grave, sia pure con possibilità per il giudice di aumentarla" (nel caso oggetto della sentenza l'aggravante di cui all'art. 628, co. 3, n. 1, c.p. concorrevano con la recidiva reiterata specifica *ex art. 99, co. 4, c.p.*, ma con aumento di pena obbligatorio ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p., trattandosi di reato incluso nell'elenco di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.).

La Sezione seconda della Corte di Cassazione, con ordinanza in data 04.11.2010 (dep. 11.11.2010), ha rimesso la decisione sull'indicato contrasto interpretativo alle **Sezioni Unite penali** che dovranno in particolare decidere se l'art. 63, co. 4, c.p. sia applicabile qualora la

sanzionatoria l'aggravante risulta *tamquam non esset*. (Nella fattispecie non è stato applicato l'indulto di cui al d.P.R. 394 del 1990 perché era stata ravvisata l'aggravante di cui all'art. 74 l. 22 dicembre 1975 n. 685, con concessione di attenuanti ritenute equivalenti, che escludeva l'applicabilità del beneficio stesso").

³² V. **Cass., Sez. I, 17/03/2010, n. 18513/2010, Amantonico**, Rv. 247202: "Allorché concorrano due circostanze ad effetto speciale (nella specie, recidiva specifica di cui all'art. 99, co. 2, c.p. e aggravante di cui all'art. 585 stesso codice), è illegittima l'applicazione di distinti aumenti di pena, dovendosi, in base al disposto dell'art. 63, co. 4, c.p., applicare solo l'aumento connesso alla circostanza più grave, con la possibilità, per il giudice, di aumentare la pena così stabilita".

recidiva obbligatoria, comportante un aumento di pena superiore a un terzo, concorra con una circostanza ad effetto speciale.

Si può in proposito osservare che l'orientamento che esclude nel caso in questione l'applicabilità dell'art. 63, co. 4, c.p. non appare convincente, perché sembra confondere il profilo dell'**obbligatorietà** della recidiva con il distinto ed ulteriore profilo della **determinazione della pena**, la quale è disciplinata dalle norme sul calcolo della pena, incluse quelle di cui agli artt. 63, co. 4 e 69, co. 4, c.p.

Così non sembra corretto affermare, come si legge nella motivazione della citata sentenza Cass., Sez. II, 16/06/2009, Grande, che “nell'art. 99, co. 5, c.p. il legislatore ha implicitamente sancito l'obbligatorietà di *entrambi* gli aumenti di pena, quello per l'aggravante *ex art.* 628, co. 3 c.p. e quello per la recidiva reiterata specifica”. In realtà, l'unico dato certo ricavabile dall'art. 99, co. 5 c.p. è che il legislatore ha previsto un caso di recidiva obbligatoria, non che ha voluto che la recidiva fosse sempre applicata, tanto che l'art. 69 c.p., non esclude affatto il giudizio di valenza nel caso di recidiva obbligatoria, ma al comma quarto pone solo dei vincoli al giudizio stesso, limitatamente ad alcuni casi di recidiva obbligatoria (quelli che integrano anche gli estremi della recidiva reiterata).

Il concorso della recidiva con altre circostanze ad effetto speciale è un caso assai frequente, sicché si può ben dire che l'applicabilità dell'art. 63, co. 4, c.p. finisce per **ridimensionare** notevolmente la portata pratica della riforma introdotta dalla l. n. 251/2005, anche con riferimento ai casi di recidiva obbligatoria, un ridimensionamento già iniziato con il riconoscimento del carattere facoltativo della recidiva reiterata.

Si deve infine ricordare che la **Sezione terza della Cassazione**, con ordinanza in data **02/07/2010**, ha disposto la **rimessione alle Sezioni unite** della soluzione della seguente questione: se ai fini della determinazione della pena agli effetti delle misure cautelari e precautelari debba tenersi conto della recidiva reiterata, in quanto circostanza ad effetto speciale, ai sensi dell'ultima parte dell'**art. 278 c.p.p.**, ovvero non debba tenersene conto, ai sensi della norma generale dettata dalla prima parte dell'art. 278 c.p.p.

5. Le recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di recidiva.

Dopo la già citata sentenza **n. 192/2007** la Corte costituzionale ha dovuto occuparsi ancora di plurime eccezioni di illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, sancito dal nuovo testo dell'art. 69, co. 4 c.p., eccezioni fondate sull'assunto che la norma, limitando il potere-dovere del giudice di adeguare la pena al caso concreto, si porrebbe in contrasto con i principi di **eguaglianza**, di **necessaria offensività del reato**, di **personalità della responsabilità penale** e con la **funzione rieducativa della pena**, introducendo un “automatismo sanzionatorio” correlato ad un'irrazionale presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato.

Con plurime ordinanze dichiarative di inammissibilità o di manifesta inammissibilità delle questioni sollevate (v. ordinanze **n. 409/2007**, **n. 33/2008**, **n. 90/2008**, **n. 91/2008**, **n. 193/2008**, **n. 257/2008**, **n. 171/2009**) la Corte ha ribadito i principi già affermati nella sentenza n. 192/2007, confermando l'opzione per l'interpretazione che attribuisce carattere facoltativo alla recidiva reiterata ed esclude che la facoltatività attenga unicamente

all'applicazione dell'aumento di pena, interpretazione – ha osservato la Corte – divenuta ormai dominante in giurisprudenza³³.

Con ciò la Corte ha implicitamente confermato che tale interpretazione è l'unica che **evita l'incostituzionalità** della norma sulla recidiva reiterata.

La Corte ha inoltre dichiarato con **ordinanza n. 91/2008** manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, co. 4, c.p., censurato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che - nei casi di recidiva reiterata - la pena può essere aumentata nella **misura fissa** indicata, anziché “fino alla” misura stessa.

Premesso che la scelta e la quantificazione delle sanzioni per i singoli fatti punibili rientra nella discrezionalità del legislatore, il cui esercizio è censurabile in sede di sindacato di costituzionalità solo nel caso di manifesta irragionevolezza, la Corte ha formulato i seguenti principi:

- la scelta legislativa di prevedere per talune forme di recidiva un aumento di pena fisso e per altre un aumento variabile, non comporta - di per sè- una violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, non essendo dimostrato che la soluzione normativa adottata sia atta a produrre sperequazioni prive di qualsiasi *ratio* giustificativa nel trattamento sanzionatorio di situazioni omogenee;

- non sussiste l'asserita violazione degli artt. 25 e 27 Cost., in quanto la tendenziale contrarietà delle pene fisse al “volto costituzionale” dell'illecito penale deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete, tanto più che nell'ipotesi considerata il giudice può, “**a monte**”, decidere discrezionalmente se applicare o meno l'aumento di pena per l'aggravante in questione;

- d'altra parte, “ove il giudice opti per l'applicazione dell'aumento di pena, quest'ultimo risulta fisso nella misura frazionaria, la quale, tuttavia, si correla ad un dato variabile, quale è la pena base, che il giudice può discrezionalmente determinare, tra il minimo e il massimo edittale, alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p., **incidendo di riflesso** anche sull'incremento connesso alla recidiva”.

³³ Con ordinanza **n. 171/2009** la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 69, quarto comma, **99, quinto comma**, e 81, quarto comma, c.p., censurati, in riferimento all'art. 27, terzo comma, nella parte in cui prevedono rispettivamente il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, l'obbligatorietà, in tal caso, di un aumento di pena predeterminato e, in caso di continuazione o concorso formale di reati, un aumento minimo di pena pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave. Infatti, non solo il rimettente non si pone il problema interpretativo di stabilire quale reato debba rientrare nell'elenco dell'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. affinché divenga operante il nuovo regime di obbligatorietà, ma anche non fornisce adeguata motivazione in ordine alla violazione dell'unico parametro evocato.

La Corte ha anche esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 81, co. 4, c.p.** (v. *postea*, 7).

6. Gli effetti indiretti della recidiva.

La decisa presa di posizione della giurisprudenza, in tema di giudizio di valenza, a favore della natura circostanziale della recidiva, con abbandono della concezione della recidiva come *status* soggettivo, fondato sul mero dato formale della commissione del reato dopo una precedente condanna, ha un'inevitabile ricaduta sull'individuazione del presupposto degli **effetti indiretti** della recidiva, tanto più che avendo la l. n. 251/2005 incrementato notevolmente detti effetti anche in questo caso la giurisprudenza è stata spinta ad adottare un'interpretazione che permetta di **evitare** conseguenze sanzionatorie o preclusioni a benefici avvertite come **eccessivamente severe**.

Si deve premettere che, nel disciplinare gli effetti indiretti della recidiva, la legge usa termini diversi per indicarne i presupposti: talora parla semplicemente di "**recidiva**" o di soggetti "**recidivi**" o di "**recidivi, nei casi preveduti dall'art.**" o "**quando ricorrono i casi preveduti dai capoversi dell'art. 99**", mentre altre volte usa i termini "**recidiva applicata**".

Tali diversità lessicali incidono sulla ricostruzione dei presupposti ai quali è subordinata la produzione degli effetti indiretti della recidiva.

In proposito si può affermare che anche in ordine a detti effetti indiretti della recidiva si sta lentamente affermando un orientamento che, analogamente a quanto accaduto nell'interpretazione del nuovo art. 69, co. 4, c.p., tende ad aderire alla concezione della recidiva come **circostanza aggravante**.

* * *

In tema di **prescrizione della pena**, l'art. 172, co. 7, c.p. prevede che: "*L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole*".

