

**RECIDIVA REITERATA E PREGRESSO STATUS DEL RECIDIVO:
LA CASSAZIONE SI AVVICINA ALLA “CHIUSURA DEL CERCHIO”**

Riflessioni a margine di [Cass., Sez. II, sent. 26 novembre 2020 \(dep. 22 dicembre 2020\), n. 37063, Pres. Cammino, Rel. Messini D’Agostini, ric. K.S.](#)

di Alessandro Melchionda

La Cassazione fornisce una nuova soluzione interpretativa al problema del controverso rapporto tra la disciplina della “recidiva reiterata” ed il peggioramento riconoscimento dello status di recidivo, limitandone lo spazio di applicabilità ai soli casi di nuovo reato commesso dopo il passaggio “in giudicato” di precedente condanna definitiva. La decisione rappresenta un ulteriore ed importante avvicinamento alla diversa soluzione accolta dalla dottrina prevalente, ma lascia aperti i margini di un contrasto interpretativo, che ancora condiziona il completo e più coerente inquadramento sistematico della “nuova recidiva” nata con la riforma dell’anno 2005.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il dubbio interpretativo sul rapporto tra “recidiva reiterata” ed il peggioramento accertamento di altra ipotesi di recidiva. – 2. Lo “stato dell’arte” precedente alla riforma dell’anno 2005. – 3. Le caratteristiche di fondo della “nuova recidiva” introdotta con la legge n. 251/2005 nelle prime interpretazioni della dottrina. – 4 La “nuova recidiva” nell’interpretazione della giurisprudenza: i tratti essenziali del progressivo abbandono delle passate posizioni. – 5. I residui termini del contrasto circa il rapporto tra “recidiva reiterata” ed il peggioramento riconoscimento dello status di recidivo. – 6. La nuova risposta fornita dalla Cassazione: la “recidiva reiterata” presuppone la commissione di un illecito successivo ad una precedente condanna definitiva. – 7. La ribadita rilevanza del peggioramento status (sostanziale) di recidivo per l’integrazione della “recidiva reiterata”. – 8. Considerazioni conclusive. La “riscoperta” rilevanza della recidiva agli effetti della procedibilità d’ufficio quale nuovo spazio di problematicità interpretativa.

1. Premessa. Il dubbio interpretativo sul rapporto tra “recidiva reiterata” ed il peggioramento accertamento di altra ipotesi di recidiva.

La riforma della disciplina sulla recidiva emanata con legge 5 dicembre 2005 n. 151 ha, come è noto, dato avvio ad un percorso di profonda revisione interpretativa, sia rispetto agli orientamenti consolidatisi nella vigenza della precedente disciplina

generale, sia, ovviamente, con riguardo a quanto ha contrassegnato il nuovo testo dell'art. 99 c.p.¹.

A distanza di quindici anni dall'entrata in vigore di quella riforma la Cassazione prende oggi nuova posizione su di una questione apparentemente marginale, ma di notevole incidenza pratica nella quotidiana applicazione dell'istituto. Ed è questione rilevante anche perché, per certi versi, rappresenta ancora il punto di più evidente divergenza interpretativa rispetto ad un quadro di profonda rivisitazione dell'istituto, che fu subito prospettato in dottrina sin dai primi commenti alla riforma del 2005.

Il passaggio è importante e si incentra sulla disciplina della c.d. "recidiva reiterata", così come fissata al quarto comma dell'art. 99 c.p., laddove si stabilisce che: «*Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi*». Nella specie, il problema di fondo attiene al significato che appare corretto riconoscere all'espressione "recidivo" che il legislatore ha inserito in questa disposizione: ci si chiede, cioè, se i maggiori aumenti di pena previsti dal quarto comma dell'art. 99 c.p. per il c.d. "recidivo reiterato" possano essere applicati rispetto a chiunque abbia già commesso almeno due reati, oppure solo nei confronti di chi sia già stato riconosciuto quale "recidivo" (ovvero abbia già avuto modo di vedere applicati i relativi effetti aggravanti) in occasione di una precedente sentenza di condanna.

Con la recente sentenza, che offre lo spunto per le presenti considerazioni², la Cassazione opta per una soluzione in parte diversa ed afferma che: «È preclusa l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata (art. 99 c.p., comma 4) nel caso in cui in un precedente processo non sia mai stata applicata la recidiva (semplice, aggravata o pluriaggravata) in quanto mancava il presupposto formale costituito dall'antiorità della data di irrevocabilità della precedente sentenza rispetto a quella di commissione del nuovo fatto».

Rispetto alle diverse alternative sopra indicate, il principio in diritto così affermato si pone, quindi, in posizione intermedia e necessita certamente di essere meglio chiarito. Sul piano pratico rappresenta, infatti, soluzione che, oltre a risultare sicuramente innovativa rispetto agli orientamenti precedenti, trova riscontro nell'ambito di una decisione che, pur lasciando spazio a qualche esplicito segnale di maggiore apertura per la diversa conclusione ritenuta più coerente e fondata in ambito dottrinale, si mantiene ancora su posizione distinta da quest'ultima.

Questa nuova soluzione merita, allora, di essere meglio approfondita, proprio perché, come detto, al di là della apparente limitatezza del dubbio interpretativo, richiama l'attenzione su di una questione senz'altro rilevante, sia per le innegabili differenze applicative che conseguono rispetto a tutte le soluzioni precedentemente affermate, sia perché consente in concreto di riapprezzare, con ancora maggiore

¹ Lo studio di questa riforma ha formato oggetto di numerosissimi contributi. Ferme le ulteriori indicazioni di seguito riportate, per un aggiornato quadro d'insieme rinviamo in generale al recente ed approfondito studio monografico di F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, 2020.

² V. Cass., Sez. II, sentenza 26 novembre 2020 (dep. 22 dicembre 2020), n. 37063, Pres. Cammino, Rel. Messini D'Agostini, ric. K.S.

evidenza, la profonda trasformazione dell'istituto, che si è determinata con gli esiti (in parte forse solo "preterintenzionali") della riforma legislativa del 2005.

2. Lo "stato dell'arte" precedente alla riforma dell'anno 2005.

Come è certamente noto a chiunque abbia avuto modo di seguire l'articolato sviluppo interpretativo che ha fatto seguito alla riforma introdotta con la legge 5 dicembre 2005 n. 151, le tappe di questo percorso possono essere scandite seguendo uno schema di sintesi, che necessita tuttavia di partire proprio dalle specifiche premesse che avevano contraddistinto l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi durante la vigenza della precedente disciplina.

Al momento dell'entrata in vigore della riforma del 2005, infatti, nell'interpretazione giurisprudenziale l'istituto della recidiva era caratterizzato da questi punti di fondo:

a) innanzi tutto, era fermo il riconoscimento della recidiva quale "circostanza del reato", con conseguente assoggettamento dell'istituto a tutte le regole previste per questa specifica categoria di elementi del reato e con la sola esclusione della sua rilevanza ai fini della eventuale modifica del regime di procedibilità del reato;

b) in quest'ottica, in particolare, si riconosceva trattarsi di "circostanza inerente alla persona del colpevole" (secondo la classificazione prevista dall'art. 70 c.p.) basata sulla sussistenza di due soli requisiti costitutivi, nella specie consistenti (I) nell'avvenuta pronuncia di una precedente sentenza condanna per un qualunque reato e (II) nella successiva condanna per la commissione di altro reato;

c) a seguito e per effetto della modifica normativa introdotta nell'anno 1974 alla originaria disciplina del 1930, si affermava, altresì, trattarsi di circostanza c.d. "facoltativa", nel senso che, ferma la sussistenza della recidiva in ragione dei due soli requisiti costitutivi sopra indicati, si riteneva rimessa alla libera discrezionalità del giudice la decisione in ordine alla applicabilità, o meno, dei relativi riflessi aggravanti;

d) si escludeva la necessità di una motivazione specifica in ordine a quest'ultimo profilo di discrezionalità;

e) ed infine si attribuiva una valenza meramente "dichiarativa", e non già "costitutiva", a tale riconoscimento giudiziale della recidiva: si riteneva, cioè, che, anche in assenza di qualunque connesso aggravamento della pena, la mera sussistenza dei due citati requisiti comportasse già l'automatico riconoscimento della recidiva (e dello *status* soggettivo di recidivo) anche ai fini di ogni altro effetto da ciò conseguente³.

