

# Articolo 99 del codice penale: in claris non fit interpretatio.

**Autore:** Diglio Paolo

**In:** Diritto penale

## 1. Introduzione.

Lo spunto per questa trattazione ci viene offerto da due sentenze delle Sezioni Unite, pronunciate entrambe il 24 febbraio di quest'anno e depositate lo scorso maggio, che fanno séguito alle diverse pronunce di legittimità che nei mesi antecedenti hanno interessato la norma richiamata e, più in generale, l'istituto giuridico della recidiva. Una nutrita schiera di arrêts, che ha contribuito ad arricchire la doviziosa giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito, già esistente sull'argomento, tracciando in tal senso una perfetta linea di continuità con il preterito. Sin dalla fine dell'Ottocento, infatti, questa figura giuridica, pur con le sue mutevoli regolamentazioni, ha costantemente alimentato le discussioni di teorici e pratici del diritto, tanto da guadagnarsi l'appellativo di "croce dei criminalisti"[1].

## 2. La recidiva nell'ordinamento.

La recidiva si sostanzia in una ricaduta nel comportamento antiggiuridico da parte di un soggetto che in precedenza è stato già autore di un illecito ormai accertato in via definitiva. Di norma, quando viene citata il pensiero corre immediatamente al diritto penale, secondo cui il recidivo è colui che, dopo esser stato condannato[2] per un delitto non colposo, ne commette un altro (art. 99, comma 1, c.p.). Si tratta, in realtà, di una fattispecie eclettica, allocata in diverse delle pieghe del tessuto ordinamentale; oltre che nel campo dei reati, la rinveniamo, infatti, in numerosi settori, tra loro eterogenei, riconducibili sia alla branca

amministrativa (intesa in senso lato) che a quella civile (soprattutto in materia giuslavoristica ad effetti disciplinari). In tali contesti il concetto di “recidiva”, pur essendo a volte utilizzato con un’accezione più o meno ampia di quella penalistica, presuppone in ogni caso che un fatto contra legem venga posto in essere una seconda volta dal medesimo autore, dopo che l’infrazione anteriore gli sia stata almeno già formalmente contestata (cfr. Cass. civ., Sez. Lavoro, 20 ottobre 2009, n. 22162)[3].

Prima di addentrarci nel vivo della materia può risultare interessante lo svolgimento di un’analisi di tipo “lessicostatistico”. La reiterazione nel reato viene uniformemente definita dal nostro ordinamento come “recidiva”, sia in ambito codicistico che extravagante. In campo penale parlano, infatti, di “recidiva” il codice sostanziale[4], quello di rito[5] e la legislazione complementare[6]. A tal riguardo giova ricordare che, a fianco all’istituto disciplinato in via generale dal Libro I del codice “Rocco”, nel diritto positivo vigente coesistono una serie di figure peculiari di recidiva penalmente rilevante, il cui elemento specializzante è in genere rappresentato dalle particolari conseguenze sanzionatorie, che sono differenti da quelle fissate in via “ordinaria” dall’art. 99 c.p. e discendono sovente (non sempre) da una reiterazione contravvenzionale anziché delittuosa. Tra queste figure speciali ricordiamo innanzitutto la “recidiva nel contrabbando”, un’ipotesi delittuosa regolamentata doppiamente dal nostro ordinamento: con riferimento alle violazioni delle disposizioni legislative in materia doganale, dall’art. 296 del relativo testo unico approvato con d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 (vedi infra, § 3.4); in relazione alle infrazioni della normativa sul monopolio dei sali e dei tabacchi, dagli artt. 82 l. 17 luglio 1942, n. 907 e 7 l. 3 gennaio 1951, n. 27. Abbiamo poi la c.d. “recidiva militare”, appellativo col quale viene identificata l’ipotesi contemplata dal codice penale militare di pace (r.d. 20 febbraio 1941, n. 303), che all’art. 57 disciplina la recidiva facoltativa fra reati comuni e reati esclusivamente militari, una fattispecie della cui valenza nell’attuale sistema normativo si dissenterà più avanti (vedi nota 19). Oltre a queste due fattispecie, il sottoinsieme della recidiva penale “speciale” ricomprende molti altri elementi. Alcuni contemplati dal codice penale (art. 517 bis, comma 2; art. 544 sexies; art. 639, comma 3); altri da disposizioni normative più o meno risalenti nel tempo, buona parte delle quali ha resistito sia alle varie depenalizzazioni che a tutte le fasi dell’articolato procedimento “taglia-leggi” realizzato negli ultimi anni[7].

Nella totalità di questi casi, in cui il soggetto varca ripetutamente la soglia penale, il legislatore parla sempre e unicamente di “recidiva”[8]. Navigando, invece, nell’orbita extrapenale, ci accorgiamo che la perseveranza nell’illecito non mantiene sempre la stessa denominazione. Si parla, infatti, di “recidiva”,

exempli causa, nel codice della navigazione (art. 1218 bis r.d. 30 marzo 1942, n. 327), nel codice della strada (cfr., verbi gratia, gli artt. 82, comma 10, e 143, comma 12, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), nel codice delle assicurazioni private (art. 329, comma 1, d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209), nel codice del consumo (artt. 62, comma 2, e 67 septies decies, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)[9], nel codice dell'ambiente (artt. 279, comma 7, e 296, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), nel codice delle pari opportunità tra uomo e donna (art. 41, comma 1, d.lgs. 11 aprile 2006, 198), nel codice dell'ordinamento militare (cfr., exempli gratia, artt. 1359, comma 4, e 2106, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66), nel testo unico di pubblica sicurezza (art. 31 bis, comma 3, r.d. 18 giugno 1931, n. 773), nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (art. 196, comma 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), nella disciplina del commercio (artt. 22, comma 2, e 29, comma 3, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114[10]; art. 57 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033[11]) e in numerosi c.c.n.l.[12]. In molte altre disposizioni, invece, il legislatore sembra voler prendere le distanze dal lemmario penalistico; utilizza, infatti, il termine "reiterazione" in modo da abbinare questo all'illecito amministrativo e quello di "recidiva" esclusivamente al reato. Emblematica di questa tendenza, che, sulla scorta della normativa extrapenale sinora passata in rassegna, possiamo tuttavia definire ondivaga, è la già citata legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), la quale, nel dettare i principi generali in tema di sanzioni amministrative (artt. 1 - 12 l. cit.), disciplina in modo particolareggiato la c.d. "reiterazione delle violazioni" (art. 8 bis l. cit.)[13]. La stessa terminologia, a volte senza il complemento di specificazione, è presente in tanti altri corpi normativi come il codice delle assicurazioni private (artt. 327, comma 1, e 330, comma 2, cit. d.lgs. n. 209/05), il codice delle comunicazioni elettroniche (artt. 32, comma 2, e 98, comma 7, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259), il codice della strada (cfr., exempli causa, gli artt. 7, comma 13 bis, e 80, comma 14, cit. d.lgs. n. 285/92), il testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 14, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), il testo unico sul pubblico impiego (artt. 55 quater, comma 1, e 55 septies, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (art. 110, commi 9, 10 e 11, cit. d.lgs. n. 773/31), la disciplina della responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche (artt. 13, comma 1, e 20 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) e numerose ulteriori disposizioni concernenti illeciti amministrativi[14].

Concludendo questa rapida divagazione all'esterno dell'alveo penale, possiamo affermare che l'impiego del termine "reiterazione" o del lemma "recidiva" non è legato al tempo, poiché abbiamo potuto constatare che entrambi i vocaboli compaiono tanto nella normativa recente quanto in quella risalente. Per onere di completezza va, inoltre, segnalata la presenza di fattispecie in cui l'artefice delle leggi si

astiene dal prendere una posizione lessicale, per cui, senza parlare di “recidiva” o di “reiterazione”, si “limita” a stabilire specifiche conseguenze sanzionatorie nei confronti di colui che infrange la legge ripetutamente[15].

### **3. La recidiva nel codice penale: come si è arrivati all’attuale disciplina della recidiva.**

Il legislatore penale disciplina l’istituto in esame all’art. 99 c.p., annoverandolo tra le circostanze aggravanti soggettive, in particolare tra quelle inerenti alla persona del colpevole[16]. Parte della dottrina reputa che l’aumento di pena connesso a quest’elemento circostanziale svolga precipuamente una funzione di prevenzione speciale, essendo pertanto deputato ad impedire che l’autore del reato, il quale con la sua persistente volontà criminale ha palesato una notevole inclinazione al delitto, in futuro torni a delinquere[17]. Secondo altra scienza penalistica la funzione svolta sarebbe, per contro, quella retributiva o satisfattoria; la sanzione più incisiva servirebbe, quindi, a vicariare il male maggiore arrecato dal recidivo alla società (il c.d. “maggior grado di colpevolezza per il singolo, concreto e specifico fatto commesso”), in modo da appagare il sentimento pubblico, il bisogno emotivo di punizione che sorge in ciascun consociato di fronte a tale condotta[18].

La disciplina di questa figura giuridica è stata più volte ridisegnata. Nel testo originario del codice “Rocco” la recidiva era una circostanza prevalentemente obbligatoria, per cui nella maggioranza dei casi il giudice doveva imprescindibilmente tenerne conto ai fini della determinazione della gravità del reato e della relativa commisurazione della pena. Facevano eccezione alla regola generale le ipotesi previste dall’abrogato art. 100 c.p., il quale era, in effetti, rubricato recidiva facoltativa. Tale disposizione prevedeva che il giudice potesse escludere la recidiva tra delitti e contravvenzioni, o tra delitti dolosi o preterintenzionali e colposi, o tra contravvenzioni, a patto che non si fosse trattato di recidiva “specifica” (vedi *ultra*, nota 36)[19]. Nel 1974 l’istituto fu oggetto di una riforma mitigativa[20] che, nel renderlo più indulgente sotto il profilo sanzionatorio, lo trasformò anche in una circostanza esclusivamente facoltativa

(o discrezionale). In tal modo la reiterazione criminosa divenne un elemento accidentale che, pur essendo ravvisabile nella situazione concreta, poteva, a seconda della valutazione del giudice, incidere o meno sull'entità della sanzione da irrogare (come accade, per intenderci, per l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p.). Un'opzione di politica criminale, questa, che non andò esente da critiche ad opera di diversi studiosi, i quali lamentarono una smisurata dilatazione del potere discrezionale del giudice, a loro dire, totalmente svincolato da canoni-guida, che il legislatore aveva ommesso di indicare[21].

Dopo oltre trenta anni in cui è stata la nomofiliachia della Corte regolatrice ad individuare gli uniformi e costanti parametri di riferimento per l'apprezzamento giudiziale, la materia de qua ha subito un'altra rivisitazione. Nel 2005, infatti, la c.d. legge "ex Cirielli" ha ridefinito la disciplina della recidiva, dando l'impressione, almeno prima facie, di voler aderire, con un tempismo non proprio esemplare, alle ricordate censure di coloro che non ne avevano condiviso l'impronta integralmente facoltativa. La legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), meglio conosciuta con l'appellativo poc'anzi richiamato alla memoria[22], ha modificato in modo sensibile la previgente regolamentazione dell'istituto, imboccando una direzione diametralmente opposta rispetto alla precedente azione riformatrice. Intervenendo su più punti della legislazione penale, questa novella ha cercato di creare un vero e proprio regime giuridico differenziato per il "pregiudicato", molto più affittivo di quello previsto per il reo primario. Per effetto di quest'azione legislativa, improntata ad una logica fortemente stigmatizzante, la tradizionale tripartizione "tassonomica" della recidiva in "semplice", "aggravata" e "reiterata" è rimasta in sostanza immutata, ma gli aumenti di pena connessi a queste diverse figure sono divenuti più significativi e quasi sempre fissi (eliminando, pertanto, sotto l'aspetto del quantum quasi integralmente la discrezionalità del giudice)[23]; è riapparsa nuovamente la versione obbligatoria dell'istituto (anche se, come vedremo tra breve, si è trattato di un ritorno meno pregnante di quanto ipotizzato in prima battuta da parte di alcuni); postremo, sempre nell'ottica di una maggiore affittività della recidiva, vi è stata un'intensificazione di quelle che, più o meno correttamente, possiamo definire le "conseguenze giuridiche minori". Sotto quest'ultimo aspetto, alle ripercussioni già esistenti in rapporto all'amnistia (art. 151, comma 5, c.p.), all'indulto (art. 174, comma 3, c.p.), alla sospensione condizionale della pena (artt. 164, comma 2, n. 1, e 168, comma 1, c.p.), alla "prescrizione" della pena (artt. 172, ultimo comma, e 173, comma 1, c.p.), al perdono giudiziale (art. 169, comma 3, c.p.), alla riabilitazione (art. 179, comma 2, c.p.), alla liberazione condizionale (art. 176, comma 2, c.p.),

all'oblazione speciale (art. 162 bis, comma 3, c.p.), alla sostituzione della pena detentiva (art. 59, commi 1 e 2, l. 24 novembre 1981, n. 681), alle sanzioni irrogabili dal giudice di pace (art. 52, comma 3, cit. d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), all'applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444, comma 1 bis, c.p.p.)[24], si sono aggiunti ulteriori "effetti commisurativi della sanzione" (o "effetti minori") in materia di circostanze attenuanti generiche (art. 62 bis, comma 2, c.p.)[25], di giudizio di bilanciamento delle circostanze (art. 69, comma 4, c.p.), di concorso formale di reati e reato continuato (art. 81, comma 4, c.p.), di prescrizione del reato (artt. 157, comma 2, e 161, comma 2, c.p.) e di misure alternative alla detenzione, permessi premio e sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva [art. 30 quater l. 26 luglio 1975 n. 354[26]; art. 47 ter, commi 01, 1.1 e 1 bis, l. cit.; art. 50 bis l. cit.; art. 58 quater, comma 7 bis, l. cit.; art. 94 bis d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309[27]; art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p.][28]. In controtendenza, quasi per temperare l'irrigidimento testé descritto, è stato ridotto il campo di applicazione della recidiva, confinando i cc.dd. "reati-presupposto" ai soli delitti non colposi[29]. Questo modello di diritto penale diversificato e non uniforme, che, a parità di condotta antiggiuridica, contempla per l'autore recidivo una risposta punitiva molto più severa di quella prevista per l'"incensurato", è stato tacciato di supervalutare le circostanze soggettive, finendo per graduare la sanzione non in relazione alla gravità oggettiva dei reati, bensì alla personalità e alle qualità del soggetto attivo. Si è sostenuto che in tal modo si finisce per irrogare una pena non direttamente proporzionale alla concreta offensività del fatto commesso, compromettendone la funzione rieducativa, la cui effettività dipende, appunto, da quella percezione di ragionevolezza e gradualità della sanzione da parte del condannato. Al tempo stesso è stato affermato che questo doppio binario per il recidivo ed il reo primario, imperniato prevalentemente su condotte delittuose diverse da quella oggetto del giudizio e, quindi, fondato essenzialmente sul "tipo d'autore" del reato, viòla il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione [europea, Ndr] per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Su queste basi ne è stata denunciata l'illegittimità costituzionale per "norma interposta", rappresentata dall'art. 117, comma 1, Cost., in base al quale la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della Carta Costituzionale, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Tra le varie doglianze è stata lamentata anche un'enfaticizzazione dei precedenti penali, sottolineando come in tale congiuntura essi abbiano una duplice rilevanza, sospetta sotto il profilo del ne bis in idem sostanziale, venendo in gioco ai fini non solo della "dosimetria" della pena-base (ex art. 133, comma 2, n. 2, c.p.), ma anche dell'applicazione della circostanza aggravante della recidiva e di tutti i molteplici effetti ulteriori ad essa connessi[30].

