

La recidiva reiterata fra teoria e prassi

Simona Tigano

1. Premessa

La recidiva rappresenta una “ricaduta” nel reato, che consente un aumento della pena, rispetto a quella prevista per il singolo fatto commesso, nei confronti di colui che, dopo essere stato condannato con sentenza o con decreto penale di condanna irrevocabile, continui a delinquere, indipendentemente dall’aver o meno già scontato la pena precedentemente inflittagli.

Il nuovo reato, quale indice dell’*«insufficienza relativa della pena ordinaria»*¹ già comminata, nonché di maggiore capacità a delinquere del suo autore, può giustificare, quindi, nel rispetto di una concezione special-preventiva, un più severo trattamento sanzionatorio, quasi una doppia punizione, per il reato commesso e per la ricaduta nel crimine.

Si tratta di individuare, allora, una sanzione adeguata per colui che commette un nuovo reato dopo essere stato condannato per un altro, dimostrando così di essere rimasto insensibile alla pena applicatagli in precedenza, tanto più ove questa sia già stata scontata. L’inefficacia deterrente della sanzione può non derivare, tuttavia, dalla *quantità*, bensì dalla *qualità* di essa. Ciò vuol dire che, se la pena già inflitta non è stata in grado di raggiungere gli effetti sperati, un mero aumento dell’entità della stessa non è detto che dia migliori risultati. Appare, a tal riguardo, particolarmente emblematica la metafora ravvisata, a dimostrazione delle disfunzioni strutturali della recidiva, da Pisapia, il quale affermava che «Il sistema adottato dal legislatore italiano potrebbe rassomigliarsi a quello di un medico che, prescritto ad un paziente un certo medicinale ed avendo constatato che esso non ha sortito l’effetto desiderato e che, anzi, il paziente è peggiorato (come appunto dimostra la recidiva), si limitasse a raddoppiare la dose del medicinale, senza neppur domandarsi se il peggioramento del paziente sia dovuto non già alla *insufficienza quantitativa* del medicinale prescritto, ma alla sua deficienza od inefficienza *qualitativa»*².

L’inefficacia della sanzione penale si avverte maggiormente nei confronti del recidivo reiterato, vale a dire di colui che, caduto nel reato almeno tre volte, abbia già subito due condanne definitive, e con la seconda sia stato riconosciuto recidivo. È recidivo reiterato, quindi, colui che ricade nel reato dopo essere stato dichiarato recidivo, anche se per la precedente condanna non abbia subito aumenti di pena per effetto del giudizio di prevalenza o equivalenza con le circostanze attenuanti sussistenti.

Tra le forme di recidiva richiamate nel codice penale, quella reiterata ha risentito più delle altre della riforma legislativa del 2005 (su cui v. § 2) ed è stata oggetto di questioni politico-criminali che continuano tutt’oggi a investire la

¹ F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV ed., vol. II, Giachetti, Prato, 1885, 134.

² G.D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 972.

giurisprudenza, con il susseguirsi, negli ultimi anni, di molteplici pronunce, sia di legittimità costituzionale che della Corte di cassazione a Sezioni unite. L'istituto va, pertanto, analizzato proprio alla luce delle più recenti e significative decisioni, a seguito delle quali vengono fornite soluzioni esegetiche del dettato normativo, che, pur se nel pieno rispetto dei principi costituzionali, si discostano sempre più da un'interpretazione strettamente letterale del testo codicistico.

2. La riforma del 2005: un apparente ritorno al passato

In un sistema penale caratterizzato dall'aumento della flessibilità della pena e della discrezionalità del giudice nell'applicazione della stessa, si deve cercare di intervenire per riportare l'impianto sanzionatorio sul c.d. piano dell'"effettività"³. A segnare l'inizio della crisi della concezione formalistica del diritto ha contribuito la l. 7 giugno 1974, n. 220 (di conv. del d.l. n. 99 del 1974), che, al fine di mitigare il regime sanzionatorio dell'epoca fascista, pur lasciando invariate le soglie edittali delle singole fattispecie incriminative, ha modificato istituti salienti del Libro I del codice penale, fra cui la recidiva⁴.

Dopo poco più di trent'anni, il legislatore, è nuovamente intervenuto sulle stesse tematiche, con la legge del 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex Cirielli*), recante «*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 del reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*».

La recidiva, in particolare, è stata oggetto di modifiche strutturali volte a contrastare la criminalità di massa, attraverso l'adozione di maggior rigore nei confronti di chi ricade nel reato e il restringimento dei poteri discrezionali del giudice nella commisurazione della pena. Si tratta, in realtà, di una riforma rispondente a una logica politica della prevenzione che, producendo forse un'eco superiore rispetto ai suoi reali effetti, non è riuscita a interpretare appieno le problematiche sottese a questo istituto, già oggetto di ridefinizione nei vari progetti di revisione del codice penale.

La citata novella legislativa è stata tacciata da più parti di disorganicità e incoe-

³ Sull'argomento, v. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 414 ss.

⁴ In senso critico, v. P. NUVOLONE, *Commento al decreto legge 20 aprile 1974, n. 104*, in *Ind. pen.*, 1974, 332; nonché F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit., 419, che individua fra le cause di disfunzione del sistema, oltre alla «supplenza giudiziaria in chiave indulgenziale-paternalistica», anche «la stessa discrezionalità della recidiva».

renza⁵, nonché di aver prodotto una retrocessione del sistema in tema di recidiva, ripristinandone alcuni tratti originari, anteriori cioè alla riforma del '74, quasi si trattasse di una controriforma.

Certo è che l'istituto della recidiva si caratterizza adesso per aumenti di pena rigidi e più elevati, effetti giuridici maggiormente vincolanti, anche in fase esecutiva, e una, sia pur limitata, applicazione obbligatoria. Con la riforma, si è voluto, inoltre, delimitare l'ambito di operatività della recidiva, circoscrivendola alle sole condanne per delitti dolosi. È stata esclusa, quindi, la recidiva fra contravvenzioni, ma anche fra delitti e contravvenzioni, e fra delitti dolosi e delitti colposi⁶.

Come già accennato, fra le varie ipotesi di recidiva, quella che ha risentito di più della riforma del 2005 è stata proprio la recidiva reiterata (art. 99, co. 4, c.p.), che, di conseguenza, continua a rappresentare oggetto di rilevanti problemi ermeneutici, di matrice politico-ideologica.

Il diverso trattamento punitivo riservato al recidivo reiterato rispetto al reo primario deriva dall'individuazione di un regime differenziato, sia sostanziale che processuale, che modifica *in peius* la posizione del plurirecidivo rispetto a quella di coloro che ad altro titolo ricadono nel reato. Ciò si manifesta, complessivamente, attraverso il contenimento della discrezionalità giudiziaria nella commisurazione della pena e la limitazione all'accesso a molti dei benefici premiali contemplati dall'ordinamento, dando vita a una sorta di presunzione di immeritevolezza da parte del recidivo reiterato.

