

**SULLA TENUTA COSTITUZIONALE DELLA RECIDIVA REITERATA TRA *INTENTIO LEGIS* E PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ SOCIALE.**

*Le Sezioni Unite si allineano all'orientamento della Consulta in tema di recidiva reiterata*

*Nota a Cass. pen., S.U., 5.10.2010, n. 35738*

**SOMMARIO:** 1. Il contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione degli artt. 444 c.p.p. e 99, 4° co., c.p.; 2. L'istituto della recidiva reiterata alla luce delle modifiche ad opera della cd. ex Cirielli: un ritorno ai cd. delitti "d'autore"?; 3. La natura "facoltativa" dell'aggravante alla luce della giurisprudenza costituzionale; 4. La convergenza delle due "Corti" in tema di recidiva reiterata.

1. Con la sentenza 5.10.2010, n. 35738, la Corte di cassazione ha chiarito che "la recidiva reiterata opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo. Dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale, dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale".

Le Sezioni Unite si sono pronunciate dopo aver rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 444, 1° bis co., c.p.p., nella parte in cui stabilisce che sono esclusi dal patteggiamento i procedimenti "contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'art. 99, 4° co., c.p., qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria". In particolare, sia in dottrina che in giurisprudenza, era nato un acceso dibattito sulla circostanza se fosse sufficiente, perché la recidiva qualificata costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorresse necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice.

Il contrasto deriva dall'esistenza di due opposti orientamenti sull'interpretazione della norma ed, in particolare, sull'espressione "coloro che siano stati dichiarati delinquenti", contenuta nell'art. 444 c.p.p.

Da un lato, sulla base di un primo indirizzo<sup>1</sup>, per l'esclusione dal patteggiamento a pena detentiva superiore a due anni non sarebbe sufficiente che dal certificato penale dell'imputato emerga una situazione di recidiva qualificata, ma occorrerebbe che la stessa sia stata espressamente riconosciuta dal giudice.

Dall'altro lato, secondo un opposto orientamento<sup>2</sup>, ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del patteggiamento ai sensi dell'art. 444, 1° bis co., c.p.p., sarebbe sufficiente che essa sia stata contestata dal Pubblico Ministero. Il giudice sarebbe, quindi, vincolato ad applicare la recidiva, una volta accertato che essa sia stata correttamente contestata.

In realtà, 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. Investite della questione, infatti, le Sezioni Unite della Cassazione hanno premesso che la *quaestio* attiene non tanto al problema se sia sufficiente, perché la recidiva qualificata

<sup>1</sup> Cass., sez. VI, 16.9.2004, Bonfanti, rv. 230378; Cass., sez. I, 13.11.2008, Manfredi, rv. 242509.

<sup>2</sup> Cass., sez. II, 4.12.2006, Cicchetti, rv. 235620; Cass., sez. VI, 9.12.2008, Ogana, rv. 242148.

costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione oppure occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice. Quindi, accantonato il problema del carattere “costitutivo” o “dichiarativo” della recidiva, il vero *punctum dolens* riguarda piuttosto il quesito se sia inibito l’accesso al rito semplificato agli imputati già “dichiarati” recidivi ai sensi dell’art. 99, 4° co., c.p. con una sentenza precedentemente emessa. In altre parole, se viene contestata la recidiva reiterata al nuovo imputato, il giudice la può applicare discrezionalmente oppure, una volta accertatane la sussistenza, è comunque obbligato a dichiararla?

Le conseguenze di un simile dubbio interpretativo non sono di poco conto. Se, il giudice ha l’obbligo di applicare l’aggravante della recidiva una volta che questa sia stata correttamente contestata, allora il fatto che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo del rito alternativo, con l’effetto di “neutralizzare” *tout court* la diminuzione di pena connessa al patteggiamento. L’applicazione “a scatto automatico” della recidiva comporterebbe l’esclusione dal rito alternativo in ogni caso, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale del giudice sulla sua opportunità, anche cioè quando si sia in presenza di precedenti penali remoti, non gravi e scarsamente significativi in rapporto alla natura del nuovo delitto.

