

## L'applicazione dell'aggravante di recidiva reiterata alla luce dell'ultima sentenza delle Sezioni Unite

Ali Abukar Hayo

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario 1. La questione della previa dichiarazione di recidiva semplice 2. Le linee generali del graduale passaggio, dalla recidiva come *status* della persona, alla recidiva come indice di capacità a delinquere 3. Dalla formulazione codicistica a quella attuale 4. Gli interventi della Corte costituzionale e l'evoluzione dell'istituto nel diritto vivente 5. Il fondamento giustificativo nell'elaborazione dottrinale 6. L'obbligo motivazionale e la pienezza di cognizione del giudice, in ordine alla recidiva reiterata 7. Criterio ermeneutico generale per le questioni interpretative sugli effetti della recidiva

### ABSTRACT

L'istituto della recidiva ha seguito un percorso evolutivo tormentato, oscillando dall'obbligatorietà applicativa, in tensione col principio di proporzionalità della pena in ragione della gravità del fatto, alla discrezionalità giudiziale, in tensione col principio di legalità. Tale percorso è stato segnato da plurimi interventi della Corte costituzionale, che hanno ridotto di molto gli automatismi applicativi, e delle Sezioni Unite, che hanno ridisegnato l'istituto in termini di maggiore colpevolezza/pericolosità del recidivo, rispetto al reo primario. Da ultimo le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla *vexata quaestio* se il riconoscimento della recidiva reiterata presupponga necessariamente quello della recidiva semplice. La recente sentenza n. 32318/23 nega la pregiudizialità, a salvaguardia della pienezza cognitiva del giudice dell'ultimo fatto. L'autore la commenta favorevolmente e individua, inoltre, un criterio discrezionale generale per risolvere le questioni interpretative sui c.d. "effetti minori", secondo che la recidiva sia presa in considerazione come fatto storico, consistente nella mera sequenza di condanne, o come disvalore, che giustifica l'aggravamento di pena.

\*\*\*\*

The legal institution of recidivism has had a troubled development, ranging from mandatory application, which clashes with the principle according to which punishment should be proportional to the offense, to judicial discretion, which clashes with the principle of legality. The Italian Constitutional Court has intervened many times on the matter, greatly reducing its automatic application, and the rulings of the Joint Divisions of the *Corte di Cassazione* have redesigned the institution, in terms of the greater culpability/dangerousness of the recidivist, compared to the first offender. Most recently, the Joint Divisions have ruled on the vexed issue of whether the recognition of repeated acts of recidivism necessarily presupposes a simple degree of recidivism. The recent judgment No. 32318/23 denies any prejudicial approach, to protect full knowledge by the court dealing with the latest offence to be committed. The author comments on it favorably and identifies, moreover, a general discretionary criterion for resolving interpretive questions on the so-called "minor effects," according to whether recidivism is taken into account as a historical fact, consisting of the mere sequence of convictions, or as a disvalue, justifying an aggravating penalty.

### **1. La questione della previa dichiarazione di recidiva semplice**

La questione sottoposta al giudizio delle Sezioni Unite è stata così formulata nell'ordinanza di rimessione della quinta sezione, del 13 settembre 2022: «se, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, sia necessaria una precedente dichiarazione di recidiva semplice contenuta in una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero sia sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato sia gravato da più condanne definitive per reati che manifestino una sua maggiore pericolosità sociale»<sup>1</sup>. Le Sezioni Unite, nel dirimere la questione, con sentenza n. 32318, emessa in data 30 marzo e depositata il 25 luglio 2023, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata è sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. V, ord. 13 settembre 2022 (dep. 28 settembre 2022), n. 36738, Pres. Vessichelli, rel. Caputo.

espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice»<sup>2</sup>.

Raffrontando le due proposizioni, la sintesi della pronuncia giudiziale può essere espressa in forma negativa, in termini di negazione della necessità della previa dichiarazione di recidiva semplice ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata. Tuttavia, se riducessimo la pronuncia delle Sezioni Unite a un semplice “no”, mancheremmo di cogliere le significative implicazioni del percorso argomentativo seguito dal Supremo Collegio, in funzione nomofilattica. Riteniamo che, nella formula della massima, siano ricompresi due punti da sottolineare, ricchi di implicazioni: a) l'esigenza che la sequenza dei fatti criminosi sia espressione di “maggiore pericolosità sociale”; b) la necessaria “specifica e adeguata motivazione” della sentenza che riconosce la recidiva reiterata. Questi due punti consentono di ricostruire l'istituto della recidiva reiterata in termini pienamente compatibili coi principi costituzionali del nostro ordinamento.