Tutte queste censure sembrano aver gradualmente influenzato il legislatore nelle sue scelte di politica criminale. È, infatti, curioso rilevare come negli ultimi tempi questa tendenza legislativa di “demonizzazione” del recidivo sembra aver subito una battuta d’arresto. Il provvedimento che vellica questa considerazione è, in particolare, la l. 26 novembre 2010, n. 199 (Disposizioni relative all’esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno), meglio conosciuta come legge “svuota-carceri” o legge “ponte”, con cui il Parlamento ha tentato di contenere l’incalzante fenomeno del sovraffollamento penitenziario. L’atto in questione dispone che fino alla completa attuazione del piano straordinario di edilizia carceraria, nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013 (da qui l’appellativo di “legge ponte”), la pena detentiva non superiore ai dodici mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, può essere eseguita presso l’abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza. Tale trasformazione dell’ultimo anno di pena detentiva non è automatica, in quanto la valutazione compete al magistrato di sorveglianza, il quale deve accertare l’insussistenza delle cause di inammissibilità indicate all’art. 1, comma 2, del medesimo provvedimento. Proprio riguardo a queste ultime è stata rilevata un’evidente frizione con il regime introdotto dalla legge n. 205/05. Tra le varie categorie dei non ammessi a questo beneficio non compare, in effetti, nessuna delle tipologie di recidivo, nemmeno quello “reiterato”[31], che, come abbiamo avuto modo di vedere, è destinatario di buona parte di quei cc.dd. “effetti commisurativi della sanzione”, il cui novero è stato significativamente ampliato dalla legge “ex Cirielli”. In base agli inasprimenti introdotti nel 2005 il condannato a cui sia stata applicata la recidiva “reiterata” non può beneficiare né della sospensione dell’esecuzione prevista dall’art. 656, comma 5, c.p.p. per le pene non superiori a tre anni [art. 656, comma 9, lett. c)], né della detenzione domiciliare nei casi previsti dall’art. 47 ter, commi 01[32], 1.1. e 1 bis, l. n. 354/75, né della concessione per più di una volta dell’affidamento in prova ai servizi sociali di cui all’art. 47 l. n. 354/75, della detenzione domiciliare e della semilibertà (art. 58 quater, comma 7 bis, l. n. 354/75). Alla luce, invece, della nuova legge, purché ricorrano le condizioni oggettive e soggettive che essa impone, nei confronti del recidivo reiterato può essere disposta la sospensione dell’esecuzione della pena non superiore ad un anno e la conseguente fruizione domiciliare, la quale potrà esser concessa anche più volte in caso di successive carcerazioni, in quanto il comma 8 dell’art. 1 esclude l’applicabilità dell’art. 58 quater, comma 7 bis, l. n. 354/75[33].

### 3.1. L'esegesi delle modifiche introdotte dalla legge "ex Cirielli".

Il nuovo testo dell'art. 99 c.p., sin dalla sua "apparizione", si è rivelato particolarmente impegnativo sotto il profilo ermeneutico. All'atto della sua entrata in vigore, le schermaglie interpretative, che si sono illico et immediate generate tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, hanno riguardato la sua vis innovativa. Per dipanare questa matassa e confutare, soprattutto, la tesi di coloro che vedevano nella riforma de qua una sorta di restitutio in integrum dell'originaria recidiva a carattere prevalentemente obbligatorio, si è reso necessario l'intervento della Corte Costituzionale, la quale, ad onor del vero, è stata chiamata a scrutinare anche altre disposizioni della legge "ex Cirielli", non modificative della norma codiciale di cui si discetta[34].

Le ipotesi sulle quali vi è stata da subito un'uniformità di vedute sono state quelle previste dai primi due commi dell'art. 99 c.p., i quali disciplinano rispettivamente la recidiva "semplice"[35] e quella "monoaggravata"[36]. L'utilizzo da parte del legislatore in entrambi i casi della voce verbale "può" ha fugato sul nascere qualsiasi dubbio circa la persistente facoltatività delle due figure, la cui applicazione, quindi, come per il passato più recente (dal 1974), è rimasta condizionata dalla valutazione discrezionale del giudice. Il sincronismo esegetico sulla non obbligatorietà di queste due tipologie di recidiva non le ha, tuttavia, integralmente affrancate da problematiche applicative. In particolare, si è immediatamente generata una spaccatura tra coloro che ritenevano che l'aumento minimo di pena previsto per la fattispecie "monoaggravata" fosse di un solo giorno[37] e quelli che, invece, reputavano che la soglia incrementale di partenza fosse di un terzo della pena da infliggere[38]. Questo perché se da un lato la formulazione del secondo comma appare piuttosto chiara riguardo all'aggravio edittale, dall'altro la pedissequa osservanza della littera legis può condurre a delle lampanti incongruenze. L'aumento di pena "fino alla metà" sancito da questo capoverso lascerebbe, infatti, intendere che l'incremento minimo contemplato per la recidiva "aggravata" sia di un giorno. Una simile lettura si rivela, però, incoerente, se si tiene conto che per l'ipotesi meno grave della recidiva "semplice" è previsto un accrescimento sanzionatorio fisso di un terzo, al di sotto del quale il giudice (che reputi di dover applicare l'aggravante de qua) non può scendere. Per scongiurare che a reiterazioni delittuose più significative di quella basica possano essere associati degli aumenti di pena meno consistenti ed assicurare, quindi, che la proporzionalità della sanzione venga rispettata anche da questo punto di vista, è necessario interpretare sistematicamente i primi due commi dell'art. 99 c.p. L'utilizzo di questa chiave esegetica permette



agevolmente di argomentare che, essendo la seconda una figura non pienamente autonoma dalla prima, bensì speciale ed aggravata rispetto ad essa, il corrispondente incremento deve spaziare da un terzo alla metà[39].

Seguendo l'itinerario codicistico, possiamo dire che le perplessità sono iniziate con il testo del secondo capoverso, dove per disciplinare la c.d. recidiva "pluriaggravata"[40], in luogo della terza persona singolare dell'indicativo presente del verbo "potere", è stata impiegata quella del verbo "essere". Esitazioni che hanno riguardato anche l'alea seguente, nel quale è stato utilizzato lo stesso espediente linguistico per regolamentare la c.d. recidiva "reiterata"[41]. Sia in ambito dottrinario che giurisprudenziale, questa soluzione lessicale è stata da molti inizialmente tradotta con l'intenzione del legislatore di rendere obbligatorie le due figure di recidiva[42]. Laddove quest'opzione di lettura si fosse radicata, gli effetti conseguenti sarebbero stati di non poco momento. Per rendersene conto basta soffermarsi su quanto abbiamo accennato in precedenza a proposito del fatto che con la riforma del 2005 non solo sono stati inaspriti gli aumenti di pena collegati alla recidiva, ma sono anche cresciute le conseguenze ulteriormente repressive riconnesse alla sua applicazione. Tra queste misure afflittive, che, come abbiamo avuto modo di vedere, hanno interessato (non solo) diversi istituti penalistici, va ricordata la "rimodulazione" del giudizio di comparazione tra le circostanze, realizzata mediante l'interpolazione di un ulteriore capoverso a chiusura dell'art. 69 c.p. Analogamente a quanto accaduto per l'art. 99 c.p., si è intervenuti su una disposizione normativa, che nel 1974 è stata anch'essa modificata col fine di ampliare il potere discrezionale del giudice[43]. Probabilmente, proprio con l'intento di contrarre la discrezionalità clemenziale dell'organo giudicante e di vincolarlo ad un maggior rigore repressivo nei confronti di colui che ricade più volte nel reato, il nuovo comma ha introdotto il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla circostanza aggravante rappresentata dalla recidiva "reiterata" di cui all'art. 99, comma 4, c.p., facendo, pertanto, salva solo la possibilità di equivalenza tra i due accidentalia delicti di segno opposto[44].

Il divieto di "subvalenza" della recidiva "reiterata" è stato da subito giudicato, da parte di studiosi e "pratici" del diritto, come preclusivo di un adeguamento della pena al caso concreto[45] e, in quanto tale, non conforme sia ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), che a quelli di personalità della responsabilità penale, di individualizzazione del trattamento punitivo (proporzionalità della pena) e di rieducazione del condannato (art. 27, commi 1 e 3, Cost.)[46]. Si è, infatti, sostenuto che nei casi in cui

ricorresse l'elemento discriminante rappresentato dalla recidiva "reiterata" si generava un "appiattimento" del trattamento sanzionatorio, in base al quale si finiva per punire allo stesso modo situazioni ben diverse e in modo differente fattispecie analoghe[47], irrogando, quindi, pene sproporzionate e, di conseguenza, poco risocializzanti.

Queste critiche, in parte promananti anche dai fautori della perdurante facoltatività della recidiva "reiterata" di cui all'art. 99, comma 4, c.p., hanno assunto toni parossistici da parte di coloro i quali asserivano, invece, che, con la nuova formulazione letterale del capoverso, essa fosse divenuta una circostanza obbligatoria. Aderendo a questa soluzione, infatti, non solo l'applicabilità e l'entità dell'aumento di pena (entrambi gli incrementi contemplati dall'alinea in argomento non sono caratterizzati da una forbice edittale), ma anche tutti gli altri effetti penali connessi a questa figura (tra cui il predetto divieto contenuto nell'art. 69 c.p., che, come abbiamo visto, era stato già tacciato di incostituzionalità anche facendo astrazione da quest'ultimo aspetto) venivano sottratti alla discrezionalità del giudice, il quale era tenuto ad applicarli in modo "notarile", indipendentemente, cioè, da qualsiasi sua valutazione. Ritenendo corretta quest'interpretazione del terzo capoverso dell'art. 99 c.p., si finiva per intaccare non solo i cardini costituzionali poc'anzi richiamati, ma anche il c.d. "principio di materialità" o "diritto penale del fatto" (cogitatione poenam nemo patitur), desumibile dall'art. 25, comma 2, Cost., in base al quale non si può esser puniti né per un mero atteggiamento interiore (c.d. "diritto penale della volontà"), né per la sola attribuzione di un determinato status (c.d. "diritto penale dell'autore")[48]. Questo perché con l'applicazione "automatica" della recidiva "reiterata" si veniva a creare una specie di presunzione assoluta di pericolosità sociale, prescindente sia dalla natura e dalla gravità dei delitti commessi in precedenza (quindi, anche dall'eventuale "stessa indole" dei reati), che dal tempo intercorso rispetto alle condanne anteriori e dall'entità delle pene con esse irrogate.

Gli aderenti a questa visione denunciavano anche una strumentalizzazione del singolo delinquente per fini generali di politica criminale, in quanto, secondo loro, la ratio legis censurata era quella, anacronistica rispetto alla moderna civiltà di diritto, di infliggere condanne esemplari sotto il profilo afflittivo in modo da provocare nei potenziali rei il terrore di poter incorrere in una rigorosissima sanzione ("colpirne uno per educarne cento"). A giudizio di costoro, un simile disegno, oltre a non rafforzare la coscienza giuridica dei consociati (potendo questi meccanismi esasperati di prevenzione generale rivelarsi in qualche caso finanche criminogeni), risultava lapalissianamente confliggente con il principio "di necessaria offensività"

del reato che, deducibile anch'esso dal primo capoverso dell'art. 25 Cost., presuppone che la pena inflitta in concreto sia calibrata sull'effettiva lesività della condotta[49].

Questo dubbio sulla costituzionalità della norma ricavabile dall'interpretazione sistematica degli artt. 69, comma 4 e 99, comma 4, c.p. era, in effetti, venuto a molti giudici, tant'è vero che la Corte Costituzionale in più occasioni si trovava a vagliare congiuntamente un cospicuo numero di ordinanze di rimessione, provenienti, oltre che da corti d'appello e tribunali dislocati sull'intera penisola, perfino dal Giudice nomofilattico[50]. La Consulta, nel primo dei diversi interventi riguardanti il combinato disposto in argomento[51], si pronunciava sulla questione con una sentenza di inammissibilità, con cui preservava il testo legislativo "incriminato", desumendo da esso una norma diversa da quella dedotta dai giudici a quibus, la quale, a differenza dell'altra, era immune da tutte quelle patologie costituzionali denunciate[52].

La sentenza alla quale ci riferiamo è la n. 192 del 14 giugno 2007[53], con cui il Giudice delle leggi evidenziava come la violazione dei ricordati principî costituzionali, segnalata dai diversi "portieri"[54] (erano ben quindici le ordinanze di rimessione prese in esame in questo solo giudizio), fosse il risultato di una loro "non corretta" interpretazione dell'art. 99, comma 4, c.p., a cui l'art. 69, ultimo comma, c.p. rinvia[55]. La Corte, in particolare, elucidava che l'utilizzo, nei commi 3 e 4 dell'art. 99 c.p., della voce verbale "è" in luogo del "può", presente nel testo previgente e nei nuovi commi 1 e 2, non rispondeva alla mens legis di rendere obbligatorie le ipotesi di recidiva "qualificata"[56] ivi disciplinate, ma alla ratio di imporre al giudice un aumento di pena fisso, laddove avesse discrezionalmente ritenuto di doverle applicare. In sostanza, secondo questa chiave di lettura "costituzionalmente orientata", la recidiva "pluriaggravata" e quella "reiterata" rimanevano facoltative, come lo erano in precedenza[57]. La novità rispetto al passato risiedeva negli aumenti di pena per esse previsti, non più caratterizzati dallo Spielraum edittale (come, per contro, avveniva ancora per la sola recidiva "monoaggravata"), bensì rigidamente fissati dal legislatore. La discrezionalità giudiziale riguardo a questi due casi di recidiva era ora confinata all'an, non potendo più incidere sul quantum penitenziale.