**2.** La questione prospettata davanti alle Sezioni Unite apre, dunque, la strada ad una riflessione più generale sugli effetti della contestazione della recidiva di cui all’art. 99, 4° co., c.p.

La recidiva è una circostanza aggravante comune che comporta, ai sensi dell’art. 99 c.p., un aumento della pena per “*chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro*”. A seguito della riforma introdotta dal d.l. 11.4.1974, n. 99, conv. con modificazioni nella l. 7.6.1974, n.220, l’applicazione della recidiva, quale circostanza aggravante, è divenuta facoltativa. In questo senso, l’aumento della pena - base è rimesso alla discrezionalità del giudice, in virtù di un giudizio orientato ai canoni di cui all’art. 133 c.p. Sebbene sia una circostanza soggettiva, basata cioè su di una qualità personale dell’agente, il legislatore ha previsto, inoltre, che la recidiva possa comunque entrare nel giudizio di bilanciamento con le circostanze concorrenti in base all’art. 69 c.p., ben potendo a seguito di esso anche essere ritenuta soccombente.

Di recente, la l. 5.12.2005, n.251 (cd. ex Cirielli), denominata “*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*” ha profondamente modificato l’istituto penalistico della recidiva. Con la riforma in esame, il legislatore ha inteso contrastare la proliferazione di fenomeni delinquenziali di piccolo o medio cabotaggio, nell’intenzione di reprimere una diffusa criminalità comune. Il Parlamento, tuttavia, non ha avuto l’ardire di ripristinare lo *status quo antea* alla riforma del 1974 (ossia quando l’applicazione della recidiva non era rimessa alla discrezionalità del giudice), reintroducendo direttamente l’obbligatorietà della recidiva, ma ha preferito introdurre numerose piccole modifiche, che hanno comunque nel loro insieme l’effetto di disegnare una “nuova” recidiva.

Allo stato attuale, il codice penale prevede tre differenti tipologie di recidiva: semplice, aggravata e reiterata. La recidiva semplice consiste nella commissione di un reato a seguito della condanna con sentenza irrevocabile per un altro reato (art. 99, 1° co., c.p.). La recidiva aggravata consiste, invece, nella commissione di un nuovo reato della stessa indole del reato precedente, ovvero nella commissione di un reato entro cinque anni dalla condanna precedente, ovvero durante o dopo l’esecuzione della pena inflitta per un reato precedente (art. 99, 2° e 3° co., c.p.). Nel caso in cui ricorra una sola di queste circostanze, si parla di “*recidiva monoaggravata*”; mentre, nel caso in cui siano presenti due o più delle sopraccitate circostanze, si parla di “*recidiva pluriaggravata*”. La recidiva reiterata è, infine, la situazione in cui versa colui che ha commesso un nuovo reato ed è già recidivo. Infatti, l’art. 99, 4° co., c.p. prescrive che “*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*”.

A seguito dell’entrata in vigore della nuova normativa, in dottrina ed in giurisprudenza sono state sollevate numerose questioni di compatibilità costituzionale. I maggiori dubbi concernono proprio il testo dell’art. 99, 4° co., c.p., così come modificato dalla l. 251/2005. Infatti, l’utilizzo da parte del legislatore dell’espressione “*l’aumento della pena è ...*” inclina suggestivamente l’interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla riforma del 1974. A sostegno della tesi della obbligatorietà della recidiva reiterata parrebbe militare, in effetti, *prima facie*, l’argomento letterale. In particolare, l’avvenuta utilizzazione, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all’indicativo presente (“è”) – in luogo della voce verbale “*può*”, che compariva nel testo precedente alla riforma del 2005, e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 c.p., con riferimento alla

recidiva semplice e alla recidiva aggravata – indurrebbe difatti a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime di obbligatorietà.