## **2. Le linee generali del graduale passaggio dalla recidiva come *status* della persona alla recidiva come indice di capacità a delinquere**

Il requisito della “maggiore pericolosità sociale” del recidivo, sottolineata nella pronuncia in commento, è il frutto di una lunga e laboriosa elaborazione, dottrinale e giurisprudenziale, che ha mutato il volto dell'istituto, trasformandolo progressivamente da *status* della persona, acquisito per il fatto stesso della pluralità di condanne, in indice di colpevolezza/pericolosità. Per intendere fino in fondo la portata delle implicazioni che ne discendono, è necessario ripercorrere, per grandi linee, le tappe dell'evoluzione.

In estrema sintesi, si può dire che, nell'impianto codicistico originario, la recidiva si caratterizzava, essenzialmente, per il fatto che le conseguenze sanzionatorie che ne derivavano erano obbligatorie, come tali sottratte alla valutazione discrezionale del giudice. Le varie forme della recidiva (semplice, reiterata, abituale e professionale) previste dall'art. 99 c.p. comportavano aumenti della pena base di entità differente, ma comunque comminati automaticamente per il solo fatto che il reo fosse riconosciuto (o fosse stato riconosciuto) “recidivo”. La

---

<sup>2</sup> Cass. pen, Sez. Un., sent. 30 marzo 2023 (dep. 25 luglio 2023), n. 32318, Pres. Cassano, est. Zaza.

serie recidivante dei fatti era presa in considerazione ai fini della dichiarazione del giudice, che qualificava il soggetto, ma, in ultima analisi, era la qualifica soggettiva il presupposto necessario e sufficiente per l'aggravamento della pena. In altri termini, la commissione di più fatti di reato in tempi diversi fungeva da requisito della qualifica, ma una volta che fosse (o fosse stata) dichiarata la qualifica, questa ineriva al soggetto in maniera "indelebile"; aderiva alla sua persona come una seconda "pelle" e ne derivavano conseguenze sanzionatorie automatiche. Dunque, il soggetto qualificato "recidivo" subiva, in ragione della sola qualifica, un trattamento sanzionatorio diversificato, rispetto alla generalità dei *cives* non-qualificati<sup>3</sup>.

Nel tempo è venuto meno progressivamente l'automatismo degli effetti sanzionatori della recidiva e il giudice è stato investito della facoltà di comminare l'aggravamento di pena, in considerazione delle concrete circostanze del caso. Il passaggio dall'obbligo sanzionatorio alla facoltà comporta necessariamente il trasferimento del *focus* dell'osservazione giudiziale e correlativamente un sostanziale mutamento dell'istituto<sup>4</sup>. Se infatti l'aumento di pena è legato automaticamente alla qualifica, l'osservatore giudiziale deve volgere la sua attenzione solo ai requisiti qualificanti e non ha alcun onere motivazionale, in relazione all'incidenza della sequenza recidivante sulla meritevolezza di pena. In questo caso, l'aggravante ha natura esclusivamente personale e permanente; per certi versi, può essere assimilata a uno *status*. Se, al contrario, l'aggravamento di pena è facoltativo, non solo il giudice deve motivare l'esercizio del suo potere discrezionale, sia in caso positivo che negativo, ma deve anche volgere lo sguardo alla dinamica concreta dei fatti, posto che la semplice condizione personale del

---

<sup>3</sup> E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e colpevolezza d'autore: brevi note in merito all'incompatibilità costituzionale dell'odierno trattamento della ricaduta nel reato*, in Liber Amicorum Adelmo Manna, Pisa University press, Pisa, 2020, p. 23, ritiene che l'istituto della recidiva sia tuttora permeato dai principi della colpa d'autore.

<sup>4</sup> Fondamentale, in questa linea di pensiero, fu certamente l'iniziale presa di posizione di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 303. Per ulteriori riferimenti cfr. E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 1 ss.; P. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 365.

soggetto non è requisito necessario e sufficiente per comminare il *quantum* sanzionatorio previsto per l'aggravante.

S'intende perciò che la linea evolutiva dell'istituto, lungo un percorso pluridecennale di varie tappe, può essere sintetizzata, approssimativamente, nel passaggio dall'iniziale dimensione esclusivamente personale a quella (che può definirsi) personale-fattuale di oggi. L'ultima tappa in ordine temporale è ravvisabile nella recente sentenza delle Sezioni Unite n. 32318/23, la quale indica con più cura i criteri ai quali deve attenersi il giudice per dichiarare la recidiva reiterata, fra tutte storicamente la più controversa, e comminare il relativo aumento di pena.