La giurisprudenza più recente sembra ormai decisamente orientata nel senso della necessità che la recidiva sia stata **dichiarata** dal giudice di merito³⁴, poiché la recidiva non è

³⁴ V. Cass., Sez. I, 26/05/2010, n. 23878/2010, Di Muro, Rv. 247673: "L'estinzione della pena per decorso del tempo non opera nei confronti dei condannati recidivi di cui al capoverso dell'art. 99 c.p. a condizione che la recidiva sia stata dichiarata nel giudizio di merito e che riguardi condanne anteriori a quella che ha dato luogo alla pena della cui estinzione si tratta"; Cass., Sez. I, 02/02/2005, n. 10425/2005, Esposito, Rv. 231209: "La recidiva, affinché possa dispiegare tutti gli effetti previsti dalla legge che non siano inerenti all'aggravamento della pena, deve essere necessariamente dichiarata con la sentenza di condanna all'esito del giudizio, non essendo sufficiente in sede esecutiva che esistano i presupposti per la sua formale contestazione o che la stessa possa essere desunta da elementi rilevabili dal certificato penale".

un mero *status* soggettivo desumibile dal certificato penale³⁵. **Non** rileva tuttavia l'esito del **giudizio di valenza**³⁶.

Sempre la giurisprudenza ha però avuto modo di precisare che dal tenore letterale dell'art. 172 c.p. si desume che, **una volta dichiarata**, la recidiva **“diventa uno *status* ed opera come preclusione per tutte le condanne riportate dal recidivo, siano esse **antecedenti o successive** a quella in cui è stata ritenuta la recidiva”**³⁷, non rilevando nemmeno l'eventuale *abolitio criminis*³⁸.

* * *

Principi analoghi a quelli ora esposti in ordine alla prescrizione della pena, valgono per gli istituti dell'**amnistia** e dell'**indulto**, posto che una locuzione analoga a quella di cui all'art. 157, co. 7, c.p. è usata dall'art. 151, u.c., c.p., (*“L'amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, né ai delinquenti abituali, o professionali o per tendenza salvo che il decreto disponga diversamente”*), disposizione alla quale rinvia l'art. 174, co. 3, c.p. (*“Si osservano, per l'indulto, le disposizioni contenute nei tre ultimi capoversi dell'articolo 151”*).

³⁵ V. Cass., Sez. I, 16/04/2002, n. 30707/2002, Triulcio, Rv. 222238: “La recidiva non è un mero “status” soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione in tale sede. Ne consegue che, in tema di estinzione della pena per decorso del tempo, non è consentito al giudice dell'esecuzione, ai fini dell'applicazione dell'art. 172, co. 7, c.p., desumere la recidiva dall'esame dei precedenti penali, in mancanza di un accertamento in sede di cognizione, a nulla rilevando la non obbligatorietà della relativa contestazione”; analog. Cass., Sez. I, 21/10/2008, n. 44061/2008, Cirillo, Rv. 241836: “La recidiva non può essere desunta *in executivis* sulla base del certificato penale, se non dichiarata dal giudice della cognizione. (Fattispecie in tema d'estinzione della pena per decorso del tempo)”

³⁶ V. Cass., Sez. I, 08/04/2008, n. 17263/2008, Vigolo, Rv. 239627: “Alla prescrizione della pena è di ostacolo la ricorrenza della recidiva, che sia stata contestata e ritenuta in sentenza, a nulla rilevando che, nel giudizio di comparazione con circostanze attenuanti, essa sia stata considerata subvalente”.

³⁷ V. Cass., Sez. I, 16/03/2006, n. 11348/2006, Boscarolo, Rv. 233469: “La recidiva, per produrre effetti penali ai fini della **prescrizione della pena**, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione, dopo una sua regolare contestazione, ma una volta che ciò è avvenuto diventa uno *status* ed opera come preclusione per tutte le condanne riportate dal recidivo siano esse **antecedenti o successive** a quella in cui è stata ritenuta la recidiva. (In motivazione si è chiarito che la lettera della norma impone la preclusione all'ottenimento della prescrizione della pena per il recidivo in genere e non limitatamente al caso in cui la recidiva sia stata ritenuta nella condanna in relazione alla quale si chiede la prescrizione della pena)”; v. anche Cass., Sez. I, 24/06/2009, n. 29856/2009, De Angeli, Rv. 244318: “Ai fini dell'operatività della preclusione all'estinzione della pena per decorso del tempo prevista nei riguardi di recidivi dai capoversi dell'art. 99 c.p., è necessario che la recidiva sia stata dichiarata nel giudizio di merito e che riguardi condanne anteriori a quella che ha dato luogo alla pena della cui estinzione si tratta”.

³⁸ V. Cass., Sez. I, 31/01/2008, n. 6411/2008, De Leo, Rv. 239714: “L'estinzione delle pene per decorso del tempo non ha luogo se l'interessato è stato condannato con applicazione della recidiva, pur se i reati su cui si è fondato il riconoscimento della recidiva siano successivamente fatti oggetto di *abolitio criminis*, dovendosi aver riguardo al momento della pronuncia di condanna e non potendo la norma posteriore più favorevole intaccare il giudicato”.

Trattasi peraltro di istituti di non attuale applicazione (il provvedimento di indulto di cui al d.P.R. 31 luglio 2006, n. 241, all'art. 1, co. 2 ha previsto la non applicabilità dell'art. 151. u.c., c.p.).

* * *

Quanto all'**oblazione** prevista dall'**art. 162-bis** c.p., il terzo comma di tale articolo dispone che "*L'oblazione non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'articolo 99, dall'articolo 104 o dall'articolo 105, né quando permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore*".

In questo caso nella giurisprudenza – avente ad oggetto fattispecie di reato anteriori all'entrata in vigore della l. n. 251/2005 – prevale la concezione della recidiva come *status*: agli effetti dell'art. 162-bis, co. 3, c.p. non si richiede che la recidiva sia giudizialmente dichiarata, un'interpretazione questa sicuramente favorita dal tenore letterale della norma³⁹.

* * *

In tema di **liberazione condizionale**, l'art. 176 c.p. prevede al co. 1 l'ammissione al beneficio a condizione che il condannato abbia "*scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli*", mentre al co. 2 prevede che "*se si tratta di recidivo, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli*".

La norma **non** parla dunque di recidiva "**applicata**" e quindi prescinde dal fatto che essa abbia avuto un'effettiva incidenza sulla determinazione della pena: le limitazioni di cui all'art. 176, co. 2, c.p. operano dunque, come riconosciuto dalla giurisprudenza, anche quando la recidiva sia stata oggetto del giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti e non abbia comportato un aumento di pena⁴⁰, ma sarà pur sempre necessario che essa sia stata

³⁹ V. tra le altre **Cass., Sez. I, 05/04/2006, n. 17316, Giunta**, Rv. 234251: "Ai fini dell'ammissibilità dell'oblazione speciale di cui all'art. 162 bis c.p. non é richiesto che la recidiva reiterata, l'abitudine e la professionalità nelle contravvenzioni siano state giudizialmente dichiarate dal giudice, essendo sufficiente la mera cognizione del magistrato della sussistenza di detti *status*, dal momento che l'art. 162 bis c.p. subordina la non ammissibilità dell'oblazione al fatto che "ricorrono" i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99, dall'art. 104 o dall'art. 105 stesso codice, ovvero che permangano le conseguenze dannose o pericolose del reato, eliminabili da parte del contravventore, come si desume dal tenore letterale e logico della disposizione"; in senso conforme, tra le altre, **Cass., Sez. IV, 12/01/2006 n. 14751, Guazzini**, Rv. 234024.

⁴⁰ Così **Cass., Sez. I, 09/06/2009, n. 26472/2009, Chiti**, Rv. 244034, nella cui motivazione di legge: "(..) che ai sensi dell'art. 176, co. 2 c.p., opera, per il "recidivo nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99", la parziale preclusione al beneficio della liberazione condizionale in considerazione del mero *status* del soggetto, come dato di fatto o entità ontologica, indipendentemente, quindi, dal peso svolto dalla specifica aggravante nel giudizio di bilanciamento con le eventuali attenuanti e nella concreta determinazione della pena (conf., **Cass., Sez. I, 2/1/1987, Prestipino**, Rv. 175084; che siffatta, restrittiva, interpretazione appare coerente sia con la *ratio* di rigore dettata in materia di liberazione condizionale che con la formulazione letterale della disposizione, la quale (a differenza di quanto stabilito, ad esempio, dall'art. 58-quater, comma 7-bis O.P., aggiunto dall'art. 7 L. n. 251 del 2005, per le misure alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà, che definisce ostativa solo la recidiva concretamente "**applicata**": **Cass., Sez. I, 22/6/2006 n. 27814, P.G. in proc. Stacchetti**, Rv. 234433; **Sez. I, 22/9/2006 n. 33923, Steiner**, Rv. 235191) prescrive la parziale ed oggettiva preclusione di quest'ultima nei confronti del "recidivo", sempre che questa, secondo ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, risulti comunque giudizialmente accertata e dichiarata dal giudice di

dichiarata dal giudice di merito, requisito questo sul quale la giurisprudenza non è tuttavia univoca, manifestandosi in essa il più volte ricordato contrasto tra diverse concezioni di recidiva⁴¹.

