

**REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA
CORTE DI APPELLO DI PALERMO**

**La pena: criteri di quantificazione e limiti di effettività
La recidiva**

(Palermo, 28 aprile 2011)

* * * * *

1. La l. 5.12.2005, n. 251, è stata per più versi criticata perché ritenuta scarsamente conciliabile con la gerarchia dei valori delineata dalla Costituzione repubblicana. Tuttavia, quella legge un merito indubbiamente lo ha avuto: ha prodotto l'effetto di rivitalizzare il dibattito sulla natura giuridica della recidiva e di richiamare l'attenzione sul fatto che la situazione del reo che delinque dopo essere stato già condannato non ha soltanto rilevanza pratica ai fini della commisurazione del trattamento sanzionatorio da infliggere con la nuova sentenza di condanna, ma postula uno sforzo interpretativo teso alla ricerca del fondamento della recidiva e all'inquadramento di essa nel quadro dei principi relativi alla teoria generale del reato e della pena.

Per una esauriente analisi della disciplina è utile rilevare, anzitutto, che i temi oggi dibattuti corrispondono sostanzialmente a quelli che sono stati oggetto di discussione sin dalla seconda metà del diciannovesimo secolo allorché la scuola di pensiero classica e quella del positivismo giuridico si confrontarono esprimendo opinioni nettamente differenti a proposito della natura e del fondamento della recidiva. Per questa ragione, l'esame della evoluzione storica della normativa e delle ideologie a questa sottese non può considerarsi come vacuo esercizio di erudizione, ma costituisce uno strumento che, al lume della disciplina vigente, risulta indispensabile per la comprensione e per la soluzione dei problemi ancora discussi.

In dottrina è pressoché unanime la posizione che attribuisce alla recidiva una natura ambigua ed ibrida derivata dalla contaminazione di due opposte correnti di pensiero: per la prima corrente la condizione del recidivo inerisce alla gravità del fatto di reato esprimendo il maggior grado di colpevolezza del reo rivelato dall'insensibilità all'effetto dissuasivo della pena inflitta con la

precedente condanna (dimensione retributivo-proporzionale della recidiva); per la seconda corrente di pensiero, invece, la recidiva è sintomatica della personalità pericolosa del reo e della sua capacità criminale accertate attraverso un giudizio prognostico sull'attitudine alla futura reiterazione criminosa (dimensione special-preventiva).

Il fondamento ibrido della recidiva si riflette sulla natura giuridica della stessa oscillante tra il polo delle circostanze del reato e quello dello *status* soggettivo connotato dalla qualificazione criminologica della pericolosità sociale del reo. Le conseguenze dell'adesione all'una o all'altra categoria risultano rilevanti sotto più profili: basta pensare al fatto che dalla configurazione della natura circostanziale della recidiva derivano, sul piano processuale, l'obbligatorietà della contestazione (generica ovvero specifica per specie e per grado, secondo i due opposti indirizzi della giurisprudenza di legittimità), nonché la rilevanza ai fini della prescrizione e dell'operazione di bilanciamento delle circostanze eterogenee.

La normativa contenuta nel codice penale del 1930 risentiva delle differenti concezioni ed era frutto di un evidente contemperamento delle due differenti tesi, restando così confermata la natura bidimensionale della recidiva. Infatti, il codice penale, da un verso, collocava la recidiva sotto il titolo relativo al reo accanto all'abitudine, alla professionalità e alla tendenza a delinquere, tanto da far pensare alla configurazione di un tipo legale criminologico rilevante per l'aggravamento della pena. Inoltre, la generalizzazione del principio dell'obbligatorietà della recidiva, esclusa soltanto per poche ipotesi del tutto marginali, indicava che, nell'impianto originario del codice, era operante una presunzione legale di pericolosità che escludeva qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice. Si trattava di una scelta che non solo era rispondente all'impronta autoritaria del sistema penale all'epoca vigente, ma risultava altresì incompatibile con il giudizio prognostico di pericolosità che il giudice deve necessariamente formulare prima di potere disporre l'applicazione di misure di sicurezza, come è previsto, invece, per gli altri stati soggettivi considerati sintomatici di attitudine criminale e di proclività al delitto. Per altro verso, il codice Rocco ha compiuto un inquadramento sistematico che appare confliggere con quanto

poc'anzi rilevato, dato che il baricentro della disciplina pendeva più verso la teoria generale del reato che verso la mera condizione soggettiva qualificata dalla ricaduta nel nuovo illecito penale, tant'è che il secondo comma dell'art. 70 classifica esplicitamente la recidiva come circostanza aggravante, inerente alla persona del colpevole, e che tale qualificazione era richiamata dal quarto comma dell'art. 69 per escludere il giudizio di comparazione tra le circostanze attenuanti e la recidiva.