### 3. Dalla formulazione codicistica a quella attuale

La ricostruzione del percorso evolutivo dell'istituto prende le mosse, com'è ovvio, dall'originaria formulazione del codice "Rocco"<sup>5</sup>. La recidiva era una circostanza prevalentemente obbligatoria; nella maggioranza dei casi, il giudice, accertando la sussistenza dei suoi presupposti, doveva disporre in ogni caso il previsto aumento di pena. Faceva eccezione alla regola la *recidiva facoltativa* prevista dall'abrogato art. 100 c.p., la quale ricorreva nei casi in cui si fossero susseguiti delitti e contravvenzioni, ovvero delitti dolosi o preterintenzionali, da una parte, e colposi, dall'altra, o solamente reati contravvenzionali. In questi casi il giudice poteva non disporre l'aumento di pena e tuttavia, ove si trattasse di recidiva "specifica", si tornava alla regola generale dell'obbligatorietà.

La novella del 1974 riformò l'istituto, abbandonando la regola dell'obbligatorietà<sup>6</sup>. L'aumento di pena della circostanza aggravante divenne facoltativa, poiché il giudice, pur ravvisando nella situazione concreta la sequenza delle sentenze di condanna, doveva valutare se fosse giustificato l'aumento di pena, in ragione di un maggiore disvalore della condotta del reo. In altri termini, la

---

<sup>5</sup> Sull'origine storica dell'istituto cfr. Per tutti M. RONCO, *La liberazione della recidiva nel giudizio di cognizione*, in *Arch. Pen.*, 1/2021, p. 2 ss.

<sup>6</sup> Riforma introdotta con il d.l. 11.04.1974, convertito con modificazioni nella l. 07.06.1974 n. 270, *Provvedimenti urgenti per la giustizia penale*. Cfr. sul punto G. VASSALLI, *La riforma penale*, Milano, 1975, *passim* e MELE, *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel d.l. 11 aprile 1974*, in *Giust. pen.*, 2/1975, p. 505.

commissione del fatto di reato successivo (rispetto a quello precedente, accertato con una sentenza passata in giudicato) non esprimeva di per sé una maggiore meritevolezza di pena, ma ne diveniva un semplice elemento sintomatico, sottoposto alla valutazione discrezionale del giudice. La scelta del legislatore non andò esente da critiche; una parte della dottrina obiettò che fosse troppo ampio il margine di discrezionalità del giudice, opinando che, in mancanza di criteri interpretativi dettati dal legislatore, si poneva un problema di compatibilità col principio di legalità, che postula la previsione tassativa della pena nella fattispecie legislativa<sup>7</sup>.

Il quadro normativo, delineato con la riforma del 1974 e rimasto immutato fino al 2005, era caratterizzato, nell'interpretazione giurisprudenziale, dai seguenti punti di fondo: a) si riconosceva nella recidiva una "circostanza del reato", con tutte le conseguenze sanzionatorie correlate, con esclusione tuttavia della sua rilevanza ai fini della eventuale modifica del regime di procedibilità del reato; b) si qualificava tale circostanza come "inerente alla persona del colpevole" (secondo la classificazione prevista dall'art. 70 c.p.), sussistente per ciò che ricorrevano i due requisiti costitutivi, dell'avvenuta pronuncia di una precedente sentenza di condanna per un qualunque reato e della successiva condanna per la commissione di altro reato; c) per effetto della menzionata novella del 1974, si trattava di circostanza c.d. "facoltativa", nel senso che si riteneva rimessa alla libera discrezionalità del giudice la decisione in ordine alla applicabilità dei relativi riflessi aggravanti; d) ancorché discrezionale, la scelta del giudice non doveva essere specificamente motivata; e) si attribuiva valenza meramente "dichiarativa", e non già "costitutiva", al riconoscimento giudiziale della recidiva, in quanto la semplice sussistenza dei due requisiti era di per sé sufficiente per lo *status* soggettivo di recidivo, rilevante per ogni altro effetto connesso<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Tanto che P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 336, parlò di "sovranità giurisdizionale"; cfr. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 51; A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 72 ss.; C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 303.

<sup>8</sup> Per indicazioni specifiche sulla rassegna della giurisprudenza successiva alla Riforma del 1974 v. G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. 4, p. 107.