* * *

In tema di **riabilitazione**, l'art. 179 c.p., come modificato dalla l. 11 giugno 2004, n. 145, prevede al primo comma che *“La riabilitazione è concessa quando siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta”*, mentre al secondo comma dispone che: *“Il termine è di almeno otto anni se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99”*

In questa materia la giurisprudenza è costante nel richiedere, perché possa operare la disciplina derogatoria di cui all'art. 179, co. 2 c.p., che la recidiva sia stata **dichiarata dal giudice di merito**⁴².

* * *

merito”; v. anche la già citata **Cass., Sez. I, 02/01/1987, n. 6/1987, Prestipino**, Rv. 175084: “Nell'ipotesi in cui la recidiva venga sottoposta a giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti, possono venir meno soltanto gli effetti connessi alla pena e non quelli che la legge ricollega allo status del soggetto, come dato di fatto o entità ontologica (Nella specie è stato ritenuto che ai fini della liberazione condizionale debba sempre tenersi conto della recidiva)”.

⁴¹ Per la necessità della dichiarazione della recidiva v. ad es. **Cass., Sez. I, 05/03/1986, n. 1225/1986, Pisanu**, Rv. 172381: “La recidiva, sia in quanto costituisce uno *status* personale dell'imputato, sia in quanto rappresenta una circostanza aggravante del reato, può essere presa in considerazione, a tutti gli effetti penali, solo se sia stata dichiarata dal giudice di merito (Fattispecie in tema di concessione del beneficio della liberazione condizionale)”, nonché **Cass., Sez. I, 21/12/1981, n. 2019/1982, Strafile**, Rv. 151615: “La recidiva, non contestata e non ritenuta nella sentenza di condanna, non deve essere presa in considerazione al fine del computo dei tempi di pena richiesti dalla legge per l'ammissione alla liberazione condizionale. (la Cassazione, richiamandosi alla decisione a Sezioni Unite 23 gennaio 1971, piano, ha chiarito che la recidiva può essere presa in considerazione ad ogni effetto penalistico, solo se dichiarata dal giudice in Sede di cognizione)”; *contra* **Cass., Sez. I, 09/04/1985, n. 969/1985, Ferro**, Rv. 168950: “In tema di liberazione condizionale, i limiti minimi di espiazione della pena previsti per i recidivi (sia per delitto che per contravvenzione) vanno ad essi applicati in ogni caso, anche se detta “condizione soggettiva” non sia stata formalmente contestata o non risulti dalla sentenza”.

⁴² V. da ultimo **Cass., Sez. I, 17/09/2008, n. 36751/2008, Siciliano**, Rv. 241139: “Il maggior termine di otto anni dall'estinzione dell'ultima pena, previsto per la presentazione della domanda di riabilitazione da parte dei recidivi, non è applicabile se la recidiva non sia stata dichiarata nelle sentenze di condanna. Ne consegue che è illegittima la declaratoria di inammissibilità della relativa istanza da parte del presidente del Tribunale di sorveglianza sulla base delle sole annotazioni del certificato del casellario”; in senso conforme, tra le altre, **Cass., Sez. I, 30/01/1997, n. 670/1997, Ponte**, Rv. 207044. Nello stesso senso si sono espresse anche le **Sezioni unite**, con la sentenza **23/01/1971, n. 2/1971, Piano**, Rv. 118018: “La recidiva, sia in quanto costituisce uno *status* personale dell'imputato, sia in quanto rappresenta una circostanza aggravante del reato, può essere presa in considerazione, a tutti gli effetti penali, solo se sia stata dichiarata dal giudice di merito. Il principio va osservato anche ai fini della riabilitazione, per la decorrenza del maggior termine di dieci anni richiesto per la concessione di tale beneficio ai recidivi. Invero la materia della riabilitazione, attenendo alla fase della esecuzione, non consente l'esame di situazioni e circostanze interdette a seguito della formazione del giudicato”.

Passando ad esaminare gli effetti indiretti della recidiva introdotti dalla **l. n. 251/2005**, si deve osservare che in tema di **prescrizione del reato** la recidiva viene in considerazione sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 157, co. 2. c.p.⁴³, la recidiva incide nella determinazione del **termine prescrizionale ordinario**, quando per essa è previsto un aumento di pena superiore a un terzo (quindi per tutte le ipotesi di recidiva, tranne che per la recidiva semplice), dovendo in tal caso qualificarsi come circostanza ad effetto speciale⁴⁴.

Inoltre, ai sensi dell'art. 161, co. 2, c.p.⁴⁵, nel caso di **interruzione della prescrizione**, il termine massimo del prolungamento della prescrizione - che ordinariamente è di non più di un quarto del tempo necessario a prescrivere - diventa della metà se si tratta di recidiva aggravata e di due terzi nel caso di recidiva reiterata⁴⁶.

In piena aderenza alla concezione della recidiva come vera e propria **circostanza aggravante**, la giurisprudenza successiva alla l. n. 251/2005 in tema di recidiva reiterata ha affermato il principio secondo il quale essa "rileva, se contestata e ritenuta dal giudice, ai fini della determinazione del tempo necessario alla prescrizione del reato" (così **Cass., Sez. II, 21/10/2008 n. 40978/2008, Coviello, Rv. 242245**)⁴⁷.

⁴³ Art. 157, co. 2: "Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante".

⁴⁴ V. **Cass., Sez. V, 24/03/2009, n. 22619/2009, Baron, Rv. 244204**: "La recidiva reiterata ha natura di circostanza aggravante a effetto speciale rilevante ai fini del tempo necessario alla prescrizione con conseguente allungamento dei termini prescrizionali; ciò, peraltro, non determina la violazione dell'art. 3 Cost. - non sussistendo uguaglianza di situazioni tra il soggetto incensurato e colui che, invece, abbia riportato precedenti condanne e sia incolpato di un nuovo delitto - e nemmeno quella dell'art. 111 Cost., in quanto non è irragionevole che la durata del processo abbia termini più lunghi per l'imputato recidivo rispetto a quelli previsti per eventuali coimputati non recidivi"; **Cass., Sez. II, 09/04/2008, n. 19565/2008, Rinallo, Rv. 240409**: "La recidiva reiterata, attesa la natura di circostanza aggravante ad effetto speciale, rileva ai fini del computo del termine di prescrizione".

⁴⁵ Art. 161, co. 2: «Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105».

⁴⁶ Secondo la costante giurisprudenza "l'aumento di pena per la recidiva, ai fini del calcolo del termine prescrizionale, è valutabile ancorchè essa sia contestata per la prima volta dopo trascorso il termine di prescrizione previsto per l'imputazione non aggravata, purchè la contestazione preceda la pronuncia della sentenza": così **Cass., Sez. VI, 04/11/2008, n. 44591/2008, Nocco, Rv. 242133**; **Cass., Sez. VI, 16/10/2008, n. 40627/2008, Bozzaotra, Rv. 241488**; **Cass., Sez. V, 19/10/2005, n. 9769/2006, Sbrana, Rv. 234225**.

⁴⁷ Non sembra invece pertinente, sul punto in esame, il riferimento a **Cass., Sez. II, 08/04/2009, n. 18595, Pancaglio**, dalla quale è stata tratta la seguente massima ufficiale (Rv. 244158): "Qualora la recidiva, pur oggetto di contestazione, non sia stata comunque valutata dal giudice nella quantificazione della pena inflitta, non si può, in difetto di specifica impugnazione sul punto, tener conto, ai fini del calcolo del tempo necessario perché maturi la prescrizione del reato, dell'aumento di pena ad essa collegato"; dall'esame della motivazione emerge infatti che la Corte ha applicato la vigente normativa della prescrizione.

Agli effetti della determinazione del termine prescrizione **non** rileva dunque l'**applicazione** della recidiva (profilo distinto ed ulteriore rispetto al profilo della dichiarazione o del riconoscimento della stessa) e quindi non rileva l'esito dell'eventuale **giudizio di valenza**: una conferma di ciò si ricava dall'art. 157, co. 3, c.p., che in termini generali prevede la non rilevanza dell'art. 69 c.p. ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere.

* * *

Quanto al **concorso formale** e **reato continuato** si rinvia alla trattazione dedicata a tali istituti (v. *postea*, 7).

* * *

Un effetto indiretto di talune ipotesi di recidiva è stato introdotto rispetto alle **attenuanti generiche** dall'art. 1, co. 1 della **l. n. 251/2005** che ha sostituito l'originario testo dell'art. 62-*bis* c.p. con il testo seguente, modificandone solo il **secondo comma**:

*«Art. 62-*bis* - (Circostanze attenuanti generiche). – Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62.*

Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni»⁴⁸.

Nei casi previsti dall'art. 62-*bis*, co. 2, c.p. il legislatore ha previsto dunque una **presunzione iuris et de iure** di **immeritevolezza** delle attenuanti generiche, limitatamente all'intensità del dolo (art. 133, co. 1, n. 3, c.p.) ed alla capacità a delinquere (art. 133, co. 2, c.p.: motivi a delinquere, carattere del reo, precedenti penali e giudiziali, condotta e vita antecedente al reato, condotta contemporanea o successiva, condizioni di vita): le attenuanti generiche potranno invece essere concesse se motivate con il riferimento ad elementi del fatto o del soggetto agente, diversi da quelli indicati, fatta salva la limitazione del giudizio di valenza prevista dall'art. 69, co. 4, c.p.