Rispetto a questo quadro giurisprudenziale, la posizione della dottrina era in parte diversa e certamente più articolata⁴. Mantenendo un analogo modello illustrativo di stretta schematicità, i principali aspetti di differenziazione erano soprattutto due:

³ Per indicazioni specifiche su tutti questi punti fermi della giurisprudenza precedente alla riforma del 2005 v. le precise citazioni contenute in M. ROMANO, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 3^a ed., 2005, 89 ss.

⁴ Per un quadro generale del dibattito precedente alla riforma del 2005, v. per tutti E.M. AMBROSETTI, *Recidiva*

a) la qualificazione dell'istituto come "circostanza del reato" era, infatti, tendenzialmente condivisa dall'opinione maggioritaria, ma non mancavano voci anche autorevoli in disaccordo con tale classificazione⁵;

b) il più importante motivo di divergenza riguardava, tuttavia, proprio il segnalato riconoscimento del carattere meramente "facoltativo" degli effetti aggravanti, sia perché, così inteso, veniva giudicato espressione di uno spazio di vera e propria "sovranità giurisdizionale"⁶ in contrasto con lo stesso principio di legalità⁷, sia perché si riteneva più corretto interpretare quel margine di discrezionalità, non già quale forma di mero arbitrio indulgenziale, bensì quale indice di un ulteriore requisito sostanziale della recidiva: a questo riguardo si sosteneva, infatti, che la sussistenza di quest'ultima non fosse riducibile al mero riscontro di una sequela di condanne, ma fosse subordinata ad una più attenta verifica di quei presupposti di maggior colpevolezza, secondo alcuni⁸, o di maggior pericolosità, secondo altri⁹, che, se accertati in concreto dal giudice, obbligavano al riconoscimento della recidiva ed alla applicazione dei conseguenti riflessi aggravanti¹⁰; anche per questo, quindi, si tendeva ad attribuire una valenza "costitutiva", e non già meramente "dichiarativa", a tale riconoscimento giudiziale della recidiva, con parallela segnalazione dell'obbligo di puntuale motivazione che si riteneva imposto al giudice in ragione di tale specifico spazio di discrezionalità¹¹.

3. Le caratteristiche di fondo della "nuova recidiva" introdotta con la legge n. 251/2005 nelle prime interpretazioni della dottrina.

A fronte di questo iniziale "stato dell'arte", vista a distanza di tre lustri la riforma introdotta nel dicembre 2005 pare avere sortito un effetto singolare: da un lato, portando ad un esito interpretativo forse molto diverso da quello che aveva animato gli intenti legislativi sottesi a quest'ultima riforma; e, dall'altro, favorendo un progressivo e significativo riavvicinamento giurisprudenziale alle posizioni della dottrina prevalente.

Perno della nuova disciplina è stata, ovviamente, la riformulazione del testo dell'art. 99 c.p., così come introdotto dall'art. 4 della legge n. 251/2005, che ha portato

e *recidivismo*, Padova, 1997, 1 ss. e, più di recente, F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 29 ss.

⁵ Per tutti v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, 4^a ed., 2001, 678 (con opinione mantenuta anche in seguito: v. 10^a ed., 2017, 641).

⁶ Questa la nota definizione di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 336.

⁷ Sugli argomenti che, a nostro parere, fondavano questa tesi ci permettiamo rinviare a quanto già precisato in A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 72 ss.

⁸ V. ad esempio M. ROMANO, *Commentario*, cit., 91.

⁹ V. ad esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 4^a ed., 2001, 678 (e ora 10^a ed., 2017, 641).

¹⁰ Fondamentale, in questa linea di pensiero, fu certamente l'iniziale presa di posizione di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303. Per ulteriori riferimenti v. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 1 ss.; P. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 365; e più di recente F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 53 ss.

¹¹ V. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 91.

all'immediato riconoscimento di alcune evidenti innovazioni. In massima sintesi, i riflessi più rilevanti furono subito colti:

1) nella previsione di una modifica dello stesso ambito di rilevanza della recidiva, in precedenza esteso alla considerazione di qualunque "reato" ed oggi circoscritto alla solo sfera dei "delitti non colposi";

2) nel parziale ritorno al regime originario del codice del 1930, mediante la reintroduzione di casi di "obbligatorietà" del riconoscimento della recidiva;

3) nella fissazione di un innalzamento e/o di un irrigidimento di alcuni degli effetti correlati alle varie tipologie di recidiva, sia sul piano del *quantum* dei relativi aumenti di pena, sia con riguardo ad altri riflessi collaterali, in concreto riferiti alla applicazione delle circostanze attenuanti generiche, al c.d. bilanciamento delle circostanze, alla disciplina in tema di reato continuato e di prescrizione, nonché ad altri effetti nel settore della esecuzione della pena¹².

A parte il primo dato di novità, in concreto ravvisabile quale unica variazione più favorevole della nuova disciplina¹³, nella prospettiva del legislatore dell'epoca la riforma era stata sicuramente pensata nella prospettiva di apportare un forte e drastico irrigidimento delle scelte di politica-criminale avverso il fenomeno del recidivismo. Così, in particolare, nell'illustrazione dell'originaria proposta di legge n. 2055 presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001 ed avente quale primo firmatario e relatore l'On. Edmondo Ciriell, fu espressamente sottolineato l'obiettivo di introdurre «nei casi di recidività del reo un inasprimento del regime della pena e della concessione di misure alternative e di benefici, come richiesto dalla pubblica opinione e in conformità a quanto tutti gli schieramenti politici hanno promesso in campagna elettorale»¹⁴.

In linea con questa esplicita rappresentazione della "*voluntas legislatoris*" una autorevole parte della dottrina prospettò subito una lettura più drastica e rigida delle nuove disposizioni, riconoscendo effetti obbligatori ed automatici in tutti i casi di recidiva diversi da quella c.d. semplice¹⁵.

¹² Per un quadro di massima di questi primi riscontri sia qui consentito rinviare al commento della nuova disciplina che pubblicammo nel gennaio 2006, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma: v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss.

¹³ Per le immediate ragioni di critica a questa delimitazione, pur più favorevole rispetto alla disciplina precedente, v. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier mensile n. 1, 33; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier mensile n. 1, 62.

¹⁴ Durante i lavori avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la discussione su questo progetto di legge fu estesa anche all'esame di altro precedente progetto (n. 1400 presentato il 24 luglio 2001 dall'On. Luciano Dussin ed altri, ed in seguito ritirato), nell'ambito del quale pure si proponeva un deciso inasprimento della disciplina della recidiva. All'epoca, sui profili "politico-criminali" delle iniziali scelte in tema di recidiva, v. le osservazioni di S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre volte e sei fuori"?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2006, 79 ss.; v. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 515 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 15 ss.