Nel 2005, la disciplina della recidiva fu profondamente rivista con la legge *ex Cirielli*<sup>9</sup>, che reintrodusse alcune forme di automatismo nell'applicazione dell'aggravante; la discrezionalità del giudice fu eliminata quasi integralmente in relazione al *quantum*, fu mantenuta in relazione all'*an*<sup>10</sup>. In virtù della suddetta legge (5 dicembre n. 251), il regime giuridico per il "pregiudicato" divenne molto più afflittivo di quello previsto per il reo primario<sup>11</sup>. In sintesi, sono due le direttrici della novella del 2005: a) la parziale reintroduzione della versione obbligatoria dell'istituto, anche se in forma attenuata rispetto alle originarie intenzioni del legislatore; b) la maggiore afflittività che ha interessato le c.d. "conseguenze giuridiche minori". Sotto quest'ultimo aspetto, si osserva che alcune restrizioni esistevano già, in ordine all'amnistia, all'indulto, alla sospensione condizionale della pena, alla prescrizione della pena, al perdono giudiziale, alla riabilitazione, alla liberazione condizionale, all'oblazione speciale, alla sostituzione della pena detentiva, alle sanzioni irrogabili dal giudice di pace, all'applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>12</sup>; sono stati aggiunti ulteriori "effetti commisurativi della

<sup>9</sup> L. 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*. La legge è nota come "*ex Cirielli*" dal nome del primo firmatario della proposta di legge n. 2055, presentata il 29 novembre 2001 alla Camera dei Deputati (XIV Legislatura) il quale, dopo le modifiche apportate dal Parlamento, la sconfessò, votò contro la sua approvazione e chiese che non venisse più chiamata col suo nome; da qui la preposizione "ex" anteposta al nome. L'iter formativo della legge è disponibile sul sito <http://legxiv.camera.it>.

<sup>10</sup> Qualche dubbio era sorto sul carattere "facoltativo" della recidiva reiterata, a seguito della legge *ex Cirielli*, in ragione di una formulazione linguistica non del tutto perspicua. La Corte costituzionale eliminò qualunque dubbio al riguardo, con sentenza 14 giugno 2007, n. 192; sul punto F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 324 ss.. Sul carattere discrezionale della decisione giudiziale cfr. anche D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2014, p. 115. Sulla discrezionalità del legislatore, la Consulta ha ribadito più volte che la scelta e la quantificazione della sanzione non sono censurabili in sede di sindacato di costituzionalità, se non per manifesta irragionevolezza (cfr., *ex multis*, sentt. Corte Cost. nn. 394/07, 22/07 e 144/05); il principio vale anche per gli aumenti di pena conseguenti alle circostanze aggravanti (vedi ord. Corte Cost. n. 91/08).

<sup>11</sup> Per una puntuale disamina della riforma del 2005, cfr. E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 1 – 75; G. CARUSO, voce *Recidiva*, in *Dig. pen.*, Agg. IV, t. 2, Torino, 2008, 1037 ss.; P. CIPOLLA, *La legge n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giur. Merito* 2009, p. 1185; T. PADOVANI, *Commento sub. art. 4, L. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, 446 s.; G. RICCIARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice pen.*, 2007, p. 509.

<sup>12</sup> L'elencazione non è esaustiva, poiché si individuano altri effetti "minori" della recidiva, già vigenti prima della riforma del 2005, relativi a specifiche categorie di reati; si pensi agli effetti della recidiva

sanzione" (o "effetti minori") in materia di circostanze attenuanti generiche, di giudizio di bilanciamento delle circostanze, di concorso formale di reati e reato continuato, prescrizione del reato e della pena, misure alternative alla detenzione, permessi premio e sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva<sup>13</sup>.

La maggiore severità del regime giuridico è stata temperata dal restringimento del campo di applicazione della recidiva alla successione di delitti non colposi<sup>14</sup>. In conclusione, le modifiche più rilevanti si possono ravvisare: 1) nell'ambito di rilevanza della recidiva, in precedenza esteso alla considerazione di

---

specifica prevista dall'art. 517 *bis*, comma 2, c.p., in materia di delitti contro l'industria; all'art. 544 *sexies* c.p., in materia di delitti contro il sentimento per gli animali. Inoltre, si può osservare che la recidiva era rilevante anche ai fini della ripartizione dei condannati all'interno dello stabilimento penitenziario, prima che l'art. 143 c.p. fosse abrogato con la riforma dell'ordinamento penitenziario (legge 354/75).