L'esposta modifiche dell'art. 62-*bis* c.p. costituisce un'ulteriore espressione della scelta di sfavore del legislatore nei confronti del recidivo: in questo caso l'effetto indiretto della recidiva riguarda tuttavia solo alcune, limitate, ipotesi e precisamente la **recidiva reiterata** (art. 99, co. 4, c.p.), ma solo in relazione ai **delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.**,

⁴⁸ Successivamente, la l. n. 251/2005, l'art. 1, co. 1 **d.l. 23.5.2008 n. 92**, conv. l. 24.7.2008 n. 125, ha aggiunto all'art. 62-*bis* il seguente **terzo comma**: «*In ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma*».

(v. art. 99, co. 5, c.p.) e limitatamente ai casi di reati puniti con la **reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni**.

Si tratta dunque di una sottocategoria della recidiva obbligatoria: nelle ipotesi richiamate dall'art 62-*bis*, co. 2, c.p. la recidiva deve dunque essere **dichiarata** e in concreto sarà anche **applicata**, non potendo essere ritenuta subvalente rispetto ad eventuali attenuanti concorrenti, stante il limite di cui all'art. 69, co. 4 c.p.

Ciò è tanto più vero se si considera che secondo l'interpretazione che appare preferibile la norma riguarda le attenuanti generiche da applicare al recidivo reiterato per il reato rientrante nella categoria indicata nella norma, anche perché in ordine alla recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, co. 5, c.p.p. la giurisprudenza sembra riferire la locuzione "*uno dei delitti indicati all'articolo 407, co. 2, lett. a) c.p.p.*" proprio al nuovo delitto commesso dal recidivo⁴⁹.

* * *

In tema di **patteggiamento c.d. allargato**, cioè con pena superiore ai due anni di pena detentiva, introdotto dalla l. 12 giugno 2003, n. 134, l'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p. prevede che non è applicabile ai procedimenti "contro **coloro che siano stati dichiarati** delinquenti abituali, professionali o per tendenza, o **recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma**, del codice penale".

Secondo una parte della giurisprudenza, "ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del patteggiamento ai sensi dell'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p., è sufficiente che essa sia stata **contestata**, in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "**dichiarazione**" al quale si richiama la predetta disposizione, per ricomprendere anche le altre situazioni soggettive quali la condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza"⁵⁰.

Per contro, altra parte della giurisprudenza ha affermato il principio secondo il quale "in tema di patteggiamento, al fine della preclusione prevista dall'art. 444, co. 1-*bis* c.p.p., non è sufficiente che dal certificato penale emerga una situazione riportabile alla recidiva *ex art.* 99, co. 4, c.p., ma occorre una **specifica declaratoria** della recidiva stessa, che ne presuppone la rituale contestazione"⁵¹.

⁴⁹ V. Cass., Sez. V, 30/01/2009, n. 13658/2009, Maggiani, Rv. 243600.

⁵⁰ Così Cass., Sez. VI, 09/12/2008, n. 48477/2008, Ogana, Rv. 242148; analog. Cass., Sez. II, 04/12/2006, n. 1097/2007, Cicchetti, Rv. 235620.

⁵¹ Così Cass., Sez. VI, 16/09/2004, n. 39238/2004, Bonfanti, Rv. 230378; analog. Cass., Sez. I, 13/11/2008, n. 1007/2009, Manfredi, Rv. 242509: "Per l'esclusione dal patteggiamento a pena detentiva superiore a due anni, non è sufficiente che dal certificato penale dell'imputato emerga una situazione di recidiva qualificata, ma occorre che la stessa sia stata espressamente riconosciuta e dichiarata dal giudice".

La questione ha formato oggetto della sentenza delle **Sezioni unite n. 35738 del 27/05/2010 imp. Calibè**, che ha innanzitutto aderito all'interpretazione secondo la quale la recidiva reiterata determinante l'effetto preclusivo del patteggiamento allargato è quella che si riferisce **al reato oggetto di contestazione** e della richiesta di **patteggiamento** e ciò malgrado l'art. 444, co.1-*bis*, c.p.p. usi l'espressione "*coloro che siano stati dichiarati recidivi*"⁵².

La Corte ha poi optato per la soluzione interpretativa che attribuisce alla recidiva reiterata la natura di vera e propria **circostanza**, che per produrre l'effetto preclusivo di cui all'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p. deve essere **riconosciuta** dal giudice, che la ritiene in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità del reo, cioè **non la esclude**⁵³.

La Corte non affronta il problema se per produrre l'effetto preclusivo la recidiva debba essere anche applicata. Ciò si spiega agevolmente se si considera che l'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p. fa riferimento alla recidiva reiterata, la quale ai sensi dell'art. 69, co. 4, c.p. non può essere dichiarata subvalente rispetto alle attenuanti concorrenti: al suo riconoscimento consegue dunque necessariamente la sua applicazione (sulla relativa nozione v. *supra*, 4).

Va infine ricordato che la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta **infondatezza** della questione di **legittimità costituzionale** dell'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., nella parte in cui esclude l'applicabilità del patteggiamento "allargato" ai recidivi reiterati⁵⁴.

⁵² Si legge in proposito nella motivazione della sentenza: "(...) la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame («coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale») non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" **per i reati in relazione ai reati è contestata**, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di **semplificazione semantica** essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico status (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. (Sez. II, 4.12.2006, Cicchetti; Sez. V, 25.9.2008, Moccia, rv 241598; sez. II, 22.12.2009, Stracuzzi)".

⁵³ Si legge in proposito nella motivazione della sentenza: "Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, co. 3, disp. att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4 c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la **ritenga in concreto** espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'**esclusione** deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, co. 4 c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p."

⁵⁴ V. l'**ord. n. 455/2006** che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p., censurato, per contrasto con l'art. 3 Cost., ove esclude l'applicazione della nuova disciplina sul patteggiamento c.d. allargato a determinati reati, la cui pena non sarebbe di per se ostativa al rito, nonché ai recidivi reiterati: il regime delle preclusioni, oggettive e soggettive, del patteggiamento "allargato" è infatti frutto di scelta discrezionale e di per se non arbitraria del legislatore che, nell'estendere l'ambito di operatività dell'istituto, ha ritenuto di dover considerare, in un'ottica di bilanciamento tra contrapposti interessi, sia i caratteri oggettivi del reato per cui si procede, sia le condizioni soggettive degli imputati, escludendo che, in certe ipotesi, le esigenze di economia processuale prevalgano su quella di un vaglio completo del fondamento dell'accusa; e l'**ord. n. 421/2004** che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità

Anche il S.C. ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma in esame, per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., “perché detta disposizione, da un lato, trova un ragionevole fondamento nella scelta di bilanciare, con le richiamate esclusioni, la premialità del rito speciale con situazioni di pericolosità qualificata, e, dall'altro, affida alla sede del giudizio ordinario il doveroso rispetto delle norme sul c.d. giusto processo anche in termini di ragionevole durata”⁵⁵.

* * *

Quanto agli **effetti indiretti** della recidiva in materia di **esecuzione della pena** e di **benefici penitenziari**, dopo le modifiche ad opera della l. n. 251/2005, incentrate sulla creazione di un regime differenziato per talune categorie di recidivi (modifiche sulle quali non è possibile soffermarsi dettagliatamente in questa sede), la giurisprudenza ha espresso una piena adesione alla concezione della recidiva come vera e propria **circostanza**, che di norma assume rilevanza solo in quanto “*applicata*”.

In proposito, viene innanzitutto in considerazione la modifica apportata dall’art. 9, co. 1, l. n. **251/2005** all’art. **656, co. 9, lett. c), c.p.p.**, che dispone la non applicabilità della **sospensione dell’esecuzione** delle pene detentive brevi di cui al co. 5 dello stesso articolo “*nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale*”.

Secondo la costante giurisprudenza, la norma – che ha natura processuale e quindi non è soggetta alla disciplina dettata dall’art. 2 c.p.⁵⁶ - prevede un divieto di sospendere l'esecuzione delle pene detentive brevi in caso di **recidiva reiterata**, che “è subordinato non già alla qualità di "recidivo" del condannato, bensì alla circostanza che la recidiva di cui

costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost., dell'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p., nella parte in cui preclude l'accesso dell'istituto ai recidivi reiterati, in quanto è coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale che il legislatore, nell'ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento - compiendo con la legge n. 134 del 2003 una scelta ritenuta dalla sent. n. 219 del 2004 certamente rientrante nella sfera di discrezionalità del legislatore e non esercitata in maniera manifestamente irragionevole -, abbia previsto specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e, dall'altro, sono imputati di reati che - ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento - rivestono non trascurabile gravità, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni. La condizione del soggetto recidivo, in generale, è infatti posta normalmente dal legislatore a base di un trattamento differenziato, e meno favorevole, rispetto alla posizione del soggetto incensurato, costituendo in particolare la recidiva reiterata, considerata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva, elemento impeditivo dell'applicazione di numerosi istituti.

⁵⁵ Così Cass., Sez. II, 13/12/2006, n. 7379/2007, Bugnano, Rv. 235812.

⁵⁶ V. per tutte Cass., Sez. I, 29/01/2008, n. 5618/2008, Sammartino, Rv. 238869: “Il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena nei confronti del condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma quarto, c.p., deve essere applicato anche se la condanna in esecuzione sia stata pronunciata prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 modificatrice dell'art. 659, comma nono, lett. c), c.p.p., la cui disciplina non ha natura sostanziale, sicché è manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento agli artt. 3, 25, comma secondo, 27 Cost.”

all'art. 99, co. 4, c.p. sia stata "**applicata**", cioè sia stata effettivamente valutata in quanto circostanza aggravante soggettiva ed abbia perciò prodotto conseguenze concrete sulla pena irrogata"⁵⁷.