Occorre sottolineare, tuttavia, che la modifica del 2005 non ha rappresentato una novità assoluta per quel che concerne l'applicazione degli effetti accessori della recidiva reiterata (su cui v. *infra*): questi ultimi, infatti, già previsti nel sistema, sono stati semplicemente inaspriti e aumentati.

Con riferimento a tali conseguenze accessorie, in passato, la Corte costituzionale ha respinto l'eccezione di illegittimità sollevata in merito alla diversità di trattamento riservata alla recidiva reiterata rispetto a quella primaria, ritenendo la prima «sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva»⁷. Ha riconosciuto, quindi, che «la recidiva reiterata costituisce un elemento impeditivo all'applicazione di numerosi istituti, quali

⁵ In tal senso, si veda E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 545, secondo cui, con questa riforma legislativa, lo Stato trasmette «un messaggio che predica *indulgenza nei confronti dei potenti e mano inflessibile nei confronti dei deboli*».

⁶ Cfr. S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirilli")*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2006, 64.

⁷ Vedi Corte cost., ord. 13 dicembre 2004, n. 421.

l'ammnistia, l'indulto (salvo che la legge disponga altrimenti), l'oblazione di cui all'art. 162-*bis* c.p., la sospensione condizionale della pena, l'estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo»⁸.

In particolare, con riferimento al divieto per i recidivi reiterati di potere accedere alla sospensione condizionale della pena (art. 164, co. 2, n. 1 e ult. co., c.p.), la stessa Corte costituzionale ha affermato che «l'innovazione introdotta dalla riforma (del '74) va ravvisata in primo luogo nel consentire la sospensione condizionale della pena anche in caso di recidiva, ma di recidiva primaria e non già di recidiva reiterata»⁹. A tal proposito, il giudice delle leggi sottolinea che «il legislatore ha sviluppato con coerenza una disciplina che, più favorevole nei confronti del condannato, è comunque fondata sulla prognosi di ravvedimento: prognosi che diverrebbe sempre meno plausibile una volta che si andasse oltre la recidiva primaria»¹⁰.

Per concludere, si può affermare che il nuovo impianto normativo della recidiva, in particolar modo reiterata, si colloca all'interno di una politica securitaria volta a placare la comunità rispetto al dilagare della criminalità di massa che, pur non identificandosi con la criminalità più violenta, rappresenta quella che desta maggior allarme sociale. Nel momento in cui la pena edittale appare inadeguata rispetto al disvalore del fatto percepito dalla società, talvolta attraverso la lente deformante dei mass-media, si finisce con lo scardinare la parte generale del codice, lasciando pressoché immutata quella speciale.

3. La facoltatività della recidiva reiterata secondo l'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale

La linea dura adottata per i recidivi con la legge n. 251 del 2005, tuttavia, già poco la sua entrata in vigore, in un momento politico in cui il nuovo Governo si proponeva di varare un "Pacchetto sicurezza" per far fronte all'emergenza della giustizia, soprattutto penale, ha subito delle fenditure, *rectius* delle interpretazioni adeguatrici, ad opera della Corte costituzionale.

La Consulta, infatti, è stata adita ripetutamente sulla legittimità costituzionale di alcune norme novellate con la legge del 2005, fra cui quelle relative al trattamento sanzionatorio dei recidivi reiterati (art. 99, co. 4, c.p.), volte a limitare il potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto.

⁸ Corte cost., ord. n. 421 del 2004, cit.

⁹ Corte cost., sent. 18 luglio 1980, n. 133. Le argomentazioni in esame sono richiamate anche da Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 361, e Corte cost., ord. 3 novembre 1993, n. 393.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 133 del 1980, cit.

Il giudizio di costituzionalità ha riguardato l'art. 69, co. 4, c.p.¹¹, ai sensi del quale le disposizioni relative al concorso eterogeneo di circostanze «si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto co., nonché dagli articoli 111 e 112, co. 1, 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».

In proposito, i giudici rimettenti hanno sostenuto l'incostituzionalità della norma nella parte in cui inibirebbe al giudice di computare liberamente le circostanze, dando prevalenza a eventuali attenuanti sulla recidiva, secondo le condizioni presenti nel caso concreto, in violazione del principio di ragionevolezza e della funzione rieducativa della pena. A parere degli stessi, secondo un'interpretazione letterale del co. 4 dell'art. 99 c.p., la recidiva reiterata è stata strutturata in termini obbligatori, poiché l'aumento della pena - previsto con un'entità variabile a seconda della natura della recidiva di cui ai co. 1 e 2 - è determinato perentoriamente, attraverso l'utilizzo dell'indicativo presente dell'ausiliare «è» in luogo di «può». Quest'ultima espressione, adottata per la prima volta dal legislatore del 1974, che ha riformulato l'intero istituto in maniera non vincolante per l'interprete, è stata mantenuta tuttora dal legislatore del 2005 nei primi due co. dell'art. 99 c.p., relativi alla recidiva semplice e a quella monoaggravata. La scelta, quindi, di individuare una diversa formulazione per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata (di cui ai co. 3 e 4) sembra frutto del preciso intento di imprimere a queste due forme di recidiva un trattamento più severo e maggiormente vincolante per il giudice.

La Corte costituzionale, in proposito, ha affermato che, malgrado la riformulazione dell'art. 99 co. 4 c.p. possa prestarsi a qualche equivoco, è conforme ad un'interpretazione letterale della stessa sostenere la persistente facoltatività della recidiva reiterata. Secondo tale interpretazione adeguatrice della disposizione normativa, il giudice precedente è, quindi, libero di applicare o meno la recidiva reiterata, ma qualora ne ravvisi i presupposti, poiché valuti il nuovo episodio particolarmente significativo e rilevi un'accentuata colpevolezza e pericolosità del reo, sia, però, vincolato all'aumento previsto per legge e

¹¹ Corte cost., sent. 5 giugno 2007, n. 192. A commento della decisione, in particolare, si rinvia a C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1861 ss. Sul tema, negli stessi termini si è poi ripetutamente espressa la Consulta: Corte cost., ord. 5 giugno 2007, n. 198; ord. 21 novembre 2007, n. 409; ord. 11 febbraio 2008, n. 33; ord. 31 marzo 2008, n. 90; ord. (21 maggio) 6 giugno 2008, n. 193; ord. 7 luglio 2008, n. 257; ord. 18 maggio 2009, n. 171.

all'operatività degli effetti accessori. Le disposizioni concernenti l'applicabilità della recidiva reiterata, infatti, in quanto frutto di una complessiva e sistematica riforma, rispondono ad una logica comune, per cui la scelta di optare per un regime di discrezionalità giurisdizionale si riflette anche sugli effetti sanzionatori secondari. Gli artt. 69, co. 4, e 99, co. 4, c.p. vanno interpretati, pertanto, congiuntamente, nel senso che se si ritiene la recidiva reiterata facoltativa non si può pensare che la stessa possa inibire in termini perentori una riduzione di pena in caso di reato caratterizzato dalla sussistenza di circostanze attenuanti, essendo «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»¹². La Corte ha sostenuto, peraltro, che «la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata rappresentano mere *species* della figura generale delineata dall'art. 99, co. 1, c.p., il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella - indubbiamente facoltativa - ivi contemplata, limitandosi i co. successivi a derogare alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena»¹³. Di conseguenza, la recidiva reiterata è vincolata solo relativamente al *quantum* dell'aumento della pena, ma rimane discrezionale sull'*an* di detto aumento.