<sup>13</sup> La legge *ex Cirielli* introdusse, in via generale a carico dei recidivi reiterati, il divieto di sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva (art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p.). Tale divieto fu attenuato per i tossicodipendenti, coinvolti in un programma terapeutico di recupero. Inoltre, alcuni limiti - sia alla concessione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, sia a quella dell'affidamento in prova in casi particolari, nei confronti di tossicodipendenti ed alcooldipendenti recidivi reiterati - sono stati successivamente abrogati ad opera dell'art. 4 d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. È opportuno sottolineare inoltre che, anche negli anni immediatamente successivi alla riforma del 2005, il legislatore continuò a ispirarsi a una linea rigorista. A titolo esemplificativo, si possono citare: l'art. 132 *bis* att. c.p.p., come sostituito dalla l. n. 125/08, in virtù del quale si dà priorità assoluta, nella formazione dei ruoli di udienza, ai processi in cui sia stata contestata la recidiva "reiterata"; il comma 3 dell'art. 639 c.p., interpolato dalla l. n. 94/09, che dispone (in materia di deturpamento e imbrattamento di cose altrui) per i recidivi specifici particolari incrementi sanzionatori, diversi da quelli previsti in via generale dall'art. 99 c.p.

<sup>14</sup> In proposito si è osservato in dottrina come la modifica in questione costituisca «l'unica nota di maggiore favore per la ricaduta nel reato rispetto alla disciplina previgente». M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, in *Trattato di diritto penale* diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2009, p. 156. Sul punto cfr. anche S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di A. Scalfati, Cedam, Padova, 2006, 62 ss.; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 515 e ss. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2006, p. 176 ss.; A. NATALINI, *La "nuova" recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei "delitti non colposi"*, in *Diritto e giustizia*, 11/2006, p. 110. Per completezza, si devono menzionare: la recidiva contravvenzionale, come quella contemplata dall'art. 147 d.lgs. n. 147/06), e la "recidiva militare" (art. 57 c.p.m.p.). Su quest'ultima cfr. M. NICOLOSI, voce *Reato militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996, p. 298; R. VENDITTI, *Il reato penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1976, p. 99.



qualunque “reato” ed oggi circoscritto alla sola sfera dei “delitti non colposi”; 2) nel parziale ritorno al regime originario del codice del 1930, mediante la reintroduzione di casi di “obbligatorietà” del riconoscimento della recidiva; 3) nella fissazione di un innalzamento e/o di un irrigidimento di alcuni degli effetti correlati alle varie tipologie di recidiva, sia sul piano del *quantum* dei relativi aumenti di pena, sia con riguardo ad altri riflessi collaterali, in concreto riferiti all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, al c.d. bilanciamento delle circostanze, alla disciplina in tema di reato continuato e di prescrizione, nonché ad altri effetti nel settore della esecuzione della pena<sup>15</sup>.

I menzionati effetti “minori”, in uno con la reintroduzione di una certa dose di automatismo, rendono evidente che la nuova disciplina fu sicuramente pensata dal legislatore dell'epoca, nella prospettiva di apportare un forte e drastico irrigidimento delle scelte di politica-criminale avverso il fenomeno del recidivismo. Ne troviamo conferma, in particolare, nell'illustrazione dell'originaria proposta di legge n. 2055 presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001 ed avente quale primo firmatario e relatore l'on. *Edmondo Cirielli*. Vi fu espressamente sottolineato l'obiettivo di introdurre «nei casi di recidività del reo un inasprimento del regime della pena e della concessione di misure alternative e di benefici”.

La *voluntas legislatoris* non sfuggì a tanta parte della dottrina, la quale non poté che dare una lettura drastica e rigida delle nuove disposizioni, riconoscendo effetti obbligatori ed automatici in tutti i casi di recidiva diversi da quella semplice<sup>16</sup>; ma al contempo formulò osservazioni assai critiche, secondo le quali, in regime di automatismo applicativo, la sanzione viene commisurata, non già alla gravità oggettiva dei reati, bensì alla personalità e alle qualità del soggetto attivo. In tal

---

<sup>15</sup> *Ex multis* A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit. 175 ss.

<sup>16</sup> La lettura dell'automatismo fu molto spesso criticata. *Ex multis*: T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1/2006, p. 32, osservò, con accenti molto critici, che «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella monoaggravata». Dello stesso avviso critico, D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. Giust.*, 2005, fasc. 46, p. 105; G. M. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, *ibidem*, p. 47. Si espressero, invece, a favore del criterio rigido introdotto dalla novella del 2005: L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, *Dossier* mensile n.1, p. 62; A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle “circostanze”*, *ibidem*, p. 40.

modo, si sostiene, risulta compromessa la funzione rieducativa della pena, che postula la percezione, da parte del condannato, della ragionevolezza del *quantum* sanzionatorio e dell'afflittività della pena, in rapporto alla gravità del fatto. Al tempo stesso è stato affermato che il doppio binario sanzionatorio, per il recidivo ed il reo primario, finisce col violare il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Ne sortirebbe 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<sup>17</sup>.