La recidiva reiterata non può dunque ritenersi "applicata", in mancanza di "espressa contestazione nel giudizio di cognizione e del suo riconoscimento in tale sede" o "quando la recidiva ex art. 99, co. 4, c.p.p. non sia stata applicata, perché nel giudizio di comparazione sono state dichiarate prevalenti le circostanze attenuanti"⁵⁸.

Infatti perché si abbia "applicazione" della recidiva reiterata "non è necessario che essa abbia determinato un aggravamento del trattamento punitivo, essendo sufficiente che essa abbia paralizzato gli effetti della concessione d'attenuanti, impedendo la diminuzione di pena ad esse correlata"⁵⁹.

A conferma della natura circostanziale della recidiva la giurisprudenza espressamente riconosce poi che la norma "non opera quando la recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., sia stata ritenuta in una **sentenza diversa da quella in esecuzione**"⁶⁰: essa non viene dunque in considerazione come *status* soggettivo che si riverbera anche oltre il processo in cui è applicata.

Nei confronti dei condannati ai quali sia stata "**applicata**" la **recidiva reiterata** la l. n. 251/2005 ha introdotto una serie di vincoli in ordine ai **permessi premio** e alle **misure alternative alla detenzione**, precludendone l'accesso o introducendo delle limitazioni nei presupposti o elevando i limiti di pena espiata per l'accesso al beneficio⁶¹.

⁵⁷ Così, tra le altre, **Cass., Sez. V, 26/04/2010, n. 21603/2010, Musci**, Rv. 247956; **Cass., Sez. IV, 26/06/2007, n. 29989/2007, Muserra**, Rv. 236944.

⁵⁸ Così, tra le altre, **Cass., Sez. I, 28/09/2006, n. 34680/2006, De Glaudi**, Rv. 235270: la sentenza riguarda naturalmente una fattispecie in cui la condanna era stata emessa in epoca anteriore alla modifica del'art. 69, co. 4 c.p. ad opera della l. n. 251/2005.

⁵⁹ Così, tra le altre, **Cass., Sez. I, 14/10/2008, n. 43019/2008 Buccini**, Rv. 241831.

⁶⁰ Così, tra le altre, **Cass., Sez. I, 05/12/2007, n. 9205/2008, Miano**, Rv. 239174; **Cass., Sez. I, n. 30/01/2007, n. 8152/2007, Lebiati**, Rv. 235520.

⁶¹ V. art. 7, l. **251/2005**, commi da 1 a 7:

co. 1 Dopo l'articolo **30-ter** della legge 26 luglio 1975, n.354, è inserito il seguente:
«Art. 30-quater - (Concessione dei permessi premio ai recidivi).

1. I permessi premio possono essere concessi ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, nei seguenti casi previsti dal comma 4 dell'articolo 30-ter:

a. alla lettera a) dopo l'espiazione di un terzo della pena;

b. alla lettera b) dopo l'espiazione della metà della pena;

c. alle lettere c) e d) dopo l'espiazione di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni».

co. 2 Al comma 1 dell'articolo **47-ter** della legge 26 luglio 1975, n.354, è premesso il seguente:

«01. La pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis della presente legge, può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età purchè non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza nè sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale».

- co. 3 Il comma 1 dell'articolo 47-ter della legge 26 luglio 1975, n.354, è sostituito dai seguenti:
1. «La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di:
 - a. donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente;
 - b. padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;
 - c. persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;
 - d. persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente;
 - e. persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.
 - 1.1. **Al condannato, al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, può essere concessa la detenzione domiciliare se la pena detentiva inflitta, anche se costituente parte residua di maggior pena, non supera tre anni».**
- co. 4 Il comma 1-bis dell'articolo **47-ter** della legge 26 luglio 1975, n. 354, è sostituito dal seguente:
- 1.bis. «La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-bis e a **quelli cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale».**
- co. 5 Dopo l'articolo **50** della legge 26 luglio 1975, n. 354, è inserito il seguente:
- «Art. 50-bis - (Concessione della semilibertà ai recidivi).
1. **La semilibertà può essere concessa ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, soltanto dopo l'espiazione dei due terzi della pena ovvero, se si tratta di un condannato per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis della presente legge, di almeno tre quarti di essa».**
- co. 6 Il comma 1 dell'articolo **58-quater** della legge 26 luglio 1975, n. 354, è sostituito dal seguente:
1. «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale».
- co. 7 Dopo il comma 7 dell'articolo 58-quater della legge 26 luglio 1975, n. 354, è aggiunto il seguente:
- 7-bis. «**L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale».**

L'art. 8 co. 1 l. n. 251/2009 aveva anche inserito nel d.P.R. 9/10/1990, n.309 (t.u.stup.) l'art. 94-bis: « (Concessione dei benefici ai recidivi). 1. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e l'affidamento in prova in casi particolari nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente, cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, possono essere concessi se la pena detentiva inflitta o ancora da scontare non supera i tre anni. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e l'affidamento in prova in casi particolari nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente, cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, possono essere concessi una

Anche in questa materia – nella quale sono intervenute importanti sentenza della Corte costituzionale per temperare il rigore della nuova normativa⁶² - la giurisprudenza ha espresso un'inequivoca adesione alla concezione della recidiva come **circostanza** e non come mero *status* soggettivo.

Sul punto, una chiara sintesi dell'orientamento divenuto dominante si trova nella sentenza **Cass., Sez. I, 15.10.2009, n. 42462/2009, Pezzuto**: la Corte ha affermato il principio secondo il quale il divieto di seconda concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale nel caso di recidiva reiterata previsto dall'art. 58-quater l. n. 354/75, introdotto dall'art. 7 della l. n. 251/2005, discende esclusivamente dall'**applicazione** di tale tipo di recidiva al reato al quale si riferisce la condanna in esecuzione, non a caso richiamando le critiche mosse anche dalla Corte costituzionale alla teoria della facoltatività della recidiva ai soli effetti dell'applicazione dell'aumento di pena.

Si legge nella motivazione della sentenza:

sola volta». Tale articolo è stato però successivamente abrogato dall'art. 4, d.l. 30/12/2005, n. 272, conv. l. 21.02.2006, n. 49.

⁶² Senza pretesa di completezza, va ricordato che sulla nuova normativa hanno significativamente inciso alcune sentenze della **Corte costituzionale**, che hanno restituito alla magistratura di sorveglianza parte della discrezionalità sottrattale dalla nuova normativa, pur con riferimento al profilo specifico della interruzione del percorso riabilitativo per sopravvenuta normativa che escluda dal beneficio determinate categorie di soggetti; tra esse si ricorda:

sentenza **n. 79/2007**, mass. 31093: “Sono costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 27, comma terzo, Cost., i commi 1 e 7- *bis* dell'art. 58- *quater* della legge 26 luglio 1975, n. 375, introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della legge suddetta, abbiano raggiunto un **grado di rieducazione adeguato ai benefici** richiesti; infatti, nell'ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda dal beneficio una categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva maturato le condizioni per godere del beneficio rappresenta una brusca interruzione dell' iter rieducativo, alla quale non corrisponde un comportamento colpevole del condannato, con la conseguenza che l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, al di fuori di una concreta ponderazione dei valori coinvolti”

sentenza **n. 257/2006**, mass. 30568: “È costituzionalmente illegittimo l'art. 30-quater della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), introdotto dall'art. 7 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto. È applicabile il principio secondo cui allorché la condotta penitenziaria di un condannato abbia consentito di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato ad un certo beneficio, la innovazione legislativa che ne vieti la concessione, operando come un meccanismo di carattere ablativo, non fondato sulla condotta colpevole del condannato, e precludendo l'accesso a determinati benefici a chi, al momento dell'entrata in vigore di una legge restrittiva, già aveva realizzato tutte le condizioni per potere usufruire di essi, si pone in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. in quanto ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena. Infatti, negarne la concedibilità in assenza di una regressione comportamentale del condannato - tenuto conto della loro funzione "pedagogico-propulsiva", caratterizzata da una "progressione nella premialità" destinata ad interrompersi per "gravi comportamenti" indice della immeritevolezza del beneficio - contrasta con la stessa logica di progressività che muove l'intero programma trattamentale”.

“2. Nonostante la perdurante controversia dottrinale sulla **natura giuridica della recidiva** (ovvero sul **fondamento** dell'aumento della sanzione e degli altri **effetti** che ne conseguono), la giurisprudenza, prendendo atto della collocazione sistematica, del «non eludibile» (come rileva accorta dottrina) dettato degli artt. 70 secondo comma e 69 quarto comma c.p., della indiscussa natura circostanziale delle attenuanti generiche, anch'esse "discrezionali", è saldamente orientata nel ritenere la recidiva una **circostanza del reato** (pur *sui generis* «in quanto ..., inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato»: cfr. Sez. U, Sentenza n. 3152 del 31/01/1987 Rv. 175354, Paolini, in tema di esclusione della recidiva dal novero delle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio) e non una condizione di maggiore punibilità del reo.