2. Tenuto conto che la natura giuridica di un istituto non deve essere individuata in astratto sulla base di concezioni aprioristiche, ma con riferimento al peculiare contenuto normativo del diritto positivo vigente, il passaggio dal regime della obbligatorietà a quello della facoltatività, prodotto dalla riforma attuata con d.l. 11.4.1974, n. 99, convertito nella l. 7.6.1974, n. 220, ha determinato l'abbandono del rigido automatismo previsto dal codice Rocco e ha fatto configurare la recidiva come circostanza del reato di carattere soggettivo, la cui valenza è subordinata ad una pronuncia giudiziale che accerti l'esistenza sia del presupposto formale costituito dalla precedente condanna pronunciata con sentenza irrevocabile sia del presupposto sostanziale correlato al grado di colpevolezza e di pericolosità del reo.

A base delle innovazioni introdotte dalla l. 5.12.2005, n. 251, è identificabile una scelta di politica criminale in direzione decisamente repressiva, che, in nome della tutela della sicurezza dei cittadini, ha inteso conseguire l'obiettivo di un ritorno al rigore del codice Rocco mediante limitazioni della discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva e attraverso l'affermazione di meccanismi automatici incidenti sull'*an* e/o sul *quantum* dell'aumento di pena.

Soltanto in ordine all'inapplicabilità della recidiva alla tipologia dei "delitti non colposi" e dei reati contravvenzionali può registrarsi una mitigazione della disciplina della recidiva ad opera della l. n. 251 del 2005. Tuttavia, anche ad una simile scelta sono state rivolte critiche non immotivate, essendo stato rilevato che <<per effetto della riforma, la recidiva non interessa più né le contravvenzioni (tra le quali albergano, oggi, come è noto, anche reati di rilevante gravità, inopinatamente bagatellizzati dal recente legislatore penale: il

pensiero corre, obbligatoriamente, alle false comunicazioni sociali ex art. 2621 c.c.), né i delitti colposi (un'altra buona notizia, dunque, per gli imprenditori più spregiudicati, tali anche sul fronte della sicurezza del lavoro, nonché per medici imperiti e pirati della strada>> (DOLCINI, *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Il Corriere del merito*, 2006, 55). Nello stesso ordine di idee, la mancata soggezione alla recidiva dei predetti reati è stata giudicata come un <<privilegio categoriale, dato che nessuna ragione sufficiente autorizza a ritenere sempre e comunque irrilevante la recidiva nelle contravvenzioni e nei delitti colposi>> (PADOVANI, *Una novella di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. n 1, 33). Sulla scia di tali rilievi, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della l. n. 251 del 2005, nella parte in cui limita gli aumenti di pena per la recidiva ai delitti non colposi, sotto il profilo del parametro della irragionevolezza ex art. 3 Cost.: la questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile per la ragione che tramite l'eccezione di incostituzionalità il giudice *a quo* ha inteso provocare una pronuncia additiva *in malam partem* preclusa in materia penale dall'art. 25 Cost. (Corte cost., 8 maggio 2007, n. 14).

3. L'entrata in vigore della c.d. legge ex Cirielli ha riportato al centro del dibattito la tematica della recidiva, soprattutto in relazione a quella reiterata di cui all'art. 99, 4° comma, c.p. In particolare, rispetto a tale forma di recidiva si è discusso del carattere obbligatorio o facoltativo di essa e dei riflessi sul giudizio di comparazione, sull'obbligo della motivazione e sul contenuto della stessa, sugli effetti collaterali su altri istituti, vale a dire sulle conseguenze prodotte su materie rispetto alle quali la recidiva reiterata ha efficacia restrittiva o limitativa (amnistia e indulto, prescrizione del reato e della pena, patteggiamento allargato, liberazione condizionale, riabilitazione, continuazione, sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi, benefici penitenziari).

Non sembra dubbio che nell'intenzione degli autori della riforma la recidiva reiterata dovesse avere efficacia obbligatoria, in quanto dalla lettera del quarto comma dell'art. 99 c.p. traspare l'intento di configurare tale particolare figura come circostanza aggravante automaticamente applicata in caso di condanna pronunciata nei

confronti di un imputato già dichiarato recidivo, senza alcuna valutazione discrezionale del giudice sulla possibilità di applicare o di escludere l'aggravante e di determinare la misura dell'aumento di pena.