Alla luce di questa soluzione esegetica, si è consolidato l'orientamento secondo cui la recidiva, nelle sue varie forme, va sempre obbligatoriamente contestata dal pubblico ministro, in quanto circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, nel rispetto dei principi del contraddittorio¹⁴ e di obbligatorietà dell'azione penale¹⁵, ma può, al contrario, essere discrezionalmente riconosciuta dal giudice, fatta eccezione per le ipotesi di applicazione obbligatoria cui al co. 5 c.p., riguardanti la realizzazione dei delitti indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a, c.p.p. A seguito della pronuncia della Corte costituzionale, infatti, sia la dottrina maggioritaria¹⁶ che la giurisprudenza di legittimità¹⁷ hanno

¹² Corte cost., sent. n. 192 del 2007, cit.

¹³ Corte cost. sent. n. 192 del 2007, cit.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 27 maggio 1961, Papò, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1962, 29. Sull'obbligo della contestazione, v. anche Cass., Sez. Un., 16 maggio 1953, Di Ceglie, in *Giust. pen.*, 1953, III, 609.

¹⁵ Secondo G. INSOLERA, *La nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, 30, «la lettura che limita i casi di obbligatorietà, considerando la mole degli effetti prodotti soprattutto dalla recidiva reiterata, non può che implicare dubbi sul versante della determinatezza se non, nella prospettiva della funzione requirente, a proposito della stessa obbligatorietà della azione penale».

¹⁶ Fra gli altri, v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 181. In senso contrario, fra coloro che ritengono che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, v. F. GIUN-

affermato che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 99, co. 4, c.p. sarebbe incompatibile con un indiscriminato automatismo applicativo.

4. La recidiva reiterata dal modello americano alle recenti Sezioni unite

La linea dura intrapresa in Italia per i plurirecidivi si colloca sulla stessa lunghezza d'onda solcata dagli Stati Uniti, già a partire dal 1993. La politica repressiva del "three strikes laws", meglio nota con la formula - mutuata dal linguaggio del baseball - "three strikes and you're out" ("tre colpi e sei fuori"), prevede pene di lunghissima durata, se non addirittura perpetue, per gli autori di reati, definiti dalla legge gravi o violenti, che siano alla loro terza condanna, in quanto "criminali incorreggibili"¹⁸. In particolare, secondo la legge votata dal Parlamento dello Stato della California nel 1994, la prevenzione della criminalità recidivante sarebbe assicurata, oltre che attraverso l'innalzamento dei livelli di pena detentiva, anche con l'eliminazione della discrezionalità del giudice nell'applicazione della legge, per cui le pene previste per i recidivi sarebbero loro irrogabili sulla base del solo accertamento di precedenti penali rilevanti. Malgrado la severità di queste leggi, si è consolidato presso la giurisprudenza californiana un orientamento inverso, secondo cui è nella facoltà dei giudici di ignorare la sussistenza di precedenti condanne; il che fa venir meno ogni automatismo.

Anche in Italia, il regime di «"tolleranza zero" nei confronti di chi, dopo aver commesso un reato, delinque nuovamente»¹⁹ è stato di fatto, nelle aule giudiziarie, contenuto entro parametri forse parzialmente difformi dalla reale volontà legislativa, ma più conformi ai principi costituzionali. Così come in Cali-

TA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contenuto*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2006, 17 ss.; T. PADOVANI, *Commento all'art. 4, L. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, 450.

¹⁷ Sulla discrezionalità della recidiva reiterata, v. Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Indelicato, in *Cass. pen.*, 2011, 4195, con nota di L. AGOSTINI, *Sez. Un., 24 febbraio 2011, Indelicato: il sistema neutralizza un corpo estraneo*. A tal riguardo, v. anche Cass., Sez. V, 15 maggio 2009, Held e altro, in *Mass. Uff.*, n. 244209; Id., Sez. VI, 27 febbraio 2007, Ben Hadhria, in *Cass. pen.*, 2007, 4081; Id., Sez. IV, 11 aprile 2007, Serra, *ivi*, 4084, con nota di F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "commune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*.

¹⁸ Sull'argomento, v. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit., 521 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, cit., 15 ss.; nonché, S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, cit., 53 ss. Più nel dettaglio, sui profili comparatistici della recidiva reiterata, v. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidiviamo*, Padova, 1997, 154 ss.; A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 832; E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, *passim*.

¹⁹ C. FIORIO, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli, II*, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 315.

fornia, infatti, pure nel nostro Paese, le disposizioni sulla recidiva reiterata, benché inizialmente sembrassero improntate a ridurre la discrezionalità degli operatori giudiziari nell'applicazione dell'istituto, per i caratteri apparentemente vincolanti della formulazione letterale, continuano a essere oggetto di diversa interpretazione da parte della giurisprudenza.

In relazione a quest'aspetto, anche le Sezioni Unite²⁰ hanno ripetutamente affermato, richiamando le posizioni assunte dalla Corte costituzionale, che con la riforma del 2005 non si è voluto precludere al giudice ogni forma di discrezionalità nell'applicare l'aumento di pena al recidivo reiterato. Mentre, infatti, il pubblico ministero sia sempre tenuto a contestare la recidiva, il giudice può non considerarla ai fini della commisurazione della pena, anche nell'ipotesi aggravata di cui al co. quarto. La Suprema corte, inoltre, ha dichiarato che nei casi di recidiva di cui ai primi quattro co. dell'art. 99 c.p. permane in capo all'organo giurisdizionale il potere discrezionale di valutare la riprovevolezza della condanna e la pericolosità dell'autore della stessa, tenuto conto della tipologia dei reati, della natura e dell'offensività dei comportamenti, dell'intervallo temporale intercorrente fra le condotte, nonché di ogni parametro da cui possa scaturire la personalità del reo, in considerazione della quale la ricaduta nel reato può assumere il carattere dell'occasionalità, e non essere ritenuta significativa per un giudizio di colpevolezza²¹. Si è voluto, in sostanza, escludere la possibilità che la recidiva dia luogo ad una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'autore del reato, e ciò anche nell'ipotesi di recidiva reiterata di cui al co. 4 dell'art. 99 c.p. Quest'ultima, infatti, rappresenta una circostanza aggravante a effetto speciale inerente alla persona del colpevole²², di applicazione facoltativa, che come tale non dà luogo ad uno *status* vincolante operante automaticamente *in malam partem*.

I giudici di legittimità hanno confermato, inoltre, che la discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva, sia essa o meno reiterata, fatta eccezione per le ipotesi delittuose di cui al co. 5 che richiedono un aumento obbligatorio della pena, si estende anche agli effetti accessori, sostanziali e processuali, che seguono le sorti di quelli principali di natura sanzionatoria.