¹⁵ Per questa prima impostazione v. soprattutto T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit. 32, secondo il quale, a parte la specifica ipotesi del nuovo quinto comma dell'art. 99 c.p., «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella monoaggravata». Opinione

Alla luce del quadro emergente dal pregresso approfondimento dottrinale e di quanto concretamente apprezzabile in relazione ad alcuni aspetti specifici della nuova normativa, apparve tuttavia possibile proporre una soluzione interpretativa profondamente diversa. Secondo questa più specifica linea interpretativa, il punto saliente del nuovo quadro normativo è stato colto proprio in quel profilo di discrezionalità, che connota la disciplina di base della recidiva, laddove, per l'appunto, il legislatore attribuisce al giudice il "potere di sottoporre" ad un aumento di un terzo della pena «*chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro*»¹⁶.

Muovendo da una rinnovata valorizzazione di questo primo elemento di fondo è stato, quindi, nuovamente precisato che, anche per ragioni di necessaria conformità ai principi costituzionali (ed in specie, al principio di riserva di legge e di tassatività), il riconoscimento di quel "potere" non può essere inteso quale spazio di mera facoltatività indulgenziale, ma "deve" essere interpretato quale riferimento ad un "dovere" del giudice di procedere ad un vaglio discrezionale direttamente incentrato sull'accertamento, in concreto, di quanto possa dirsi posto a fondamento sostanziale dell'aggravamento di pena che viene previsto nei confronti del recidivo e con parallelo obbligo del giudice di dare contezza del proprio giudizio nella motivazione della sentenza. Ferma, quindi, la ribadita possibilità, a questo riguardo, di fare riferimento concreto ad indici esplicativi di una maggiore pericolosità, o di una maggiore colpevolezza, che il giudice è chiamato a verificare nella commissione del nuovo reato da parte del reo, si è ulteriormente confermato il diverso quadro strutturale che, su queste basi, viene così a legittimare il riconoscimento della recidiva: nella specie, in particolare, si è perciò ritenuto trattarsi di circostanza aggravante, che risulta fondata, non già sui due soli requisiti costitutivi, consistenti (I) nell'avvenuta pronuncia di una precedente sentenza condanna per un delitto non colposo e (II) nella successiva condanna per altro delitto non colposo, bensì anche (III) su di un *quis pluris* di maggiore colpevolezza e/o pericolosità, che spetta al giudice verificare nel caso concreto, attraverso quel vaglio discrezionale che viene espressamente stabilito al primo comma dell'art. 99 c.p., laddove, per l'appunto, il legislatore precisa la generica "possibilità" del previsto aumento di pena.

Sulla base di questa premessa di fondo si è così ritenuto di poter fornire risposta coerente e razionale anche a tutti gli ulteriori problemi interpretativi, che sono stati colti nella nuova formulazione dell'art. 99 c.p. In particolare:

a) innanzi tutto, è stata confermata la correttezza della classificazione di questa aggravante quale circostanza del reato inerente alla persona del colpevole;

analogia fu espressa anche da G.M. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, *ibid.*, 47. Nel senso di una "obbligatorietà" anche della recidiva reiterata v. D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. & Giust.*, 2005, fasc. n. 46, 105. A favore di una rigidità dei soli aumenti di pena v. invece L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità*, *cit.*, 62. e A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, *ibid.*, 40.

¹⁶ Per le ragioni poste a fondamento di questa diversa possibilità di interpretazione, nonché per maggiore dettaglio dei riflessi di seguito indicati, ci permettiamo di rinviare a quanto all'epoca precisato in A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, *cit.* 178 ss.

b) a fronte della segnalata valenza “costitutiva” del vaglio discrezionale rimesso al giudice, è stato poi rimarcato il triplice requisito strutturale della recidiva, così direttamente ancorato, sul piano formale, all’esistenza di un precedente giudiziale per “delitto non colposo” seguito da un nuovo analogo giudizio di responsabilità e, sul piano sostanziale, all’accertamento giudiziale, in concreto, di un *quid pluris* di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo;

c) in forza del rapporto di genere a specie sussistente tra l’ipotesi base della c.d. “recidiva semplice” e tutte le ulteriori varianti previste dall’art. 99 c.p., è stata poi posta in evidenza la possibilità di riconoscere una identica valenza costitutiva di questo giudizio di accertamento discrezionale anche in relazione a tutte queste ultime figure “speciali” di recidiva, con l’ulteriore peculiarità apprezzabile nell’ipotesi di cui all’originario quinto comma, nella quale, per l’appunto, proprio l’espressa puntualizzazione legislativa di un riflesso aggravante di stretta “obbligatorietà” (e quindi, ad effetto “automatico”) rendeva manifesta la portata meramente presuntiva assunta in questo caso dal segnalato requisito di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo.

Parallelamente, questo quadro d’insieme ha altresì consentito di trovare più razionale e coerente soluzione anche con riguardo ai molteplici riflessi sistematici introdotti in tema di recidiva dalla riforma del 2005. E così, sia nel caso degli effetti previsti in tema di “attenuanti generiche”, sia con riguardo alla mutata disciplina del c.d. “bilanciamento” delle circostanze concorrenti eterogenee, sia in relazione agli effetti della recidiva sul calcolo della pena nel “reato continuato”, all’incidenza sulla prescrizione ed a tutti gli ulteriori riflessi previsti sul piano di vari istituti riferiti alla fase esecutiva della pena, è stata ulteriormente acclarata la necessità di subordinare e condizionare anche tutti questi effetti e riflessi, non già al semplice riscontro “formale” di una o più precedenti condanne per delitto non colposo, ma alla diretta verifica discrezionale del dato costitutivo sostanziale della recidiva: vale a dire, alla verifica giudiziale del già menzionato requisito di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo che il giudice “deve” accertare in concreto tenendo conto di una valutazione complessiva di quanto portato a sua conoscenza dal nesso tra il nuovo (o comunque l’ultimo) reato commesso dal reo ed il precedente caso (od i precedenti casi) di condanna per delitto non colposo.

Conseguenza logica e coerente di queste premesse interpretative è stato, pertanto, anche il riconoscimento di una valenza sostanzialmente “costitutiva” dell’accertamento giudiziale della recidiva anche con riguardo allo stesso *status* soggettivo di “recidivo”, atteso che, come detto, solo a seguito di esito positivo della verifica discrezionale operata dal giudice è apparso corretto qualificare come “recidivo” il soggetto concretamente giudicato.

Il quadro dei problemi interpretativi suscitati dalla nuova disciplina sulla recidiva introdotta nel 2005 è certamente più ampio ed articolato di quanto non sia stato possibile rappresentare con questo veloce schema di sintesi.

Ulteriori dubbi sono stati, infatti, apprezzati anche nella determinazione quantitativa degli stessi aumenti di pena, sia in relazione ai casi c.d. di “recidiva aggravata” (o “speciale, o “qualificata”) di cui al secondo comma dell’art. 99 c.p. (e,

quindi, con riguardo ai c.d. casi di “recidiva specifica”, “infraquinquennale”, “aggravata vera” ed “aggravata finta”), sia con riferimento all’ipotesi della c.d. “recidiva pluriaggravata” e della stessa “recidiva reiterata”. E così, ancora, particolarmente dubbia e controversa è subito apparsa anche la formulazione della nuova disciplina in tema di “reato continuato”, laddove la determinazione di un aumento minimo ed obbligatorio, pari ad un terzo della pena stabilita dal giudice per il reato più grave, risulta prevista per i casi nei quali i reati in concorso siano commessi da «soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall’articolo 99, quarto comma»¹⁷.