Ne consegue che nell'ambito del processo di cognizione il giudizio sulla recidiva **non** è giudizio sulla **astratta pericolosità del reo** o su una sua "**condizione personale**" **svincolata dal fatto reato**, ma, come per le attenuanti generiche, consiste di una valutazione sulla **gravità dell'illecito** commisurata alla **maggiore capacità a delinquere** manifestata dal soggetto agente, capace di incidere sulla risposta punitiva, sia in termini **retributivi** sia in termini di **prevenzione speciale**, quale aspetto della "colpevolezza" e della capacità di commettere nuovi reati, soltanto nell'ambito e in **relazione al fatto** per la quale la recidiva stessa è riconosciuta applicabile.

Su considerazioni sostanzialmente analoghe è basata d'altronde la giurisprudenza di questa Corte che, sulla scorta dell'opzione suggerita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192 del 2007 (ribadita nelle successive ordinanze n. 409 del 2007; n. 257, n. 193, n. 90 e n. 33 del 2008; n. 171 del 2009) appare oramai consolidata nel senso di ritenere che la recidiva reiterata di cui all'art. 99 quarto comma c.p., anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 251 del 2005, deve ritenersi **facoltativa** (ovvero **discrezionale**): applicabile cioè soltanto quando il giudice ritenga di doverla in concreto riconoscere sussistente, quale «espressione di maggior colpevolezza pericolosità» e **di dovere di conseguenza aumentare per essa la pena o procedere a giudizio di bilanciamento con le attenuanti (...)**.

In sede di cognizione resta insomma valido il principio secondo cui il giudice è tenuto a stabilire volta per volta se effettivamente la recidiva giustifica una maggiore punizione del reo o se, invece, per l'occasionalità della ricaduta, per i motivi che la determinano, per il lungo intervallo di tempo tra il precedente reato e il nuovo, per la diversità di indole delle varie manifestazioni delinquenziali, per la condotta in genere tenuta dal reo, o per altre ragioni, quella pericolosità non sia riscontrabile (...).

Ulteriore conseguenza condivisa è che il giudizio sulla applicabilità della recidiva, in quanto collegato alla gravità - seppure soggettiva - del fatto, è destinato a valere non solo in relazione al **giudizio di bilanciamento** tra recidiva e attenuanti, ma, ove non sia espressamente previsto il contrario, **per ogni altro effetto collegato al riconoscimento della recidiva stessa**.

Sarebbe difatti davvero **irrazionale**, come efficacemente è stato osservato, che «il giudice possa escludere l'effetto principale della recidiva, **non avendone individuati i presupposti sostanziali**, e al tempo stesso continuare a tenerne conto, sulla base della precedente condanna, per gli effetti minori».

Tant'è che la stessa Corte costituzionale ha in più occasioni osservato (ordinanze n. 193 del 2008 e n. 171 del 2009) come nei limiti in cui si escluda l'operatività del regime di obbligatorietà è possibile ritenere che venga meno, oltre

all'«automatismo» di cui all'art. 69, quarto comma, c.p., anche quello, ad esempio, di cui all'**art. 81**, quarto comma, c.p., giacché «anche l'operatività di quest'ultima norma appare logicamente legata al fatto che il giudice abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione».

3. Movendo dal presupposto che non può in linea di principio ammettersi che una **circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena** per i singoli reati contestati all'imputato perché 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 volti all'opposto fine di mitigare la pena (cfr. C. cost. n. 193 del 2008 cit.), è di tutta evidenza che non può, a maggior ragione, ammettersi che la **recidiva non dichiarata** in sede di cognizione possa essere ritenuta dal giudice dell'esecuzione; tanto più se al fine di trarne conseguenze sfavorevoli al condannato.

Il principio è ripetuto:

- in materia di prescrizione della pena, da ultimo da Sez. 1, n. 16944 del 9.4.2009, D'onofrio (non mass.); Sez. 1, n. 10425 del 2.2.2005, Rv. 231209, Esposito Sez. 1, n. 46229 del 6.10.2004, Rv. 230295, Nardelli; Sez. 1, n. 30707 del 16.4.2002, Rv. 222238, Triulcio; Sez. 1, n. 2097 del 12/07/1989, Zuliani;

- in tema di riabilitazione, per tutte, da Sez. un., n. 2 del 23.1.1971, Piano;

- in tema di applicabilità dell'indulto da Sez. un., n. 17 del 18.6.1991, Rv. 187856, Grassi (conformi tra moltissime Sez. 1, n. 2303 del 21.5.1992, Rv. 192017, Castellano; Sez. 1, n. 1294 del 26.6.1993, Rv. 194003, Commisso);

- nonché, con riguardo alla concessione dei **benefici penitenziari** e quanto a regola generale che è alla singola condanna ovvero allo specifico «titolo in esecuzione» che va riferita la preclusione discendente dall'applicazione della recidiva, più o meno implicitamente, tra molte, da Sez. 1, n. 4688 del 10.1.2007, Rv. 236621, Brendolin; Sez. 1, n. 42415 del 22.11.2006, Rv. 235585, Del Genio; Sez. 1, n. 25113 del 11.7.2006 Rv. 234678, De Rosa; espressamente e argomentatamente da Sez. 1, n. 36040 del 28.9.2006, Rv. 235192, Buonomo; Sez. 1, n. 27814 del 22.6.2006 Rv. 234433, Stacchetti.

Con specifico riferimento ai **benefici penitenziari** indubbia conferma a tale linea interpretativa offre quindi il rilievo, ricavabile dalla lettura complessiva della legge n. 251 del 2005, che quando il legislatore del 2005 ha voluto precludere l'accesso ai benefici per effetto del riconoscimento della recidiva in una qualsiasi delle condanne riportate dal detenuto, a prescindere dalla sua applicazione al titolo in esecuzione, l'ha espressamente chiarito.

Nell'art. **47-ter, co. 1**, è difatti precisato che la detenzione domiciliare è concedibile (salvo che la condanna si riferisca a certi reati) all'ultrasettantenne «purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato **mai condannato** con l'aggravante dell'art. 99 del codice penale». Di modo che la diversità della formula usata invece nel comma 1.1. del medesimo art. 47-ter e nel comma 7-bis dell'art. 58-*quater* ragionevolmente pare riconducibile all'intenzione del legislatore di fare all'opposto riferimento, per le preclusioni istituite con dette norme, esclusivamente alla recidiva "applicata" nella condanna in esecuzione.

Anche alla novella del 2005 s'attagliano dunque le osservazioni (di C. cost. n. 361 del 1994) che il testo normativo **non** conduce affatto necessariamente alla tesi che il legislatore mediante il riferimento alla recidiva applicata al condannato abbia inteso introdurre «una sorta di **status di "detenuto pericoloso"** che permei di sé **l'intero rapporto esecutivo** a prescindere dal titolo specifico di condanna»; che, diversamente opinando, «per circostanze meramente casuali (dipendenti ad esempio dal sopravvenire di nuovi titoli detentivi nel corso della esecuzione della pena per precedenti condanne) verrebbe ad atteggiarsi in modo differente il regime dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative»; che anche ad ammettere un margine di equivoco nella formulazione delle disposizioni applicabili deve perciò essere comunque preferita la soluzione interpretativa che scongiuri la irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili che discenderebbe da una differente lettura.

4. Concludendo, nei limiti in cui la concessione dei benefici è impedita non già dalla condizione di soggetto già dichiarato recidivo del condannato, ma dall'**applicazione della recidiva**, di un certo tipo, **al reato cui si riferisce la condanna in esecuzione**, deve affermarsi che la preclusione non attiene ad uno *status* ma **discende dal reato**, che è in concreto ostativo in quanto **circostanziato dalla recidiva**.

Se, a seguito di un'operazione di cumulo, materiale o giuridico, la condanna per il reato ostativo è posta in esecuzione assieme ad altra o ad altre che concernono reati non ostativi, ai fini della ammissione ai benefici occorrerà rifarsi allora ai principi elaborati dalla giurisprudenza di questa Corte in materia di necessaria **scissione del cumulo e dei periodi di detenzione** che ne compongono la esecuzione (per tutte cfr. Sez. un., n. 14 del 30.7.1999, Ronga, con specifico riguardo anche al caso di cumulo giuridico).

Anche nell'ipotesi qui considerata l'inscindibilità del cumulo genererebbe difatti «inaccettabile diversità di trattamento a seconda della eventualità, del tutto casuale, di un rapporto esecutivo unico, conseguente al cumulo, ovvero di distinte esecuzioni dipendenti dai titoli che scaturiscono dalle singole condanne» (Sez. un., Ronga, che sul punto richiama Sez. I, 26.3.1999, n. 2529, in armonia con la regola affermata da Corte cost. n. 361 del 1994).

Di conseguenza, il Tribunale di sorveglianza anche ai fini della preclusione istituita dall'art. 58-*quater* ultimo comma dovrà in caso di cumulo preliminarmente verificare se la pena per il reato ostativo (al quale è stata applicata la recidiva) è ancora da espiare.

Dovrà a tal fine **scindere**, per lo meno idealmente, il cumulo e, per evitare profili di ingiustificata causalità (che possono dipendere da ritardi nei giudizi di merito, nella messa in esecuzione delle sentenze, nella ricognizione e dichiarazione di cause estintive, tutti estranei e lontani alla condotta del condannato), dovrà prescindere dalla data del cumulo stesso, da quella di irrevocabilità delle sentenze e dalla data della messa in esecuzione dei titoli, prendendo invece a referente la data di commissione dei reati, contemperando tale regola con quella, ineludibile, che nessuna pena può essere imputata a reato commesso successivamente alla sua esecuzione e con il principio del favor rei che impone, a parità di condizioni, che vada comunque riferita al presofferto o alla detenzione espiata per prima la pena che comporta maggiori pregiudizi afflittivi, ciò valendo anche per i profili qualitativi della pena, collegati appunto alla possibilità di godere di benefici penitenziari (Sez. 1, n. 4600 del 9.11.1992 Rv. 192414, Policastro - citata adesivamente da C. cost. n. 361 del 1994 -;

della recidiva cosiddetta facoltativa, ritenga i precedenti del reo concretamente significativi in punto di gravità del reato.