²⁰ Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Indelicato, cit.; Id., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Naccarato, in *www.diritto.it*; e, in particolare, Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, Calibè, in *Cass. pen.*, 2011, 2094, con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*

²¹ Ciò è quanto aveva già affermato, in particolare, Cass., Sez. VI, 23 novembre 2010, Manco e altro, in *Riv. pen.*, 2012, 127, specificando che tale valutazione va effettuata in concreto dal giudice.

²² Cfr. Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Indelicato, cit.

Per quanto concerne, in particolare, gli effetti processuali, le Sezioni Unite²³ hanno sostenuto che, con riferimento alla disciplina del c.d. patteggiamento allargato, prevista nell'art. 444, co. 1-*bis*, ult. parte, c.p.p., la condizione di recidivo reiterato non produca *ex ante* un effetto preclusivo alla possibilità di accedere a questo rito semplificato. L'istituto in esame - introdotto con la l. n. 134 del 2003 per i reati ai quali sia applicabile una pena in concreto superiore ai due ma non ai cinque anni di reclusione o di arresto (soli o congiunti a pena pecuniaria) -, benché, infatti, subisca, rispetto all'ipotesi base, delle limitazioni operative sia soggettive che oggettive, non è automaticamente precluso in caso di mera contestazione di recidiva reiterata. A inibire l'accesso al procedimento speciale e alla relativa riduzione premiale della sanzione è solo l'effettiva applicazione della recidiva da parte del giudice, che ritenga la ricaduta nel reato un sintomo di maggiore colpevolezza e pericolosità sociale.

Ancor prima dell'entrata in vigore della legge del 2005, in realtà, la Corte costituzionale aveva interpretato restrittivamente la nuova norma sul patteggiamento allargato, ritenendo che la scelta di escludere dall'accesso al rito il recidivo reiterato non fosse irragionevole, avendo quest'ultimo dimostrato un grado di capacità a delinquere superiore rispetto al recidivo semplice, specifico o infraquinquennale²⁴.

Può affermarsi, quindi, che, malgrado con la riforma legislativa del 2005 si sia voluto disporre un giro di vite sul plurirecidivo, la giurisprudenza continui a discostarsi da un'interpretazione strettamente letterale del dettato normativo e a fornire, più di quanto facesse in passato, soluzioni esegetiche volte a consentire anche al recidivo reiterato di fruire dei benefici concessi all'incensurato.

5. Gli effetti accessori: un "doppio binario" per i recidivi reiterati

Come accennato, i maggiori problemi ermeneutici derivanti dalla riforma del 2005 riguardano gli effetti giuridici accessori della recidiva reiterata, la cui operatività condiziona le fasi di commisurazione e di esecuzione della pena.

Già in passato, la Cassazione, in merito alla facoltatività dell'istituto derivante dalla riforma del '74, aveva ritenuto che la recidiva non fosse caratterizzata da

²³ Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, Calibè, cit.

²⁴ In particolare, la Corte cost. (ord. n. 421 del 2004), nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 444, co. 1-*bis* c.p.p., ha ritenuto «coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale che il legislatore nell'ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, 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».

un regime di generalizzata discrezionalità, giacché, una volta contestata, essa avrebbe prodotto effetti secondari vincolanti, e che quindi il libero potere decisionale conferito al giudice riguardasse soltanto l'operatività degli effetti primari di tipo sanzionatorio²⁵. Secondo quest'indirizzo giurisprudenziale, l'organo giudicante, benché potesse escludere gli effetti principali della recidiva, avrebbe dovuto comunque tener conto di quelli secondari, ai fini della possibilità di concedere al reo provvedimenti di favore, quali, ad es., la sospensione condizionale della pena, la riabilitazione o il perdono giudiziale.

A seguito, tuttavia, della menzionata pronuncia della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità ha mutato orientamento, ritenendo - con l'avallo delle Sezioni unite²⁶ - che in tutte le ipotesi di cui ai primi quattro co. dell'art. 99 c.p., in assenza di una dichiarazione espressa di recidiva, non solo non avrà luogo l'aumento della pena, ma neanche opereranno gli effetti ulteriori (sostanziali e processuali), né saranno preclusi, ovvero limitati, i benefici penitenziari²⁷. Le misure alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale, della semidetenzione e della semilibertà non potranno essere concessi, infatti, più di una volta al condannato al quale sia stata effettivamente applicata la recidiva reiterata (art. 58, co. 7-*bis*, ord. penit.), nei cui confronti sono stati anche ristretti i presupposti applicativi della detenzione domiciliare (art. 47-*ter*, co. 01, 1.1 e 1-*bis*, ord. penit.) e della semilibertà (art. 50-*bis* ord. penit.), e limitati i casi di concessione dei permessi premio (art. 30-*ter* ord. penit.)²⁸.

Sempre con riferimento alla fase di esecuzione della pena, la giurisprudenza ha affermato che il divieto di sospensione dell'esecuzione per le pene di breve durata non opera automaticamente in caso di recidiva reiterata (art. 656, co. 9, lett. *c* c.p.p.), ma soltanto nei confronti di coloro che siano stati ritenuti concretamente meritevoli dell'aumento di pena e con esclusivo riguardo alla

²⁵ Fra le altre, v. Cass., Sez. III, 20 maggio 1993, Mighetto, in *Riv. pen.*, 1994, 401; Id., Sez. II, 29 novembre 1988, Sciuto, *ivi*, 1990, 989. *Contra*, C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 304, secondo cui, qualora «il giudice abbia esercitato il potere discrezionale, tanto dilatato dalla riforma, nel senso di disapplicare la recidiva, l'elisione degli effetti non potrà che essere integrale».

²⁶ Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, Calibè, cit.; nonché Cass., Sez. IV, 11 aprile 2007, Serra, cit.; *contra* Cass., Sez. VI, 27 febbraio 2007, Ben Hadhria, cit., secondo cui il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata opera anche se è stato escluso l'aumento di pena per la ricaduta nel reato.

²⁷ Vedi C. FIORIO, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli*, cit., 315 ss.

²⁸ In proposito, v. Corte cost., sent. 4 ottobre 2010, n. 291. Secondo il Giudice delle leggi le preclusioni normative in esame vanno intese «restrittivamente», «nel senso che l'esclusione dal beneficio opera 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».

sentenza di condanna per il reato aggravato dalla recidiva²⁹. A questo riguardo, si può rilevare, inoltre, che la recidiva non dichiarata in sede di cognizione non può essere valutata dal giudice dell'esecuzione, poiché una circostanza improduttiva di effetti nella determinazione della pena, in quanto non espressiva di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non può poi produrre un sostanziale aggravamento sanzionatorio in fase di esecuzione³⁰.

6. Il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti

Con la riforma del 2005 si è voluto arginare il potere discrezionale concesso al giudice nella commisurazione della pena, attraverso, in particolare, l'individuazione di limiti al bilanciamento delle circostanze nei confronti dei recidivi reiterati, consistenti nel «divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti» (art. 69, co. 4 c.p.), da cui ha avuto luogo la menzionata questione di legittimità costituzionale (v. *retro* § 3).