#### 4. Gli interventi della Corte costituzionale e l'evoluzione dell'istituto nel diritto vivente

Se questa fu la *voluntas legislatoris* iniziale, si può comunque osservare che l'istituto, per una sorta di eterogenesi dei fini, approdò progressivamente a ben diverse applicazioni di "diritto vivente", in ragione di un significativo riavvicinamento giurisprudenziale alle posizioni della dottrina prevalente, che ravvisava nel regime di automatismo un *vulnus* al principio della colpevolezza e della personalità dell'illecito penale.

Sono stati fondamentali gli interventi della Corte costituzionale che hanno ridisegnato l'istituto, ridimensionando il criterio dell'obbligatorietà e il divieto di prevalenza delle attenuanti nel giudizio di bilanciamento. La Consulta con sentenza n. 185 del 23.07.2015 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 5, nella parte in cui prevedeva la "obbligatorietà della recidiva" introdotta nel 2005 con la legge *ex Cirielli*, in relazione ai delitti non colposi di particolare gravità elencati

---

<sup>17</sup> In tal senso E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 681 ss.; E. DOLCINI, *Le due anime della legge 'ex Cirielli'*, in *Cor. Merito*, 2006, p. 55; G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 170; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 17 ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 30; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006, p. 27 ss.

nell'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.<sup>18</sup>. Con altre importanti pronunce <sup>19</sup> la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto di prevalenza con la recidiva reiterata rispettivamente delle seguenti figure di circostanze attenuanti: art. 73, commi 5 e 7, T.U. n. 309/1990, art. 648, comma 2, c.p.; art. 609-bis, comma 3, c.p.; art. 219, comma 3, R.D. n. 267/1942, vizio parziale di mente ex art. 89 c.p.; art. 116, comma 2, c.p. e fatto di lieve entità di cui all'art. 630 c.p.

In tempi più recenti, il Giudice delle leggi, riconfermando l'orientamento di disfavore nei confronti del carattere obbligatorio della recidiva, con sentenza 12 maggio 2023 n. 94, ha dichiarato incostituzionale il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata per delitti puniti con la pena dell'ergastolo e, con sentenza n. 141 dell'11 luglio 2023, ha riscontrato un nuovo profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 69 c. 4 c.p., ritenendone il contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, numero 4), cod. pen. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.»<sup>20</sup>.

Anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, nel tracciare le linee di confine dell'istituto, ha ridimensionato l'incidenza degli automatismi applicativi.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Corte cost., sentenza 23 luglio 2015, n. 185, in Cass. pen., 2016, 22 ss., con nota di D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnesco degli automatismi della recidiva*. A commento di questa importante pronuncia v. altresì M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1412 ss.

<sup>19</sup> Corte cost., sentenza 15 dicembre 2012, n. 251; Corte cost., sentenza 18 aprile 2014, n. 105; Corte cost., sentenza 18 aprile 2014 n. 106/2014 in *Foro It.*, 12/2014, p. 3372; Corte cost., sent. 24 febbraio 2016, n. 74, in *Quotidiano giuridico* 2016; Corte cost., sentenza 17 luglio 2017, n. 205, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 136 ss., con nota di G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*; Corte cost. sentenza 24 aprile 2020, n. 73; Corte cost., sentenza 31 marzo 2021, n. 55; Corte cost. sentenza 8 luglio 2021, n. 143.

<sup>20</sup> Corte cost., sentenza 12 maggio 2023, n. 94; Pres. Sciarra, Est. Amoroso, pubblicata su *Foroitaliano.it* con commento di E. APRILE, *A proposito del caso Cospito: il divieto di prevalenza delle attenuanti nel caso di imputato recidivo reiterato non opera mai quando sia stato contestato un reato punibile con l'ergastolo*.