Tuttavia, sin dall'apparire della nuova normativa, è stato ritenuto praticabile un differente percorso interpretativo le cui coordinate passano attraverso il metodo logico e sistematico, privilegiato rispetto all'elemento di ordine letterale. Di talchè alla tesi della rinnovata obbligatorietà della recidiva è stata contrapposta la diversa opzione ermeneutica, costituzionalmente orientata, che stabilisce l'effettiva portata della recidiva reiterata al lume dei valori sanciti dalla Carta costituzionale.

In questo senso è esemplare l'analisi ricostruttiva compiuta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 192 del 14.7.2007, la cui importanza è segnata dal fatto di avere rappresentato il punto di riferimento di tutta la successiva elaborazione giurisprudenziale in materia di recidiva reiterata e dell'efficacia limitativa ad essa attribuita da varie disposizioni di legge.

La predetta sentenza ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale prospettate da una serie di ordinanze con le quali era stato denunciato il contrasto tra gli art. 3, 1° comma, 25, 2° comma, e 27, 3° comma, Cost., e il novellato art. 69, 4° comma, c.p., nella parte in cui, nel disciplinare il concorso di circostanze eterogenee, stabilisce il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata. In particolare, ad avviso dei giudici rimettenti, l'esclusione generalizzata della possibilità di comparazione delle circostanze si pone in rotta di collisione, sotto più profili, con le seguenti norme costituzionali.

a) In primo luogo, la scelta di dare prevalenza, sempre e comunque, alla recidiva reiterata, indipendentemente dalla biografia giudiziaria del reo, è in contrasto con l'art. 3, 1° comma, Cost., interpretato come base normativa del principio di «ragionevolezza-uguaglianza» e come divieto di distinzioni legislative discriminatorie o di parificazioni arbitrarie di situazioni eterogenee.

b) Il contrasto con l'art. 27, 3° comma, Cost. è stato prospettato sul rilievo che la presunzione assoluta di pericolosità sociale del

recidivo reiterato e il divieto di comparazione che ne consegue compromettono il finalismo rieducativo della pena, sia in fase di comminatoria astratta che in fase esecutiva, oltre a violare il principio di personalità di cui all'art. 27, 1° comma, Cost., rendendo possibile l'applicazione di pene eccedenti l'entità della pena corrispondente al grado di colpevolezza per il singolo fatto di reato.

c) I giudici *a quibus* hanno, poi, ravvisato un'ulteriore ragione di contrasto dell'art. 69, comma 4°, c.p. con l'art. 25, 2° comma, Cost., sotto il profilo che l'esclusione della possibilità di prevalenza delle circostanze attenuanti e della valutazione giudiziale della rilevanza della recidiva reiterata è indicativa di un'opzione legislativa che assegna decisiva importanza ad un indifferenziato tipo di autore, in palese difformità con i caratteri di fondo che connotano la moderna concezione del diritto penale del fatto.

Con la sentenza n. 192 del 2007, la Corte costituzionale ha ritenuto errate le premesse interpretative richiamate a sostegno della tesi secondo cui il legislatore del 2005 ha introdotto il regime di obbligatorietà incondizionata della recidiva reiterata. La declaratoria di inammissibilità è stata giustificata con il fatto che i giudici rimettenti non hanno osservato il dovere di procedere ad una interpretazione adeguatrice, essendo stato rilevato dal Giudice delle leggi che, in assenza di un sicuro indirizzo giurisprudenziale tale da costituire diritto vivente, la tesi favorevole all'obbligatorietà automatica e indiscriminata della recidiva reiterata non può essere accolta per le seguenti ragioni: a) l'unica recidiva espressamente definita obbligatoria è quella prevista dal quinto comma dell'art. 99 c.p. in riferimento ai reati indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., onde al di fuori di questa ipotesi, deve ritenersi che sia stato tenuto fermo il previgente regime della facoltatività; b) la recidiva reiterata è stata strutturalmente congegnata come specifica derivazione dalla figura-base della recidiva semplice, del cui carattere facoltativo nessuno dubita; c) la formula utilizzata dal legislatore («*la pena è aumentata*») non vincola l'*an*, ma solo il *quantum*, sicchè l'obbligatorietà riguarda l'aumento di pena quantitativamente predeterminato dal legislatore e non modificabile dal giudice, una

volta che costui, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, abbia deciso di applicare la recidiva reiterata.