Tra le varie argomentazioni poste a fortilizio della propria tesi, la Corte invocava la littera legis di un'altra disposizione, essenziale per l'economia interpretativa dei due capoversi in discussione. Il riferimento era

al successivo comma 5, il quale, a differenza dei due alinea precedenti, prevede apertis verbis che in determinate situazioni “l’aumento della pena per la recidiva è obbligatorio”. È chiaro che la Consulta, implicitamente, richiamava quel principio contenuto nell’art. 14 delle “preleggi”, sintetizzato dal brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. A mente di tale indirizzo, quindi, le fattispecie contemplate nei primi tre capoversi dell’art. 99 c.p., in cui il legislatore “tace”, erano da ritenersi omogenee, sotto il profilo della facoltatività, a quella espressamente disciplinata come figura discrezionale dal primo comma, collocata in rapporto di *genus a species* rispetto ad esse. Non appena, invece, l’intenzione del legislatore fosse quella di creare una soluzione di continuità rispetto ai commi precedenti e di invertire, quindi, il principio applicativo della recidiva, rendendola obbligatoria, tale mutamento veniva apertamente segnalato (come abbiamo visto accadere, citando il testo del comma 5).

Appare evidente che se l’analisi dell’art. 69, comma 4, c.p. avviene attraverso quest’eminente filtro, muta sostanzialmente aspetto. Laddove, infatti, muoviamo dal presupposto che la recidiva “reiterata” sia rimasta una circostanza facoltativa anche dopo l’avvento della legge “ex Cirielli”, per cui il giudice non è obbligato ad applicarla, assume una diversa portata anche la preclusione afferente al giudizio di bilanciamento, contenuta nel capoverso in argomento. Viene meno quella presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale, sottesa al denunciato automatismo sanzionatorio che si avrebbe, considerando come obbligatori la recidiva “reiterata” e tutti i suoi effetti, tra cui il suddetto limite al giudizio di comparazione. In quest’ottica, il giudice incontrerà il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti solo nel caso in cui ritenga di dover applicare l’incremento di pena previsto per la recidiva “reiterata”. Nell’ipotesi antitetica in cui non reperi opportuno tale aumento, le circostanze attenuanti saranno applicabili senza imbattersi nella limitazione de qua.

Per mero tuziorismo, va rimembrato che, analogamente a quanto accade per tutte le altre circostanze aggravanti facoltative, anche l’applicazione di quella contenuta nell’art. 99, comma 4, c.p. (*rectius*, di quelle previste nei primi quattro commi della disposizione anzidetta) non è rimessa al mero arbitrio indulgenziale del giudice. Costui, nell’adottare tale decisione, terrà conto di una serie di indicatori prodromici della “significatività” del nuovo delitto sotto gli aspetti della “più accentuata colpevolezza” e della “maggiore pericolosità” del reo. Egli, pertanto, non si limiterà alla mera anamnesi penalistica desunta dal certificato del casellario giudiziale. Dopo aver verificato l’esistenza del c.d. “presupposto formale” rappresentato dalle precedenti condanne (o dalla precedente condanna, a seconda del tipo di

recidiva), accerterà la sussistenza del c.d. “presupposto sostanziale”. Valuterà, cioè, la natura degli episodi criminosi anteriori e il tempo a cui risalgono le relative condanne, per rendersi conto del margine di offensività delle condotte, del tipo di devianza che esprimono, della distanza temporale che le caratterizza e del grado di omogeneità esistente sia tra loro che rispetto al comportamento sub iudice. Come nei molti altri casi in cui è chiamato ad effettuare una valutazione discrezionale, imprescindibile parametro di giudizio saranno anche gli indici di commisurazione della pena di cui all’art. 133 c.p. (conosciuti pure con l’appellativo di “circostanze improprie”)[58]. In sintesi, possiamo dire che se il giudice, sulla scorta dell’articolata analisi appena esposta, reputerà che la ricaduta nel reato sia espressione di “insensibilità etica ed attitudine a delinquere”, tale da meritare una sanzione più severa, applicherà il previsto aumento di pena e tutti gli altri effetti connessi, fornendo un’adeguata motivazione[59]; se, all’incontro, in considerazione dei motivi contingenti che hanno determinato il nuovo delitto, della sua eterogeneità rispetto ai precedenti o del lungo intervallo di tempo trascorso rispetto ad essi, riterrà che la reiterazione sia meramente occasionale e tale da non meritare un inasprimento del trattamento sanzionatorio, non applicherà l’incremento di pena, motivando puntualmente[60]. In riferimento a quest’ultima situazione, corre, però, l’obbligo di segnalare un altro dilemma esegetico per niente trascurabile sotto il profilo effettuale. Il dubbio riguarda la sorte di tutti quegli altri effetti, che sopra abbiamo definito “commisurativi della sanzione” o “minori”, nel caso, appena esaminato, in cui l’organo giudicante abbia ritenuto opportuno non irrogare l’aggravio penale previsto.

### **3.2. La recidiva “bifasica”.**

La Corte Costituzionale con la ricordata sentenza n. 192/07 ha risolto il dubbio pertinente all’obbligatorietà o meno della recidiva “reiterata” di cui all’art. 99, comma 4, c.p. Lo stesso orientamento contenuto in questa pronuncia è stato ribadito in una serie di ordinanze di manifesta inammissibilità, che la Consulta ha emesso successivamente in risposta sempre a questioni di legittimità costituzionale pertinenti agli artt. 69, comma 4, e 99, comma 4, c.p.[61]. In realtà, nel corpo di queste diverse decisioni il Giudice delle leggi si è occupato anche di altre problematiche ermeneutiche relative all’istituto in discussione.

Prima tra queste, è proprio quella concernente il regime di applicabilità delle conseguenze diverse dall'aumento di pena riconnesse alla recidiva. Si tratta di un tema che, già prima delle modifiche introdotte dalla legge "ex Cirielli", era stato oggetto di una distonia esegetica[62]. Questo strabismo ermeneutico è divenuto ancor più "patologico" quando, con la riforma del 2005, gli effetti "commisurativi della sanzione" sono aumentati. L'indirizzo dominante nella giurisprudenza di legittimità anteriormente a tale novellazione sosteneva che la facoltatività della recidiva riguardasse esclusivamente l'aumento di pena e non anche gli altri effetti penali da essa scaturenti, rispetto ai quali il giudice era (sempre e comunque) vincolato a ritenere esistente la circostanza e, pertanto, ad applicarli. A questa chiave di lettura si opponeva gran parte della dottrina, secondo cui, invece, la non obbligatorietà caratterizzava tanto l'incremento sanzionatorio quanto le altre conseguenze "minori". Una volta intervenuta la revisione legislativa, queste due antiteticoe linee interpretative hanno mostrato i loro più intensi punti di frizione soprattutto riguardo ai nuovi effetti "secondari" collegati alla recidiva "reiterata" di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

In merito a quest'argomento la Consulta[63] rilevava innanzitutto che, all'interno di quella parte della giurisprudenza che correttamente qualificava come facoltativa la recidiva "reiterata" di cui al prefato comma, vi era un cospicuo numero di giudici propendenti per la c.d. facoltatività "parziale" o "bifasica". Costoro, aderendo a quell'indirizzo un tempo dominante in seno alla Corte regolatrice, passato velut umbrae lunaticae dopo l'entrata in vigore della legge "ex Cirielli", reputavano che ad esser discrezionale fosse solo l'aumento di pena e non anche gli ulteriori effetti "minori" connessi alla reiterazione. In particolare, tra le diverse conseguenze discendenti dalla recidiva "reiterata", le numerose pronunce favorevoli a quest'indirizzo, noto anche come "concezione bifasica della discrezionalità", avevano considerato il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti del giudizio di bilanciamento, il limite minimo di aumento della pena previsto per il concorso formale e la continuazione, e l'interdizione al "patteggiamento allargato"[64]. Nell'analizzare le singole vicende relative ad uno o più dei predetti effetti "commisurativi", queste decisioni avevano affermato che il giudice, una volta accertata la corretta contestazione della recidiva da parte del pubblico ministero[65], era vincolato ad applicarla. La sua discrezionalità perteneva esclusivamente all'applicabilità o meno dell'incremento di pena, mentre tutte le altre conseguenze penali stabilite per la recidiva "reiterata", fossero esse di natura sostanziale, processuale o penitenziaria, erano operanti non appena avesse appurato la regolare contestazione della circostanza aggravante de qua. L'ubi consistam di quest'interpretazione veniva individuato dai suoi sostenitori segnatamente nel tenore letterale di quel quarto comma dell'art. 69 c.p. che, nel fissare il

divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti per il recidivo reiterato, parla di “ritenute circostanze aggravanti”. Proprio l’impiego di questa formula lasciava, a loro parere, intendere che, per il prodursi del divieto in esame e di tutti gli altri effetti “secondari” collegati alla recidiva “reiterata”, bastava che il giudice reputasse corretta la contestazione di questa tipologia di recidiva. In tale prospettiva, l’esistenza di un certificato del casellario giudiziale caratterizzato da precedenti penali reiterati configurava simultaneamente una circostanza aggravante facoltativa ed una sorta di status soggettivo del reo, con la conseguenza che il giudice poteva escludere la prima, ma non le indefettibili ripercussioni connesse al secondo.

La Corte Costituzionale, nelle evocate sentenze, respingeva quest’indirizzo, rilevando tra l’altro (in quelle più recenti) che, già a decorrere dalla seconda metà del 2007, esso non era più quello prevalente presso la Suprema Corte di Cassazione. La Consulta sottolineava come le argomentazioni dedotte sulla base di quell’espressione “anodina” contenuta nell’ultimo capoverso dell’art. 69 c.p. fossero illogiche, in quanto conducenti a soluzioni paradossali. Il giudice, *exempli causa*, dopo aver appurato che la recidiva “reiterata” era stata correttamente contestata, poteva, nell’esercizio della sua discrezionalità, orientata dai parametri che abbiamo indicato in precedenza, valutare il nuovo episodio criminoso come non prodromico di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo e, pertanto non meritevole dell’incremento di pena stabilito per questa circostanza aggravante facoltativa. Tuttavia, a giudizio dell’indirizzo censurato, egli si trovava a dover infliggere una pena maggiore di quella che reputava commisurata al caso concreto, in quanto le eventuali circostanze attenuanti ritenute configurabili venivano elise per effetto di quel divieto di prevalenza, comunque operante. Una sanzione che risultava ancor più sproporzionata rispetto alla fattispecie reale, se si pensa a tutti gli altri effetti “commisurativi” che obbligatoriamente venivano a prodursi, prescindendo dall’opposta valutazione giudiziale circa la contenuta colpevolezza e pericolosità del soggetto.

L’orientamento ratificato dalla Corte Costituzionale e attualmente dominante presso il Supremo Consesso rifugge dalla tesi dinnanzi tratteggiata[66]. Si ritiene oggi, in modo piuttosto pacifico, che solo laddove il giudice, attraverso gli “appositi filtri”, individui nella ricaduta delittuosa i sintomi di una più inarcata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo, applica la circostanza aggravante della recidiva con tutti i suoi effetti, principale e secondari. Viceversa, qualora reputi la reiterazione non significativa nei termini anzidetti, rimarranno inoperanti, oltre all’aumento di pena, anche tutte le altre conseguenze

“commisurative della sanzione”. Non basta, dunque, che la circostanza aggravante de qua venga contestata dal pubblico ministero, ma è necessario e doveroso da parte del giudice che essa sia: “accertata” attraverso l’esame del casellario giudiziale, e “ritenuta” ed “applicata” sulla base della valutazione appena ricordata[67]. Questo vale non solo per la recidiva “reiterata” di cui all’art. 99, comma 4, c.p., a cui sono riconnessi buona parte degli effetti “minori”, ma per tutte le ipotesi di recidiva facoltativa[68].

### 3.3. La “dichiarazione” di recidivo ai fini della recidiva “reiterata”.

È stato sin qui appurato come la recidiva “qualificata” contemplata dal terzo capoverso dell’art. 99 c.p. sia stata oggetto di due contrasti interpretativi: uno pertinente alla sua facoltatività ed un altro afferente agli effetti “secondari” ad essa collegati. Proprio in relazione a tali effetti occorre registrare un ulteriore conflitto ermeneutico, la cui soluzione, relativamente recente, ha richiesto l’intervento delle Sezioni Unite[69]. Tra le diverse conseguenze che discendono dall’applicazione della figura di recidiva richiamata abbiamo visto comparire la preclusione sancita dall’art. 444, comma 1 bis, c.p.p., la quale è anteatta all’entrata in vigore la legge “ex Cirielli”[70]. Stiamo parlando della disposizione che, nell’individuare le tipologie di imputati a cui è precluso il c.d. “patteggiamento allargato”, annovera anche i recidivi reiterati di cui all’art. 99, comma 4, c.p., ai quali non è, tuttavia, impedito il c.d. “patteggiamento tradizionale”[71]. Ad esser precisi, la norma, nel delineare questa causa di esclusione soggettiva, parla di “coloro che sono stati **dichiarati** delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell’art. 99, quarto comma, del codice penale”. Analogamente a quanto rilevato per le controversie interpretative sinora analizzate, anche in questo caso i dubbi esegetici sono riferibili ad una voce verbale utilizzata dal legislatore. Come constatato per il contrasto ermeneutico relativo all’art. 69 c.p., appena esaminato, anche qui l’origine del “singolar tenzone” risiede in un participio passato, ossia in quel “dichiarati” presente nella disposizione processuale invocata.

