

LA RIFORMULAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA RECIDIVA REITERATA: PROFILI ANCORA IRRISOLTI?

(*)

Ramona Bizzarri

PREMESSA

Com'è noto, la legge 7 dicembre 2005, n. 251, ha completamente riformulato l'istituto della recidiva, operando una riforma controversa e fortemente criticata¹, per l'inserimento di molteplici automatismi sanzionatori, fondati su presunzioni assolute di pericolosità del recidivo, spesso non in linea con il dettato costituzionale. Tale intervento legislativo ha reso necessari plurimi interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, volti da un lato, a riallineare il regime ai principi della Carta fondamentale, dall'altro a chiarire i meccanismi operativi di una normativa, per molti aspetti, poco chiara.

(*) Il presente contributo è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico.

¹ Sulla novella del 2005, con accenti polemici, T.Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, Guida Dir., 2006, 1, 32; S.Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Scalfati (a cura di), Padova, 2006, 53.

Le maggiori problematiche ermeneutiche hanno riguardato il regime della recidiva reiterata, di cui all'art. 99, comma 4, c.p., sul quale la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione sono state chiamate in più occasioni ad intervenire, attraverso pronunce tese a dare coerenza all'istituto. La giurisprudenza ha dunque riformulato, in una prospettiva costituzionale, il controverso statuto della recidiva reiterata. Rimane però ancora insoluto un aspetto fondamentale, che si colloca in contrasto con i progressisti arresti giurisprudenziali e sul quale sembra esserci poca attenzione. Il riferimento va all'incongruente impostazione di legittimità, secondo la quale ai fini della dichiarazione della recidiva reiterata è irrilevante la precedente dichiarazione giudiziale della recidiva semplice.

Scopo del presente contributo è quello di analizzare l'evoluzione dell'istituto di cui all'art. 99 comma 4 c.p.,

attraverso una rassegna dei più significativi arresti giurisprudenziali, e di mettere in luce l'incongruenza, rispetto alla globale riformulazione della recidiva reiterata, della segnalata impostazione interpretativa, sulla quale alcuni giudici di merito dissentono (Corte di Appello di Ancona, 22 ottobre 2013, n. 3381; Tribunale di Pesaro, 14 settembre 2016, n. 669).

LA RECIDIVA ALLA LUCE DELLA LEGGE N. 251/2005

La recidiva, art. 99 c.p., costituisce, secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza, circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole² (cfr. artt. 69, comma 4 e 70, comma 2, c.p.) e rappresenta una peculiare ipotesi di reiterazione criminosa, consistente nella commissione di un nuovo reato (delitto non colposo nella disciplina vigente) da parte di chi è già stato condannato per uno precedente³.

Com'è noto, l'art. 99 c.p. contempla diverse forme di recidiva, distinte sia nei presupposti che negli effetti giuridici, secondo una sequenza in ordine crescente di gravità: recidiva semplice (comma 1), recidiva aggravata (comma 2), recidiva pluriaggravata (comma 3), recidiva reiterata (comma 4). La recidiva qualificata *ex* art. 99, comma 5, c. p., che ricorre quando il nuovo delitto commesso⁴ (c.d. reato espressivo)

rientra tra quelli contemplati nell'art. 407 c.p.p., non costituisce, invece, una forma autonoma di recidiva, ma solo una particolare manifestazione delle fattispecie di cui ai commi precedenti⁵. Nonostante la recidiva rappresenti uno tra gli istituti di diritto penale più risalenti nella codificazione, continua ad essere tra quelli maggiormente controversi, anche in ragione delle rilevanti modifiche apportate alla sua disciplina, non sempre coerenti con il dettato costituzionale.