Tuttavia, non può essere sottaciuto come la reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi comporterebbe una forte limitazione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti. Attraverso la previsione di una presunzione *iuris et de iure* di maggiore pericolosità sociale del recidivo reiterato, la norma denunciata finirebbe con il tradursi in una indebita limitazione del potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto – adeguamento funzionale alla realizzazione dei principi di eguaglianza, di necessaria offensività del reato, di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena. In questo senso, la praticabilità di una simile opzione ermeneutica è stata esclusa non solo dalla prevalente giurisprudenza di legittimità<sup>3</sup>, ma anche da alcune decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost.<sup>4</sup>.

3. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della nuova norma, con la sentenza 14.6.2007, n. 192, la Corte costituzionale ha “scardinato” la premessa implicita delle argomentazioni dei giudici rimettenti, e cioè il regime di obbligatorietà incondizionata che il legislatore del 2005 avrebbe riservato alla recidiva reiterata, prendendo partito a favore della tesi della facoltatività dell’aggravante. Più precisamente, il giudice delle leggi, in base ad una concezione “forte” del dovere dei giudici comuni di procedere ad una interpretazione adeguatrice delle disposizioni costituzionalmente dubbie, ha adottato un dispositivo meramente processuale di inammissibilità “*per omissis tentativo di interpretazione conforme*”, sottolineando il dovere del giudice di rintracciare, ove possibile, la norma costituzionalmente compatibile in grado di riconvertire la *ratio* della disposizione censurata, quale preconditione essenziale per la valida instaurazione del giudizio di costituzionalità<sup>5</sup>. In questa prospettiva, data la possibile praticabilità, in sede applicativa, di una interpretazione costituzionalmente orientata del vigente quadro normativo, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 99 c.p. è stata degradata a mera questione di interpretazione<sup>6</sup>. Più in particolare, la Corte costituzionale, preso atto dell’assenza, sul piano del diritto vivente, sia di un orientamento giurisprudenziale consolidato a favore dell’obbligatorietà dell’aggravante (che avrebbe legittimato il ricorso alla più impegnativa tecnica del rigetto interpretativo) sia di un indirizzo giurisprudenziale orientato in senso maggioritario a favore della facoltatività (che avrebbe consentito di fare appello all’argomento del “diritto vivente”), ha fornito alla giurisprudenza futura alcune direttive interpretative per un parziale riallineamento ermeneutico della normativa denunciata sui binari della costituzionalità.

In questo senso, come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup>, se il nuovo art. 99, 4°co., c.p. configurasse realmente un’ipotesi di recidiva “obbligatoria” comporterebbe un “*automatismo sanzionatorio*” atto a determinare una “*indiscriminata omologazione*” dei recidivi reiterati, comportando un allarmante ritorno alle presunzioni di pericolosità *iuris et de iure*, attraverso una crescente limitazione degli ambiti di “discrezionalità” dei giudici. Una simile “*omologazione*” sarebbe irrazionale, in quanto basata su di una presunzione assoluta di pericolosità che – prescindendo dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, dall’epoca della loro commissione e dalla identità della loro indole rispetto a quella del nuovo

<sup>3</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 11.4.2007, Serra, rv 236412; Cass., sez. IV, 19.4.2007, Meradi, rv 235835; Cass., sez. IV, 28.6.2007, Mazzitta, rv 237271; Cass., sez. IV, 2.7.2007, Farris, rv 236910.

<sup>4</sup> Cfr. C. cost., sent. 14.6.2007, n. 192, in *Foro it.*, 2007, I, 3357; C. cost., ord. 198/2007; C. cost., ord. 409/2007; C. cost., ord. 193/2008; C. cost., ord. 257/2008; C. cost., ord. 171/2009.