Pertanto, con la sentenza n. 192 del 2007, al giudice è stato demandato il compito di decidere di volta in volta se applicare o meno il previsto aumento di pena in base ad una valutazione discrezionale, per ogni singolo caso, della sintomaticità di maggiore pericolosità sociale, che deve essere accertata tenendo conto dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. e principalmente mediante il raffronto fra il nuovo reato e la carriera criminale del reo nella prospettiva della prossimità temporale e dell'affinità riscontrabile tra i precedenti giudiziari, nonché della gravità dei reati e della capacità a delinquere. Ne discende che il divieto del giudizio di prevalenza delle attenuanti, sancito dal quarto comma dell'art. 69 c.p., è operante nei soli casi nei quali l'operazione valutativa del giudice si concluda nel senso di ritenere che la recidiva reiterata debba essere applicata. Viceversa, qualora il giudice escluda che la ricaduta nel reato sia sintomatica di pericolosità e ritenga, di conseguenza, di non applicare l'aggravante, viene meno il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti.

Peraltro, a chiusura delle argomentazioni giustificative della riconosciuta facoltatività, nella sentenza n. 192 del 2007 è stato rilevato che se dovesse ammettersi che la recidiva reiterata abbia efficacia comunque preclusiva rispetto all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti, ad effetto comune o speciale, ne deriverebbe la conseguenza, all'apparenza paradossale e contraddittoria, che la recidiva reiterata non opererebbe rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determinerebbe, viceversa, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato.

4. La linea interpretativa indicata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 192 del 2007 è stata seguita da varie decisioni successive con le quali è stata ribadita la natura facoltativa della recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p., con l'eccezione dell'ipotesi prefigurata nel quinto comma dello stesso art. 99 (v. ordinanze n. 409 del 2007, e n. 257, n. 193, n. 90 del 2008).

Gli stessi principi sono stati confermati nell'ordinanza n. 91 del 2008, con cui è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quarto comma, del

codice penale, come modificato dall'articolo 4 della legge 5 dicembre 2005 n. 251, censurato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che - nei casi di recidiva reiterata - la pena possa essere aumentata nella misura fissa indicata anziché <<fino alla>> misura stessa. Dopo avere precisato che la scelta e la quantificazione delle sanzioni per i singoli fatti punibili rientra nella discrezionalità del legislatore, il cui esercizio è censurabile solo nel caso di manifesta irragionevolezza, la Corte costituzionale ha precisato che la scelta legislativa di prevedere per talune forme di recidiva un aumento di pena fisso e per altre (la sola recidiva aggravata) 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. La Corte ha altresì escluso che sussista 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.

Ciò posto deve sottolinearsi che la giurisprudenza di legittimità e quella di merito hanno raccolto l'insegnamento del Giudice delle leggi ritenendo che l'impiego del metodo dell'interpretazione conforme a Costituzione conduca all'univoco risultato del carattere facoltativo della recidiva reiterata, la cui applicazione è discrezionale nell'*an* e obbligatoria nel *quantum*.

Chiamate a risolvere il contrasto di giurisprudenza vertente sulla questione del divieto di patteggiamento a pena superiore a due anni sulla base della sola contestazione della recidiva reiterata, le Sezioni

Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito - con sentenza 27 maggio 2010, n. 35738, P.G. in proc. Calibè - il seguente principio di diritto: "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'escludere l'introduzione di rigidi meccanismi presuntivi e di un automatismo punitivo, che risulterebbero contrari ai principi costituzionali di ragionevolezza, di proporzione, di personalizzazione e della funzione rieducativa della pena, la Corte ha indicato i criteri che devono essere adottati nell'apprezzamento discrezionale riguardante l'operatività o meno della recidiva, precisando che, in presenza di contestazione della recidiva a norma di uno dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p., il compito del giudice consiste nel 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 ed al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti ed al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e ad ogni altro 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.

Di particolare interesse risulta l'ulteriore principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza Calibè secondo cui, 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, comma quarto, cod. pen., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma quarto, stesso codice, dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale di cui

all'art. 444, comma 1-bis, c.p.p. Viceversa, gli effetti collaterali o indiretti della recidiva si determinano qualora la recidiva stessa non sia stata esclusa e sia stata, invece, ritenuta quale sintomo di maggiore colpevolezza e di accresciuta pericolosità.

5. In relazione ai criteri che il giudice deve adottare al fine di stabilire se la recidiva reiterata debba essere o non essere applicata, va rilevato che la giurisprudenza di legittimità non è affatto uniforme sul problema relativo alla estensione dell'obbligo della motivazione.

Secondo un primo orientamento, l'applicazione dell'aumento di pena per la recidiva facoltativa nei casi di cui all'art. 99, 3° e 4° comma, c.p., non comporta un obbligo di specifica motivazione, trattandosi di un aggravamento previsto dalla legge quale effetto delle condizioni soggettive dell'imputato e dovendo essere motivata soltanto la valutazione di esclusione di tale aggravamento di pena (Cass., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 711, Stracuzzi, rv. 245733; Sez. IV, 2 luglio 2009, n. 36915, Brillante, rv. 244987; Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923, Criscuolo, rv. 243505).