Senza indugiare oltre anche su questi aspetti, su alcuni dei quali, peraltro, sarà comunque necessario ritornare, è sicuramente opportuno ricordare che, nel contempo, questa diversa ricostruzione interpretativa della nuova disciplina ha anche consentito di denunciare subito alcuni evidenti profili di conseguente illegittimità costituzionale, che si ritenne di cogliere alla base dell’ipotesi prevista al quinto comma dell’art. 99 c.p., l’unica così riconosciuta come caratterizzata da un regime di vera e propria “automaticità” (più che di “obbligatorietà”) di effetti aggravanti: apparve subito chiaro, infatti, che, a fronte della rilevata integrazione e sussistenza della recidiva solo in presenza di un connotato soggettivo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo che spetta al giudice verificare nel caso concreto, l’automatismo di effetti aggravanti legislativamente imposto per tale specifica ipotesi di recidiva si traduceva, di fatto, in una sorta di mera presunzione di questi requisiti concreti¹⁸. E proprio per questa ragione si ebbe così motivo di formulare la seguente considerazione: «Nel ridare vita a riflessi obbligatori della recidiva il legislatore italiano ripropone, tuttavia, anche una sorta di ritorno a vere e proprie forme di tipologie soggettive di autore valorizzate in chiave presuntiva. E se da un lato è vero che, anche di recente, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di attribuire peso ai precedenti penali negativi del recidivo al fine, ad esempio, di stabilire preclusioni da eventuali benefici od istituti di maggior favore¹⁹, è però anche vero che più volte i Giudici della Consulta hanno ribadito l’assoluta illegittimità di ogni reazione sanzionatoria diretta, che risulti essere fondata solo su presunzioni *juris et de jure* di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità. Ed in questo quadro di contrasti e di opinioni divergenti, ci è ancora di conforto e di guida l’insegnamento di Franco Bricola: ogni reazione sanzionatoria che venga rigidamente ed obbligatoriamente basata su forme di tipologia soggettiva deve ritenersi in pieno contrasto con quell’esigenza di adeguamento della pena alla personalità del reo, che è sancita dall’art. 27 comma 3 Cost.»²⁰.

In quel momento, si trattava certamente di considerazioni di valore ancora relativo, in quanto sviluppate a pochi giorni dall’entrata in vigore di una disciplina

¹⁷ Per un quadro d’insieme di tutte le questioni emerse nel corso di questo dibattito, oltre a quanto già precisato nel nostro scritto innanzi citato, v. più ampiamente R. BARTOLI, *Recidiva*, in *Enc. del dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 890 ss.; G. CARUSO, *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg. IV, t. II, Torino, 2008, 1045 ss.; F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 157 ss.

¹⁸ Il punto fu efficacemente sottolineato anche da T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 34.

¹⁹ Il riferimento era a Corte cost., ordinanza 13 dicembre 2004, n. 421.

²⁰ A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit. 188, richiamando così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 359 s.

completamente rinnovata e foriera di tante incertezze. Nel corso successivo del dibattito dottrinale gli interventi e le argomentazioni a favore di questa lettura interpretativa hanno tuttavia continuato a registrare sempre più numerosi consensi ed è certo questa l'impostazione che, in seguito, è stata condivisa dall'opinione largamente prevalente²¹.

4. La “nuova recidiva” nell’interpretazione della giurisprudenza: i tratti essenziali del progressivo abbandono delle passate posizioni.

Come era inevitabile, i molteplici profili di novità della riforma del 2005 hanno subito posto la giurisprudenza di fronte alla necessità di prendere esplicita posizione su tutte le questioni sopra elencate.

Pur a fronte di una iniziale tendenza a riproporre soluzioni genericamente riaffermative del precedente quadro interpretativo, nel giro di un paio di anni ha preso avvio un percorso di radicale ripensamento ed innovazione, in concreto favorito anche dalle parallele prese di posizione che la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di esplicitare a seguito delle numerose eccezioni di illegittimità che furono sollevate da molti giudici, proprio traendo spunto dalle indicazioni interpretative fornite nei primi commenti dottrinali.

Il lasso di tempo che si è reso necessario per questo mutamento interpretativo è stato certamente collegato all'impossibilità di dare immediata applicazione retroattiva alle nuove norme più sfavorevoli previste dalla riforma del 2005. Non è quindi casuale, che le prime occasioni di applicazione diretta della nuova disciplina si registrarono in sede esecutiva, ambito all'epoca ancora ritenuto aperto al principio del “*tempus regit actum*”, con precipuo riferimento alle più rigide limitazioni previste nei confronti di soggetti “recidivi”. In questa fase iniziale, tuttavia, la Corte costituzionale riconobbe profili di illegittimità, che si fondarono soprattutto sulla violazione della funzione rieducativa della pena (ex art. 27, comma 3, Cost.) e non si pronunciò, pertanto, su aspetti più direttamente incentrati sulla interpretazione della nuova disciplina di base dell'istituto²². Ma già nei commenti a queste prime decisioni cominciava a prendere corpo la sensazione di un possibile cambio di prospettiva.

La svolta si registrò poco tempo dopo, ed in particolare a partire dall'anno 2007, allorquando, grazie anche ad alcuni nuovi interventi della Consulta, l'evoluzione giurisprudenziale seguita dalla Corte di Cassazione ha effettivamente portato ad un

²¹ Oltre a tutti i riferimenti di seguito indicati, per maggiore dettaglio su questa ormai diffusa impostazione, v. in generale R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1695 ss.; G. LEO, *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 173 ss.; V. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, 41 ss.; F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 182 ss.

²² V. Corte cost., ordinanza 4 luglio 2006, n. 257 (relativa all'art. 30 quater l. 26 luglio 1975 n. 354), in *Giur. cost.*, 2006, 2713 ss., con nota di G. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, e Corte cost., ordinanza 16 marzo 2007, n. 79 (relativa all'art. 58 quater l. 26 luglio 1975 n. 354), in *Giur. cost.*, 2007, 767 ss., con nota di C. CESARI, *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta nel perenne confronto tra rieducazione ed emergenza*.

progressivo e sempre più marcato allineamento all'impostazione dottrinale sopra ricordata.

Le tappe sono note e non necessitano di essere qui ripercorse e richiamate con dettaglio analitico²³.

Un primo importante segnale fu fornito da alcune iniziali sentenze della Cassazione, che per la prima volta si attestarono su posizioni favorevoli alla segnalata possibilità di rilettura interpretativa della nuova disciplina.

Perno fondamentale di queste decisioni fu certamente l'esplicito riconoscimento della centralità "costitutiva", che si ritenne corretto attribuire al giudizio discrezionale sulla sussistenza della recidiva: si riconobbe, così, che, in forza di questo requisito essenziale, l'accertamento della recidiva non può più dirsi rimesso ad una verifica meramente formale di precedenti condanne, ma si fonda su di una valutazione concreta di quegli indici di maggiore pericolosità sociale del reo in assenza dei quali non trova alcuna giustificazione e legittimazione la previsione legislativa di un effetto di aggravamento della pena²⁴.

Vista la maggiore rilevanza sistematica che l'ipotesi della "recidiva reiterata" ha assunto con la riforma del 2005, non è certo casuale il fatto che la condivisione di questi principi abbia trovato diretto e principale riscontro proprio con riguardo a questa specifica ipotesi di recidiva ed ai connessi riflessi in tema di "bilanciamento delle circostanze": in queste sentenze si è così riconosciuto che, «pur dopo la novella introdotta dalla l. n. 251 del 2005, la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., non determina obbligatoriamente l'aumento di pena, spettando al giudice verificare se essa sia in concreto indice di maggiore pericolosità sociale, con la conseguenza che, ove l'aumento di pena non sia operato, la recidiva reiterata non fa operare, nel giudizio di comparazione, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti»²⁵.

Degna di nota, sempre in questa prima fase, fu poi un'ulteriore importante decisione della stessa Corte costituzionale, anch'essa incentrata su di una questione relativa ai riflessi della "recidiva reiterata" sul piano del giudizio di "bilanciamento" delle circostanze, con la quale, pur senza prendere esplicita posizione sul dibattito più generale, fu dato atto della possibilità di seguire la soluzione così già accolta sia dalla dottrina, che da tali prime decisioni della Cassazione, quale interpretazione "costituzionalmente conforme" delle nuove disposizioni in tema di recidiva²⁶.