<sup>5</sup> Cfr., sul punto, nella dottrina costituzionalistica, SORRENTI, *Il «seguito rovesciato»: le decisioni interpretative di rigetto e l’attività del legislatore*, in *Corte costituzionale e parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di RUGGERI e SILVESTRI, Milano, 2000, 295. Più in generale, sul tema dell’interpretazione adeguatrice, cfr., SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

<sup>6</sup> Cfr., sul punto, *amplius* TESAURO, *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 3358. In relazione al declassamento della questione di costituzionalità a problema interpretativo, l’Autore sottolinea come non sia “*peregrina la sensazione che la Corte abbia di fatto operato, dietro il più rassicurante paravento di un’operazione esegetica asetticamente neutrale, una manipolazione occulta del dato testuale analoga a quella compiuta con decisioni apertamente additive. La differenza fra sentenze additive (o «manipolative in astratto») e le sentenze «interpretative-manipolative» (o «manipolative in concreto»), al cui genere potrebbe appartenere quella su riprodotta, sta nel fatto che con queste ultime pronunce la Corte costituzionale non impegna direttamente il livello formale della produzione del diritto, bensì quello della sua applicazione. (...) La Corte non si è, infatti, limitata ad affermare sic et simpliciter la facoltatività dell’aggravante, ma ha enucleato una lista aggiuntiva di proprietà generali e astratte (contiguità temporale, omogeneità offensiva, gravità del reato, capacità a delinquere) affidate alla discrezionalità valutativa del giudice”.*

<sup>7</sup> C. cost. 192/2007, *cit.*

reato – non troverebbe fondamento nell'*id quod plerumque accidit*. La recidiva reiterata, difatti, potrebbe non essere indicativa di per sé di una effettiva maggiore pericolosità, segnatamente allorché vengano in considerazione condanne risalenti nel tempo e relative a delitti di scarsa gravità, o comunque non significativi sul piano criminale in rapporto al nuovo delitto per cui si procede. L'opzione politico-criminale di "blindare", in modo categorico e incondizionato, la recidiva reiterata, a prescindere dal peso ad essa concretamente assegnabile nel gioco dei bilanciamenti giudiziari, finirebbe con l'attribuire rilevanza decisiva alle caratteristiche soggettive di un indifferenziato tipo di autore, in contrasto con l'intonazione oggettivistica di un autentico diritto penale del "fatto"<sup>8</sup>. Ne risulterebbe, quindi, leso l'art. 25, 2° co., Cost., il quale sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale e la commissione di un fatto, impedendo, così, che si punisca la mera pericolosità sociale presunta o l'"*atteggiamento interiore*" del reo.

La disposizione *de qua* si porrebbe in contrasto anche con l'art. 27, 1° e 3° co., Cost., avuto riguardo sia al principio di personalità della responsabilità penale, il quale esclude che la pena possa essere aggravata solo per soddisfare esigenze di prevenzione generale o di difesa sociale, indipendentemente dalla valutazione della personalità del condannato; sia al principio di proporzionalità della pena – insito nella funzione retributiva – il quale postula la congruità della risposta punitiva rispetto alla gravità concreta del fatto; sia alla finalità rieducativa della pena, che verrebbe frustrata dalla irrogazione di pene eccessivamente severe in rapporto all'effettiva entità del reato commesso. Da tale complesso di precetti costituzionali emergerebbe, dunque, l'esigenza dell'individualizzazione della pena, giacché solo mediante l'adeguamento della risposta punitiva alle caratteristiche del singolo caso sarebbe possibile assicurare un'effettiva eguaglianza di fronte alle pene, rendendo realmente "personale" la responsabilità penale e facendo sì che il trattamento sanzionatorio assolvà ad una funzione rieducativa.