Il regime giuridico dell'istituto, inserito già nella prima versione del Codice Rocco, è stato oggetto di due importanti riforme legislative. Con la prima, avutasi con la legge 7 giugno 1974, n. 220, il legislatore sovvertiva l'originario impianto del 1930, sostituendo l'obbligatorietà dell'istituto, con la sua facoltatività. In entrambi i casi la dichiarazione di recidivo discendeva automaticamente dall'accertamento dei presupposti formali, ma con la novella del 1974, il giudice aveva la facoltà di non apportare l'aumento di pena corrispondente al tipo di recidiva contestata (la facoltatività non involgeva dunque anche gli altri effetti penali connessi, c.d. indiretti, limitandosi ad incidere sull'aumento di pena).

² Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *CED Cass.*, 247838.

³ R. Bartoli, voce "Recidiva", in *Enc. Dir.*, Ann., VII, Milano, 2014, 885.

⁴ In passato era dubbio se per l'operatività del comma 5 dell'art. 99 c.p. dovesse rientrare nell'elenco dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. il cd delitto fondante (oggetto della prima condanna), il c.d. delitto espressivo (nuovo

delitto che comporta la recidiva), indifferentemente l'uno o l'altro, ovvero entrambi. La Corte di Cassazione ha risolto il contrasto sostenendo che a doversi rientrare è il delitto espressivo; cfr Cass., sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599, *CED Cass.*, 244668; ribadito in un *obiter dictum* da Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798, *CED Cass.*, 249664.

⁵ Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2011, n. 20798, *CED Cass.*, 249664.

Nel 2005 il legislatore, in controtendenza rispetto alla linea maggioritaria nel panorama europeo⁶, interviene con legge n. 251 (l. c.d. *ex Cirielli*), “frutto di un clima che risente delle politiche populiste e securitarie ispirate alla cosiddetta tolleranza zero”⁷.

La riforma, che richiama alla mente le leggi americane cc.dd. dei “tre colpi e sei fuori”⁸, ripropone i vecchi automatismi del primo Codice Rocco, prevede aumenti di pena più rigorosi e potenzia ulteriormente gli effetti indiretti.

Il rigore della nuova disciplina non ha però retto ai colpi delle istanze mitigatrici emergenti nella prassi giudiziaria e degli scrutini di costituzionalità sollevati: la giurisprudenza, “in una sorta di reazione equitativa agli eccessi del legislatore”⁹, ha riscritto lo statuto della recidiva, eliminando gli automatismi sanzionatori e aprendo progressivamente uno spazio sempre maggiore alla discrezionalità del giudice. In tale prospettiva si colloca l’ultimo intervento della Corte Costituzionale in materia che, con sentenza del 23 luglio 2015, n. 185, ha dichiarato l’illegittimità dell’aumento di pena obbligatorio previsto dal quinto comma dell’art. 99 c.p., eliminando in tal modo uno dei più controversi

automatismi applicativi introdotti con la l. 251/2005.

IL REGIME LEGISLATIVO DELLA RECIDIVA REITERATA

Ad uscire maggiormente irrigidito dalla riforma *ex Cirielli* e a necessitare di plurimi interventi giurisprudenziali volti a una sua flessibilizzazione è stato lo statuto della recidiva reiterata, di cui al quarto comma dell’art. 99 c.p.

Il rigore riservato a tale forma di recidiva lo si coglie sia sul piano degli effetti diretti (aumento e bilanciamento), sia su quello degli effetti indiretti.

Sul primo versante, il quarto comma dell’art. 99 c.p. stabilisce che l’aumento di pena “è della metà” nel caso di recidiva reiterata semplice ed “è di due terzi” nel caso di recidiva reiterata aggravata. Ad una prima lettura del testo normativo sembrerebbe che si versi in un’ipotesi di recidiva automatica, in cui il legislatore, come per il regime del 1930, opta per un aumento della pena *ex lege* ed *ope legis*¹⁰. Tale interpretazione, come vedremo, è stata scongiurata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Altro effetto diretto concerne il bilanciamento: l’art. 69, comma 4, c.p. sottrae in parte la recidiva reiterata al giudizio di bilanciamento, inibendone la prevalenza sulle eventuali concorrenti attenuanti. Numerosi e stringenti sono poi i c.d. effetti indiretti, che investono una serie di istituti di diritto penale sostanziale, di diritto processuale e di diritto penitenziario.