<sup>21</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 27.05.2010, n. 35738, *Calibé*, in *C.E.D. Cass.* n. 247838. Con tale pronuncia la possibilità di ritenere sussistente la recidiva in sede giudiziale è stata subordinata alla contestazione d'accusa, a garanzia del contraddittorio sul punto. Con sentenza Cass. pen., Sez. Un., 25.10.2018, *Schettino*, n. 20808, in *Dir. pen. proc.*, 1/2020, con nota di E. M. AMBROSETTI, *Le sezioni unite chiariscono*

Dunque, le declaratorie di illegittimità costituzionale, da un lato, hanno abolito il regime di obbligatorietà per i reati di criminalità organizzata, dall'altro, hanno investito il divieto di prevalenza di circostanze attenuanti con la recidiva reiterata, in determinate ipotesi. D'altra parte, gli arresti delle Sezioni Unite hanno ampiamente contribuito al progressivo sgretolamento del muro dell'automatismo applicativo. Tuttavia, non tutte le questioni si potevano e si possono dire risolte. La dottrina ha criticato, per esempio, il divieto di subvalenza della recidiva reiterata, osservando che esso comporta inevitabilmente "l'apertura delle porte del carcere" per moltissimi condannati anche per reati non molto gravi<sup>22</sup>. E d'altronde la necessità di ricorrere ancora una volta, per l'ennesimo caso di contrasto giurisprudenziale *in subjecta materia*, alla pronuncia delle Sezioni Unite (in oggetto), dimostra che permangono questioni interpretative particolarmente ardue, a cominciare dal divieto di subvalenza di cui all'art. 69, comma 4 c.p.. Sul punto crediamo, comunque, che la sentenza in commento abbia aperto uno spiraglio, giacché asserisce la necessità che la commisurazione della pena concreta sia svincolata da qualsivoglia criterio di automatismo e dunque, a nostro avviso,

---

*il rapporto fra l'accertamento della recidiva ed i suoi effetti*, è stata esclusa la produzione degli effetti della recidiva, nel caso in cui sia stata ritenuta subvalente nel bilanciamento con le circostanze attenuanti; nonchè, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione, quando la recidiva non sia stata valorizzata nella determinazione della pena e neppure quale componente del giudizio di comparazione. Al contempo, la medesima sentenza ha riconosciuto l'incidenza della recidiva - ritenuta in giudizio equivalente alle attenuanti - sulla quantificazione del termine di prescrizione. Peraltro, il riconoscimento giudiziale di equivalenza dell'aggravante della recidiva reiterata, rispetto alle attenuanti, era già stato ritenuto idoneo a produrre gli effetti previsti per la continuazione ex art. 81 c. p. (aumento minimo di un terzo della pena), con sentenza Cass. pen., Sez. Un., 23.06.2016, Filosofi, n. 31669, in *C.E.D. Cass.*, n. 267044. Inoltre, la sentenza Cass. pen., Sez. Un., 24.09.2020, n. 3585, *Li Trenta*, in *C.E.D. Cass.*, 280262, ha riconosciuto la procedibilità d'ufficio dei reati con aggravanti ad effetto speciale, tra le quali si ricomprende la recidiva qualificata.

<sup>22</sup> In questi termini si è espresso di recente E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e costituzione: un rapporto difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2023, p. 225. L'Autore osserva che, «per i recidivi reiterati, il ricorso alle misure alternative alla detenzione diventa ormai una illusione in quanto l'innalzamento dei livelli minimi sanzionatori - unito al divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti rispetto all'aggravante della recidiva reiterata - rende in concreto molto rari i casi in cui la pena rientri nei limiti previsti dall'ordinamento penitenziario per la concessione dei c.d. benefici». Di quest'avviso anche S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre volte e sei fuori"?*, cit., p.79 ss.

sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse sul prefigurato divieto di subvalenza<sup>23</sup>.

Si può osservare, in estrema sintesi, che i molteplici interventi delle Sezioni Unite hanno condotto nel tempo alla cennata convergenza tra l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, in relazione al punto fondamentale, attinente ai presupposti della recidiva, individuati non più solo nella sequenza storica delle plurime condanne, ma anche nell'incremento della capacità a delinquere<sup>24</sup>. Ne deriva che il giudice deve accertare se il nuovo reato, in rapporto con i suddetti precedenti, sia espressione di una immutata indifferenza verso le regole del vivere comune o sia stato occasionato da circostanze e difficoltà occasionali e irripetibili. Per linee generali, si può dire che l'attuale interpretazione consolidata, sia dottrinale che giurisprudenziale, converge sul riconoscimento del presupposto sostanziale della recidiva, inteso come maggiore capacità a delinquere. Può differire qualche accento, come si vedrà fra poco, sulla componente prevalente di siffatta capacità, individuata ora nella colpevolezza, ora nella pericolosità, ma in ogni caso la recidiva non è più vista come *status* della persona automaticamente derivante dalle plurime condanne, bensì come componente personalistica dei fatti di reato, con efficacia

---

<sup>23</sup> Cfr. *infra* par. 6.