L'adeguamento della pena al caso concreto da parte del giudice, sulla base dei parametri forniti dall'art. 133 c.p., rappresenta attuazione e sviluppo dei principi costituzionali di eguaglianza, di personalità della responsabilità penale e di finalizzazione della pena alla rieducazione, anche alla luce del carattere "polifunzionale" della pena<sup>9</sup>, che risponde sia a fini di prevenzione generale e difesa sociale, sia a fini di prevenzione speciale e di rieducazione del reo – senza che fra tali finalità sia possibile stabilire una "gerarchia statica": così che il legislatore, nei limiti della ragionevolezza, può far prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra di esse, a patto, però, che nessuna risulti obliterata. Ai sensi dell'art. 133 c.p., d'altro canto, la "pena giusta" deve essere determinata combinando in maniera sintetica, ma razionale, il giudizio in ordine alla gravità del reato e quello concernente la capacità a delinquere, desunta, fra l'altro, dai precedenti penali e giudiziari. Tale ultimo criterio – quello, cioè, della capacità a delinquere – potrebbe essere letto o come espressivo della finalità specialpreventiva della pena, cioè quale indice, "proiettato nel futuro", della pericolosità sociale del reo; ovvero come "ancorato al momento del fatto", nel senso che esso rappresenterebbe null'altro che una componente del giudizio relativo alla colpevolezza, in un'ottica retributiva.

Anche a voler privilegiare, peraltro, l'aspetto specialpreventivo e rieducativo della pena, tali funzioni non potrebbero comunque prescindere dall'applicazione di una pena giusta, ossia proporzionata alla gravità complessiva della responsabilità dell'autore. Nel contesto dell'art. 133, 2° co., c.p., inoltre, l'indice rappresentato dai precedenti penali e dalla complessiva condotta di vita dell'imputato sarebbe del tutto indipendente dalla valutazione del fatto: con la conseguenza che, quanto è maggiore la rilevanza accordata a tale elemento, tanto più la sanzione – a causa dell'efficacia determinante svolta dal "tipo d'autore" – acquisterebbe caratteri di esemplarità, incompatibili non soltanto con il principio della finalità rieducativa della pena, ma anche con il principio di offensività desumibile dall'art. 25, 2° co., Cost.

Ed ancora, se il nuovo art. 99, 4° co., c.p. configurasse realmente un'ipotesi di recidiva "obbligatoria", risulterebbe leso anche l'art. 3 Cost., in rapporto al principio di ragionevolezza<sup>10</sup>, dato che la norma censurata introdurrebbe una presunzione legale di pericolosità sociale del recidivo priva di fondamento razionale, stante il carattere "perpetuo" della recidiva, la quale si configura – fatta eccezione per la recidiva

<sup>8</sup> Sul contrasto con l'art. 25, 2° co., Cost., v. RENOLDI, *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva e principio di ragionevolezza*, in *Questione giustizia*, 2006, 609.

<sup>9</sup> Per una approfondita indagine sulla giurisprudenza costituzionale in tema di funzioni della pena, v. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, 2006, 131.

<sup>10</sup> Quanto al ritenuto contrasto con l'art. 3 Cost., interpretato come base normativa del principio di "ragionevolezza-uguaglianza", vale a dire, come divieto di distinzioni legislative discriminatorie, ossia, non sorrette da "buoni" argomenti, cioè giustificazioni, si v. GUASTINI, *La Costituzione come limite alla legislazione*, in *Analisi e diritto*, 1998, 111.

infraquinquennale – indipendentemente dal lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'ultimo reato. Attribuire in modo irriflesso alla recidiva reiterata una generalizzata efficacia paralizzante nei confronti del rito alternativo, anche nel caso in cui la biografia giudiziaria dell'autore annoveri fatti risalenti nel tempo, tipologicamente non omogenei e di scarsa gravità oggettiva, determinerebbe l'effetto di un'irragionevole parificazione sanzionatoria tra fatti caratterizzati da un diverso grado di offensività, ovvero un'altrettanto ingiustificata diversificazione sanzionatoria per fatti con lo stesso disvalore oggettivo. Siffatta soluzione normativa si rivelerebbe contraria, quindi, ai principi di ragionevolezza e di eguaglianza: giacché, per un verso, imporrebbe di punire allo stesso modo fatti di diversa gravità concreta e, per un altro verso, farebbe sì che vengano puniti in modo del tutto diverso fatti oggettivamente identici o analoghi, sulla base del solo elemento differenziale rappresentato dalla qualità di recidivo reiterato dell'autore.