⁶ F. Urban, *Sulla illegittimità costituzionale dell’applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 5.

⁷ R. Bartoli, *op. cit.*, 890.

⁸ F. Urban, *op. cit.*, 12.

⁹ A. Gaboardi, *Le sorti del cumulo giuridico in esito al bilanciamento della recidiva reiterata*, *Giur. It.*, 2016, 12, 2743.

¹⁰ R. Garofoli, *op. cit.*, 1113.

Tra gli istituti di diritto sostanziale, si annovera innanzitutto l'art. 62 *bis*: il legislatore ha infatti precluso, nei casi di recidiva reiterata, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p., di tener conto, ai fini della concessione delle circostanze attenuanti, dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma.

Ulteriore istituto è quello ex art. 81 c.p.: nei casi di reati continuato e di concorso formale la l. 251 del 2005 ha infatti stabilito che, per i soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata, "l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave".

La recidiva reiterata ha inoltre effetti anche sul calcolo del termine prescrizionale del reato¹¹. Essa infatti incide, innanzitutto, sul calcolo del termine minimo: dal momento che comporta un aumento di pena superiore ad un terzo, si configura quale circostanza ad effetto speciale¹², soggiacendo dunque alla previsione ex art. 157, comma 2, c.p. Ulteriore effetto si riverbera sul calcolo del termine massimo, prevedendo l'art. 161, comma 2, c.p., l'aumento fino a due terzi del tempo necessario a prescrivere, in presenza di atti interruttivi.

Altro effetto concerne la prescrizione della pena. L'art. 172, comma 7, c.p. inibisce l'estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo, nei confronti dei recidivi

reiterati (nonché dei recidivi aggravati), mentre l'art. 173 c.p. prevede, nei confronti degli stessi soggetti, il raddoppio del termine ai fini della prescrizione dell'arresto e dell'ammenda.

La recidiva reiterata e l'aggravata sono inoltre di ostacolo alla concessione dell'amnistia (art. 151, comma 5, c.p.) e dell'indulto (art. 174, comma 3, c.p.) e comportano altresì un innalzamento del tempo necessario per ottenere la riabilitazione (art. 179, comma 2, c.p.). Sul versante processuale, va segnalata la preclusione di cui all'art. 444, comma 2, c.p.p., a mente del quale la recidiva reiterata è di ostacolo al c.d. patteggiamento allargato.

Per quanto riguarda infine gli istituti che operano in sede di esecuzione, anzitutto la recidiva reiterata, nonché la monoaggravata e la pluriaggravata, comportano un innalzamento dei limiti di pena che il condannato deve aver scontato ai fini della concessione della liberazione condizionale (art. 176, comma 2, c.p.).

In secondo luogo, la riforma del 2005 ha previsto che la recidiva reiterata escluda o restringa l'ambito applicativo di alcuni istituti disciplinati dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Tuttavia, molte di queste disposizioni, al fine di decongestionare le carceri, sono state abrogate dall'art. 2 d.l. n. 78 del 2013, convertito con modificazioni in l. n. 94 del 2013. Sono tuttora in vigore le seguenti previsioni: l'ipotesi di detenzione domiciliare per chi ha compiuto i settanta anni di età non può essere applicata a chi è stato condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p. (art. 47-*ter* ord. penit.), i permessi premio possono essere

¹¹ Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 2016, n. 50089, *CED Cass.*, 268214.

¹² Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2011, n. 20798, *CED Cass.*, 249664.

concessi al recidivo reiterato a seguito di un'espiazione della pena più lunga (art. 30-*quater* ord. penit.); vige il divieto di seconda concessione, al recidivo reiterato, dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà di cui all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, ord. penit.

LA RIFORMULAZIONE
GIURISPRUDENZIALE DEL REGIME DELLA
RECIDIVA REITERATA

La giurisprudenza di costituzionalità e di legittimità è intervenuta in plurime occasioni a censurare e a chiarire lo statuto della recidiva reiterata, offrendo innumerevoli spunti per una lettura costituzionalmente orientata.