La Terza Sezione penale della Cassazione, nel valutare la fondatezza di una questione di diritto ad essa



devoluta, rilevava l'esistenza di un conflitto giurisprudenziale concernente proprio la forma verbale poc'anzi considerata. Nel rimettere, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., il ricorso alle Sezioni Unite, segnalava la presenza in seno al Supremo Collegio di un antinomico modo di intendere quella "dichiarazione" di recidivo reiterato, a cui la disposizione di rito fa riferimento. In particolare, poneva in evidenza che, mentre in alcune pronunce di legittimità per l'esclusione dal patteggiamento "allargato" si era ritenuto sufficiente che la recidiva "reiterata" fosse stata semplicemente contestata[72], in altre non era bastato che dal certificato penale emergesse una situazione integrante tale tipo di recidiva "qualificata" e si era reputato necessario che il soggetto fosse stato già riconosciuto ed espressamente dichiarato recidivo da un giudice con una sentenza anteriore[73]. Le Sezioni Unite, lo scorso anno, nel cribrare il problema, hanno asseverato l'inesistenza, nell'ambito della Corte regolatrice, della frattura interpretativa denunciata, effettuando nel contempo quello che, in maniera atecnica, potremmo definire un "aggiustamento del tiro". In tale occasione hanno innanzitutto sottolineato che l'indirizzo secondo cui per la configurazione della recidiva "reiterata" di cui all'art. 99, comma 4, c.p. sarebbe necessaria una precedente sentenza attributiva dello status di recidivo non è rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità, trovando riscontro solo in qualche pronuncia di merito successivamente cassata. Nel ribadire, inoltre, che l'ipotesi prevista dal terzo capoverso dell'art. 99 c.p., al pari delle altre fattispecie di recidiva facoltativa, in quanto circostanza aggravante, per produrre tutti i suoi effetti (principale e secondari) deve essere "ritenuta" ed "applicata" dal giudice, hanno chiarito che il legislatore nell'art. 444, comma 1 bis, c.p.p. parla di soggetti "dichiarati" recidivi non per indicare che sia necessaria una pregressa pronuncia giudiziale dichiarativa di tale status, bensì per mere ragioni di semplificazione semantica. L'alinea in argomento, in effetti, nell'individuare coloro che non possono essere ammessi al predetto rito semplificato e alla conseguente riduzione premiale, accorpa, per comodità di esposizione, il recidivo reiterato alle tre figure di delinquente qualificato (abituale, professionale e per tendenza). Queste tre forme di pericolosità sociale, al contrario della recidiva in generale, esigono una dichiarazione giudiziale attributiva della specifica condizione, che è dettagliatamente disciplinata dalla legge[74] e, a seconda dei casi, viene pronunciata dal giudice della cognizione con la sentenza di condanna (art. 109 c.p.) oppure dal magistrato di sorveglianza (art. 679 c.p.p.). Proprio ed esclusivamente ad esse si riferisce il "dichiarati" contemplato dalla predetta disposizione processuale.

### **3.4. La recidiva obbligatoria e le sue vicissitudini ermeneutiche.**

Abbiamo sinora appurato che, relativamente all'art. 99 c.p., il quarto comma, oltre ad essere il più richiamato da altre norme sostanziali, processuali e dell'ordinamento penitenziario[75], è stato quello che ha catalizzato maggiore attenzione da parte degli interpreti teorici e pratici. Viceversa, una disposizione che, pur potendo potenzialmente ingenerare numerosi dubbi ermeneutici, ha alimentato in maniera più misurata i repertori di giurisprudenza e le disquisizioni dottrinarie è stata quella contenuta nel successivo quinto comma. Questo capoverso, frutto anch'esso della legge "ex Cirielli", prevede testualmente che "se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto". Il legislatore ha, quindi, reintrodotta la recidiva obbligatoria, limitatamente, però, ad una serie di reati di particolare gravità ed allarme sociale, già utilizzata nel codice di rito come elemento discriminante in relazione a diversi istituti[76]. In dottrina tale scelta non è stata esente da critiche. Si è, innanzitutto, evidenziato che, se da un lato potessero risultare legittime le deroghe al procedimento ordinario previste dal codice di procedura penale per i gravi delitti de quibus, dall'altro non altrettanto scontata era la conformità costituzionale della recidiva obbligatoria su di essi fondata. Da parte di qualcuno[77] è stata segnalata un'involuzione del nostro sistema penale, che, dopo essersi liberato, attraverso l'encomiabile opera della Consulta e del Parlamento, delle diverse ipotesi di pericolosità sociale presunta, previste in tema di misure di sicurezza e di recidiva[78], veniva ora ad ospitarne una nuova. In realtà, la Corte Costituzionale, anche successivamente alla riforma del 1974, si era già occupata della legittimità di una figura di recidiva obbligatoria sopravvissuta. Subito dopo l'espunzione dal codice penale di tutti i casi di recidiva non discrezionale, alcuni tribunali avevano, infatti, denunciato l'illegittimità costituzionale della "recidiva nel contrabbando", disciplinata dall'art. 296 d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale). Secondo il loro punto di vista, la contingenza che nei confronti dell'imputato per reati doganali il giudice fosse sempre obbligato ad applicare la recidiva, mentre riguardo agli autori di tutti gli altri reati l'applicazione era, invece, rimessa alla sua valutazione, costituiva una patente violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La Consulta, con la sentenza 4 gennaio del 1977, aveva, però, dichiarato tale rilievo infondato. In quest'occasione aveva ricordato che tra le "condizioni personali" che, ai sensi del predetto art. 3, non possono esser fonte di discriminazione, non sono annoverabili quelle derivanti da un'attività criminosa del soggetto, rispetto alla quale, il legislatore è libero di determinare la pena, a patto che, come per il caso in esame, non si determini una sperequazione

illogica o irrazionale. In particolare, aveva ribadito che rientra nella sfera discrezionale dell'artefice delle leggi, ispirata a valutazioni di politica criminale, la previsione di un trattamento sanzionatorio più afflittivo, quale può essere l'obbligatorietà della recidiva, per prevenire e reprimere crimini di particolare gravità ed allarme sociale, che, in quanto lesivi di interessi primari, esigono una tutela più efficace. Queste risalenti affermazioni relative ai reati in materia di contrabbando, sempre attuali, si attagliano oggi perfettamente anche ai gravi delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., come ribadito qualche mese fa dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 6950, emessa il 9 febbraio dalla Seconda sezione penale. Tra l'altro, la stessa norma del codice di rito annovera al numero 1) proprio uno dei reati doganali: l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, quando sia armata oppure utilizzi particolari mezzi di trasporto o peculiari forme societarie o di disponibilità finanziaria.

La perdurante validità delle ricordate argomentazioni, dedotte dal Giudice delle leggi più di trent'anni fa, viene tacitamente riconosciuta dagli stessi "introduttori necessari" del giudizio incidentale innanzi alla Consulta, visto che dai repertori di giurisprudenza non emergono pregiudiziali di costituzionalità riguardanti l'obbligatorietà prevista dall'art. 99, comma 5, c.p. Questa visione tendenzialmente uniforme sulla compatibilità costituzionale di tale capoverso non lo rende, tuttavia, immune da contrasti interpretativi. Una prima fonte di discordia ermeneutica è individuabile nell'ambito applicativo della norma. A mente di alcuni, la fattispecie obbligatoria contemplata dal comma 5 concernerebbe la sola recidiva "reiterata", dato che l'incipit di tale capoverso, costituito dall'espressione "se si tratta", sarebbe chiaramente riferito all'alea precedente[79]. A giudizio di altri, invece, la figura de qua non sarebbe limitata ai casi di reiterazione, ma includerebbe anche quelli di recidiva "aggravata" di cui al secondo comma, rispetto ai quali, infatti, viene espressamente stabilito che l'incremento sanzionatorio "non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto"[80]. L'indirizzo dominante (soprattutto in giurisprudenza) risulta, però, essere equidistante da ambe le posizioni, ritenendo, infatti, che il comma 5 sia riferibile ad ogni forma di recidiva, che da facoltativa si trasforma in obbligatoria nel momento in cui vi sia la commissione di uno dei delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.[81].

Proprio in relazione a quest'ultimo elemento, che determina la conversione della circostanza aggravante da discrezionale in obbligatoria, si pone un ulteriore dilemma esegetico. I giuristi non concordano su quale debba essere il delitto sussumibile nel fitto elenco di reati contenuto nella predetta norma

processuale: se quello oggetto della precedente condanna, oppure quello nuovo, sub iudice, che vale a costituire lo status di recidivo, ovvero indifferentemente l'uno o l'altro, o financo entrambi. La stessa Corte Costituzionale, in quasi tutte le ricordate pronunce relative alla recidiva "reiterata" di cui all'art. 99, comma 4, c.p., ha rilevato l'esistenza di questo problema interpretativo afferente al capoverso successivo. Dopo essersi limitata a precisare che le quattro soluzioni dinnanzi prospettate erano tutte, realmente o almeno potenzialmente, riscontrabili nel diritto vivente, senza che ve ne fosse una prevalente sulle altre in maniera consolidata, ha sottolineato come nessuno dei giudici rimettenti (tra i quali compariva anche Quello nomofilattico[82]) avesse sollevato la questione, nonostante la sua rilevanza in rapporto al thema decidendum. Così facendo, la Consulta ha implicitamente motivato la sua posizione "agnostica" sul punto[83]. Attualmente, l'orientamento che incontra maggiori consensi in giurisprudenza è quello secondo cui per l'integrazione della fattispecie di cui al comma 5 è necessario che sia il nuovo reato, quello che sta "a valle" della recidiva, a dover rientrare nella schiera delittuosa contemplata dall'art. 407 c.p.p. e non anche quello o quelli che stanno "a monte" della stessa[84]. I sostenitori di tale indirizzo arrivano a questa conclusione attraverso l'interpretazione letterale e sistematica di tutte le disposizioni contenute nell'art. 99 c.p. Nelle loro inferenze argomentative evidenziano che nei commi precedenti quello in esame si parla sempre di aumento di pena per il "nuovo" o "altro" delitto e che l'unica ipotesi in cui, viceversa, eccezionalmente acquisiscono rilevanza i reati antecedenti è costituita dalla recidiva "specificata". In più, sottolineano come lo stesso quarto capoverso, nel suo ultimo inciso, quando fissa un limite minimo di aumento per un determinato caso, richiami il comma 2, strutturato anch'esso sul "nuovo delitto".

Nonostante l'orientamento appena segnalato risulti confortato da numerosi arresti, anche recenti, della Suprema Corte, in una pronuncia di qualche mese fa della Seconda Sezione penale la problematica relativa all'esatta portata del rinvio all'art. 407 c.p.p. contenuto nell'art. 99, comma 5, c.p. veniva considerata ancora irrisolta. Il riferimento è all'ordinanza del 4 novembre 2010, n. 39855, con cui il Singolo Collegio, oltre a segnalare la persistenza di questo dubbio, deferiva alle Sezioni Unite un altro conflitto giurisprudenziale riguardante sempre (ma non solo) lo stesso capoverso dell'art. 99 c.p. La tematica su cui, a séguito di tale impulso, il Consesso "a pieni ranghi" si è espresso lo scorso 24 febbraio con sentenza n. 20798, depositata il successivo 24 maggio, risulta, in effetti, piuttosto articolata.

L'Autorevole Collegio "a nove teste" in questa congiuntura ha, innanzitutto, risolto il dilemma, continuo e diuturno, concernente il richiamo dell'art. 407 del codice di rito, sposando la tesi maggioritaria. Fondando

la propria asseverazione sull'esegesi letterale e logico-sistematica del quarto capoverso dell'art. 99 c.p., ha, infatti, ribadito che la recidiva "reiterata" obbligatoria ricorre quando il soggetto, già recidivo per qualunque delitto, ne commette un altro riconducibile al catalogo contenuto nella predetta disposizione processuale, a prescindere che rientri o meno in tale novero anche il delitto per cui è stata irrogata la precedente condanna. Oltre a richiamare le ricordate motivazioni della giurisprudenza prevalente, le Sezioni Unite hanno soggiunto anche che l'interpretazione in argomento, proprio perché confina l'applicabilità dell'art. 99, comma 5, c.p. al caso in cui il nuovo reato sia riconducibile all'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., risulta maggiormente coerente sotto il profilo del giudizio, che la recidiva esige, di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità correlati alla qualità del nuovo delitto posto in essere.

Va segnalato che l'Adunanza Plenaria, nel mettere la parola "fine" su questa prima questione sottoposta al suo vaglio, ha dipanato incidenter tantum anche un'altra vexata quaestio. Proprio nel precisare che deve essere il reato "a monte" della recidiva a dover sussistere nell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., ha sottolineato che l'art. 99, comma 5, c.p. è applicabile a tutte le forme di recidiva e non solo ad alcune di esse, come vorrebbe una giurisprudenza minoritaria in precedenza evocata. Le Sezioni Unite, ratificando anche in questo caso l'indirizzo dominante, hanno, infatti, elucidato che la funzione dell'alinea in discussione è quella di prefigurare, in rapporto ad ognuna delle fattispecie di recidiva facoltativa previste dai quattro commi precedenti, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria, per cui non risultano condivisibili quelle linee interpretative secondo cui l'obbligatorietà sarebbe limitata alla sola recidiva "reiterata", oppure ad essa ed alla recidiva "monoaggravata".

L'altra questione (a dire il vero, quella principale) su cui i nove giudici sono stati chiamati ad esprimersi non aveva afferenza esclusiva con il comma 5 dell'art. 99 c.p.; consisteva, infatti, nell'acclarare se le figure di recidiva che comportano un aumento di pena superiore ad un terzo possano essere qualificate, ex art. 63, comma 3, c.p., come circostanze aggravanti ad effetto speciale<sup>[85]</sup> e se, in quanto tali, incontrino la limitazione di cui all'art. 63, comma 4, c.p. A mente di questa norma, in caso di concorso omogeneo di più elementi circostanziali appartenenti a questa categoria, non vige la regola del "cumulo materiale", bensì quella del "cumulo giuridico", ovvero si applica soltanto la pena stabilita per quello più grave con l'eventuale possibilità per il giudice di un ulteriore aumento<sup>[86]</sup>. Al primo quesito essi hanno risposto affermativamente, facendo propria la tesi maggioritaria<sup>[87]</sup>, consolidata soprattutto in materia di calcolo

della prescrizione del reato, secondo cui tutte le ipotesi di recidiva caratterizzate dal predetto aumento di pena (ovvero, quelle contemplate dai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 99 c.p.) sono circostanze ad effetto speciale[88]. Una volta riconosciuta la validità di questo teorema fondato sul criterio edittale, l'applicabilità dell'art. 63, comma 4, c.p. si è rivelata un vero e proprio corollario che ha, comunque, richiesto un'ulteriore precisazione. L'Insigne Collegio ha, infatti, chiarito se l'operatività di quest'ultima norma sia inibita nel caso in cui tra le circostanze ad effetto speciale concorrenti compaia la recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, comma 5, c.p. Secondo alcune pronunce della Suprema Corte[89], infatti, questa figura di recidiva, in virtù della sua obbligatorietà, sarebbe immune alla citata regola limitativa. A giudizio di tale orientamento, la ratio derogatoria all'art. 63, comma 4, c.p. sarebbe evincibile dalla congiuntura che il legislatore ha previsto quest'ipotesi di recidiva obbligatoria in relazione ad una folta schiera di reati, tra cui compaiono delitti già a loro volta aggravati da circostanze ad effetto speciale obbligatorie [e.g., l'art. 628, comma 3, c.p. oppure l'art. 73 aggravato ex art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90, contemplati dall'art. 407, comma 2, lett. a), rispettivamente ai nn. 2 e 6]. Una combinazione, ritenuta dai fautori di quest'indirizzo, sintomatica di una volontà legislativa ben determinata: quella di rendere applicabili, in deroga al terzo capoverso dell'art. 63 c.p., entrambi gli incrementi sanzionatori circostanziali (e non solo quello più grave), sia in questi casi lampanti che in tutti quelli dove la recidiva obbligatoria concorre con altra aggravante della predetta specie. L'Assemblea Plenaria ha preso le distanze da tali argomentazioni, evidenziando come non vi siano ragioni, tanto letterali quanto logico-sistematiche, per sottrarre l'art. 99, comma 5, c.p. all'applicabilità dell'art. 63, comma 4, c.p., per cui laddove la figura di recidiva da essa contemplata concorra con altre circostanze ad effetto speciale soggiacerà anch'essa alla regola del cumulo giuridico.