La ricostruzione ermeneutica prospettata dalla Corte costituzionale finisce, dunque, con l'attribuire all'organo giudicante il compito di decidere, di volta in volta, se applicare o meno il previsto aumento di pena, in base ad una valutazione discrezionale<sup>11</sup> della significatività criminale del nuovo episodio delittuoso come indice sintomatico di più accentuata pericolosità sociale.

**4.** Con l'entrata in vigore della l. 251/2005, la Cassazione ha optato, *ut supra* accennato, per un atteggiamento "oscillante" sull'interpretazione del nuovo art. 99, 4° co., c.p., alternando sentenze, a volte, inclini ad una lettura maggiormente restrittiva della discrezionalità del giudice in ordine all'applicazione dell'aggravante; a volte, invece, maggiormente favorevoli a riconoscerne la facoltatività. Rilevata, dunque, l'esistenza del contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite hanno affrontato la questione, con una pronuncia che si allinea definitivamente, una volta per tutte, alla posizione già assunta dalla Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 35738/2010, la Cassazione ha chiarito che la recidiva reiterata 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, 4° co., c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, 4° co., c.p.

Rimane, pertanto, integro il potere del giudice di escludere l'applicazione della circostanza aggravante – quantomeno agli effetti della commisurazione della pena – allorché ritenga che la ricaduta nel reato non sia indice di insensibilità etico-sociale del colpevole, o sia comunque irrilevante dal punto di vista della tutela sociale, in considerazione del lungo tempo trascorso dal precedente reato. È, dunque, compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e, quindi, anche nei casi di recidiva reiterata, quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

Per le Sezioni Unite della Cassazione, tale soluzione interpretativa risulta maggiormente conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria, così come sottolineato anche dalla Corte costituzionale stessa. *Ex adverso*, ritenere che la recidiva reiterata debba essere applicata automaticamente dal giudice, finirebbe per tradursi in una sorta di inammissibile presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato.

*Ad abundantiam*, oltre che maggiormente aderente ai principi del dettato costituzionale, tale soluzione interpretativa appare, ad avviso delle Sezioni Unite, anche quella più aderente al testo della legge, dato che la nuova formula potrebbe essere letta nel senso che l'indicativo presente "è" si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata (aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 c.p., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo), lasciando inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. A

<sup>11</sup> In questo senso, si parla più propriamente di una "discrezionalità vincolata" del giudice, dato che si tratterebbe di una valutazione da condurre, oltre che sulla base dei tradizionali indici contenuti nell'art. 133 c.p., anche sulla scorta di una serie di generici criteri orientativi. V., sul concetto di "discrezionalità vincolata", TESAURO, *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 3358.

tale conclusione indurrebbe, segnatamente, la considerazione che la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata rappresentano mere “*species*” della figura generale delineata dal primo comma dell’art. 99 c.p.: il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella – indubbiamente facoltativa – ivi contemplata, limitandosi i commi successivi a derogare alla relativa disciplina solo in relazione all’entità degli aumenti di pena.

La soluzione interpretativa in parola risulterebbe avvalorata soprattutto dal rilievo che l’unica previsione espressa di obbligatorietà della recidiva, presente nell’art. 99 c.p. è quella racchiusa nell’attuale quinto comma; quest’ultimo – con disposizione collocata dopo la regolamentazione di tutte le forme di recidiva – stabilisce che, “*se si tratta di uno dei delitti indicati all’art. 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*”.

Da tale previsione si desumerebbe che, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, il legislatore abbia inteso mantenere il carattere della facoltatività: e che, dunque, la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria unicamente ove concernente uno dei delitti indicati dal citato art. 407, 2° co., lett. a), c.p.p.

Per tali motivi, si è ritenuto che la recidiva reiterata operi quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice motivatamente escluderla e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una pluralità di condanne. Il giudice applicherà l’aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo allorquando 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. Con la conseguenza che, anche nelle ipotesi di recidiva reiterata, il giudice è, tuttora, in grado di adeguare il trattamento sanzionatorio alla effettiva gravità del fatto ed alla reale necessità di rieducazione del colpevole, in conformità ai principi costituzionali.