Il primo e fondamentale nodo sciolto da entrambe le Corti attiene al meccanismo di applicazione dell'art. 99 comma 4 c.p. L'utilizzo ad opera del legislatore del 2005, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente "è", in luogo della voce verbale "può" (usata nei commi 1 e 2), aveva infatti sollevato il dubbio che si trattasse di un'ipotesi di recidiva obbligatoria, da riconoscere automaticamente in caso di condanna di un soggetto già recidivo.

La percorribilità di una simile via interpretativa è stata sbarrata innanzitutto dalla Corte Costituzionale. La Consulta ha infatti rigettato¹³ le plurime questioni di legittimità costituzionale sollevate per il presunto contrasto della recidiva reiterata con gli

artt. 3, 25 e 27 Cost., proprio in ragione del fatto che muovevano dall'erroneo assunto dell'obbligatorietà del suo riconoscimento. A detta dei giudici di costituzionalità, infatti, la "*formula normativa* - di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p. -*potrebbe essere letta anche nel diverso senso che l'indicativo presente "è" si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata - aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo - lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. A tale conclusione indurrebbe, segnatamente, la considerazione che la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata rappresentano mere "species" della figura generale delineata dal primo comma dell'art. 99 cod. pen.: il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella - indubbiamente facoltativa -ivi contemplata, limitandosi i commi successivi a derogare alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena.*"¹⁴

La Consulta ritiene dunque che l'imperatività del verbo "è", utilizzato al comma 4 dell'art. 99 c.p., si riferisca esclusivamente alla misura dell'aumento di pena (*quantum*), lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice (cui è correlato uno specifico obbligo

¹³ C. Cost., ord. 20 giugno 2007, n. 198; C. Cost., ord. 5 dicembre 2007, n. 409; C. Cost., ord. 12 marzo 2008, n. 90; C. Cost. ord. 06 maggio 2009, n. 171.

¹⁴ C. Cost., ord. 20 giugno 2007, 192.

motivazionale) di applicare o meno l'aumento stesso (*an*). In altri termini, la recidiva reiterata è sottratta a una graduazione discrezionale della pena: il giudice potrà o meno applicare l'aumento di pena, ma, laddove decida di riconoscere la recidiva (debitamente contestata dal PM, in ossequio al principio del contraddittorio)¹⁵, lo dovrà fare nella misura predeterminata dal legislatore¹⁶. Tale soluzione interpretativa è quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria. Il significato e la portata del suddetto potere discrezionale è stato chiarito dai giudici di legittimità, i quali, ribadendo che il riconoscimento del comma 4 dell'art. 99 c.p. rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma, hanno fissato una scansione ben precisa del relativo procedimento logico.

Il giudice deve, dapprima, verificare che ricorrano i presupposti formali e sostanziali della recidiva oggetto di contestazione: il requisito formale è dato dalla reiterazione dell'illecito dopo una o più condanne, mentre l'accertamento dell'elemento sostanziale si concretizza nel *“verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di*

*offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali”*¹⁷.

Se all'esito di tale procedimento valutativo, il giudice ritenga insussistente l'elemento sostanziale, deve escludere la recidiva, con conseguente inapplicabilità di tutti gli istituti connessi; in caso contrario, essa, accertata nei suoi presupposti, deve essere “ritenuta” dal giudice e conseguentemente “applicata”, determinando tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi (art. 69, comma 4, c.p., art. 81, comma 4, c.p.).

Anche su questi ultimi la giurisprudenza ha inciso sotto diversi profili.

Si rammentano innanzitutto le plurime declaratorie di illegittimità dell'art. 69 c.p. La Corte Costituzionale, senza negarne, in generale, la complessiva compatibilità costituzionale, ma verificando, caso per caso, se fosse giustificata la presunzione assoluta sottesa al divieto di prevalenza delle attenuanti, ha dichiarato la norma illegittima, laddove inibisce la prevalenza di alcune circostanze attenuanti speciali sulla recidiva reiterata; il riferimento è: all'attenuante

¹⁵ Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *CED Cass.*, 247838.