²³ Per un quadro d'insieme v. ancora R. BARTOLI, *Lettura funzionale*, cit., 1695 ss.; G. CARUSO, *Recidiva*, cit., 1045 ss.; F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 182 ss.

²⁴ Per la dovizia degli approfondimenti e delle argomentazioni sviluppate, primaria importanza fu colta, soprattutto, in due iniziali pronunce della Quarta Sezione della Corte di Cassazione: Cass, Sez. IV, 11 aprile 2007, n.16750, est. Novarese (a commento della quale v. G. MESSINA, *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell'"autore recidivo" rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 870 ss.; F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4097 ss.) e Cass., Sez. IV, 19 aprile 2007, n. 26412, est. Brusco, in *Cass. pen.*, 2008, 3721.

²⁵ Cass., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750.

²⁶ V. Corte cost., sentenza 14 giugno 2007, n. 192, in *Foro it.*, 2007, 12, I, 3357, con nota di A. TESAURO, e in *Guida dir.*, 2007, 26, 77, con nota di R. BRICCHETTI. A commento di questa decisione della Consulta v. altresì

Sulla base di questo assunto centrale, e con il fondamentale avallo della stessa Corte costituzionale, la giurisprudenza ha progressivamente rivisto e risolto molti altri dubbi interpretativi, dubbi che non hanno comunque mancato di dare luogo anche a forti contrasti, con conseguente intervento di plurime pronunce delle Sezioni Unite.

In questo senso notevole rilievo ha avuto nell'anno 2010 una importante pronuncia delle Sezioni Unite, con la quale è stato ulteriormente chiarito, che l'assenza di effetti della recidiva, laddove non concretamente accertata dal giudice, vale anche con riguardo ai limiti di ammissibilità del c.d. "patteggiamento allargato": si è così precisato che, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, la recidiva va obbligatoriamente contestata dalla pubblica accusa, ben potendo pertanto determinare un iniziale effetto preclusivo alla ammissibilità del "patteggiamento", ma perde automaticamente ogni effetto laddove il giudice, in seguito, non ne abbia rilevato la concreta sussistenza. E proprio in occasione di questa importante pronuncia delle Sezioni Unite è stato definitivamente affermato che, in presenza di una formale contestazione della circostanza aggravante della recidiva il giudice è tenuto a «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»²⁷.

Successivamente, principi analoghi sono quindi stati affermati anche in relazione ad altri riflessi: in particolare, con riguardo agli effetti sulla applicazione delle

F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 325 ss.; C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1861 ss.; A.M. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 68 ss.; R. VINCENTI, *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, 532 ss. Il precedente è importante e degno di particolare considerazione, anche perché la questione di legittimità costituzionale, che con grande sensibilità ed intelligenza fu sollevata in quella occasione (v. Trib. Ravenna, ordinanza 12 gennaio 2006, in *Giur. merito*, 2006, 1990 ss.), trovò fonte in una eccezione proposta dal medesimo magistrato (Piero Messini D'Agostini), all'epoca giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Ravenna, che è oggi estensore della sentenza che fornisce lo spunto per le presenti osservazioni

²⁷ Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2010, con nota di M. PANZARASA, [Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata](#); nonché in *Cass. pen.*, 2011, 2103 ss., con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*

circostanze attenuanti generiche²⁸, al giudizio di bilanciamento delle circostanze²⁹, agli effetti sulla prescrizione³⁰ e rispetto ad altre ricadute in tema di esecuzione della pena³¹.

Altro importante passaggio è stato poi quello relativo all'interpretazione del quinto comma dell'art. 99 c.p., vale a dire dell'unico caso di recidiva, in relazione al quale il legislatore ha fatto espressa menzione di riflessi "obbligatori". Come già visto, in effetti, sin dai primi commenti alla nuova riforma fu subito segnalato che, se considerata alla luce di lontane precisazioni di una autorevole dottrina³², la formula è tecnicamente inesatta, atteso che, anche nel caso di accertamento rimesso alla discrezionalità del giudice, laddove questo abbia esito positivo, i conseguenti effetti della recidiva sono comunque vincolanti ed obbligatori, salvo il solo caso di un possibile freno determinato dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti concorrenti. La precisazione rese quindi evidente che, dietro a tale inesattezza lessicale, si celava solo la previsione di una vera e propria presunzione *juris et de jure* della sussistenza della recidiva, con conseguente presunzione assoluta proprio di quegli indici di maggior pericolosità sociale che, in tutti gli altri casi, spetta al giudice verificare attraverso il vaglio del caso concretamente giudicato. Ed anche con riguardo a questa particolare ipotesi di recidiva, pur dopo alcune iniziali divergenze d'opinione, la Cassazione è giunta ad un ulteriore allineamento con quanto fu subito segnalato nei primi commenti alla nuova riforma, condividendo quei rilievi critici di conformità costituzionale, che hanno poi portato alla sentenza di illegittimità pronunciata dalla stessa Consulta nell'anno 2015³³.

Di notevole rilievo appare, infine, anche quanto affermato sull'onere di motivazione del giudizio relativo alla sussistenza della recidiva. Dopo un lungo periodo

²⁸ V. Corte cost., sentenza 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, 2375 ss., con nota di G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*. Su questa pronuncia v. anche G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità*, in *Arch. pen.*, 2011, 1 ss.

²⁹ Fondamentali sul punto anche ulteriori interventi della Consulta: in particolare Corte cost., sentenza 15 dicembre 2012, n. 251, sulla quale v. C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 4057 ss.; G. CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 6 ss.; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755 ss. V. anche Corte cost., sentenza 17 luglio 2017, n. 205, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 136 ss., con nota di G. LEO, [Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti](#). Nella giurisprudenza di legittimità v. altresì Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 16628.

³⁰ V. Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 16628. In argomento v. anche Cass., Sez. V, 13 luglio 2018, n. 45341, con la precisazione che, in caso di recidiva reiterata, il prolungamento del termine di prescrizione è sempre di due terzi, ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.

³¹ V. Cass., Sez. I, 1 marzo 2011, n. 36704, in relazione al divieto di sospensione dell'esecuzione della pena previsto dall'art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p. Nonché Corte cost., ordinanza 7 aprile 2016, n. 74 (in relazione ai limiti del giudizio di bilanciamento rispetto alla attenuante della collaborazione di cui all'art. 73, comma 7 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), sulla quale v. A. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora "privilegiato"?*, in *Giur. cost.*, 2016, 680 ss.

³² C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività*, cit., 303.

³³ V. Corte cost., sentenza 23 luglio 2015, n. 185, in *Cass. pen.*, 2016, 22 ss., con nota di D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciale di obligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*; a commento di questa importante pronuncia v. altresì M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1412 ss.

di resistenze e tentennamenti³⁴, la Cassazione ha infatti ulteriormente valorizzato l'importanza dell'accertamento discrezionale della recidiva, giungendo espressamente a riconoscere anche l'obbligo, per il giudice, di fornire puntuale ed adeguata motivazione delle ragioni che lo abbiano portato a dare applicazione del relativo aumento di pena³⁵.