In casi del genere non è agevole prevedere che un nuovo beneficio dello stesso tipo possa sortire effetti diversi da quello precedente, mentre è agevole prefigurare il contrario, con la conseguenza che la scelta del legislatore di esigere l'espiazione della pena, senza possibilità di accesso alle misure specificamente escluse dalla norma censurata, non può essere ritenuta manifestamente irragionevole o arbitraria.

Le funzioni di tutela della sicurezza pubblica e di prevenzione dei reati, proprie della pena unitamente alla finalità rieducativa, sarebbero fortemente compromesse se si continuasse a far leva esclusivamente su una misura alternativa alla detenzione in carcere, che, nel concreto, ha dimostrato la sua inefficacia rispetto al fine di impedire la commissione di nuovi delitti non colposi. Peraltro, il vigente ordinamento penitenziario prevede altri strumenti, diversi dall'affidamento in prova, che possono essere utilmente sperimentati per un percorso rieducativo di emenda, sia *intra* che *extra moenia*".

7. (segue) Il concorso formale e il reato continuato: il limite minimo di aumento di pena per il recidivo reiterato.

La l. n. 251/2005 ha modificato il **trattamento sanzionatorio** previsto per il concorso formale ed il reato continuato dall'art. 81 c.p., introducendo in tale disposizione un nuovo quarto comma, che prevede per il cumulo giuridico applicato ai reati "*commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma*", un **limite minimo** dell'aumento di pena, consistente in "*un terzo della pena stabilita per il reato più grave*"⁶⁴.

La norma fa però salvo il **limite massimo** previsto dal terzo comma dell'art. 81 c.p.: la pena finale non può comunque essere superiore a quella che verrebbe applicata se si procedesse al cumulo materiale. Il legislatore è quindi rimasto fedele al principio del *favor rei* che ispira la disciplina prevista dall'art. 81 c.p.

Il nuovo limite minimo previsto per il cumulo giuridico è applicabile anche in sede esecutiva, in forza del richiamo al nuovo quarto comma dell'art. 81 c.p., inserito nell'art. 671 c.p.p.

La nuova normativa – costituente ulteriore espressione della scelta di maggior rigore sanzionatorio verso la categoria dei recidivi reiterati – riguarda istituti aventi pacificamente natura **sostanziale** e non processuale⁶⁵ ed è quindi soggetta alla disciplina dell'art. 2 c.p.:

⁶⁴ L. n. 251/2005 art. 5, co. 1: All'**art. 81** del codice penale, dopo il terzo comma, è aggiunto il seguente: «*Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave*».

L. n. 251/2005 art. 5, co. 2: All'**art. 671** del codice di procedura penale, dopo il comma 2, è inserito il seguente: 2-bis. «*Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma, del codice penale*».

⁶⁵ Così la costante giurisprudenza: v. ad es. **Cass., Sez. I, 08/11/2006, n. 37536/2006, Schiatti**, Rv. 235028 e **Cass., Sez. I, 16/05/2006, n. 20044/2006, Fresia**, Rv. 233784.

trattandosi di disciplina sicuramente sfavorevole per l'imputato, essa è quindi **irretroattiva** e poiché viene in considerazione il trattamento sanzionatorio complessivo del concorso formale e del reato continuato la sua applicabilità richiede che tutti i reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p. siano stati commessi prima dell'entrata in vigore della l. n. 251/2005.

Anche la giurisprudenza ha riconosciuto che la nuova normativa non si applica ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 251/2005⁶⁶.

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 251/2005 si è posto innanzitutto il problema se il nuovo quarto comma dell'art. 81 c.p. riguarda i reati in concorso formale o in continuazione commessi da soggetti ai quali la recidiva reiterata sia stata applicata **prima** della commissione dei reati predetti o se riguarda i casi in cui la recidiva reiterata viene applicata ai **reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p.**

Valorizzando il dato costituito dal tenore letterale della norma ("*soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma*") la giurisprudenza più recente sembra adottare l'interpretazione più restrittiva, affermando il principio secondo il quale: "L'aumento minimo per la continuazione, pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma quarto, c.p., si applica a condizione che l'imputato sia stato ritenuto **recidivo reiterato** con una **sentenza definitiva precedente** al momento della commissione dei reati per i quali si procede"⁶⁷.

⁶⁶ V. Cass., Sez. I, 27/02/2008, n. 13788/2008, Mosca, Rv. 240416: "La disposizione introdotta con la novella codicistica di cui alla L. n. 251 del 2005, secondo cui il riconoscimento in sede esecutiva della continuazione, ove i reati siano stati commessi da un soggetto al quale sia stata applicata la recidiva reiterata ex art. 99, comma quarto, c.p., comporta un aumento non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, non opera in riguardo alle condanne per reati commessi anteriormente alla sua entrata in vigore"; negli stessi termini Cass., Sez. I, 19/12/2007, n. 2095/2008, Garofalo, 238857.

Dalla lettura della motivazione della sentenza sembra invece che non abbia applicato il principio di irretroattività Cass., Sez. I, 10/01/2007, n. 3656/20076, Bianchi, sentenza dalla quale è stata tratta la seguente massima (Rv. 235248): "L'art. 671, comma secondo bis, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 5 della legge n. 251 del 2005, prevede che quando la richiesta di continuazione in sede esecutiva riguardi condanne nelle quali debba ritenersi applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma quarto, come modificato dall'art. 4 della stessa legge, l'aumento della pena per i reati minori non può essere inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave. Qualora tale calcolo porti ad individuare una pena superiore a quella inflitta dal giudice di merito per il reato meno grave, l'aumento in continuazione dovrà essere determinato in una misura non inferiore al cumulo materiale delle pene inflitte dai giudici di merito".

⁶⁷ Così la massima tratta da Cass., Sez. I, 22/04/2010, n. 17928/2010, Caniello, Rv. 247048 e da Cass., Sez. I, 02/07/2009, n. 32625/2009, Delfino, Rv. 244843; ancora più esplicita Cass., Sez. I, 01/07/2010, n. 31735 Samuele, Rv. 248095: "L'aumento minimo di un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma quarto, cod. pen., si applica solo quando l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva, e **non** anche quando egli sia ritenuto recidivo reiterato **in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione**, del cui trattamento sanzionatorio si discute".

Non mancano tuttavia sentenze che sembrano dare per scontata l'opposta interpretazione⁶⁸, che da ultimo è stata incidentalmente proposta da **Cass., Sez. un., 27.05.2010, n. 35738/10, Calibé**, nella cui motivazione si legge: “ (...) il limite all'aumento ex art. 81 c.p. «non ... inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave», previsto dalla legge nei confronti dei soggetti «ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma», è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione **per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi** l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28.6.1991 in proc. Grassi”.

La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, co. 4. c.p., con ordinanza **n. 193/2008** ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, co. 4, aggiunto dall'art. 5, co. 1, l. n. 2005/251, censurato in riferimento agli artt. 3, 25, co. 2, e 27 Cost., nella parte in cui prevede, rispetto ai recidivi reiterati, un aumento minimo di pena per la continuazione pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

Nel motivare la decisione la Corte ribadisce il proprio orientamento in ordine alla facoltatività della recidiva reiterata, ritenendo che anche rispetto all'art. 81, co. 4, c.p. la recidiva operi in quanto effettivamente applicata: la Corte sembra in particolare non escludere la correttezza dell'interpretazione dell'art. 81, co. 4, c.p. che ritiene la disposizione applicabile ai casi in cui la recidiva reiterata si riferisce **ai reati unificati sotto il vincolo della continuazione**, ma nel contempo rileva come il giudice *a quo* non abbia sperimentato la praticabilità di una diversa soluzione interpretativa⁶⁹.

⁶⁸ V. ad es. la mot. di **Cass., Sez. F, 04/09/2008, n. 37482/2008, Rocco**, Rv. 241809; **Cass., Sez. I, 07/04/2010, n. 16766/2010, Ndiaye**, Rv. 246929.

⁶⁹ Si legge nella motivazione della sentenza:

“(..) che, nell'ottica della soluzione interpretativa dianzi indicata, pertanto, il giudice rimettente - all'esito di un apprezzamento basato sulle caratteristiche del caso concreto - potrebbe non applicare affatto l'aumento di pena per la recidiva reiterata; e, conseguentemente, non procedere ad alcun giudizio di bilanciamento fra detta aggravante e le attenuanti concorrenti;

che considerazioni simili possono essere svolte anche in rapporto all'ulteriore questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 81, co. 4, c.p., aggiunto dall'art. 5, co. 1, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevede, rispetto ai recidivi reiterati, un aumento minimo di pena per la continuazione pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave;

che, nel sollevare la questione, il rimettente muove dall'implicito, e in sé non implausibile, **presupposto interpretativo** di riferire la norma impugnata - ad onta dell'indicazione, apparentemente contraria, ricavabile dalla *consecutio temporum* delle voci verbali impiegate (“reati ... commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma”) - al caso in cui l'imputato venga **dichiarato recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione**, del cui trattamento sanzionatorio si discute; e non, invece, al caso in cui l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva (nell'ordinanza di remissione non vi è, infatti, alcun riferimento al fatto che l'evenienza da ultimo indicata si sia verificata nel caso di specie);

che - a prescindere da ogni rilievo circa la correttezza della qualificazione della fattispecie oggetto del giudizio principale quale ipotesi di reato continuato, anziché quale concorso formale di reati (istituto che, comunque, la norma censurata assoggetta al medesimo regime) - va tuttavia osservato come, alla stregua della soluzione ermeneutica dianzi prospettata, anche l'operatività dell'art. 81, co. 4. c.p. presupponga che il giudice abbia **ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione**

E' poi pacifico che il limite minimo di un terzo dell'aumento della pena *ex art. 81, co. 4, c.p.* va riferito all'**aumento complessivo** per la continuazione e va calcolato sulla pena quantificata dal giudice per la violazione più grave, intesa come pena concretamente inflitta⁷⁰.