¹⁶ F. Urban, *op. cit.*, 7.

¹⁷ Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *CED Cass.*, 247838.

prevista (all'epoca) dal comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di stupefacenti¹⁸, all'attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p.¹⁹ e all'attenuante di cui all'art. 609-bis²⁰, terzo comma, c.p.

Filo conduttore di queste pronunce è la constatazione che il divieto di prevalenza delle suddette attenuanti sulla recidiva reiterata comporta la violazione del principio di proporzionalità e di uguaglianza, attesa la profonda diversità delle fattispecie circostanziate rispetto a quelle base, sotto il profilo di una minore offensività e delle conseguenti diverse cornici edittali. L'annullamento di tali differenze determina conseguenze manifestamente irragionevoli sul piano sanzionatorio e attribuisce alla risposta punitiva i connotati di una pena palesemente sproporzionata e quindi lesiva della finalità rieducativa della pena, nonché lesiva del principio di uguaglianza, perché fatti anche di minima entità vengono ad essere sanzionati con la stessa pena prevista per le ipotesi più gravi.

Sull'art. 69 c.p. è nuovamente intervenuta la Corte Costituzionale, con la recente sentenza del 24 febbraio 2016, n. 74, attraverso la quale è stato eliminato il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della collaborazione nell'ambito dei procedimenti per fatti di narcotraffico (art. 73, comma 7, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). La Corte spiega che *“la rigida presunzione di capacità a delinquere desunta dall'esistenza di una recidiva reiterata è inadeguata ad*

assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento. Mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali”.

La *ratio* è la medesima che ha condotto alla declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 62 bis, comma 2, c.p. nella parte in cui stabilisce che, ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato²¹.

(SEGUE) RECIDIVA REITERATA E CONTINUAZIONE

Diversi sono stati, infine, gli interventi della giurisprudenza, in particolare di legittimità, volti a chiarire il tenore e i criteri applicativi dell'art. 81, comma 4, c.p. e a dirimere le molteplici controversie interpretative²², sollecitate dall'infelice formulazione legislativa, caratterizzata da imprecisioni lessicali e contorsioni sintattiche, tali da attribuire al testo legislativo la *“chiarezza di un oracolo”*²³.

²¹ C. Cost., sent. 20 aprile 2011, n. 183.

²² Per una compiuta ricostruzione delle problematiche sottese a recidiva reiterata e continuazione, A.Gaboardi, *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene*, www.lalegislazionepenale.eu, 2016.

²³ T. Padovani, *Alcuni rilievi sul progetto ex-Cirielli*, in www.camerepenalonline.it; censurano la scadente tecnica legislativa del testo anche L. Bisori, *La nuova recidiva*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre*

Uno dei profili più controversi della disciplina ha riguardato l'individuazione dei soggetti cui applicare il regime più severo previsto dalla disposizione in esame. Il dubbio era se l'obbligatorio aumento di pena dovesse applicarsi a coloro già dichiarati recidivi con precedente sentenza di condanna passata in giudicato ovvero a coloro per i quali la circostanza ex art. 99 c.p. viene dichiarata nel medesimo giudizio e per i medesimi reati in continuazione o in concorso formale. La giurisprudenza ha optato per la prima soluzione. La Corte Costituzionale²⁴ ha infatti dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 81, comma 4, c.p., in quanto sollevata sull'erroneo assunto che la norma sarebbe applicabile al caso dell'imputato dichiarato recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione e ha dunque suggerito la diversa opzione che essa sia invece applicabile (solo) al caso dell'imputato che sia stato dichiarato recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva. Tale impostazione è stata ribadita a più riprese anche dalla giurisprudenza di legittimità²⁵.