A tal proposito, alla luce delle interpretazioni normative fornite dalla Corte costituzionale, può ribadirsi che il divieto di prevalenza delle attenuanti non opera automaticamente a carico del plurirecidivo e che il giudice deve sempre valutare in concreto la necessità di applicare la recidiva, tenuto conto della pericolosità dell'autore della condotta delittuosa e della natura di quest'ultima³¹. Affinché questi elementi vengano presi realmente in considerazione, si deve analizzare la tipologia e la gravità del reato per il quale il soggetto sia già stato condannato con sentenza passata in giudicato e di quello oggetto di successiva contestazione.

Ciò significa che, in presenza di simili presupposti, la recidiva reiterata inciderebbe doppiamente sul reo, e cioè ai fini, non soltanto dell'aumento della pena secondo l'indice previsto nel co. 4 dell'art. 99 c.p., ma anche della commisurazione complessiva della sanzione, ponendo, fra l'altro, dei limiti al bilan-

²⁹ Cass., Sez. V, 26 aprile 2010, Musei, in *Mass. Uff.*, n. 247956; Id., Sez. IV, 26 giugno 2007, Muserra, *ivi*, n. 236944; Id., Sez. I, 27 giugno 2006, P.G. in proc. Debuggias, *ivi*, n. 234292; *contra*, Cass., Sez. I, 11 febbraio 2010, Pedrazza, *ivi*, n. 246384. In tema di diritto intertemporale, v. Cass., Sez. I, 11 luglio 2006, De Rosa, in *Cass. pen.*, 2007, 1730 ss. Secondo Cass., Sez. I, 3 maggio 2011, Prina, in *Mass. Uff.*, n. 250343: «Il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei condannati di cui sia stata applicata la recidiva reiterata opera anche ove il condannato si trovi agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna».

³⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 15 ottobre 2009, Pezzuto, in *Mass. Uff.*, n. 245572.

³¹ Cass., Sez. V, 15 maggio 2009, Held e altro, *cit.*; Id., Sez. V, 30 gennaio 2009, Maggiani, in *Mass. Uff.*, n. 243600; Id., Sez. IV, 29 gennaio 2009, Rami, *ivi*, n. 243441; Id., Sez. VI, 15 gennaio 2008, Amoretti, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 579; Id., Sez. IV, 19 dicembre 2007 (8 febbraio 2008), Basciu, *ivi*, 579; Id., Sez. IV, 24 settembre 2007, Hassan, *ivi*, 578. Sull'argomento, in tema di diritto intertemporale, v. Cass., Sez. Fer., Diouf, in *Mass. Uff.*, n. 248251.

ciamento delle circostanze. Il giudice dovrà computare, infatti, la recidiva sulla pena base e in caso di circostanze attenuanti non potrà ritenerle prevalenti³², e ciò anche se si tratti di attenuanti a effetto speciale, che comporterebbero una riduzione della pena in misura superiore ad un terzo, ovvero di attenuanti di tipo oggettivo, relative al minore disvalore del fatto.

Non ci troviamo, tuttavia, in presenza di limiti invalicabili, ma solo di condizioni volte a circoscrivere il potere discrezionale del giudice, al fine di evitare soluzioni indulgenziali che possano vanificare di fatto gli effetti della recidiva.

A dimostrazione di quanto detto, si sottolinea che il legislatore ha voluto precludere solo che venga effettuato un giudizio di prevalenza di eventuali attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata, se riconosciuta espressamente, non pronunciandosi invece in merito alla possibilità di effettuare un giudizio di equivalenza fra le stesse. Nel silenzio normativo, è possibile, pertanto, il ripristino della pena base attraverso l'azzeramento delle circostanze³³.

In ogni caso, il giudice può sempre, al di fuori delle ipotesi di cui al comma 5, valutare di non applicare la recidiva e procedere alla riduzione della pena base per le attenuanti, scendendo così al di sotto dei limiti edittali.

7. La limitazione alla concessione delle attenuanti generiche (anche a seguito della sent. n. 183 del 2011 della Corte costituzionale)

Le circostanze attenuanti generiche, introdotte con il d.lgs.lt. n. 288 del 1944, per consentire un migliore adeguamento della pena al caso concreto, pur lasciando inalterati gli indici sanzionatori edittali³⁴, sono state applicate negli an-

³² Secondo Cass., Sez. IV, 27 febbraio 2007, B.A., in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 748, il limite alla comparazione delle circostanze «risponde alla volontà di dare rilevanza più alla qualità della persona che alla gravità del reato, anche se la mancanza di discrezionalità non consente al giudice di adeguare la pena al fatto, quando esso sia di entità così lieve da apparire punito in modo troppo severo». In merito alle limitazioni apposte al calcolo delle circostanze, C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 1863, ritiene che si sia voluto introdurre un meccanismo di discrezionalità vincolata già conosciuto nel nostro ordinamento.

³³ In proposito, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida Dir.*, 2006, Dossier, 1, 32, afferma che, «curiosamente, la preclusione legale viene circoscritta alla sola "prevalenza" delle attenuanti, non quindi alla loro "equivalenza", si tratta, forse di un (provvidenziale) *lapsus calami*, visto che, per neutralizzare il peso della recidiva reiterata e riportare la commisurazione giudiziale nei limiti edittali semplici, è sufficiente la valutazione "compensativa" di una sola attenuante».

³⁴ Secondo G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 158, si tratta di un «compromesso di politica legislativa, tra l'esigenza di minacciare, astrattamente, una pena grave, contenuta in limiti programmaticamente severi, e le esigenze di umanizzazione e di individuazione della sanzione penale».

ni in misura generalizzata e indulgenziale, tanto da contribuire a compromettere la certezza della pena. Da qui la necessità di un'applicazione meno indiscriminata, limitata alla sussistenza di rigidi presupposti in grado di giustificare la concessione del beneficio.

Alla luce di queste considerazioni, il legislatore del 2005 ha voluto limitare espressamente, ai sensi dell'art. 62-*bis*, co. 2, c.p., la possibilità di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato. L'applicazione delle stesse non può avvenire, infatti, sulla base dei criteri soggettivi di commisurazione della pena di cui all'art. 133, co. 1, n. 3 e co. 2, c.p., relativi all'intensità del dolo e al grado della colpa³⁵, nonché, più genericamente, alla capacità a delinquere del reo, se il già recidivo abbia commesso uno dei delitti indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p., e rientrante fra quelli puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.

Non si tratta, dunque, di una preclusione assoluta, per cui, al di fuori dei vietati indici commisurativi di tipo soggettivo, le attenuanti generiche potranno applicarsi comunque ai recidivi reiterati tenendo conto dei residuali criteri oggettivi indicati nell'art. 133 c.p., relativi alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e a ogni altra modalità dell'azione; nonché alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato³⁶.