Si può osservare che se si aderisce all'interpretazione – che sembra preferibile – secondo la quale l'applicazione della recidiva alla quale fa riferimento l'art. 81, co. 4 c.p. riguarda gli stessi reati che vengono unificati sotto il vincolo della continuazione, la locuzione "*soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma*" si riferisce necessariamente al solo **reato più grave**, perché solo rispetto ad esso può aversi propriamente **applicazione** della recidiva. E' infatti solo rispetto al reato più grave che il giudice deve effettuare il **calcolo delle circostanze** (e quindi *applicarle*) operando l'eventuale giudizio di valenza nel caso di concorso di circostanze eterogenee (giudizio nella specie assoggettato ai limiti di cui all'art. 69, co. 4, c.p.), mentre - come è noto - rispetto ai reati satellite non si ha propriamente applicazione delle circostanze, perché esse incidono solo indirettamente sulla quantificazione dell'aumento di pena, dovendo il giudice indicare esclusivamente l'entità dell'aumento per il singolo reato satellite.

Tale interpretazione si espone tuttavia alla critica, secondo la quale la nuova disciplina introdotta dall'art. 81, co. 4, c.p. finisce per violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale, ponendo due volte a carico del soggetto la sua condizione di recidivo: sia come circostanza aggravante, sia come aumento minimo della pena previsto per il cumulo giuridico.

8. Osservazioni sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di recidiva.

Una valutazione sintetica degli esposti orientamenti giurisprudenziali in tema di recidiva deve tenere conto dell'incidenza delle innovazioni normative succedutesi nel tempo sul concreto atteggiarsi del **potere discrezionale** del giudice.

(**o in concorso formale**): e ciò in pieno accordo, peraltro, con lo stesso **tenore letterale** della norma de qua ("*soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva*");

che risulterebbe, del resto, affatto **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;

che la mancata sperimentazione, da parte del giudice a quo, della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati - e tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi, o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie - rende dunque le questioni sollevate manifestamente inammissibili".

⁷⁰ V. Cass., Sez. F, 04/09/2008, n. 37482/2008, Rocco, Rv. 241809: "In tema di reato continuato, il limite minimo di aumento, pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, se i fatti sono stati commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata, ha riferimento all'**aumento complessivo** per la continuazione e non alla misura di ciascun aumento successivo al primo"; negli stessi termini: Cass., Sez. I, ord. 13/01/2010, n. 5478/2010, Motta, Rv. 246116.

Con la **riforma del 1974** la recidiva è stata trasformata da obbligatoria in facoltativa ed è stata assoggetta al giudizio di valenza: l'ottica era quella di un ampliamento dei poteri discrezionali del giudice per evitare – in mancanza di una riforma organica delle cornici edittali dei singoli reati - l'irrogazione in pene avvertite come eccessivamente severe dalla coscienza sociale.

Con la **riforma del 2005** (in base all'interpretazione data dalla giurisprudenza alla l. n. 251/2005) la recidiva è stata trasformata da facoltativa in obbligatoria solo nell'ipotesi di cui all'art. 99, co. 5, c.p., ma proprio l'interpretazione della recidiva reiterata come **facoltativa** – avallata anche dalla Corte costituzionale - sembra avere evidenziato nella pratica alcune **contraddizioni**.

Per rendersene conto è necessario ricordare che in questa materia il **potere discrezionale** del giudice attiene ad una pluralità di profili: a) al riconoscimento della recidiva facoltativa; b) al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti, giudizio assoggettato alle limitazioni di cui all'art. 69, co. 4, c.p.; c) al generale potere di quantificazione della pena *ex art. 133 c.p.*

In un simile contesto normativo diventa inevitabile che la scelta in ordine al riconoscimento della recidiva reiterata sia condizionata dalla quantificazione della **pena finale**: il giudice tenderà ad escludere la recidiva facoltativa tutte le volte in cui il riconoscimento della stessa lo porterebbe (ad esempio per i vincoli del giudizio di valenza) ad irrogare una pena finale avvertita come ingiusta, perché eccessivamente severa rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto di reato.

Questa dinamica decisionale è stata del resto favorita dalla stessa riforma del 1974, che ha abituato il giudice a **ragionare in termini di risultato finale** nell'applicazione delle attenuanti generiche, perché le stesse sono diventate non di rado funzionali solamente alla mitigazione della pena, stante la presenza di limiti edittali troppo elevati o di aggravanti che comportano eccessivi aumenti di pena.

Il rischio – e sembra che la quotidiana esperienza giudiziaria lo stia confermando - è dunque quello che il giudice decida di riconoscere o non riconoscere la recidiva facoltativa non già in base ad una rigorosa verifica del suo presupposto discrezionale (accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo), ma in base alla necessità di evitare l'irrogazione di una pena avvertita come ingiusta, con la conseguenza che la motivazione formale di tale decisione spesso non rispecchia la vera ragione "equitativa" della scelta di esclusione della recidiva.

Anche la giurisprudenza della **Corte costituzionale** sembra avere indirettamente favorito tale dinamica applicativa, avallando il riconoscimento della facoltatività della recidiva reiterata come soluzione interpretativa idonea ad evitare i vincoli del giudizio di valenza previsti dall'art. 69, co. 4, c.p. e quindi ad escludere il denunciato "automatismo" sanzionatorio (v. *supra*, 3).

In realtà la facoltatività della recidiva riguarda un profilo del potere discrezionale del giudice **distinto** e logicamente **antecedente** rispetto al giudizio di valenza, anche se **di fatto** il non riconoscimento della recidiva permette di evitare i vincoli previsti per il giudizio di

valenza dall'art. 69, co. 4, c.p.: una volta riconosciuta la facoltatività della recidiva reiterata, permane dunque il distinto problema della legittimità costituzionale dei vincoli al giudizio di valenza e la soluzione di tale problema non può derivare dal carattere facoltativo della recidiva.

Si consideri anche l'ordinanza n. 91/2008 della Corte costituzionale (v. *supra*, 5), che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, co. 4, c.p. nella parte in cui prevede aumenti di pena in misura fissa. Come già ricordato la Corte ha osservato tra l'altro che “ove il giudice opti per l'applicazione dell'aumento di pena, quest'ultimo risulta fisso nella misura frazionaria, la quale, tuttavia, si correla ad un dato variabile, qual è la pena base, che il giudice può discrezionalmente determinare, tra il minimo e il massimo edittale, alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p., **incidendo di riflesso** anche sull'incremento connesso alla recidiva”.

Tale assunto suscita tuttavia alcune perplessità, perché sembra legittimare il giudice a fissare l'entità della pena base in misura ridotta rispetto alla pena che sarebbe giusta in base al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto e ciò sol perché su tale pena dovrà poi applicarsi l'aumento per la recidiva in misura frazionaria: tale soluzione non sembra conforme al principio di eguaglianza.

Se poi si tiene conto che la recente riforma della recidiva ne ha aumentato – come già detto - gli **effetti indiretti**, appare evidente che le esposte dinamiche applicative rischiano di introdurre gravi elementi di **irrazionalità** e di sostanziale iniquità.

Se infatti, per quanto detto, il giudice è sollecitato a ragionare “**in termini di risultato finale**” di quantificazione della pena, non facendo dipendere il riconoscimento della recidiva facoltativa da una rigorosa verifica dell'esistenza del suo presupposto discrezionale, il rischio è che la decisione sulla recidiva sia condizionata da fattori in gran parte casuali, legati alla peculiarità del caso concreto, sicché la **casualità** del riconoscimento della recidiva determina inevitabilmente anche la casualità dei suoi **effetti indiretti**, ampliati enormemente dalle recenti riforme legislative.

Così ad esempio può accadere (ed effettivamente accade) che il giudice non riconosca la recidiva reiterata, non già perché non ne ricorrano i presupposti, ma perché essa comporterebbe una pena eccessiva ad esempio per l'esistenza di un elevato minimo edittale o per l'impossibilità di applicare le attenuanti generiche, e che invece la riconosca rispetto ad un reato oggettivamente e soggettivamente meno grave, perché, stante l'entità della pena edittale o la possibilità di concedere le attenuanti generiche, non deve irrogare una pena avvertita come eccessivamente severa. La conseguenza è paradossale: nel primo caso, più grave ed in cui avrebbe dovuto essere applicata la recidiva, l'imputato non subirà gli effetti né diretti né indiretti della stessa, nel secondo caso, meno grave, l'imputato subirà tutti gli effetti della recidiva.