Ulteriore dubbio interpretativo ha riguardato la quantificazione dell'aumento minimo previsto dall'art. 81, comma 4, c.p. Il richiamo al terzo della "pena stabilita per il reato più grave", preso alla lettera, depone per la

considerazione della sanzione astrattamente prevista dal legislatore, ma se così fosse, non sarebbe chiaro se il limite fisso di un terzo debba essere calcolato sul minimo o sul massimo edittale. Per ovviare a tale inconveniente si fa pertanto riferimento alla pena base determinata in concreto²⁶.

Altresì problematica è stata l'individuazione della pena cui applicare l'incremento: ci si è chiesti, cioè, se questo sia quello complessivo da calcolare sulla pena base o se, viceversa, corrisponda all'aumento di pena per ciascun reato satellite. La giurisprudenza²⁷ ha optato per la prima soluzione ricostruttiva, scongiurando il forte irrigidimento del trattamento sanzionatorio che sarebbe derivato dall'accoglimento della seconda.

I giudici di legittimità sono infine recentemente intervenuti, con sentenza del 23 giugno 2016, n. 31669, per dirimere un'ulteriore controversia interpretativa, portata all'attenzione delle Sezioni Unite. La questione posta concerneva il dubbio se il limite di aumento di pena di cui all'art. 81, comma 4, c.p., operi anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti. Le Sezioni Unite hanno risposto positivamente al quesito, con un'argomentazione che si riallaccia alla ricostruzione della recidiva offerta a

2005, n. 251, F. Giunta (a cura di), Milano, 2006, 73; L. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in Guida Dir., 2006, 1, 64.

²⁴ C. Cost., ord. 06 maggio 2009, n. 171.

²⁵ Cass., sez. I, 2 luglio 2009, n. 32625, *CED Cass.*, 244843; Cass., sez. I, 1 luglio 2010, n. 31735, *CED Cass.*, 248095; Cass., sez. I, 26 marzo 2013, n. 18773, *CED Cass.* 256011.

²⁶ A.Gaboardi, *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene*, www.lalegislazionepenale.eu, 2016, 29.

²⁷ Cass., sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5478, *CED Cass.*, 246116; Cass., sez. II, del 12 aprile 2016, n. 18092, *CED Cass.* 266850.

partire dalla sentenza Calibè²⁸. Ferma la facoltà del giudice di escludere la recidiva, con conseguente inapplicabilità degli effetti ad essa connessi, qualora invece la ritenga sussistente, essa, oltre che "accertata" nei presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), è anche "ritenuta" dal giudice ed "applicata". L'applicazione comporta l'effetto tipico di aggravamento della pena, apprezzabile anche nel caso in cui si limiti semplicemente a paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante; dalla stessa applicazione non possono non discendere, conseguentemente, tutti gli altri effetti indiretti ad essa correlati, ivi compreso il limite di aumento previsto per il cumulo giuridico.

Illustrati i criteri applicativi del meccanismo ex art. 81 comma 4 c.p., così come chiariti dalla giurisprudenza, merita da ultimo di essere analizzata la questione della sua legittimità costituzionale. La Consulta al riguardo si è espressa rigettando la questione con plurime ordinanze di inammissibilità, in quanto fondate su presupposti erronei. Si segnala, da ultimo, la recente ordinanza, 21 ottobre 2015, n. 241, con la quale si è ritenuta infondata la questione di costituzionalità sollevata, in quanto il giudice *a quo*, da un lato non specificava se la recidiva reiterata fosse già stata applicata con una precedente sentenza, dall'altro muoveva dall'assunto che il cumulo materiale cui fa riferimento il terzo comma

dell'art. 81 fosse da riferirsi alla pena massima edittale, in luogo di quella ritenuta adeguata alla fattispecie concreta.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di una possibile illegittimità costituzionale dell'art. 81 comma 4, chiarendo che l'aumento ivi previsto *"trova la sua giustificazione nella sostanziale diversità delle situazioni regolate, avendo il legislatore facoltà di comminare le pene con aumenti differenziati in misura precostituita in ragione della minore o maggiore proclività a delinquere del reo, quest'ultima espressa dalla recidiva reiterata, ed è del tutto ragionevole oltre che conforme al principio dell'emenda di cui all'art. 27 Cost., considerato che una pena non commisurata adeguatamente al valore dell'illecito, identificato anche in base alla propensione a delinquere che il reo esprime, sarebbe frustranea rispetto alla rieducazione del condannato"*²⁹.