Nel corso di questo processo di progressiva evoluzione interpretativa, la Cassazione ha fornito anche soluzioni innovative, che denotano segnali di piena consapevolezza del particolare fondamento così diversamente riconosciuto alla disciplina della recidiva. Questo è stato ben dimostrato in tempi recenti, allorché, dopo aver condiviso la necessità di tenere conto degli effetti della recidiva (nella specie considerati rispetto alla disciplina sulla continuazione) anche nel caso in cui la stessa sia stata giudicata in rapporto di equivalenza con altre attenuanti³⁶, con un'altra importante e ben motivata sentenza pronunciata dalla Sezioni Unite nell'anno 2018 si è giunti ad affermare, che l'esclusione di questi riflessi ulteriori della recidiva (in questo caso considerati con riguardo alla disciplina sulla interruzione della prescrizione) debba essere riconosciuta ogni qual volta la relativa applicazione non si traduca in un effettivo aumento di pena; e, quindi, anche quando la sussistenza della recidiva, pur discrezionalmente apprezzata e così concretamente accertata dal giudice, sia stata poi ritenuta "subvalente" ex art. 69 c.p. rispetto ad altre attenuanti³⁷.

5. I residui termini del contrasto circa il rapporto tra recidiva reiterata ed il progresso riconoscimento dello *status* di recidivo.

Come già precisato, il punto più esplicito di mantenuta differenza tra la segnalata impostazione dottrinale e la successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione attiene proprio alla disciplina della c.d. "recidiva reiterata" con riguardo alla necessità, o meno, che quest'ultima possa trovare riconoscimento solo nei confronti di soggetto che già abbia subito gli effetti conseguenti ad un precedente accertamento positivo della recidiva.

A fronte della espressa formulazione del quarto comma dell'art. 99 c.p., che per l'appunto circoscrive la possibilità di ravvisare gli estremi della "recidiva reiterata" solo

³⁴ Per l'assenza di obbligo di motivazione, v. Cass., Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923; Cass., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 711; Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 22038; Cass., Sez. II, 19 giugno 2012, n. 40218; Cass., Sez. II, 17 settembre 2015, n. 39743; Cass., Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass., Sez. VI, 27 aprile 2016, n. 20271; Cass., Sez. VI, 14 marzo 2018, n. 14937. Singolare la posizione di Cass., Sez. IV, 2 luglio 2009, n. 36915, che invece ha ritenuto doverosa la motivazione, ma solo in caso di esclusione della recidiva.

³⁵ V. Cass., Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass., Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 34670; Cass., Sez. V, 27 novembre 2017, n. 17914.

³⁶ In questo senso Cass. Sez. un., 23 giugno 2016, n. 31669.

³⁷ Cass. Sez. un., 25 ottobre 2018, n. 20808, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 84 ss., con nota di E.M. AMBROSETTI, *Le Sezioni Unite chiariscono il rapporto fra l'accertamento della recidiva e i suoi effetti. A commento di questa sentenza v. anche E. MATTEVI, Il riconoscimento della recidiva e i suoi effetti: opportune precisazioni delle Sezioni Unite e nuove aperture*, in *Giur. it.*, 2020, 671. ss.

nei confronti del “recidivo”, già nei primi commenti alla riforma del 2005 fu subito ritenuto coerente con il dettato legislativo ancorare la sussistenza della “recidiva reiterata” ad una pregressa affermazione dello *status* di recidivo³⁸.

Conclusione radicalmente difforme è stata, invece, affermata dalla giurisprudenza, che per lunga data ha sempre recisamente escluso tale lettura interpretativa, così ribadendo che: «La recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice»³⁹.

Alla base di questa impostazione era certamente riconoscibile il richiamo di un passato orientamento, che già prima della riforma dell’anno 2005 riteneva che il termine “recidivo” contenuto nella disposizione in tema di “recidiva reiterata” dovesse considerarsi usato dal legislatore solo «per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata»⁴⁰. Appoggiandosi a questa passata puntualizzazione, anche la giurisprudenza successiva all’entrata in vigore della legge n. 251/2005 ha così ribadito l’irrelevanza, rispetto al riconoscimento della “recidiva reiterata”, di un pregresso riconoscimento giudiziale della “recidiva semplice”⁴¹.

Principi del tutto identici sono stati, invero, affermati dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione anche in occasione di quella importante pronuncia dell’anno 2010, che pure aveva escluso la possibilità di fondare l’accertamento della recidiva sul mero riscontro formale di uno o più precedenti penali e che, al contrario, aveva definitivamente dato atto della necessità di ancorare la sussistenza della recidiva all’esito positivo di quel giudizio discrezionale, mediante il quale il legislatore ha rimesso al giudice l’onere di procedere ad un vaglio del caso concreto alla ricerca di elementi che consentano di apprezzare nella reiterazione dell’illecito un effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità. Ciò non ostante, in questa stessa sentenza fu riaffermato che la presenza della espressione “recidivo” nella disposizione che fissa la disciplina della “recidiva reiterata” «non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa “dichiarazione” giudiziale della recidiva»; al riguardo si è anzi aggiunto che trattasi di circostanza aggravante che «può solo essere “ritenuta” ed “applicata” per i reati in relazione ai quali è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un’apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»⁴².

³⁸ V. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., 182.

³⁹ V. Cass., Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701. Nello stesso senso Cass., Sez. II, 6 maggio 2003, n. 24023; Cass., Sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288; Cass., Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 31546; Cass., Sez. I, 8 ottobre 2009, n. 40605; Cass., Sez. II, 5 luglio 2012, n. 30445; Cass., Sez. II, 5 marzo 2019 n. 21451.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 20 maggio 1993, n. 624; Cass., Sez. I, 6 maggio 2003, n. 24023.

⁴¹ Cass., Sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288; Cass., Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701.

⁴² V. ancora Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

6. La nuova risposta fornita dalla Cassazione: la recidiva reiterata presuppone la commissione di un illecito successivo ad una precedente condanna definitiva.

Come accennato, la questione è stata oggi riesaminata da una nuova interessante sentenza, con la quale la Corte ha puntualmente ripercorso i punti essenziali del dibattito⁴³.

L'esigenza di una rinnovata valutazione della problematica è stata certamente favorita anche dal rilevato riscontro di alcune difformi pronunce, già emerse nel quadro della giurisprudenza di merito, con le quali si è giunti a conclusioni diverse da quelle da sempre affermate in sede di legittimità. Così, in particolare, degna di espressa menzione è apparsa una precipua pronuncia della Corte di Appello di Ancona, con la quale è stato osservato che, «se nel certificato dell'imputato risultano 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». Si è quindi coerentemente concluso affermando, che «la recidiva non individua una situazione che attiene allo *status* soggettivo dell'imputato; recidivo non è colui che avendo riportato una iniziale condanna per delitto non colposo commetta altro delitto non colposo, ma solo colui rispetto al quale vi sia stato l'accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il reato commesso 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 che, per contestare la recidiva reiterata, che presuppone la qualità di recidivo, è necessario che in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice»⁴⁴.

Pur manifestando positiva sensibilità per le ragioni così poste a fondamento di quest'ultima decisione (ragioni di fatto corrispondenti a quelle prospettate dalla stessa dottrina favorevole a tale identica conclusione), anche in occasione di questa più recente pronuncia i giudici della Cassazione non hanno ritenuto di recepire tale esplicita limitazione del riconoscimento della "recidiva reiterata". Il motivo del dissenso pare essere stato colto nella ritenuta "improprietà" del «persistente riferimento ad uno *status* per indicare quella che, di volta in volta, è invece l'applicazione (facoltativa) di una circostanza aggravante»⁴⁵. Da questo punto di vista, pare, infatti, che anche con questa

⁴³ V. Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

⁴⁴ Corte di Appello di Ancona, 22/10/2013 n. 3381, in *Riv. pen.*, 2014, 1, 75.

⁴⁵ Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

nuova pronuncia siano state condivise le segnalate riserve con le quali è stata letta l'espressione "recidivo" contenuta nel quarto comma dell'art. 99 c.p., già in precedenti decisioni indicata come imprecisa sotto il profilo tecnico e ritenuta utilizzata dal legislatore solo «per ragioni di semplificazione semantica» in raccordo con altre situazioni soggettive che, in quanto «attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»⁴⁶.