La concordanza cronologica ci offre un utile spunto per ricordare che nello stesso giorno in cui è stata emessa la sentenza che abbiamo appena chiosato (lo scorso 24 febbraio) le Sezioni Unite, con un'altra decisione, si sono espresse su una questione intimamente connessa a quella appena esaminata. Il problema da dirimere era, infatti, sempre afferente alla sussumibilità delle ipotesi di recidiva "qualificata" nello spettro delle circostanze ad effetto speciale. A richiedere l'intervento dell' "Adunanza Plenaria" era stata in quest'occasione la Terza Sezione penale con l'ordinanza del 2 luglio 2010, n. 37198, nella quale i giudici "rimettenti", segnalando la presenza di due orientamenti (tra loro) antitetici riguardo alla catalogazione anzidetta, avevano sostenuto che tale inquadramento dogmatico era rilevante per stabilire se si dovesse tener conto anche della recidiva "reiterata" contestata nella determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari (artt. 278 e 379 c.p.p.). Risulta opportuno

rammentare che la prima delle due richiamate norme del codice di rito, rubricata appunto determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure [cautelari, Ndr], recita: "Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato.

**Non**

**si**

**tiene conto** della continuazione, **della recidiva** e delle

circostanze

del

reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice

penale

nonché

delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale"[90]. L'altra disposizione procedurale si limita, invece, ad estendere la portata applicativa di tale disposto anche alle misure precautelari (arresto in flagranza e fermo di indiziato di delitto).

Sulla questione il Consesso Allargato ha deciso con la sentenza n. 17386 depositata il 5 maggio u.s., nella quale le Sezioni Unite, pur sottolineando l'irrilevanza dell'eventuale qualificazione della recidiva "reiterata" come circostanza ad effetto speciale ai fini del computo o meno della stessa nella "sommatoria" di cui all'art. 278 c.p.p., si sono comunque pronunciate ("per completezza argomentativa") sulla sua natura giuridica. I giudici in questa congiuntura ancora una volta hanno fatto proprio quell'indirizzo giurisprudenziale da noi rimembrato[91], secondo cui la contingenza che il legislatore

attribuisca alla recidiva la natura di circostanza inerente alla persona del colpevole non esclude che essa, nelle ipotesi in cui comporta un aumento di pena superiore ad un terzo, possa esser ricondotta alla categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale. Ribadito quest'inquadramento dogmatico della recidiva "qualificata", i giudici hanno dissolto l'altro dubbio interpretativo posto alla loro attenzione, prescindendo appunto dalla predetta "categorizzazione" e facendo semplicemente appello alla lettera legis. L'art. 278 c.p.p., infatti, nello stabilire quali siano gli elementi di cui tener conto nel computo della pena edittale agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, annovera in via generale le circostanze ad effetto speciale, ma esclude *expressis verbis* la recidiva. Va da sé, quindi, che, secondo la Cassazione *Consultibus Classibus*, la valenza della recidiva "qualificata" come "addendo" ai fini del predetto calcolo è esclusa per legge[92].

Abbiamo visto come siano piuttosto numerosi gli interrogativi che ruotano intorno all'art. 99, comma 5, c.p. Senza alcuna pretesa di esaurire l'argomento relativo ai dubbi ermeneutici che attengono a questo capoverso, occorre segnalare un altro dilemma interpretativo di non poco momento. Il problema riguarda sempre la recidiva obbligatoria considerata come circostanza aggravante. Più su ci siamo occupati di quella preclusione nel giudizio di bilanciamento delle circostanze contenuta nell'art. 69, comma 4, c.p., pertinente alla recidiva "reiterata" facoltativa di cui all'art. 99, comma 4, c.p. È ragionevole chiedersi se quel divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti riguardi anche la "ritenuta" circostanza aggravante di cui all'art. 99, comma 5, c.p., visto che nel predetto alinea dell'art. 69 c.p. l'esplicito richiamo è solo al capoverso precedente. Nelle diverse pronunce della Consulta relative alla legittimità costituzionale degli artt. 69, comma 4, e 99, comma 4, c.p., che hanno rappresentato uno dei leitmotiv di questa nostra trattazione, è stata riconosciuta la possibilità al giudice di non applicare gli effetti, principale e secondari, della recidiva "reiterata" facoltativa, quando la ricaduta nel reato non sia prodromica di una "più accentuata colpevolezza" e di una "maggiore pericolosità" del reo. Argomentando a contrario, si dovrebbe involgere che tale facoltà gli sia preclusa nei casi di recidiva "reiterata" obbligatoria, dovendo l'incremento di pena ad essa riconnesso e tutte le altre conseguenze "commisurative della sanzione" (tra cui la limitazione di cui al terzo capoverso dell'art. 69 c.p.) necessariamente prodursi *ex lege*. Tale indirizzo viene sposato dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, in più occasioni, ha sostenuto che la contrazione del giudizio di bilanciamento, espressamente fissata in relazione all'art. 99, comma 4, c.p., vale a fortiori quando la recidiva "**reiterata**" è obbligatoria ai sensi del capoverso successivo[93].



Da questi arresti della Corte regolatrice si deve inferire che la predetta limitazione non opera nei riguardi delle forme di recidiva diverse da quella “reiterata”, quand’anche siano obbligatorie perché il nuovo reato ricade nell’alveo dell’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. Laddove, per contro, si ritenesse corretto estendere il divieto di prevalenza in argomento a tutte le ipotesi di recidiva obbligatoria (reiterata e non), si finirebbe probabilmente per dar vita a quell’analogia in malam partem, a cui l’incontrastato sovrano della legge penale, il principio di legalità (art. 25, comma 2, c.p.), nega il diritto di cittadinanza. Ad onor del vero, non manca in dottrina chi, in virtù di questo divieto di estensione analogica contra reum, sostiene che il quarto alinea dell’art. 69 c.p. vada interpretato in senso strettamente letterale, non essendo, quindi, applicabile alle ipotesi di recidiva obbligatoria di cui all’art. 99, comma 5, c.p., nemmeno quando si tratti di recidiva “reiterata”[94]. Secondo questa visione, l’omessa indicazione nell’art. 69, comma 4, c.p. del quinto comma dell’art. 99 c.p., non superabile, per il motivo anzidetto, attraverso lo strumento analogico, risponderebbe ad un preciso disegno del legislatore. La ratio legis sarebbe quella di permettere al giudice, quando ricorra la recidiva non discrezionale, di poter ritenere prevalenti su di essa eventuali circostanze attenuanti. In questo modo egli recupererebbe la possibilità di adattare la pena al caso concreto, venuta meno a causa dell’obbligatorietà della recidiva. In quelle situazioni di fatto in cui la ricaduta delittuosa non fosse sintomatica di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo, la perdita della discrezionalità di escludere la recidiva verrebbe compensata dalla facoltà di ritenerla subvalente nel giudizio di bilanciamento con circostanze di segno opposto. Ragionando in senso contrario, sarebbe preclusa al giudice la possibilità di calibrare la risposta punitiva dello Stato alla fattispecie reale, in dispregio dei principî costituzionali di eguaglianza e ragionevolezza, di offensività del reato, e di proporzionalità e rieducazione della pena. I sostenitori della tesi antonima obietrano, invece, che il giudice mantenga questo potere anche in presenza del divieto di prevalenza delle attenuanti, visto che egli può attagliare la sanzione al caso concreto per mezzo di un giudizio di equivalenza, che rimane, comunque, praticabile[95].

#### **4. Conclusioni.**

In questa dissezione dell’art. 99 c.p. ci siamo occupati solo di alcune delle problematiche esegetiche che

attanagliano l'istituto della recidiva[96]. Abbiamo constatato come non si tratti di semplici logomachie, sibbene di dispute interpretative dai risvolti applicativi non trascurabili, che solo in qualche caso sono state definitivamente composte grazie all'intervento delle Giurisdizioni superiori.

Giunti all'epilogo della nostra analisi, qualche parola dobbiamo spenderla riguardo all'ultimo capoverso di questa norma, in base al quale l'aumento di pena per effetto di qualsiasi tipo di recidiva in nessun caso può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne anteriori alla commissione del delitto sub iudice. Si tratta di una limitazione introdotta dalla riforma "indulgenzialista" del 1974 e non intaccata dalla legge "ex Cirielli", che, malgrado il suo intento draconiano, ha reputato inopportuno un ripristino dello status quo ante. La semplicità che caratterizza questa disposizione giustifica verosimilmente l'assenza, in dottrina come in giurisprudenza, di questioni ermeneutiche ad essa afferenti, interinando, quindi, quell'apoftegma col quale abbiamo aperto il nostro discorso: in claris non fit interpretatio[97].

[1] TUOZZI, Corso di diritto penale, 3<sup>a</sup> ed., I, Napoli, 1889, 360. La sussistenza di innumerevoli e vivaci contrasti ermeneutici sul tema viene rilevata nello stesso periodo anche da CARRARA in Opuscoli di diritto criminale, II, 3<sup>a</sup> ed., Prato, 1878, 127. In chiave diacronica, adde MANZINI, La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale, Torino, 1890; DELL'ANDRO, La recidiva nella teoria della norma penale, Palermo, 1950; VASSALLI, La riforma penale del 1974, Milano, 1975, 64 s.; FIANDACA, MUSCO, Diritto penale Parte generale, 4<sup>a</sup> ed. agg., Bologna, 2004, 410.

[2] Per giurisprudenza consolidata, in tutti i casi in cui il codice sostanziale parla sic et simpliciter di "condanna" o di "condannato" presuppone che la relativa pronuncia sia divenuta irrevocabile.

[3] La pronuncia de qua opera, tra l'altro, un'interessante differenziazione tra i concetti di "recidiva" e di "reiterazione", che nella vicenda disciplinare esaminata risultano ben distinti l'uno dall'altro, assumendo,

quindi, una connotazione antitetica rispetto a quella riscontrabile infra, nell'ambito delle violazioni amministrative, riguardo alle quali, come si vedrà, sussiste, invece, una sinonimia dei due lemmi fissata dal legislatore e ratificata dalla Corte regolatrice (vedi nota 13).

[4] Vedi gli artt. 12, 69, 70, 81, 99, 100 (abr.), 106, 109, 143 (abr.), 517 bis, 544 sexies, 555 (abr.), 639 e 727 (abr.) c.p., nonché gli artt. 23 e 31 disp. trans. c.p.

[5] Cfr. gli artt. 4, 278, 519 e 656 c.p.p., nonché l'art. 132 bis att. c.p.p.

[6] Vedi, e.g., l'art. 52, comma 3, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468) e tutte le altre norme disciplinanti ipotesi "speciali" di recidiva (vedi nota seguente).

[7] Tra quelle in vigore, senza alcuna pretesa di esaustività, si citano: art. 4, comma 4, l. 4 novembre 2010, n. 201 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia [...]); art. 147, comma 3, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (Attuazione della direttiva 2001/83/CE [...] relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano [...]); art. 5, comma 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 275 (Riordino del sistema sanzionatorio in materia di commercio di specie animali e vegetali protette [...]); artt. 1, comma 2, e 2, comma 2, l. 7 febbraio 1992, n. 150 (Disciplina dei reati relativi all'applicazione in Italia della convenzione sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione [...]); art. 9, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 175 (Norme in materia di pubblicità sanitaria e di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie); art. 30, comma 1, l. 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette); art. 9, comma 6, l. 16 aprile 1973, n. 171 (Interventi per la salvaguardia di Venezia); art. 125, commi 6 e 7, art. 168, comma 2, art. 169, commi 1 e 3, art. 188, comma 1, e art. 265 bis, comma 2, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (Testo unico delle leggi sanitarie); art. 21, comma 2, l. 15 giugno 1931, n. 889 (Riordinamento dell'istruzione media tecnica); art. 8, comma 2, r.d.l. 7 luglio 1927, n. 1548 (Norme per la fabbricazione, l'importazione ed il commercio dei prodotti alimentari della pesca conservati in recipienti), convertito dalla l. 7 giugno 1928, n. 1378; art. 3, comma 2, l. 23 giugno 1927, n. 1264 (Disciplina delle arti

ausiliarie delle professioni sanitarie); art. 54, comma 3, r.d.l. 15 maggio 1924, n. 749 (Ordinamento dell'istruzione media commerciale), convertito dalla l. 17 aprile 1925, n. 473; art. 117 r.d. 6 maggio 1923, n. 1054 (Ordinamento della istruzione media e dei convitti nazionali); art. 15, comma 5, r.d.l. 13 novembre 1919, n. 2205 (Approvazione del testo unico dei provvedimenti sull'emigrazione e sulla tutela giuridica degli emigranti), convertito dalla l. 17 aprile 1925, n. 473; art. 5 r.d.l. 18 maggio 1919, n. 1093 (Disposizioni per l'uscita dal regno dei cittadini che si considerano o presumono emigranti), convertito dalla l. 16 giugno 1927, n. 985.

[8] Un'eccezione è individuabile nell'art. 59, commi 1 e 2, l. 24 novembre 1981, n. 681 (Modifiche al sistema penale), che, nel fissare alcune cause ostative alla sostituzione delle pene detentive brevi, si astiene, probabilmente per comodità espositiva, dal qualificare come "recidivo" il condannato reiterante.

[9] In quest'ambito, tra l'altro, "la recidiva si verifica [solo, Ndr] qualora sia stata commessa la stessa violazione per due volte in un anno"  
(art. 62, comma 2, secondo periodo, cit. d.lgs.).

[10] (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59). La nozione di recidiva in questa materia (art. 22, 2° comma, cit. d.lgs.) coincide con quella "ridotta" del codice del consumo, appena rilevata (vedi nota precedente). In realtà, sono diversi i rami dell'ordinamento extrapenale in cui la normativa di settore opera una contrazione della portata applicativa della recidiva; a titolo paradigmatico, si ricordino: l'ordinamento del notariato e degli archivi civili (art. 145 l. 16 febbraio 1913, n. 89), che la configura esclusivamente quando il notaio commette "nuovamente la stessa infrazione entro cinque anni dalla condanna" (la c.d. recidiva "specifica infraquinquennale": vedi nota 36); il testo unico degli impiegati civili dello stato (art. 86 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3) e l'ordinamento di alcune categorie del personale giudiziario (art. 112 l. 23 ottobre 1960, n. 1196 e art. 67 d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229), che la individuano nella sola reiterazione di infrazioni della stessa specie; il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena (art. 168 r.d. 18 giugno 1931, n. 787), che considera il detenuto recidivo in infrazioni disciplinari solo in determinati casi tassativamente indicati.