Non mancano al riguardo posizioni critiche della dottrina³⁰, che evidenziano che la presunzione assoluta contenuta nell'art. 81 comma 4 rischia di collidere con i principi di eguaglianza, colpevolezza e finalismo rieducativo, auspicando un futuro

²⁸ Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *CED Cass.*, 247838.

²⁹ Cass., sez. V, 9 aprile 2008, n. 30630, *CED Cass.*, 240445. Recentemente la posizione di chiusura rispetto a questioni di costituzionalità della previsione in quanto tale è stata ribadita anche da Cass., sez. II, del 12 aprile 2016, n. 18092, *CED Cass.* 266850, massimata sotto diverso aspetto.

³⁰ A. Gaboardi, *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene*, www.la legislazione penale.eu, 2016, 29.

intervento nel merito da parte del Giudice delle leggi.

PROFILO IRRISOLTO: RECIDIVA REITERATA E IRRILEVANZA DELLA PRECEDENTE DICHIARAZIONE

GIUDIZIALE DELLA RECIDIVA SEMPLICE
L'intervento giurisprudenziale di riscrittura e chiarimento del controverso istituto della recidiva reiterata, come formulata dalla riforma del 2005, è senza dubbio ammirevole sotto molteplici aspetti. Rimane però, ad avviso di chi scrive, un punto fortemente controverso, sul quale l'interpretazione dei giudici di legittimità si pone in controtendenza rispetto all'orientamento dagli stessi seguito in tema di facoltatività della recidiva.

Si allude all'interpretazione della locuzione "se il recidivo commette un altro delitto non colposo", di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p. Secondo l'orientamento prevalente la formula va intesa nel senso che è sufficiente la mera verifica di più sentenze di condanna, senza necessità di un formale riconoscimento precedente della recidiva "primaria", in quanto "la circostanza che l'art. 99 nel prevedere l'aumento di pena per effetto della recidiva reiterata, faccia riferimento al recidivo che commette un altro reato, non suffraga la tesi secondo cui in tanto la recidiva reiterata può essere contestata in quanto in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice. Infatti, dalla lettura della norma emerge evidente che il termine "recidivo" è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel primo comma

dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata"³¹.

I giudici di legittimità pertanto sostengono che la recidiva reiterata possa essere contestata e ritenuta, dal giudice di cognizione (non anche dal giudice di esecuzione), sulla base dei precedenti penali, anche in assenza di previa dichiarazione di recidiva³².

Tale impostazione, spesso trascurata e sulla quale dovrebbe essere posta grande attenzione, si pone in forte collisione con i fondamentali principi affermati dalla stessa giurisprudenza di legittimità, nelle diverse pronunce in cui hanno chiarito la portata della facoltatività del riconoscimento della recidiva.

Come suesposto, le Sezioni Unite hanno affermato che "la recidiva è una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo status e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale" (...) "La piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante comporta che essa sia produttiva di effetti unicamente se il giudice ne accerti i requisiti costitutivi e la dichiari, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna (presupposto che, nel caso di recidiva

³¹ Cass., sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288, CED Cass., 241598.

³² Cass., sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701, CED Cass., 247089; Cass., sez. V, 13 giugno 2014, n. 47072, CED Cass., 261308.

obbligatoria, è necessario e sufficiente), ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo, da accertarsi discrezionalmente”.

Pertanto deve considerarsi consacrato *“il superamento della concezione della recidiva come mero status desumibile dal certificato penale”.*

Da tali argomentazioni, si deduce che recidivo non è colui che avendo riportato un’iniziale condanna per delitto non colposo, ne commetta un altro, bensì il soggetto rispetto al quale vi sia stato l'accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale.