La limitazione riguarda, inoltre, solo poche categorie di recidivi: è riservata, cioè, ai plurirecidivi, e fra questi solo a coloro che abbiano commesso uno dei gravi delitti indicati nella suindicata disposizione di rito (la stessa richiamata nel co. 5 dell'art. 99), purché questo faccia parte delle fattispecie delittuose sanzionate con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.

Anche in questo caso è stata adita la Corte costituzionale³⁷, la quale, con riferimento al giudizio di legittimità instaurato sul co. 2 dell'art. 62-*bis* c.p., ha ravvisato nel meccanismo preclusivo individuato nella disposizione una violazione del principio di ragionevolezza e della finalità rieducativa della pena. La Corte, tuttavia, nell'accogliere la questione, ha contestualmente sottolineato che il maggior rigore riservato a coloro che abbiano commesso reati gravi che si trovino nella condizione di recidivi reiterati non dia luogo a disparità di trattamento e non comprometta il potere discrezionale del giudice nella gradua-

³⁵ A tal proposito, V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, 133, ritiene «singolare previsione quella del grado della colpa dimentica di come la recidiva non abiti più l'universo colposo».

³⁶ Secondo G. AMATO, *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida Dir.*, 2006, Dossier, 1, 56, il giudice che voglia concedere le generiche «è tenuto a una "motivazione forzata"».

³⁷ Corte cost., sent. 7 giugno 2011, n. 183. A commento della pronuncia, v. G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *questa rivista*, 2011, 961 ss.

zione della pena. Il Giudice delle leggi ha dichiarato, ciononostante, la disposizione in esame illegittima, nella parte in cui, ai fini dell'applicazione delle attenuanti generiche, non si possa tener conto, fra i parametri di cui all'art. 133, co. 2, c.p., della condotta susseguente al reato. Ha rilevato, infatti, che le valutazioni sulla capacità a delinquere debbano essere compiute secondo un giudizio complessivo, che prenda in considerazione sia i comportamenti precedenti al reato che quelli successivi. In caso contrario, la recidiva avrebbe un'ingiustificata maggiore incidenza presuntiva rispetto alla condotta susseguente al reato, anche quando quest'ultima sia particolarmente meritevole ed espressiva di un processo di rieducazione in corso o, addirittura, già concluso. Come rileva la stessa Corte, ad estendere ulteriormente l'ambito di applicazione della norma concorre, di fatto, l'accennata previsione dell'art. 69, co. 4, c.p., ai sensi della quale nei confronti di coloro a cui sia stata riconosciuta la recidiva reiterata, le generiche, quand'anche astrattamente applicabili, per la natura del reato commesso ovvero per il rispetto degli indici di commisurazione previsti dalla legge, non possono mai dominare sulle aggravanti, a causa del generico divieto «di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti» (art. 69, co. 4, c.p.). È questa norma a poter rappresentare un effettivo sbarramento per il conferimento delle generiche al recidivo reiterato e a onerare il giudice di obblighi motivazionali più gravosi.

Bisogna, tuttavia, ancora una volta ricordare che solo se l'applicazione della recidiva reiterata fosse realmente vincolante e se i suoi effetti secondari operassero indipendentemente da quelli primari di natura sanzionatoria, si potrebbe realmente lamentare una limitazione nella concessione delle generiche in contrasto con la funzione rieducativa della pena (art. 27, co. terzo, Cost.). Stando, invece, all'interpretazione che continua a fornirci la costante giurisprudenza, le disposizioni in tema di recidiva reiterata ben si prestano ad una commisurazione della pena calibrata sulla gravità del fatto commesso e sulla pericolosità del reo.

Per concludere sul punto, può affermarsi che, pur nella consapevolezza che il precipuo scopo del legislatore del 2005 fosse quello di restringere i poteri discrezionali dei giudici, e per far ciò si è colpita la criminalità di massa, tuttavia, si può condividere la scelta di arginare il conferimento delle attenuanti generiche, trattandosi di un'indulgenza sanzionatoria ormai da tempo criticata che contribuisce a svilire la certezza della pena³⁸. Si è cercato, peraltro, di codifica-

³⁸ Tra coloro che si sono, invece, mostrati contrari all'abolizione delle attenuanti generiche, ritenendola una scelta drastica, v. A. MELCHIONDA, *Riforme del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze*

re quella prassi giurisprudenziale operante già in senso preclusivo nei confronti di coloro che ricadono nel reato³⁹.

Lo stesso legislatore, con la l. 24 luglio 2008, n. 125 (di conv. del d.l. n. 92 del 2008), restando sulla stessa lunghezza d'onda⁴⁰, ha poi voluto "chiudere il cerchio", impedendo il riconoscimento indiscriminato delle attenuanti generiche ai delinquenti primari. Secondo quanto è previsto nel co. 3 dell'art. 62-bis c.p., infatti, «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 co.».

8. Il calcolo della pena per i reati in concorso formale o uniti dal vincolo della continuazione

Sempre con riferimento agli effetti secondari derivanti dalla reiterazione delittuosa, a norma dell'art. 81, co. 4, c.p.⁴¹, è previsto che, in caso di reati in concorso formale o uniti dal vincolo della continuazione, nei confronti di «oggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto co., l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave».

Ai sensi di questa disposizione si ricava come, anche a tali fini, resta nel potere del giudice decidere se applicare o meno la recidiva⁴². Solo nel primo caso l'eventuale aumento di pena per il concorso formale o per il vincolo della

contingenti e ripensamenti teorico-sistematici, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 793 ss.

³⁹ Con riferimento al diniego delle generiche per coloro che sono in possesso di precedenti penali, ritenuti dal giudice quali indici di capacità a delinquere, fra le altre, v. Cass., Sez. I, 5 dicembre 1995, Longo, in *Mass. Uff.*, n. 203146. Sull'argomento, v. anche E. ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., 18.

⁴⁰ In senso critico, v. A. MANNA, *La riforma delle attenuanti generiche nel quadro di un diritto penale diseguale*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, 266, il quale, rilevando che, in questi anni, è stato istituito «un sistema penale a due velocità» (uno per i colletti bianchi, l'altro invece per la criminalità comune), afferma che la riforma normativa del 2008 rappresenti la prosecuzione della «strada già intrapresa dalla discussa legge n. 251 del 2005, [...] di riduzione della sfera di discrezionalità giudiziaria nell'applicazione delle attenuanti generiche». In proposito, secondo A. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camoufrage*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 203, «Si assiste a una sorta di manovra a tenaglia: [...] mentre la mossa del 2005 poteva trovare un appiglio giustificativo nella maggiore pericolosità del recidivo, la svolta del 2008 sembra dettata più che altro dall'intento di comprimere gli spazi di valutazione del giudice».

⁴¹ Le disposizioni del co. 4 dell'art. 81 c.p. sono richiamate nell'art. 671, co. 2-bis c.p. (introdotto sempre con la l. n. 251 del 2005), relativo all'«Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato». Sull'argomento, v. R. BARTOLI, *Commento all'art. 5, L. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, 454 ss.; nonché L. MAZZA, *Il nuovo volto della recidiva*, in *Riv. di polizia*, 2006, 99.