L'opposto indirizzo ritiene che il carattere discrezionale della recidiva non possa non riflettersi sul piano dell'obbligo della motivazione, dovendo il giudice di merito dare conto in ogni caso dei criteri seguiti per escludere o per applicare la recidiva. In tale ottica è stato stabilito che l'applicazione dell'aumento di pena per effetto della recidiva attiene all'esercizio di un potere discrezionale del giudice, del quale deve essere fornita adeguata motivazione, con riguardo, in particolare, all'avvenuto apprezzamento dell'idoneità della nuova condotta criminosa in contestazione a rivelare la maggior capacità a delinquere del reo (Cass., Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 42363, Dommarco, rv. 244855; Sez. V, 21 ottobre 2008, n. 46452, rv. 242601).

Orbene, tenuto conto della natura facoltativa della recidiva e della necessaria correlazione di questa con la capacità criminale del reo, la soluzione interpretativa più corretta appare quella che reputa necessaria la motivazione non solo quando, nell'esercizio del potere discrezionale, il giudice escluda la sintomaticità criminologica della ricaduta nel reato, ma anche quando l'esito della valutazione giudiziale sia quello dell'applicazione della recidiva perché ritenuta

indicativa della maggiore capacità a delinquere del reo, chiaro essendo che l'esclusione di ogni automaticità presuntiva nella disciplina dell'art. 99, comma 4°, c.p. implica che il giudice deve sempre giustificare le scelte discrezionali compiute, dando conto delle ragioni per le quali quel potere è stato esercitato in un senso anziché nell'altro.

Dai precedenti rilievi si evince che non occorre specifica motivazione nell'ipotesi della recidiva aggravata prevista dal quinto comma dell'art. 99 c.p. per l'ovvia ragione che, trattandosi di aggravante obbligatoria nell'*an* e nel *quantum*, il giudice deve dare conto unicamente dei precedenti giudiziari giustificativi della recidiva contestata e della classificazione del nuovo delitto tra quelli indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., mentre resta irrilevante l'inclusione dei precedenti reati nel catalogo contenuto nella citata disposizione dell'art. 407 (Cass., Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875, Moussaid, rv. 246254; Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599, Huyer, rv. 244668).

E' evidente che l'obbligatorietà della recidiva di cui al quinto comma dell'art. 99 fa scattare il divieto di prevalenza delle attenuanti sancito dal quarto comma dell'art. 69: ciò non esclude, però, che si debba comunque procedere al giudizio di comparazione, che può, dunque, concludersi con un risultato di equivalenza o di subvalenza delle circostanze attenuanti. Infatti, è stato chiarito che 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 e non quello di equivalenza: 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 (Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 17313, P.G. in proc. Giglio, rv. 239620).

Nell'esame della tematica relativa alla recidiva aggravata prevista dal quinto comma dell'art. 99 c.p., che esplicitamente la definisce come obbligatoria (*"l'aumento della pena per la recidiva è*

obbligatorio”), non possono ignorarsi le opinioni di una parte della dottrina secondo cui risultano plausibili i dubbi di legittimità costituzionale a causa dell’inconciliabilità della disciplina con i principi costituzionali di ragionevolezza, di proporzione, di personalizzazione e della funzione rieducativa della pena, richiamati dalle Sezioni Unite nella sentenza Calibè quale base giustificativa del carattere facoltativo, o discrezionale, della recidiva reiterata e quali indispensabili parametri della doverosa interpretazione costituzionalmente orientata.

6. In riferimento alla natura circostanziale della recidiva è sorto nella giurisprudenza di legittimità un contrasto sulla questione relativa alla possibilità di inquadrare la recidiva, che comporta un aumento di pena superiore a un terzo, nella categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale e, in caso affermativo, se nel concorso di altre circostanze aggravanti ad effetto speciale sia applicabile, a norma dell’art. 63, 4° comma, c.p., la regola dell’applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di applicare un ulteriore aumento.

Un primo indirizzo ha risposto negativamente al quesito facendo leva sull’interpretazione letterale dell’art. 70, comma 2, c.p. e rilevando che la classificazione tra le circostanze soggettive inerenti alla persona del colpevole è incompatibile con la qualificazione di circostanza aggravante a effetto speciale, onde deve escludersi l’applicabilità della disposizione di cui all’art. 63, comma 4°, c.p. e deve affermarsi, quindi, la necessità di un duplice aumento di pena in caso di concorso con una circostanza aggravante ad efficacia speciale (Cass., Sez. VI, 22 novembre 1994, n. 1485, Dell’Anna, rv. 201037; Sez. II, 4 marzo 2009, n. 11105, Campana, non massimata).