[11] (Repressione delle frodi nella preparazione e nel commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari), convertito dalla l. 18 marzo 1926, n. 562. Le violazioni previste come reato da questo decreto sono state trasformate in illeciti amministrativi dall'art. 1 d.lgs. n. 30 dicembre 1999, n. 507 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 L. 25 giugno 1999, n. 205).

[12] Tra i più recenti, si ricordino quello relativo ai segretari comunali e provinciali, siglato il 14 dicembre dello scorso anno, oppure quelli concernenti il personale dirigente dell'ENAC e il personale non dirigente dell'Unioncamere, entrambi sottoscritti il 4 agosto 2010.

[13] La ratio di voler realizzare un distinguo solo lessicale (e non anche sostanziale) tra i due binomi "reato-recidiva" e "illecito amministrativo-reiterazione delle violazioni" emerge proprio dal provvedimento normativo che ha introdotto il citato art. 8 bis. Nel testo originario della l. n. 689/81 non era, infatti, contemplata la "reiterazione delle violazioni"; vi è stata interpolata dall'art. 94 cit. d.lgs. n. 507/99, che ha aggiunto alla predetta legge l'articolo in argomento. Questo decreto legislativo, all'art. 3, nel disciplinare le "sanzioni amministrative accessorie", sancisce a chiare lettere la simmetria tra la "recidiva" e la neonata "reiterazione delle violazioni". Vedi, in senso adesivo, anche Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 2007, n. 17347, che sottolinea la corrispondenza tra questa figura giuridica amministrativa ed alcune forme della recidiva penale ("specificata" ed "infraquinquennale": cfr. nota 36). Per trovare una distinzione legislativa tra i termini "recidiva" e "reiterazione" bisogna andare molto indietro nel tempo e prendere in esame una normativa non più applicabile: ci riferiamo all'art. 334 dell'ancóra vigente r.d. 13 febbraio 1896, n. 65 (Approvazione del regolamento per l'esecuzione del testo unico delle legge doganali), il quale individua le modalità distintive tra i due lemmi, in relazione, però, ad una norma ormai abrogata, ossia l'art. 98 r.d. 20 gennaio 1896, n. 20 (Approvazione del testo unico delle leggi doganali), il cui contenuto non è stato integralmente riprodotto nel t.u.l.d. oggi in vigore (cit. d.p.r. n. 43/73).

[14] Cfr., e.g., art. 3 l. 8 aprile 2010, n. 55 (Disposizioni concernenti la commercializzazione di prodotti tessili, della pelletteria e calzaturieri); art. 7 d.lgs. 5 aprile 2006, n. 190 (Disciplina sanzionatoria per le violazioni [...] della legislazione alimentare); artt. 1 e 2 l. 15 dicembre 1990, n. 386 (Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari); art. 23 l. 15 febbraio 1963, n. 281 (Disciplina della preparazione e del commercio dei mangimi).

[15] È il caso, verbi gratia, della disciplina sanzionatoria delle violazioni tributarie (art. 7 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472), che contempla l'ipotesi del trasgressore già incorso in violazioni della stessa indole nei tre anni precedenti, prevedendo la possibilità di aumentare la sanzione fino alla metà. La medesima "anonimia" è rinvenibile nella regolamentazione della professione di mediatore, che, in occasione di una molteplice ricaduta antiggiuridica, prevede addirittura una metamorfosi dell'illecito da amministrativo a penale; in particolare, l'art. 8, comma 2, l. 3 febbraio 1989, n. 39 sancisce, infatti, che nei confronti di colui il quale per tre volte incorre nella sanzione amministrativa contemplata per l'esercizio dell'attività di mediazione senza essere iscritto nel ruolo (pagamento di una somma compresa tra euro 7.500 ed euro 15.000) si applicano le pene fissate dall'art. 348 c.p., che punisce l'abusivo esercizio di una professione con la pena della reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 103 a euro 516.

[16] Quest'inquadramento dogmatico emerge espressamente dal combinato disposto dagli artt. 69, comma 4, e 70, comma 2, c.p. In deroga al principio a verbis legis non est recendum, diversi autori (cfr., ex plurimis, ANTOLISEI, CARNELUTTI, DELL'ANDRO, FIANDACA, MANTOVANI, MANZINI, MUSCO, ecc.) rifuggono dalla sistematica codicistica ed affermano che la recidiva non è sussumibile nelle circostanze del reato, ma si riferisce allo status ed alle qualità del colpevole, rappresentando una sorta di indice di commisurazione della pena, analogo a quelli espressamente elencati dall'art. 133 c.p. La giurisprudenza è, invece, univoca riguardo alla natura circostanziale: cfr., da ultimo, Cass. pen., SS.UU., 24 febbraio 2011, n. 20798.

[17] Tra i sostenitori di questa tesi cfr., e.c., ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, 16<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 661; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., 410; PADOVANI, *Diritto penale Parte generale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1993, 347; VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit., 65.

[18] In senso adesivo, vedi, e.g., AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 44; MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 72 ss.; PITTARO, voce *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996, 359; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II,

3<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, 90 ss.

[19] In realtà, anche durante la vigenza ultraquarantennale della versione originaria dell'art. 99 c.p., quelli contemplati dall'art. 100 c.p. non erano gli unici casi di recidiva discrezionale. Già allora esistevano alcune ipotesi non obbligatorie, che tuttora compongono il panorama normativo. Oltre alle fattispecie facoltative rinvenibili in alcune risalenti leggi speciali (diverse delle norme indicate supra, nella nota 7 contemplano, infatti, ipotesi di recidiva non obbligatoria), era già in vigore il cit. art. 57 c.p.m.p. (Recidiva facoltativa fra reati comuni e reati esclusivamente militari), in base al quale il giudice, salvo che si tratti di reati della stessa indole (art. 101 c.p.), può escludere la recidiva tra reati preveduti dalla legge penale comune e "reati esclusivamente militari" (art. 37 c.p.m.p.). Il legislatore del 1941 l'aveva inserito nel codice penale militare di pace proprio per derogare all'obbligatorietà della recidiva allora contemplata dal codice "Rocco"; una volta che, come stiamo per vedere, con la riforma del 1974 il regime della facoltatività della recidiva venne generalizzato, la dottrina si mostrò concorde nel ritenere che l'art. 57 c.p.m.p. avesse ormai perduto ogni "importanza pratica" (cfr., tra i tanti, BRUNELLI, MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 1994, 143; VEUTRO, in AA.VV., *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, Milano, 1976, 223). Quest'ultima posizione, all'epoca condivisibile, merita oggi di essere rivista alla luce della riformulazione dell'art. 99 c.p. intervenuta nel 2005, con la quale, come constateremo a breve, la recidiva è stata confinata ai soli delitti (mentre il cit. art. 57 parla ancora di "reati") ed è ricomparso, seppur in forma contratta, il regime obbligatorio.

[20] Cfr. artt. 9 e 10 d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale), convertito, con modificazioni, dalla l. 7 giugno 1974, n. 220. Sulla riforma del 1974 cfr., per tutti, AMBROSETTI, op. cit., 1-75, estremamente significativo anche sotto il profilo bibliografico; con riferimento agli effetti di tale revisione sull'inquadramento dogmatico dell'istituto, vedi PUCETTI, *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO (diretto da), *Commentario sistematico del codice penale*, III, *Persone e sanzioni*, Bologna, 2006, 161 ss.

[21] Cfr. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 312; adde MARINUCCI, DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 51.

[22] L'atto normativo in argomento è conosciuto come legge "ex Cirielli" dal cognome del primo firmatario della proposta di legge n. 2055, presentata il 29 novembre 2001 alla Camera dei Deputati (XIV Legislatura). Si tratta del deputato Edmondo Cirielli, il quale, dopo le modifiche apportate dal Parlamento, la sconfessò e votò contro la sua approvazione, chiedendo successivamente che essa non venisse più chiamata col suo nome; da qui la preposizione "ex" anteposta al suo cognome. L'iter formativo di questo provvedimento è disponibile sul sito <http://legxiv.camera.it>

[23] La Consulta, nel ribadire più volte che la scelta e la quantificazione delle sanzioni per i singoli fatti punibili rientra nella discrezionalità del legislatore, il cui esercizio è censurabile, in sede del sindacato di costituzionalità, solo nel caso di manifesta irragionevolezza (cfr., ex multis, sentt. Corte Cost. nn. 394/07, 22/07 e 144/05), ha precisato che detto principio è riferibile anche agli aumenti di pena conseguenti alle circostanze aggravanti (vedi ord. Corte Cost. n. 91/08). Tali argomentazioni dissolvono i dubbi sulla legittimità costituzionale degli incrementi sanzionatori fissi. L'infondatezza di tale tesi è, del resto, evincibile, considerando che gli aumenti di pena connessi alle varie tipologie di recidiva sono degli incrementi frazionari della pena-base, la quale, variando tra un minimo ed un massimo sulla scorta degli indici di cui all'art. 133 c.p., incide anche sull'entità dell'incremento.

[24] L'elencazione non è esaustiva in quanto tra le conseguenze già vigenti prima della riforma del 2005 ve ne sono anche alcune relative solo a determinati reati. Si pensi, *exempli causa*, all'art. 517 bis, comma 2, c.p., che, riguardo ai delitti contro l'industria e il commercio, riconnette particolari effetti alla recidiva "specifica" (vedi *infra*, alla nota 36), e all'art. 544 *sexies* c.p. che, in materia di delitti contro il sentimento per gli animali, prevede l'interdizione dall'esercizio di alcune attività lavorative in caso di recidiva. Interessante ricordare che anteriormente al 1975 la recidiva rilevava anche ai fini della ripartizione dei condannati all'interno dello stabilimento penitenziario: l'art. 143 c.p. è stato abrogato in occasione della riforma dell'ordinamento penitenziario attuata con la cit. l. n. 354/75.

[25] La Corte Costituzionale, con sentenza 10 giugno 2011, n. 183, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62 bis, comma 2, c.p., come sostituito dall'art. 1, comma 1, l. n. 251/05, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato.



[26] (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale).

[27] (Testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza). Il cit. art. 94 bis, che poneva alcuni limiti alla concessione sia della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva che dell'affidamento in prova in casi particolari nei confronti di tossicodipendenti ed alcooldipendenti recidivi reiterati, è stato successivamente abrogato ad opera dell'art. 4 d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. Quest'ultima disposizione ha anche attenuato per le medesime categorie di persone, che abbiano, però, in corso un programma terapeutico di recupero al momento del deposito della sentenza definitiva, quel divieto di sospensione "automatica" dell'ordine di esecuzione della pena detentiva che la legge "ex Cirielli" ha introdotto, in via generale a carico dei recidivi reiterati, con l'art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p.

[28] Il legislatore negli anni seguenti ha ricollegato ulteriori conseguenze alla contestazione della recidiva. A titolo paradigmatico, si menzionano: l'art. 132 bis att. c.p.p., come sostituito dalla l. n. 125/08, il quale attribuisce la priorità assoluta nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione ai processi in cui sia stata contestata la recidiva "reiterata" (vedi *ultra*, nota 41); il comma 3 dell'art. 639 c.p., interpolato dalla l. n. 94/09, che, in materia di deturpamento e imbrattamento di cose altrui, ricollega alla recidiva "specificata" (vedi *infra*, nota 36) particolari incrementi sanzionatori, diversi da quelli previsti in via generale dall'art. 99 c.p.

[29] Su quest'innovazione contenitiva, vedi CORBETTA, Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?, in

Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, a cura di SCALFATI, Padova, 2006, 62 ss.; MELCHIONDA, La nuova disciplina della recidiva, in *Diritto penale e processo*, 2, 176 ss. Occorre ricordare che nella legislazione speciale sopravvivono numerose fattispecie di recidiva contravvenzionale (all'interno dell'elenco contenuto nella nota 7 se ne rinvenivano diverse); qualcuna di queste è addirittura successiva all'entrata in vigore della legge "ex Cirielli" (es. cit. art. 147 d.lgs. n. 147/06). La stessa "recidiva militare" (art. 57 c.p.m.p.), più volte richiamata *supra*, non limita il suo campo applicativo alle

ipotesi delittuose; parla, infatti, tuttora di “stessa indole” tra reati comuni (delitti e contravvenzioni) e reati “esclusivamente militari” (con riferimento a questi ultimi va detto che attualmente non esistono contravvenzioni militari, poiché i reati contemplati dai vigenti codici penali militari sono, ex art. 37, ultimo comma, c.p.m.p., tutti delitti e le altre leggi penali militari non contengono ipotesi contravvenzionali. La dottrina prevalente reputa, tuttavia, che non vi sia impedimento alcuno all’introduzione di contravvenzioni militari, tra l’altro già esistenti in passato: cfr., in tal senso, NICOLOSI, voce Reato militare, in Digesto delle discipline penali, XI, Torino, 1996, 298; VENDITTI, Il reato penale militare nel sistema penale italiano, Milano, 1976, 99 ss.).

[30] Nell’ambito dell’oceanica dottrina critica nei confronti della riforma, si vedano a titolo emblematico: BATTISTA, Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato, in *Diritto e giustizia*, 2005, 46, 104 ss.; BERTOLINO, Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 1123; BISORI, La nuova recidiva e le sue ricadute applicative, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di GIUNTA, Milano, 2006, 37-149; CORBETTA, op. cit., 53-96; DOLCINI, Le due anime della legge “ex Cirielli”, in *Il corriere del merito*, 2006, 55; FLORA, Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione, in *Diritto penale e processo*, 2005, 1325; MAMBRIANI, La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 837; MARINUCCI, La legge ex Cirielli: certezza d’impunità per reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere, in *Diritto penale e processo*, 2006, 170; MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008; PAVANI, Commento all’art. 4, l. 5.12.2005, in *La legislazione penale*, 2006, 446; PADOVANI, Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili, in *Guida al diritto*, Dossier n. 1, 2006, 32 ss.; PISTORELLI, Ridotta la discrezionalità del giudice, in *Guida al diritto*, Dossier n. 1, 2006, 62 ss.; SCALFATI, Cade il bilanciamento delle circostanze, in *Guida al diritto*, Dossier n. 1, 2006, 38 ss.

[31] Vedi nota 41.

[32] In realtà, la preclusione contenuta in questo comma opera in relazione a qualsiasi tipo di recidiva.