Nel contempo si è, tuttavia, anche precisato che, «se anche si ritiene irrilevante la precedente applicazione della recidiva semplice, non vi è dubbio che quella della recidiva reiterata richiede pur sempre una verifica pregnante circa la significatività del nuovo fatto-reato»⁴⁷, così come evidenziata dalle Sezioni unite anche in tutte le sentenze in precedenza richiamate.

Traendo spunto proprio da quanto ulteriormente precisato in alcune di queste ultime decisioni, in questa nuova occasione di analisi della problematica in parola la Cassazione ha giustamente dato peso anche ad altri principi che hanno parallelamente trovato più esplicito riconoscimento. Muovendo, quindi, dalla considerazione di quanto affermato dalle Sezioni unite, circa la necessità di una previa "applicazione" della recidiva ai fini della conseguente applicazione anche dell'aumento minimo previsto come obbligatorio in caso di reato continuato⁴⁸, è stato ricordato che, «secondo il diritto vivente, in ragione del tenore letterale della disposizione, detto aumento minimo presuppone non solo l'applicazione della recidiva nel processo del cui trattamento sanzionatorio si discute, ma anche che l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una sentenza definitiva emessa antecedentemente alla data di commissione dei reati per i quali si procede»⁴⁹.

Effettivamente, dall'esame del nuovo caso sottoposto al vaglio della Cassazione risultava l'impossibilità di una pregressa contestazione ed applicazione della recidiva, «in quanto i reati ivi giudicati erano stati commessi in data anteriore al passaggio in giudicato delle precedenti sentenze»⁵⁰.

Si è quindi considerato lecito utilizzare «l'improprio riferimento allo *status*», per affermare «che non può avere lo *status* di recidivo reiterato chi non poteva avere *ab origine*, per la mancanza di un indefettibile presupposto formale (commissione del reato dopo la data di irrevocabilità della sentenza sulla quale si fonderebbe la recidiva), lo *status* di recidivo». Pur senza giungere ad ammettere che la recidiva reiterata presuppone una pregressa applicazione effettiva della recidiva, ci si è pertanto limitati ad enunciare il principio di diritto che già si è ricordato in premessa e si è affermato che: «È preclusa l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata nel caso

⁴⁶ Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

⁴⁷ Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

⁴⁸ Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

⁴⁹ Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063. Lo stesso principio aveva trovato espressa affermazione anche in altri precedenti: v. ad esempio Cass., Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41806; Cass., Sez. III, 25 settembre 2018, n. 57983.

⁵⁰ Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

in cui in un precedente processo non sia mai stata applicata la recidiva (semplice, aggravata o pluriaggravata) in quanto mancava il presupposto formale costituito dall' anteriorità della data di irrevocabilità della precedente sentenza rispetto a quella di commissione del nuovo fatto»⁵¹.

7. La ribadita rilevanza del progresso *status* (sostanziale) di recidivo per l' integrazione della "recidiva reiterata".

Il principio così affermato è certamente corretto e coerente con il quadro della più recente giurisprudenza di legittimità in tema di recidiva.

Ed è anche principio pienamente condivisibile, in quanto riconosce necessaria rilevanza ad un requisito, che appare senz'altro idoneo a fornire adeguata giustificazione di quanto posto a fondamento della disciplina sulla recidiva reiterata. I riflessi di più marcata gravità sanzionatoria, che il legislatore ricollega all'eventualità che il riconoscimento discrezionale della recidiva possa essere apprezzato in un caso di pregressa già accertata responsabilità, ben si prestano, infatti, ad essere ancorati alla commissione di un nuovo reato che a sua volta faccia seguito ad un giudizio già definitivo di condanna.

Ma le ragioni della diversa impostazione accolta dalla dottrina prevalente appaiono ancora più convincenti. Se il riconoscimento della recidiva presuppone una concreta ed individualizzata verifica di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza del reo, il maggiore aggravamento della pena previsto per il c.d. recidivo reiterato appare più logicamente giustificabile solo nei confronti di soggetto, che già in un precedente giudizio sia stato oggetto di analogo accertamento positivo di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza.

Come visto, in effetti, secondo l'interpretazione oggi condivisa, sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, l'attuale disciplina sulla recidiva dettata dall'art. 99 c.p. non è fondata sulla mera verifica formale di una generica reiterazione criminosa, ma, al contrario, valorizza un vaglio discrezionale di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza, che il giudice è tenuto ad effettuare ogni qual volta colui che viene accertato come responsabile di un delitto non colposo sia già stato condannato per un precedente delitto non colposo. E solo in caso di esito positivo di questo giudizio (oltre alla concreta integrazione della circostanza aggravante della "recidiva") quel soggetto potrà essere qualificato come "recidivo"⁵².

⁵¹ Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

⁵² Come è stato molto puntualmente segnalato da F. ROCCHI, *Il patteggiamento*, cit., 2103, questa valenza "sostanziale" dello *status* di recidivo trova oggi un diretto avallo nella stessa impostazione emergente da plurime decisioni della Corte costituzionale, tra le quali, in particolare, oltre alla già citata sentenza 14 giugno 2007, n. 192, si segnala anche Corte cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., e nell'ambito della quale la Consulta ha ancor più esplicitamente ribadito che la previsione della circostanza aggravante della recidiva, «ovvero di una norma "costitutiva" di uno *status* soggettivo, quello di soggetto più colpevole e più pericoloso per definizione, per avere dei precedenti giudiziari e perciò meritevole di un aggravamento sanzionatorio e di tutte le limitazioni

Volendo allora ulteriormente sottolineare l'attuale significato dei concetti, oggi l'espressione "recidiva reiterata" non significa, perciò, "reiterazione nel crimine", ma "reiterazione nella recidiva": in questo senso, cioè, il "recidivo reiterato" è soggetto che non si identifica con chi è altrimenti definibile quale "pregiudicato plurimo", ma è colui che, dopo essere già stato giudicato come "recidivo", viene nuovamente qualificato come "recidivo".

Da questo punto di vista l'espressione contenuta nel quarto comma dell'art. 99 c.p. esprime allora un concetto preciso e tecnicamente corretto. Né appare convincente il diverso assunto giurisprudenziale, secondo il quale, come visto, tale espressione sarebbe «imprecisa sotto il profilo tecnico», in quanto si ritiene che la stessa sia «stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»⁵³.

In questo caso è proprio il raffronto tra istituti diversi che non pare corretto. In effetti, a differenza di queste ultime situazioni soggettive, che trovano disciplina in disposizioni, che richiedono sicuramente una espressa "dichiarazione giudiziale" delle corrispondenti qualifiche normative, la recidiva è circostanza aggravante che non deve essere formalmente "dichiarata", ma, per l'appunto, come afferma la stessa Corte di Cassazione, «può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai quali è contestata»⁵⁴: deve cioè essere "sostanzialmente" accertata. Nello stesso tempo, però, è anche solo nel caso in cui la recidiva sia stata così "ritenuta" ed "applicata", che il soggetto destinatario dei conseguenti effetti aggravanti potrà essere qualificato (senza necessità di apposita "dichiarazione" formale) come "recidivo". Non appare pertanto corretta la lettura giurisprudenziale, che nega la possibilità di riconoscere uno *status* di recidivo: a ben vedere, anzi, l'errore di fondo consiste proprio nella inesatta considerazione di questa qualifica che, in contrasto con la valenza sostanziale che la stessa giurisprudenza riconosce oggi nella disciplina dettata dall'art. 99 c.p., viene ancora ricollegata al mero requisito formale della "reiterazione criminosa"⁵⁵.

previste nel suo percorso rieducativo, è costituzionalmente compatibile fintanto che il suo accertamento sia lasciato al potere discrezionale del giudice, senza costituire dunque una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità».