Per l’ orientamento opposto la recidiva che determina un aumento di pena superiore ad un terzo è una circostanza aggravante ad effetto speciale, sicchè se essa concorre con un’altra circostanza aggravante ad efficacia speciale, è illegittima l’applicazione di distinti aumenti di pena, dovendo procedersi, secondo il disposto dell’art. 63, comma 4, c.p., soltanto all’aumento di pena connesso alla circostanza più grave, salva la

facoltà di un ulteriore aumento di pena non superiore ad un terzo (Cass., Sez. I, 17 marzo 2010, n. 18513, Amantonico, rv. 247202; Sez. V, 24 marzo 2009, n. 22619, Baron, rv. 244204; Sez. II, 9 aprile 2008, n. 19565, Rinallo, rv. 240409).

Con sentenza pronunciata all'udienza pubblica del 24 febbraio 2011 sul ricorso del Procuratore Generale di Genova nei confronti di Indelicato Piero, Le Sezioni Unite hanno stabilito che la recidiva, quando comporta un aumento di pena superiore ad un terzo, costituisce una circostanza aggravante ad effetto speciale che, se concorre con altra aggravante dello stesso tipo, è soggetta alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con facoltà del giudice di applicare un ulteriore aumento. Poiché la motivazione della sentenza non risulta a tutt'oggi depositata, non è possibile ricostruire il preciso percorso interpretativo seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per giustificare la soluzione adottata. Essa appare comunque coerente e perfettamente in linea con il risalente dibattito conclusosi in dottrina e in giurisprudenza con l'attribuzione alla recidiva della qualificazione di circostanza del reato, sicchè, pur tenendo conto dell'art. 70, comma 2, c.p. che classifica la recidiva come circostanza inerente alla persona del colpevole, non si riescono a scorgere valide ragioni per escludere la riconducibilità della recidiva nel novero delle circostanze aggravanti ad effetto speciale qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 63, comma 3.

Nella stessa udienza del 24 febbraio 2011, pronunciando sul ricorso proposto da Naccarato Carmelo, le Sezioni Unite hanno definito un ulteriore contrasto di giurisprudenza in tema di recidiva risolvendo il seguente quesito: *"se, nel computo della pena edittale, ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza e più in generale per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, debba tenersi conto della recidiva reiterata contestata"*.

Nell'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. III, 2 luglio 2010, n. 37198) è stato ricordato il contrasto vertente sulla possibilità di classificare la recidiva tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale ed è stata esaminata la disciplina dettata dall'art. 278

c.p.p., che, da un verso, nella prima parte esclude che possa tenersi conto della recidiva per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e, dall'altro, nella seconda parte assegna rilevanza alle circostanze aggravanti ad effetto speciale.

A causa del mancato deposito della motivazione della sentenza non si conoscono ancora le ragioni per le quali le Sezioni Unite hanno escluso che debba calcolarsi la recidiva reiterata ai fini della legittimità dell'arresto facoltativo in flagranza. Tuttavia, considerato che la sentenza Naccarato è stata deliberata nella stessa camera di consiglio in cui è stata decisa la sentenza Indelicato, è agevole arguire che le Sezioni Unite hanno ritenuto che la recidiva, pur potendo qualificarsi come circostanza aggravante ad effetto speciale, non sia, tuttavia, rilevante agli effetti dell'art. 278 c.p.p., richiamato dall'art. 379 ai fini dell'applicazione delle misure precautelari. Inoltre, tenute presenti le direttive interpretative contenute nella sentenza Calibè delle stesse Sezioni Unite, può forse individuarsi la *ratio decidendi* della sentenza Naccarato nel carattere facoltativo della recidiva e nel fatto che le figure di recidiva qualificata non costituiscono autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì rappresentano mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie, conseguenze che sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo (così ROMEO nel commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, in *Diritto Penale Contemporaneo on line*, 2011).

7. L'aggravamento della finalità repressiva è stato perseguito dal legislatore non solo sul piano della rigidità degli aumenti di pena inflitti ai recidivi, ma anche attraverso l'inasprimento degli effetti penali della condanna in caso di recidiva, rendendone maggiormente rigorose le conseguenze collaterali, indirette o riflesse, verificatesi rispetto a numerosi altri istituti sul presupposto della sintomaticità di accresciuta pericolosità sociale. In questo senso è possibile parlare di trasversalità della disciplina della recidiva, i cui effetti si

riverberano, oltre che sul processo di cognizione, sul procedimento di esecuzione e sulla fase di espiazione della pena.