[33] Cfr. DELLA CASA, Approvata la legge c.d. “svuota-carceri”: un altro “pannicello caldo” per l’ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?, in *Diritto penale e processo*, 2011, 1, 5.

[34] Al riguardo vanno ricordate a titolo paradigmatico: la sent. Corte Cost. n. 257/06, relativa alla concessione dei permessi premio; Id. n. 393/06, afferente all’applicabilità retroattiva dei nuovi termini prescrizionali più brevi; Id. n. 79/07, concernente l’illegittima esclusione dei benefici (affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà, l’assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio) per i meritevoli ante l. “ex Cirielli”. Cfr. adde, nota 25.

[35] La recidiva “semplice” (art. 99, comma 1, c.p.) si ha quando il soggetto, dopo aver riportato una sentenza definitiva di condanna per un delitto non colposo, ne commette un altro. In questo caso il reo può esser sottoposto ad un aumento (fisso) di un terzo della pena da infliggere.

[36] La recidiva “monoaggravata” (definita da alcuni semplicemente “aggravata”) si ha nei tre casi indicati dal primo capoverso dell’art. 99 c.p.: 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole (c.d. recidiva “specifica”; per la definizione di “reati della stessa indole” vedi l’art. 101 c.p., che non è stato oggetto di riforma); 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso entro un lustro dalla condanna precedente (c.d. recidiva “infraquinquennale”); 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l’esecuzione della pena (c.d. recidiva “vera”), oppure nell’arco di tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente dall’esecuzione della pena (recidiva “finta”). Al ricorrere di una sola di queste congiunture, l’aumento della pena può essere fino alla metà della pena da infliggere. Si tratta dell’unica ipotesi di recidiva che contempla un incremento sanzionatorio variabile. Nel regime precedente gli aumenti di pena collegati alle diverse figure di recidiva erano tutti di questo tipo, non essendo previsti incrementi fissi.

[37] Cfr. CORBETTA, op. cit., 67; MANNUCCI, Recidiva, attenuanti, prescrizione, norme transitorie: i problemi della legge, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 8-12-2005; PISTORELLI, op. cit., 63 s.

[38] Vedi BISORI, op. cit., 40, nota 7; MELCHIONDA, op. cit., 180.

[39] Cfr., in termini, Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1861.

[40] Quest'ipotesi si ha quando concorrono più circostanze fra quelle che qualificano la recidiva come "monoaggravata". Il ricorrere di questa condizione può determinare l'aumento (fisso) della metà della pena da infliggere.

[41] Tale figura ricorre quando l'autore del nuovo delitto non colposo è già recidivo. Per quest'ipotesi gli aumenti (fissi) previsti sono della metà o di due terzi della pena da irrogare, a seconda che la recidiva precedente sia "semplice" o "aggravata". Con riferimento ai due distinti incrementi sanzionatori previsti per la recidiva "reiterata" (particolarità presente nell'art. 99 c.p. sin dal 1930), dottrina maggioritaria e giurisprudenza prevalente reputano che a determinare la diversa entità dell'aumento sia la pregressa tipologia di recidiva e non il nuovo delitto commesso (cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599); contra, vedi MANZINI, Istituzioni di diritto penale italiano Parte generale, 7<sup>a</sup> ed. agg., Padova, 1941, 202.

[42] Cfr., e.g., PADOVANI, Una novella piena di contraddizioni, cit., 32; SALERNO, Un intervento in linea con la Costituzione, in Guida al diritto, Dossier n. 1, 2006, 47. Circoscriveva, invece, l'obbligatorietà alla sola recidiva "reiterata" BATTISTA, op. cit., 105.

[43] Il cit. d.l. n. 99/74, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 220/74, oltre a riformare l'art. 99 c.p., ha, infatti, introdotto nell'art. 69 c.p. il criterio c.d. "dell'alternativa funzionale" o "dell'alternativa esclusiva", estendendo il giudizio di bilanciamento a tutte le tipologie di circostanze. Prima di questa modifica la recidiva, oltre a non essere bilanciabile in nessuna delle sue forme, veniva valutata per ultima (cfr. l'art. 69 c.p. nella sua versione originaria).

[44] Una parziale deroga a questo divieto di prevalenza è rinvenibile nel cit. art. 52, comma 3, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, nel quale, in relazione ai reati di competenza del giudice di pace, si ammette la possibilità di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva “reiterata infraquinquennale”.

[45] Ad onor del vero, va detto che non si tratta del primo caso di limitazione del giudizio di bilanciamento delle circostanze. In effetti, anche successivamente alla riforma del 1974, che, come accennato, ha ammesso alla comparazione tutti i tipi di circostanze, il legislatore ne ha rese alcune non bilanciabili: le cc.dd. circostanze aggravanti “blindate” o “privilegiate” in tale giudizio. Al riguardo, si ricordino quelle in materia di: finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico ex art. 1 l. n. 15/80; di lesione e morte, contemplate rispettivamente dai commi 2 e 4 dell’art. 280 c.p. (Attentato per finalità terroristiche o di eversione); di indebito conseguimento di contributi statali stanziati in occasione del terremoto dell’Irpinia (art. 15 quater l. n. 874/80); di metodo o agevolazione mafiosi (art. 7 l. n. 203/91); di determinazione al reato nei casi previsti dall’art. 7 l. n. 172/92; di discriminazione razziale (art. 3 l. 205/93); di favoreggiamento all’immigrazione clandestina (art. 12, comma 3 quater, d.lgs. n. 286/98); di riduzione in schiavitù, di tratta e di prostituzione e pornografia minorili (art. 600-sexies, ultimo comma, c.p.); di reati transnazionali (artt. 280 bis c.p. e 4 l. n. 146/06); di guida in stato di ebbrezza o sotto l’effetto di sostanze stupefacenti e di omicidio e lesioni colpose causati da chi versa in tali stati psicofisici (artt. 186, comma 2 sexies, e 187 c.d.s.; art. 590 bis c.p.); di rapina e di estorsione (artt. 628, commi 3 bis, 3 ter e 3 quater, e 629, comma 2, c.p.). Occorre, tuttavia, constatare che, contrariamente a tutte le ipotesi appena elencate, la “blindatura” prevista dall’art. 69, comma 4, c.p. ha una radice soggettiva, non essendo, infatti, legata al dato oggettivo del reato commesso, bensì al tipo di autore.

[46] Tra le riserve critiche nell’immediatezza dell’entrata in vigore di questa norma, cfr. AMATO, Il recidivo va a caccia di “generiche”, in Guida al diritto, Dossier n. 1, 2006, 60; DE NICOLO, Primi problemi applicativi della legge “ex Cirielli, in Diritto penale e processo, 2006, 51; FIANDACA, MUSCO, Diritto penale Parte generale, Addenda alla 4<sup>a</sup> ed. agg., Bologna, 2004, 7; ROCCHI, La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento della prescrizione e sugli altri effetti ad essa connessi, in Cassazione penale, 11, 4097; ROSI, Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione, in AA.VV., Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, a cura di SCALFATI, Padova, 2006, 13 ss.;

SCALFATI, Cade il bilanciamento delle circostanze, cit., 39.

[47] Un “appiattimento sanzionatorio” o “livellamento” che, secondo questa visione, sussisteva anche all’interno della stessa categoria dei recidivi reiterati, dove gli imputati meritevoli di una pluralità di attenuanti venivano parificati a quelli ai quali ne fosse stata riconosciuta una sola; i recidivi per reati “bagatellari” erano equiparati a quelli per reati gravissimi; i recidivi per delitti risalenti nel tempo a quelli per delitti commessi recentemente.

[48] Queste due linee di pensiero, inconciliabili con il nostro sistema penale costituzionalizzato, appartengono alla dottrina tedesca di orientamento nazionalsocialista: ci riferiamo al “diritto penale della volontà” della scuola di Kiel (Dahm, Schaffstein, ecc.) e alla teoria della “colpa d’autore” di Täterschuld. Simili concezioni erano alla base anche di ordinamenti più recenti, fortunatamente non più in vigore, come quelli comunisti che caratterizzavano l’Unione Sovietica e la Jugoslavia.

[49] Per onere di completezza va ricordato che era stata lamentata anche la violazione degli artt. 101, comma 2, e 111, primo e sesto comma, Cost., dovuta all’asserita impossibilità per il giudice di adempiere nel processo all’obbligo di adeguare la pena al caso concreto e di irrogare una sanzione rieducativa (cfr. ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze emessa il 24 febbraio 2006 ed iscritta al n. 406 del registro ordinanze 2006; su tale provvedimento la Consulta si è espressa con sent. n. 192/07: vedi ampiamente infra).

[50] Vedi ordinanza di rimessione della Suprema Corte depositata il 14 ottobre 2007 ed iscritta al n. 440 del registro ordinanze 2008 (su di essa la Corte Cost. si è pronunciata con l’ord. n. 171/09).

[51] Vedi nota 61.

[52] La decisione in argomento è emblematica di quel nuovo filone ermeneutico della giurisprudenza costituzionale, nel quale le sentenze (di merito) interpretative di rigetto vengono vieppiù sostituite da pronunce (processuali) di inammissibilità della questione, basate sul rilievo che il giudice a quo ha omesso di ricercare o di preferire la c.d. interpretazione “adeguatrice” (id est, quella soluzione interpretativa costituzionalmente conforme, la cui sperimentazione da parte del rimettente risulta doverosa prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, costituendo una sorta di “precondizione” della pregiudiziale di costituzionalità). Vedi, in tema, SORRENTI, La Costituzione “sottintesa”, in Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate (Seminario di studio: Palazzo della Consulta 6 novembre 2009), 19 ss., disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

[53] Cfr. Cassazione penale, 2007, 11, 4037 ss. Per un’analisi approfondita sugli effetti di questa decisione, vedi 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 Cassazione penale, 2008, 532 ss.

[54] Absit iniuria verbis: CALAMANDREI, in La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Padova, 1950, XII, diceva che il giudice funge da “portiere” o “introdotto necessario” del giudizio di legittimità costituzionale innanzi alla Corte.

[55] La Consulta, nel corpo di questo provvedimento, sottolineava, tra l’altro, l’assenza di un’interpretazione monolitica su tali norme anche in seno alla Suprema Corte di Cassazione, la quale, durante il poco tempo intercorso dalla loro entrata in vigore, aveva avuto rare occasioni di pronunciarsi su di esse e lo aveva fatto in modo disforme (cfr. punto n. 4 delle considerazioni in diritto della cit. sent.).

[56] Tale attributo accorpa tutte le ipotesi di recidiva diverse da quella “semplice”.

[57] Tra coloro che propendevano per questa tesi ancor prima dell’intervento della Consulta, cfr. BISORI, op. cit., 51; CORBETTA, op. cit., 74-77; DOLCINI, op. cit., 56; MANNUCCI, op. cit.; MELCHIONDA, op.

cit., 181; PALAZZO, Corso di diritto penale Parte generale, Torino, 2006, 532; PISTORELLI, op. cit., 62; SCALFATI, Cade il bilanciamento delle circostanze, cit., 40.

[58] Il codice penale rimette all'apprezzamento discrezionale del giudice della cognizione tutta una serie di opzioni che gli permettono di adottare la decisione più adeguata alla situazione concreta. Si pensi, verbi gratia, alla commisurazione della sanzione tra minimo e massimo (artt. 132 ss. c.p.); alla determinazione del quantum della variazione di pena prodotta dalla circostanza del reato (artt. 63 ss. c.p.); alla richiamata applicazione delle circostanze facoltative (e.g., oltre all'art. 99, commi 1 - 4, c.p., l'art. 62 bis c.p.); al giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee (art. 69 c.p.); all'applicazione delle sanzioni sostitutive (artt. 53 ss. l. n. 689/81); all'irrogazione della multa ove non prevista, nel caso di delitti determinati da motivi di lucro (art. 24, comma 2, c.p.); all'aumento o alla diminuzione dei limiti edittali della pena pecuniaria in relazione alle condizioni economiche del reo (art. 133 bis, comma 2, c.p.); alla rateizzazione della pena pecuniaria in relazione alle condizioni economiche del condannato (art. 133 ter c.p.); alla sospensione condizionale della pena (artt. 163 ss. c.p.); alla non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 c.p.); all'applicazione delle misure di sicurezza (artt. 202 ss. c.p.); alla dichiarazione delle varie tipologie di delinquente qualificato (art. 102 ss. c.p.). In tutti questi casi, in cui il giudicante dispone di un margine di scelta, gli indici di cui all'art. 133 c.p. rappresentano per lui un indefettibile strumento per addivenire ad una corretta valutazione. Sul tema, vedi BRICOLA, La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, Milano, 1965, 1-100; CARUSO, La discrezionalità penale nella commisurazione

della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice, in L'indice penale, 2006, 557-581.

[59] Secondo una parte della giurisprudenza l'obbligo di "puntuale motivazione" sussisterebbe in capo al giudice soltanto quando esclude la recidiva e non anche quando la ritiene configurabile: cfr., e.c., Cass. pen., Sez. IV, 2 luglio 2009, n. 36915; Id., Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923.

[60] Una concezione della recidiva come status soggettivo discendente dalla contestazione del solo dato formale della ricaduta delittuosa, di cui il giudice si limita a verificare la correttezza, sarebbe inconciliabile con i principî generali del diritto penale moderno e con i cardini costituzionali, ai quali esso deve necessariamente ispirarsi.



[61] La prima delle ordinanze di manifesta inammissibilità alle quali ci riferiamo è addirittura coeva della sentenza in argomento; si tratta, infatti, dell'ord. Corte Cost. n. 198 del 14 giugno 2007 (riguardo alla particolarità di questa pronuncia, vedi VINCENTI, op. cit.). Seguono: ord. Corte Cost. n. 409 del 30 novembre 2007; Id. n. 33 del 21 febbraio 2008; Id. nn. 90 e 91 del 4 aprile 2008; Id. n. 193 del 6 giugno 2008; Id. n. 257 del 10 luglio 2008; Id. 171 del 29 maggio 2009. A ribadire che la recidiva "reiterata" di cui all'art. 99, comma 4, c.p. è una circostanza facoltativa nell'an e vincolata nel quantum sono intervenute anche numerose decisioni del Giudice di legittimità, tra le quali vale la pena di ricordare: Cass. pen., SS.UU., 24 febbraio 2011, n. 20798; Id., Sez. II, 9 febbraio 2011, n. 6950; Id., Sez. II, 27 ottobre 2010, n. 6422; Id., Sez. V, 30 gennaio 2009, n. 13658; Id., Sez. III, 25 settembre 2008, n. 45065; Id., Sez. VI, 16 luglio 2008, n. 34702; Id., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 17313; Id., Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243; Id., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750.