⁴² In proposito, v. F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 331.

continuazione dovrà essere necessariamente calcolato entro il limite minimo (oltre quello massimo) previsto dalla legge; limite che «opera anche quando il giudice abbia considerato la stessa recidiva equivalente alle ritenute attenuanti, non procedendo pertanto all'aggravamento della pena correlato alla suddetta circostanza»⁴³. Al contrario, se la contestata recidiva reiterata non è stata in concreto applicata, l'aumento di pena può ben essere inferiore al terzo della pena stabilita per il reato più grave⁴⁴.

Sulla legittimità dell'art. 81, co. 4, c.p. si è pronunciata la Corte costituzionale⁴⁵, che ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile, affermando che la previsione dell'aumento minimo di pena per la continuazione non contrasta con i principi costituzionali, nella misura in cui l'operatività della norma sia subordinata alla scelta discrezionale del giudice di ritenere la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione. La previsione di cui al co. 4 dell'art. 81 c.p., oltre a sottolineare, per via della sua formulazione, la discrezionalità della recidiva reiterata, risolve definitivamente anche un'altra questione, per anni fortemente discussa, relativa alla conciliabilità fra recidiva e continuazione⁴⁶. Già da tempo, in realtà, si era consolidato, in giurisprudenza⁴⁷, l'orientamento secondo cui è possibile applicare il beneficio della continuazione a colui che perseveri nel suo programma delittuoso anche dopo aver subito una sentenza definitiva. Appare, però, di fatto, improbabile che possa fruire del cumulo giuridico di pene, in luogo di quello materiale, chi si sia visto applicare l'aggravante della recidiva. Nel momento in cui, infatti, il giudice decida di riconoscere la recidiva, poiché ritenga, in relazione al fatto concreto, che l'autore della condotta sia meritevole di

⁴³ Cass., Sez. VI, 13 giugno 2011, Levacovich, in *Mass. Uff.*, n. 250434. Secondo Cass., Sez. I, 1° luglio 2010, 5, Samuele, *ivz*, n. 248095, «L'aumento minimo di un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, co. 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».

⁴⁴ Cass., Sez. V, 24 gennaio 2011, Ortoleva, in *Mass. Uff.*, n. 249513; Id., Sez. III, 7 ottobre 2009, Serafi, *ivz*, n. 245609.

⁴⁵ Corte cost., ord. n. 193 del 2008, cit.

⁴⁶ Sull'argomento si rinvia a D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2475 ss.

⁴⁷ A seguito della pronuncia della Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, Zucca, in *Cass. pen.*, 1997, 354 (con nota di G. DIOTALLEVI, *La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella prospettiva nomofilattica delle Sezioni unite*), si è consolidato, presso la Suprema Corte, l'indirizzo secondo cui gli istituti della recidiva e della continuazione non sono più incompatibili, per tale ragione il regime della continuazione potrebbe applicarsi a reati commessi prima e dopo una sentenza di condanna passata in giudicato. In senso contrario, v. Cass., Sez. Un., 4 maggio 1968, Pierro, in *Giust. pen.*, 1968, II, 803.

un aumento della pena, con tutto quello che peraltro ne consegue in merito agli effetti accessori, difficilmente poi potrà applicare allo stesso un trattamento sanzionatorio più lieve facendo ricorso all'istituto della continuazione. Ciò deriva dal fatto che recidiva e continuazione rispondono ancora a una logica diversa⁴⁸: afflittiva la prima, clemenziale l'altra.

Non si può, però, trascurare che con l'art. 81, co. 4, c.p. si sia tentato, per certi aspetti, di ovviare a una contraddizione del sistema. La reiterazione delittuosa, infatti, indipendentemente dalla discrasia temporale che contraddistingue le varie condotte, determinerebbe sostanziali aumenti o diminuzioni di pena a seconda che sia già stata o meno pronunciata una sentenza di condanna definitiva per il primo fatto. In assenza della disposizione in oggetto, quindi, era solo la tempestività ovvero l'eccessiva durata del processo a dar luogo, rispettivamente, ad una presunzione di maggiore pericolosità sociale o, al contrario, di colpevolezza affievolita del reo. La "ragionevole durata del processo" non rappresenta adesso più, quanto meno astrattamente, un elemento ostativo affinché il recidivo, anche quello reiterato, in presenza dei presupposti soggettivi, possa beneficiare di un trattamento sanzionatorio più favorevole.

9. Le ricadute in tema di prescrizione del reato

Il decorso del tempo è diversamente valutato in diritto penale, in particolare modo nei due istituti della prescrizione e della recidiva: se in relazione al primo agisce *pro reo* per far sì che, scemando l'interesse collettivo all'accertamento della responsabilità, l'autore del reato non rimanga *ad libitum* nelle maglie della giustizia; al contrario, in merito alla recidiva, il passare del tempo non riesce a scolorirne gli effetti. La recidiva rappresenta, infatti, una sempre viva memoria storica sui precedenti del reo, che ne condiziona negativamente i comportamenti futuri, giacché anche una remota condanna penale, per un fatto di per sé suscettibile di passare in prescrizione, è in grado di incidere sull'avvenire in modo perpetuo, indipendentemente dalla tipologia del reato commesso, dall'intervallo cronologico fra le condotte delittuose e dalla sussistenza di eventuali cause di estinzione del reato o della pena. A quest'ultimo riguardo, come previsto nell'art. 106 c.p., con riferimento agli effetti della recidiva «si tien conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena», quale ad es. amnistia

⁴⁸ Di quest'opinione continua a essere una parte della dottrina, fra cui E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 144 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unicità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 333 ss.; P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 368.

impropria, indulto o prescrizione della pena⁴⁹.

Prescrizione e recidiva, tuttavia, benché rispondenti a logiche opposte, rappresentano le due anime della l. n. 251 del 2005, conferendo alla stessa natura contraddittoria⁵⁰. Se, infatti, la riforma della recidiva poteva, per certi aspetti, legittimare la novella legislativa, la revisione della prescrizione è stata sufficiente a farle perdere credibilità⁵¹. Ciò è dovuto, in particolare, alla ricomputazione del tempo necessario all'estinzione del reato e all'individuazione del criterio intertemporale in base al quale rendere applicabile la nuova disciplina, relativamente ai reati che prevedono termini prescrizionali più brevi, anche ai procedimenti in corso.

Ad opera della riforma, peraltro, i termini prescrizionali subiscono una sensibile accelerazione per molti reati anche di rilevante gravità, ma, al contempo, un altrettanto brusco rallentamento per i recidivi. In merito all'incidenza negativa che la recidiva ha sui termini di prescrizione, ai sensi dell'art. 157, co. 2, c.p., è disposto che, nella determinazione del tempo necessario a prescrivere, si terrà conto delle circostanze aggravanti a effetto speciale, incidendo queste sul massimo edittale su cui si computano detti termini. Di conseguenza, ai fini della prescrizione si dovrà considerare anche la recidiva reiterata, in quanto circostanza a effetto speciale, che contribuisce a determinare l'aumento dei tempi necessari alla prescrizione⁵².