⁵³ Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

⁵⁴ Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

⁵⁵ Cass. Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798. Da questo punto di vista, la nozione di *status* di recidivo che viene ancora utilizzata dalla giurisprudenza risente forse del retaggio derivante da concetti consolidatisi durante la vigenza della disciplina originaria del Codice penale, allorquando la mera reiterazione criminosa era certamente idonea e sufficiente ad integrare la sussistenza della "recidiva". Su questa originaria valenza del concetto v. per tutti E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 26 ss. Talvolta, questa incertezza lessicale si coglie anche nella dottrina successiva alla riforma del 2005: v. ad esempio R. BARTOLI, *Lettura funzionale*, cit., 1703 ss. Distinzione più chiara emerge invece in D. NOTARO, *La fine ingloriosa*, cit., 1755, che bene evidenzia la stretta connessione che unisce il concetto attuale di *status* di recidivo con la valenza "sostanziale" dei requisiti di integrazione della recidiva fissati dalla disciplina di base dell'art. 99 c.p.

È quindi sicuramente corretto affermare, che «non è conforme ai principi generali di un moderno diritto penale espressivo dei valori enunciati dalla Carta fondamentale una concezione della recidiva quale *status* soggettivo correlato al solo dato formale della ricaduta nel reato dopo una previa condanna passata in giudicato che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione»⁵⁶; ed è altrettanto corretto precisare, che «la recidiva è, piuttosto, 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». Come, tuttavia, è bene messo in rilievo da queste stesse considerazioni, secondo l'attuale disciplina dell'istituto, lo *status* di recidivo non è più una qualifica di tipo meramente formale, ma è qualifica di valore sostanziale che esprime proprio questo raggiunto accertamento positivo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità, ed il suo riconoscimento (non già la sua "dichiarazione") viene espresso dal giudice dando applicazione al conseguente aumento della pena; quello stesso aumento di pena che, essendo così rappresentativo dell'avvenuto riconoscimento della recidiva, funge a sua volta da presupposto, dal quale possono poi conseguire tutti gli altri riflessi ulteriormente previsti per legge.

Parallelamente, posto che, a norma di quanto stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c.p., solo "il recidivo" potrà essere destinatario dei più gravi aumenti di pena previsti per la "recidiva reiterata", quest'ultima ipotesi sottintende e presuppone a sua volta che quel soggetto venga nuovamente accertato quale "recidivo", così pienamente acquisendo il diverso e più grave *status* di "recidivo reiterato". Perché solo la commissione di un nuovo reato da parte di chi è già stato giudicato in via definitiva quale "recidivo" potrà esprimere quel maggiore grado di colpevolezza o di pericolosità che legittima e giustifica il massimo rigore che la legge riconosce a questa forma particolarmente qualificata di "recidiva".

8. Considerazioni conclusive. La "riscoperta" rilevanza della recidiva agli effetti della procedibilità d'ufficio quale nuovo spazio di problematicità interpretativa.

Rivista a distanza di tre lustri dall'avvento della contestata e controversa riforma del 2005, la "nuova" disciplina della recidiva appare sempre più vicina a registrare un notevole allineamento interpretativo nel vitale processo di reciproca integrazione tra il c.d. "formante dottrinale" ed il parallelo "formante giurisprudenziale".

Come visto, sullo sfondo residuano ancora punti di parziale divergenza. Ma questo è anche dovuto alle molte peculiarità di una disciplina, che il legislatore ha sempre più caricato di rilevanza intrasistematica e che ancora risente di incrostazioni interpretative che certamente nuocciono alla definitiva coerenza del quadro d'insieme.

⁵⁶ Cass. Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798.

Recentissima è, ad esempio, anche un'ulteriore presa di posizione delle Sezioni Unite con la quale, ribaltando una passata soluzione, sempre a Sezioni Unite, del 1987⁵⁷, rimasta in seguito ferma ed immutata⁵⁸, si è ora ammessa la possibilità di ancorare alla sussistenza della recidiva anche eventuali riflessi sul regime di procedibilità del reato (nella specie considerati in relazione alla disciplina prevista all'art. 649-bis c.p.). Le ragioni di questa diversa conclusione vengono motivate proprio in ragione della nuova natura attribuita alla recidiva, non più suscettibile di essere intesa quale *status* meramente soggettivo idoneo ad incidere sul "fatto-reato", ma quale «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»⁵⁹. Nella sostanza, il principio di diritto affermato si limita così ad osservare che, essendo ormai pacifico ed assodato che la recidiva integra una vera e propria circostanza aggravante, non vi è motivo per escludere identici effetti sulla procedibilità parimenti ammessi per tutte le altre circostanze.

Con tutto il rispetto per quest'ultima decisione del più alto organo di legittimità, l'assunto non pare condivisibile. Come già da tempo evidenziato proprio a commento di quella passata decisione, a fronte della accettata natura "discrezionale" del giudizio sul quale il legislatore ha fondato il concreto accertamento della sussistenza della recidiva, questo connotato di discrezionalità è del tutto incompatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale dettato all'art. 112 Cost. e con la rigida tassatività che la Costituzione così impone nella considerazione di tutto ciò che può assumere rilevanza per la determinazione del regime di procedibilità di un determinato reato⁶⁰. Ed è proprio in questo profilo di incompatibilità strutturale, che si coglie la ragione profonda della precedente esclusione della recidiva dall'insieme delle circostanze aggravanti suscettibili di poter assumere rilevanza ai fini del mutamento del regime di procedibilità⁶¹.

Ma tant'è. Il dibattito evidentemente continuerà. Non ostante i tanti momenti di condivisione ed allineamento interpretativo, che è stato possibile cogliere nel corso del confronto successivo alla riforma del 2005, la profonda incertezza che da sempre

⁵⁷ Cass. Sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3152, in *Foro it.*, 1987, II, 633 ss., con nostra nota di commento: *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

⁵⁸ Per un quadro aggiornato del successivo orientamento giurisprudenziale v. la nota di F. VITARELLI, [Rimessa alle Sezioni unite la questione relativa all'inclusione della recidiva qualificata tra le aggravanti che ex art. 649-bis c.p. rendono procedibili d'ufficio taluni reati contro il patrimonio dopo il d.lgs. 36/2018](#), in *Sist. pen.*, 1° aprile 2020, a commento di Cass., Sez. II, ord. 12 febbraio, n. 5555, ordinanza che ha portato alla recente nuova decisione delle Sezioni Unite.

⁵⁹ [Cass. Sez. un., 24 settembre 2020, n. 3585](#), in *Sist. pen.*, 1 febbraio 2020.

⁶⁰ Anche su questo aspetto è d'obbligo il richiamo al fondamentale insegnamento di F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 279.

⁶¹ Per ogni più precisa argomentazione sia qui consentito rinviare a quanto a suo tempo sostenuto in A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., 72 ss. Ad ulteriore sostegno di questa conclusione v. anche l'autorevole voce di M. ROMANO, *Commentario*, cit., 95.

caratterizza l'applicazione della disciplina sulla recidiva pare davvero incapace di favorire una pur auspicata ed opportuna "chiusura del cerchio".

Di certo, sullo sfondo, tutto questo non fa che rilanciare le aspettative di una rinnovata riflessione legislativa anche sulle ragioni di effettiva plausibilità politico-criminale della disciplina ancora oggi vigente. Argomenti a sostegno di questa esigenza non mancano⁶². Ma si tratta, forse, di aspettative ispirate solo dalla "ragione", che appaiono però destinate a rimanere ancora a lungo disattese a fronte della oggettiva conoscenza della "realtà".

⁶² Per una argomentata ed aggiornata illustrazione dell'attuale stato del dibattito politico-criminale rinviamo ancora al recente studio di F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 259 ss.