In primo luogo, è importante richiamare quanto chiarito dalle Sezioni Unite nella sentenza Calibè n. 35738/2010, in cui è stato precisato che qualora la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nel reato ed il giudice abbia ritenuto di escludere la recidiva (ovvero la abbia ritenuta non rilevante, conseguentemente non applicandola), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante. Di talchè, ha concluso la predetta sentenza, "la <<facoltatività>> della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o <<bifasica>>, nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori - ripristinando in tal modo l'indiscriminato e <<sospetto>> automatismo sanzionatorio di cui si è detto - gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione". In sintonia con tali considerazioni la sentenza Calibè ha stabilito che l'esclusione dell'applicazione della recidiva reiterata impedisce gli effetti collaterali o indiretti costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, di cui all'art. 69, comma quarto, cod. pen., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma quarto, stesso codice, dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p.

Nella disamina degli effetti collaterali della recidiva è utile altresì ricordare che - secondo un indirizzo risalente rimasto costante nel corso degli anni - la recidiva deve intendersi "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando l'effetto tipico di aggravamento della pena, anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante (Cass., Sez. Un., 18 giugno 1991, n. 17, Grassi, rv 187856: nello stesso senso, da ultimo, Sez. V, 26 aprile 2010, n. 21603, Musci, rv. 247965).

Inoltre, dal carattere facoltativo della recidiva reiterata, fondata su una valutazione discrezionale della pericolosità del reo, deriva,

come lineare corollario, che per la produzione degli effetti collaterali della recidiva non è sufficiente che questa condizione sia desumibile dai precedenti penali risultanti dal certificato del casellario giudiziale, essendo necessario, invece, che la recidiva sia stata ritenuta ed applicata con sentenza di condanna all'esito del giudizio (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, n. 36751, Siciliano, rv. 241139; Sez. I, 2 febbraio 2005, n. 10425, Esposito, rv. 231209).

I criteri di valutazione testè esposti devono essere seguiti al fine di stabilire se la recidiva produca effettivamente gli effetti indiretti previsti dalla legge sui seguenti istituti:

- prescrizione della pena (art. 172, comma 7, c.p.);
- amnistia (art. 151, ult. co., c.p.) e indulto (art. 174, comma 3, c.p.);
- oblazione (art. 162-bis c.p.);
- liberazione condizionale (art. 176, comma 2, c.p.);
- riabilitazione (art. 179, comma 2, c.p.);
- prescrizione del reato (art. 157, comma 2, c.p.) e interruzione della prescrizione (art. 161, comma 2, c.p.);
- concessione delle attenuanti generiche (art. 62-bis, comma 2, c.p.): è esclusa in caso di recidiva reiterata in relazione ai delitti indicati dall'art. 404, comma 2, lett. a) c.p.p. se le attenuanti generiche sono motivate con l'intensità del dolo (art. 133, 1° comma, n. 3 c.p.) e con la capacità a delinquere (art. 133, comma 2, c.p.);
- inapplicabilità del patteggiamento c.d. allargato (art. 444, comma 1-bis, c.p.p.);
- divieto di sospensione dell'esecuzione della pena (art. 656, comma 9, lett. c c.p.p.).

Per quanto concerne le restrizioni e i divieti disposti in materia di benefici penitenziari, deve rilevarsi che le limitazioni riguardano la concessione di permessi premio (art. 30-ter e 30-quater ord. pen.) e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, in quanto sono state stabilite preclusioni o sono stati innalzati i limiti di pena già espiata per i condannati ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata. Nell'ambito dell'ordinamento penitenziario l'art. 58-quater, comma 7-bis, dispone che "*l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 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'art. 99, quarto comma, del codice penale”.

La disposizione limitativa della concessione delle misure alternative alla detenzione è stata oggetto di una recente decisione interpretativa della Corte costituzionale, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-quater , comma 7-bis , della legge 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 7, comma 7, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, impugnato, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p. (sent. 8 ottobre 2010, n. 291). A base della pronuncia interpretativa è stato rilevato che il giudice rimettente non ha preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione restrittiva, nel senso che l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante, nel senso che il divieto è operante solo quando lo stesso condannato, dopo aver fruito di un primo affidamento in prova, concesso quando già era stato dichiarato recidivo reiterato, commetta un nuovo delitto (almeno il quarto). Di talchè chi viene dichiarato recidivo reiterato per la prima volta con la condanna in espiazione può ancora accedere al beneficio delle misure alternative.

Peraltro, la limitazione per i recidivi reiterati prevista dall'art. 58-quater, comma 7-bis, l. 354/1975 era stata già dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede che i benefici in essa indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della l. 251/05, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti (Corte cost., 16 marzo 2007, n. 79). Analoga declaratoria di incostituzionalità era stata pronunciata, del

resto, in riferimento alle restrizioni prescritte in ordine alla concessione di permessi premio (Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257).