Ne consegue, con specifico riferimento alla recidiva reiterata, che essa non può essere correttamente contestata e legittimamente riconosciuta nei confronti di chi non è mai stato dichiarato recidivo: non basta lo *status* quale risultante dal certificato penale, per potersi parlare di soggetto recidivo. Ciò è quanto esige l'art. 99, comma, 4 c.p. come condivisibilmente interpretato dalle Sezioni Unite.

Del resto, la stessa Corte di Cassazione, in una precedente pronuncia³³, asseriva che *“è difficilmente spiegabile come da una recidiva esclusa nella competente istanza (potrà) in un ulteriore episodio*

giudiziale scaturire una contestazione di recidiva reiterata”.

Tale ultima impostazione, in contrasto con il suesposto orientamento prevalente, è avallata da alcuni giudici di merito. Si segnalano al riguardo la sentenza della Corte di appello di Ancona, 22 ottobre 2013, n. 3381 e la sentenza del Tribunale di Pesaro, 14 settembre 2016, n. 669.

La prima pronuncia illustra efficacemente le incongruenze dell'orientamento prevalente rispetto agli sviluppi interpretativi dell'art. 99 c. 4 c.p.

Si è *“osservato che il giudice, per riconoscere ed applicare la recidiva contestata deve effettuare la ricordata, pregnante valutazione con riferimento al caso concreto.*

Ebbene, se nel certificato dell'imputato risulta più condanne senza alcun riferimento alla aggravante della recidiva deve ritenersi che i giudici che si sono pronunziati (dopo la prima condanna), l'hanno esclusa, valutando insussistente il presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo. Capovolgere tale valutazione in occasione di successive affermazioni di penale responsabilità (e cioè ritenere recidivo, nei sensi di cui sopra, un soggetto che nessun giudice ha ritenuto di qualificare tale) oltre ad apparire arbitrario (in difetto di elementi valutativi idonei a sostituire la valutazione effettuata dal primo giudice causa cognita), appare una violazione contra reum del giudicato formatosi sul punto”.

A tale rilievo, può aggiungersi che una recidiva non dichiarata in una

³³ Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750, *CED Cass.* 236412.

precedente condanna, potrebbe, per ipotesi, non essere stata neanche contestata dal PM nel relativo giudizio. Se così fosse, il riconoscimento *a posteriori* della stessa, da parte del giudice che dichiara la recidiva reiterata, si porrebbe in contrasto con il principio del contraddittorio: infatti, la recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, per poter essere riconosciuta dal giudice, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio³⁴.

CONCLUSIONI

Dalla disamina fin qui compiuta, emerge come fondamentali siano stati gli approdi della giurisprudenza per una riscrittura, costituzionalmente orientata, del regime della recidiva reiterata. L'opera di *restyling* non può ancora dirsi perfetta, attesa la permanenza di alcuni discutibili automatismi sanzionatori (artt. 69 e 81, comma 4, c.p.), fondati su presunzioni assolute di maggiore pericolosità, spesso non suffragate da dati empirici. A destare maggiori perplessità in chi scrive, però, non è tanto l'incompiuta eliminazione di tali meccanismi, che dovrebbe forse avvenire nella sede naturale delle aule parlamentari, piuttosto che in quelle giudiziarie, quanto l'incongruente impostazione che considera irrilevante la sussistenza di una precedente dichiarazione giudiziale di recidiva, ai fini del riconoscimento di quella reiterata. Per le ragioni sopra ampiamente esposte,

tale interpretazione mostra tutta la sua incoerenza rispetto all'arduo ed ampio lavoro ermeneutico compiuto dai giudici. La questione merita indubbiamente maggiore attenzione e cautela: atteso il rigore del regime connesso alla recidiva reiterata, la sua dichiarazione non può essere svincolata da un precedente riconoscimento giudiziale di una recidiva semplice, che si pone quale indefettibile antecedente logico, nella prospettiva di un'effettiva discrezionalità del giudice e di abbandono di censurabili automatismi sanzionatori. Non può, dunque, non auspicarsi un ripensamento della giurisprudenza di legittimità.

³⁴ Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *CED Cass.*, 247838.