[62] La problematica si è sviluppata nel momento in cui, nel 1974, la facoltatività della recidiva da ipotesi eccezionale è divenuta regola esclusiva: cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed. agg., Milano, 1975, 538.

[63] Cfr. Corte Cost. 14 giugno 2007, n. 192 e le altre ordinanze indicate supra, nella nota 61.

[64] Oltre alle tante ordinanze di rimessione afferenti alla questione di legittimità costituzionale degli artt. 69, comma 4, e 99, comma 4, c.p. (più volte richiamate ante), vedi Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 2008, n. 15232 e Id. Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302.

[65] Si ricordi che, come ripetutamente affermato dalle Sezioni Unite, la recidiva, in quanto circostanza aggravante, deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio (cfr. Cass. pen., Sez. II, 27 ottobre 2010, n. 6422; Id., SS.UU., 27 maggio 2010, n. 35738; Id., 23 gennaio 1971, Piano; Id., 27 maggio 1961, P.M. in proc. Papò, rv. 98479). La necessità della contestazione viene riconosciuta persino da quegli autori che contestano la natura circostanziale della recidiva: cfr., a titolo paradigmatico, MANTOVANI, *Diritto penale Parte generale*, 2007, 683. Secondo la

dottrina prevalente, tale contestazione non può essere generica, bensì deve contenere i tipi e i gradi dell'istituto: cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, Milano, 2004, 362.

[66] Cfr., tra le più recenti in senso adesivo, Cass. pen., SS.UU., 24 febbraio 2011, n. 20798; Id., Sez. V, 24 gennaio 2011, n. 9636; Id., Sez. II, 11 novembre 2010, n. 41512; Id., Sez. II, 9 novembre 2010, n. 40160; Id., Sez. II, 27 ottobre 2010, n. 6422; Id., Sez. VI, 7 ottobre 2010, n. 43771; Id., SS.UU., 27 maggio 2010, n. 35738; Id., Sez. V, 15 maggio 2009, n. 22871; Id., Sez. V, 30 gennaio 2009, n. 13658; Id., Sez. IV, 29 gennaio 2009, n. 5488. Contra, vedi Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 8113.

[67] A riprova del fatto che la regolare contestazione da parte del p.m. venga considerata condizione necessaria ma non sufficiente affinché la recidiva rilevi agli effetti penali, vi è la congiuntura che, per orientamento consolidato, la sentenza che la applica ha natura costitutiva e non meramente dichiarativa del particolare status del soggetto desumibile dal suo certificato penale (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302; Id., Sez. I, 6 ottobre 2004, n. 46229; in dottrina, vedi AMBROSETTI, *op. cit.*, passim; BISORI, *op. cit.*, 52-68). Si ricordi, inoltre, che, per giurisprudenza costante (cfr., ex multis, Corte Cost. 8 ottobre 2010, n. 291 e Cass. pen., SS.UU., 24 luglio 1991, n. 17), la circostanza aggravante si considera "applicata" non solo quando viene attivato il suo effetto tipico di incremento della pena, ma anche quando svolge, all'interno del giudizio di bilanciamento, la funzione di paralizzare una circostanza attenuante, impedendole di alleviare la pena da irrogare in concreto. In relazione a quest'ultimo argomento, cfr. l'analisi di DE VERO in *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 200 ss.

[68] È chiaro che nell'ipotesi di recidiva obbligatoria (art. 99, comma 5, c.p.), che analizzeremo infra, l'incremento sanzionatorio e gli effetti "commisurativi della sanzione" dovranno necessariamente prodursi in quanto sottratti alla valutazione discrezionale del giudice (cfr. Cass. pen., Sez. II, 4 luglio 2007, n. 32876).

[69] Cfr. Cass. pen., SS.UU., 27 maggio 2010, n. 35738.

[70] Il comma in argomento è stato, infatti, interpolato nell'art. 444 c.p.p. dalla l. 12 giugno 2003, n. 134 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti), la quale ha introdotto il c.d. "patteggiamento allargato".

[71] Laddove il patteggiamento "tradizionale" (così definito perché la sua esistenza è precedente alla vigenza del codice "Vassalli") permette all'imputato e al p.m. di accordarsi su di una sanzione sostitutiva o pecuniaria o su una pena detentiva fino a due anni sola o congiunta a pena pecuniaria, quello "allargato" consente l'accordo su di una sanzione da due anni ed un giorno fino a cinque anni di pena detentiva sola o congiunta a pena pecuniaria.

[72] Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2008, P.M. in proc. Ogana, rv. 242148; Id., Sez. II, 4 dicembre 2006, P.M. in proc. Cicchetti, rv. 235620. Sulla sufficienza della contestazione con particolare riguardo agli effetti "commisurativi della sanzione", adde Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 8113.

[73] Vedi Cass. pen., Sez. I, 13 novembre 2008, P.M. in proc. Manfredi, rv. 242509; Id., Sez. VI, 16 settembre 2004, P.M. in proc. Bonfanti, rv. 230378. Tale indirizzo risulta essere quello maggioritario in dottrina: cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, cit., 364; MAZZA, *op. cit.*, 68; PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, 304; PITTARO, *op. cit.*, 362; ROMANO, *op. cit.*, 97; VIRGILIO, *Della recidiva, della abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere*, in BRICOLA, ZAGRELBESKY, *Codice penale Parte generale*, II, Torino, 1996, 875.

[74] Vedi artt. 102, 103, 105, 108 e 109 c.p.

[75] Cit. l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà).

[76] Tra questi: la separazione dei processi [artt. 18, comma 1, lett. e bis), e 533, comma 3 bis, c.p.p.]; le attribuzioni del tribunale in composizione collegiale (art. 33 bis, comma 1, lett. a), c.p.p.); le intercettazioni per le ricerche di un latitante (art. 295, comma 3 bis, c.p.p.); la custodia cautelare [artt. 301, comma 2 bis; 303, comma 1, lett. a), n. 3 e lett. b), n. 3 bis; 304, comma 2; 307, comma 1 bis, c.p.p.); la comunicazione delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato (art. 335, comma 3, c.p.p.); la comunicazione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria (art. 347, comma 3, c.p.p.); le indagini preliminari (artt. 405, comma 2, e 406, comma 5 bis, c.p.p.). Proprio con riferimento a quest'ultimo punto va ricordato che nelle originarie intenzioni del legislatore l'elencazione contenuta nell'art. 407, comma 2, lett. a) doveva individuare i casi di indagini "fisiologicamente" complesse.

[77] Vedi, e.g., FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Addenda alla 4<sup>a</sup> ed. agg., cit., 5.

[78] Il pensiero corre, oltre che alla ricordata riforma del 1974 in tema di recidiva, alle pronunce della Corte Costituzionale (nn. 1/71, 139/82 e 249/83) e alla l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge "Gozzini", contenente modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà), che hanno progressivamente abolito le varie figure di pericolosità sociale legalmente presunta contenute nella disciplina originaria delle misure di sicurezza. In tema di presunzione di pericolosità, adde Corte Cost. nn. 139, 189, 265 e 291 del 2010.

[79] Vedi Cass. pen., Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599; Id., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750.

[80] Vedi, v.g., FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale Parte*, Addenda alla 4<sup>a</sup> ed. agg., cit., 4 e 5.

[81] Vedi infra, Cass. pen., SS.UU., 24 febbraio 2011, n. 20798; in termini, cfr. anche Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875; Id., Sez. IV, 2 luglio 2007, n. 29228. Per la dottrina adesiva, vedi CARUSO, voce *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 4<sup>o</sup> agg., Torino, 2008, 1037-1062; CORBETTA, op. cit., 78; contra cfr. MELCHIONDA, op. cit., 181 s.

[82] Come già sottolineato (vedi nota 50), tra i vari provvedimenti di rimessione che hanno determinato la più recente delle decisioni invocate (l'ord. Corte Cost. n. 171/09), figurava, infatti, l'ordinanza della Suprema Corte di Cassazione del 14 ottobre 2007, iscritta al n. 440 del registro ordinanze 2008.

[83] In effetti, anche il Giudice delle leggi è di norma tenuto al rispetto del "principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato". D'etta regola soffre, solo eccezionalmente, di qualche deroga: verbigrazia, nel caso delle sentenze "interpretative" di accoglimento o di rigetto (vedi MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2007, 328 ss.).

[84] Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 9 novembre 2010, n. 40137; Id., Sez. I, 23 settembre 2010, n. 36218; Id., Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875; Id., Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599; Id., Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243. In dottrina, invece, sembra prevalere l'indirizzo che esige la contestuale sussunzione nell'art. 407 c.p.p. di ambi i reati, quello "a monte" e quello "a valle" della recidiva: cfr., in tal senso, CARUSO, voce *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penali*, 4° agg, cit. 1037-1062; CORBETTA, op. cit., 78.

[85] Rectius, se tale qualifica sia compatibile con quella di "circostanza inerente alla persona del colpevole" conferita ex professo dallo stesso codice penale (art. 70 cpv.). Si ricordi che l'unica ipotesi di recidiva che rimane al di sotto della soglia aggravante caratteristica delle circostanze ad effetto speciale è quella "semplice", di cui all'art. 99, comma 1, c.p.

[86] La giurisprudenza sottolinea che la circostanza aggravante soccombente, che consente al giudice di applicare un ulteriore aumento di pena, si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, poiché il legislatore non ha predeterminato l'entità della variazione di pena che il giudicante può apportare.

[87] Tra le più recenti in termini, cfr. Cass. pen., Sez. II, 22 ottobre 2010, n. 40114; Id., Sez. I, 17 marzo 2010, n. 18513; Id., Sez. II, 16 giugno 2009, n. 26517. In senso adesivo, adde nota seguente. Contra, cfr.

Cass. pen., Sez. II, 4 marzo 2009, n. 11105; Id., Sez. VI, 22 novembre 1994, n. 1485.

[88] Vedi, e.c., Cass. pen., Sez. V, 7 giugno 2010, n. 35852; Id., Sez. V, 24 marzo 2009, n. 22619; Id., Sez. VI, 4 novembre 2008, n. 44591; Id., Sez. II, 21 ottobre 2008, n. 40978; Id., Sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 40627; Id., Sez. II, 9 aprile 2008, n. 19565.

[89] Vedi Cass. pen., Sez. II, 16 giugno 2009, n. 26517, che, però, esclude l'operatività dell'art. 63, comma 4, c.p. solo riguardo al concorso della recidiva obbligatoria con quelle circostanze aggravanti ad effetto speciale espressamente previste dall'art. 407, secondo comma, lett. a), c.p.p.

[90] La norma ha subito diverse modifiche nel corso nel tempo, alcune delle quali hanno riguardato proprio il riferimento alla recidiva. Laddove il testo originario fissava che ai fini del computo in argomento non si dovesse tener conto della recidiva, la novellazione intervenuta ad opera del d.l. n. 60/91 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/91 aveva, invece, stabilito che essa dovesse esser considerata solo nell'ipotesi in cui si trattasse di recidiva "reiterata specifica infraquinquennale". La l. n. 332/95 "azzerava" questa modifica, stabilendo di nuovo a chiare lettere che la recidiva era ininfluenza per il calcolo in questione; l'art. 278 c.p.p. rimaneva immutato sotto quest'aspetto anche quando veniva introdotta la più recente delle modificazioni, quella generata ad opera della l. n. 128/01, che dava vita al testo attualmente vigente. Da rilevare che la versione in vigore dell'art. 278 c.p.p. presenta, per ciò che a noi interessa in questa sede, diverse analogie con l'art. 4 c.p.p., il quale nel fissare le regole per la determinazione della competenza stabilisce che "per determinare la competenza si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. **Non si tiene conto** della continuazione, **della recidiva** e delle circostanze del reato, fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale."

[91] Come abbiamo avuto modo di vedere nella pagine immediatamente precedenti e come emerge dallo stesso espresso rinvio contenuto nella sentenza di cui si discute, le Sezioni Unite, nel corso della medesima giornata, avevano già palesato il loro orientamento sul tema, motivandolo funditus, nel decidere

un ricorso che nell'ordine di ruolo precedeva quello in esame.

[92] In senso adesivo, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2009, n. 21546; Id., Sez. III, 8 marzo 2006, n. 19397; Corte Cost. 13 giugno 2006, n. 223; Cass. pen., Sez. II, 26 luglio 1999, n. 2771; Id., Sez. V, 25 agosto 1998, n. 4995; Id., SS.UU., 26 febbraio 1997, n. 1. Contra, vedi Cass. pen., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 29142.

[93] Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 11 novembre 2010, n. 41512; Id., Sez. II, 9 novembre 2010, n. 40137; Id., Sez. II, 21 ottobre 2010, n. 40103; Id., Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599; Id., Sez. V, 30 gennaio 2009, n. 13658.

[94] Cfr. CARUSO, Diritto penale e processo, 2009, 11, 1409.

[95] Così Cass. Pen., Sez. II, 9 febbraio 2011, n. 6950; Id., Sez. II, 11 novembre 2010, n. 41512; Id., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 17313.

[96] Tra le vicende ermeneutiche omesse si segnala quella concernente il divieto di concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali per più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva "reiterata" facoltativa (art. 58 quater, comma 7 bis, l. n. 354/75), risolta grazie all'apporto interpretativo della Corte Costituzionale contenuto nella già citata sentenza di inammissibilità n. 291/2010 (la pronuncia processuale de qua appartiene a quel medesimo filone evolutivo della giurisprudenza costituzionale, segnalato in precedenza a proposito della sent. n. 192/07: vedi supra, nota 52). Altra questione tralasciata è stata quella relativa ad un indirizzo minoritario che, in virtù del principio della legge più favorevole al reo, nega l'applicabilità del regime introdotto dalla legge "ex Cirielli" nei casi in cui il nuovo reato sia stato commesso durante la sua vigenza, mentre quelli pregiudicanti siano stati posti in essere in data anteriore. L'insostenibilità di tale orientamento è stata ribadita dalla sent. Cass. pen., Sez. II, 25 gennaio 2011, n. 6912.

[97] A questo riguardo va rammentato che la dottrina è stata fortemente critica riguardo all'aspetto linguistico e sintattico delle formulazioni legislative introdotte con la riforma del 2005, muovendo severe censure non solo nei confronti del testo dell'art. 99 c.p., ma anche delle altre disposizioni oggetto di novellazione. Si è parlato dell'utilizzo da parte del legislatore di uno stile "oracolare", che esige da parte dell'interprete vere e proprie opere di "ortopedia o sutura esegetiche": cfr. CARUSO, voce Recidiva, in Digesto delle discipline penalistiche, 4° agg., cit., 1037-1062; PADOVANI, Alcuni rilievi sul progetto ex Cirielli, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it).

<https://www.diritto.it/articolo-99-del-codice-penale-in-claris-non-fit-interpretatio/>