Conformemente ad un indirizzo giurisprudenziale che affonda le sue radici nelle decisioni della Corte costituzionale (sent. n. 361 del 1994) e delle Sezioni Unite (sent. 30 giugno 1999, n. 14, Ronga, rv. 214355), è stato deciso che, quando la recidiva reiterata sia stata applicata con sentenza diversa da quella in esecuzione, il cumulo di pene deve essere scisso, al fine di verificare se debba operare il divieto di seconda concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, dovendo accertarsi se la pena per il reato aggravato dalla recidiva sia ancora da espiare (Cass., Sez. I, 15 ottobre 2009, n. 42462, Pezzato, rv. 245572).

In ordine all'effetto collaterale del limite minimo dell'aumento di pena per i reati in concorso formale o in continuazione l'art. 81, 4° comma, c.p. stabilisce che, ferma restando la soglia massima della pena risultante dalle norme sul concorso materiale, per i soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata il limite minimo dell'aumento di pena non può essere inferiore ad un terzo della pena determinata per il reato più grave. Riguardo alla disposizione in esame sia la Corte costituzionale (ord. n. 171 del 2009 e n. 193 del 2008) sia le Sezioni Unite (sent. n. 35738/2010, ric. Calibè) hanno concordemente statuito che il limite minimo di aumento della pena sia operante soltanto se il giudice abbia ritenuto, nel caso concreto, che la recidiva reiterata debba aggravare la pena per i reati in continuazione perché indicativa di maggiore pericolosità sociale. Nell'ipotesi di applicazione della disciplina del reato continuato ai sensi dell'art. 671 c.p.p., il cui comma 2-bis richiama esplicitamente il quarto comma dell'art. 81 c.p., il giudice dell'esecuzione dovrà accertare se nel processo di cognizione sia stata o non applicata la recidiva reiterata per i reati legati dal vincolo della continuazione.

8. Come breve e conclusivo commento all'esame della riforma della disciplina della recidiva, mi sembra giusto osservare che la produzione giurisprudenziale, per lo più in sintonia con la dottrina, ha dato origine ad un diritto vivente che, in larga parte, non riflette le scelte di politica criminale degli schieramenti parlamentari che hanno ideato e approvato il contenuto della l. 5.12.2005, n. 251.

Non per questo, però, può dirsi che la giurisprudenza abbia travalicato i limiti connaturati alla sua funzione di interprete della legge.

E' opportuno ricordare le parole di un insigne giurista, Virgilio ANDRIOLI, sul ruolo della giurisprudenza: "*Ciò che non fa il legislatore, lo fa il giudice, se può*". E in questo caso è indubbio che, in tema di recidiva, quanto non è stato fatto dal legislatore del 2005, sospinto verso posizioni di estremismo repressivo avulso dai principi generali dell'ordinamento, è stato fatto dalla giurisprudenza che ha ricondotto la normativa sul piano della ragionevolezza e della compatibilità con i principi della Carta fondamentale, talora obliati dai contenuti della legge n. 151 del 2005.

Sin dai primi studi universitari si insegna la differenza tra *mens legis* e *occasio legis*, con la sottolineatura che la legge, una volta approvata, è dotata di una propria oggettiva portata precettiva, autonoma rispetto all'opinione di chi l'ha formata, e che tale opinione non può certamente identificarsi con la *ratio legis*, potendo questa accertarsi soltanto dopo avere calato la legge all'interno dell'intero sistema e dopo avere posto in luce le interrelazioni esistenti con le altre leggi e con i principi generali che reggono la materia.

In base a tali canoni elementari di ermeneutica legislativa deve riconoscersi che le attuali posizioni della giurisprudenza sono saldamente impiantate su opzioni ermeneutiche che, con il privilegiare il metodo logico e sistematico, hanno contribuito ad individuare l'esatta collocazione della recidiva all'interno di un ordinamento penale conformato ai principi del vigente assetto costituzionale e, quindi, del tutto difformi da quelli dell'ordinamento in cui il regime della recidiva era originariamente inserito. In altre parole, il giudice costituzionale e i giudici ordinari, con l'uniformare le loro scelte al canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, hanno adempiuto correttamente il loro dovere ricostruendo il senso della normativa secondo lo spirito di ragionevolezza del sistema attraverso il contemperamento dell'esigenza di dare adeguata risposta all'allarme sociale destato dalla delinquenza dei recidivi con la scala dei valori inderogabili indicati dalla Costituzione repubblicana.

Giovanni Silvestri