⁴⁹ Per quanto riguarda la mancata estinzione degli effetti penali derivanti dalla recidiva a seguito di un'amnistia, v. Cass., Sez. I, 27 gennaio 1995, Restaino, in *Mass. Uff.*, n. 200784; Id., Sez. II, 28 aprile 1988, Sansone, *ivi*, n. 178966. In merito, invece, all'inefficacia ablativa dell'indulto sugli effetti scaturenti da una sentenza di condanna, v. Cass., Sez. IV, 30 settembre 1996, Morelli, in *Mass. Uff.*, n. 206643.

⁵⁰ Cfr. F. GIUNTA, *Commento all'art. 6, L. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, 475, che sottolinea «l'inedito rapporto che il legislatore ha inteso instaurare tra i due istituti della prescrizione e della recidiva, dotati di *rationes* tra loro assai diverse».

⁵¹ In particolare, v. G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1327; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, 2221 ss.; v. F. GIUNTA, *Il flou della nuova prescrizione nel cappio della ritrovata recidiva. A proposito della «Cirielli» divenuta «ex»*, in *Critica del diritto*, 2005, 185; A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, 837 ss. In termini un po' meno critici, v. F. CARDILE, M. ZANOTTI, *Le diverse declinazioni della rinnovata disciplina della prescrizione*, in *La legislazione penale compulsiva*, cit., 58 ss.

⁵² Cfr. Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2010, Karmaoui, in *Cass. pen.*, 2011, 2164 ss., con osservazioni di G. SANTALUCIA. In dottrina, in senso critico, v. D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Le innovazioni al sistema penale*, cit., 288 ss.

L'orientamento in esame, tuttavia, lascia impregiudicata la possibilità di affermare che la recidiva reiterata non vada considerata per calcolare la pena edittale ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza (artt. 381 e 379 c.p.p.) e dell'applicazione delle misure cautelari (artt. 278 c.p.p.): così Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Naccarato, cit.; nonché Id., Sez. VI, 15 aprile 2009, Passaretti, inedita.

Ulteriore incidenza hanno, poi, la recidiva aggravata e quella reiterata sull'interruzione della prescrizione, per cui, nonostante nell'art. 161, co. 2, c.p. sia disposto che «in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere», nella stessa disposizione si deroga alla regola generale, giacché è consentito un aumento maggiore nelle ipotesi di recidiva aggravata e reiterata, sia pure entro i limiti «della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo co., di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto co.».

In quanto effetto accessorio subordinato all'applicazione della recidiva, anche per la prescrizione valgono i discorsi già fatti e, quindi, qualora il giudice dovesse decidere di escludere la circostanza aggravante facoltativa della recidiva, questa non verrà considerata ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato, né inciderà sugli effetti interruttivi⁵³.

Analizzando ancora i due istituti della prescrizione e della recidiva in una logica d'insieme, occorre rilevare che se la prescrizione trova il suo fondamento nell'attenuarsi dell'interesse dello Stato alla punizione del reo con il trascorrere del tempo, il venir meno di quest'interesse dovrebbe essere valutato altresì ponendo dei limiti temporali per l'operatività della recidiva, quanto meno per quella obbligatoria. Ciò non significa che i precedenti penali debbano sfumare del tutto con il passare del tempo, poiché sarebbe comunque compito del giudice quello di graduare la sanzione pure in considerazione dei trascorsi del reo⁵⁴. Secondo l'art. 133, co. 2, n. 2 c.p., ai fini della commisurazione della pena, si deve tener conto, infatti, della capacità a delinquere del colpevole, desunta anche «dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato».

Per concludere, considerando che lo *status* di recidivo opera *ad libitum*, indipendentemente quindi dal tempo decorso dal primo reato oggetto di condanna, occorre di fatto riuscire a mitigare gli effetti della recidiva in misura proporzionale al trascorrere del tempo. Ciò è comunque possibile anche allo stato attuale, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo. Solo, infatti, mediante una lettura restrittiva dello stesso – ormai pressoché superata – si può incorrere in un'anacronistica valutazione sul c.d. «tipo d'autore»⁵⁵, che consenta sanzioni esemplari anche per condotte

⁵³ Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2010, Karmaoui, cit.

⁵⁴ Cfr. S. MANTOVANI, *L'istituto della recidiva, tra riforme e interpretazioni*, in *Antigone*, 2010, 300.

⁵⁵ Sull'argomento, v. G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 559, che lamenta talvolta inevitabili «infiltrazioni del diritto penale d'autore, anche nel diritto penale liberal garantista».

poco offensive e lontane nel tempo.

10. Conclusioni

Secondo la definizione di recidiva accolta nel nostro ordinamento (art. 99 c.p.), il formarsi del giudicato su una sentenza penale di condanna cristallizza una condizione in grado di influenzare il futuro del reo in modo perpetuo, indipendentemente dal tempo decorso, dalla tipologia del delitto commesso e dalla gravità dello stesso. I trascorsi giudiziari incideranno, quindi, sull'autore del reato come una spada di Damocle, senza che questi, dopo un certo numero di anni, possa avere «diritto all'oblio»⁵⁶.

La situazione peggiora per i recidivi reiterati, nei cui confronti «il marchio di Caino viene impresso a fuoco [...]. E una volta impresso, non può più essere cancellato, con tutto quello che ne consegue»⁵⁷. In tal caso, infatti, il riconoscimento dello stato di recidivo produrrà, oltre agli effetti primari derivanti dall'aumento della pena sulla base del calcolo dell'aggravante, anche effetti accessori, sostanziali e processuali.

La recidiva reiterata, tuttavia, deve essere espressamente riconosciuta dal giudice di cognizione e non data per assunta a seguito di mera contestazione. La stessa, quindi, al pari delle altre ipotesi di recidiva, fatta eccezione per i casi di applicazione obbligatoria di cui al co. 5 dell'art. 99 c.p., può essere ritenuta una circostanza aggravante facoltativa, sia pure vincolata nel *quantum*, che richiede una valutazione in concreto da parte dell'autorità giudiziaria, che accerti l'esistenza di un nesso funzionale fra lo *status* di recidivo e il reato commesso.

Al fine di garantire un uso ponderato della recidiva, sarebbe opportuno - *de iure condendo* - circoscriverne l'operatività entro un arco temporale limitato e solo ad alcune tipologie delittuose, se non addirittura solo ai delitti della stessa indole, ovvero soltanto al plurirecidivo. La recidiva, strutturata in termini di perpetuità e generalità, dovrebbe assumere, cioè, caratteri temporanei e specifici. Al di fuori di quest'aspetto, appare apprezzabile - *de iure condito* - l'opera ermeneutica della giurisprudenza che, discostandosi da un'interpretazione strettamente letterale del dettato normativo, sta cercando di fornire soluzioni in grado di temperare rigore e discrezionalità, nel rispetto della possibilità di adeguare la sanzione al fatto concreto.

⁵⁶ Sul punto, v. F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contenuto*, cit., 6.

⁵⁷ M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, cit., 34.