<sup>24</sup> È stato affermato che «l'applicazione dell'aumento di pena per effetto della recidiva attiene all'esercizio di un potere discrezionale del giudice, del quale deve essere fornita adeguata motivazione, in particolare con riguardo all'avvenuto apprezzamento dell'idoneità della nuova condotta criminosa in contestazione a rivelare la maggior capacità a delinquere del reo» (Cass. pen., Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 42363; Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2014, n. 19170). Analogamente, si è precisato che «l'aumento di pena per la recidiva facoltativa (nella specie: reiterata specifica infraquinquennale) richiede un giudizio a contenuto discrezionale, con conseguente adeguata motivazione, in ordine alla significatività della reiterazione dei reati in relazione al fatto-reato commesso ed alla personalità del reo» (Cass. pen., Sez. IV, 23 aprile 2009, n. 21523). Più recentemente si è ribadito che in tema di recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, comma 5, in relazione alla commissione dei reati di cui all'art. 407, comma 2°, lett. a), c.p.p., alla luce della sentenza della Corte cost. n. 185/2015, «l'aumento di pena apportato per la recidiva, non può essere legato esclusivamente al dato formale del titolo di reato, ma presuppone un accertamento della concreta significatività del nuovo episodio in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, avuto altresì riguardo ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen., sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 34670; Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48341).

aggravante solo in quanto espressiva di maggiore capacità a delinquere, la quale consta di colpevolezza e/o pericolosità.

Mentre pare ormai pacifico che gli effetti diretti sul *quantum* di pena della recidiva semplice e specifica debbano passare attraverso un previo e necessario accertamento giudiziale, riguardante l'incremento di colpevolezza/pericolosità, non attraverso la semplice verifica dei precedenti penali<sup>25</sup>, rimangono aperte altre questioni, concernenti soprattutto gli effetti "minori" della recidiva reiterata.

In conclusione, le discutibili scelte della legge "ex-Cirielli" hanno avuto il merito, certamente non previsto dal legislatore, di indurre la giurisprudenza alla rilettura dell'istituto. È rimasta aperta fino ai nostri giorni la *vexata quaestio* se la dichiarazione di recidiva reiterata supponga o meno la previa dichiarazione della recidiva semplice, sulla quale si è pronunciata la Suprema Corte, in composizione unitaria, nella sentenza *de qua*. Prima di entrare nel merito di essa, è opportuno precisare che la questione - se il giudice che ha cognizione sulla recidiva reiterata sia vincolato dalla dichiarazione del giudice precedente sulla recidiva semplice - è ben diversa da quella precedentemente affrontata dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2018 n. 20808, relativa all'efficacia della dichiarazione di equivalenza e subvalenza, ai fini del computo del termine di prescrizione<sup>26</sup>.

Fin d'ora, è opportuno precisare che il vero interrogativo di fondo riguarda il fondamento giustificativo della recidiva<sup>27</sup>. Tutte le questioni di automatismo

---

<sup>25</sup> Le Sezioni Unite hanno riconosciuto che è necessaria una formale dichiarazione di recidiva perché possano prodursi gli effetti penali (Cass. pen, SS.UU., 25 ottobre 2018, n. 20808), esclusi *eo ipso* ogni qual volta il giudice di merito, nel giudizio di bilanciamento delle circostanze, abbia dichiarato "subvalente" la recidiva.

<sup>26</sup> La questione se il giudice successivo sia vincolato dal giudizio precedente, che avesse, in ipotesi, dichiarato la subvalenza, è ben diversa dalla questione riguardante gli effetti c.d. "minori" che si producono senza una nuova cognizione. La sentenza in commento prende in considerazione una cognizione in corso, nella quale il contraddittorio verte sulla recidiva reiterata. Cfr. par. 6.

<sup>27</sup> Analogamente D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, cit., p. 115, ritiene cruciale il tema del fondamento della recidiva, giacché la *ratio* «va a determinare il contenuto della stessa senza alcuna mediazione legislativa: si tratta di una determinazione che spetta necessariamente all'interprete». Mette in luce le interconnessioni tra *ratio*, natura e disciplina della recidiva, L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1366 ss..

applicativo sottendono infatti la considerazione del “perché” del trattamento sanzionatorio più severo. Se questo “perché” - relativamente alla recidiva reiterata - si individuasse nella sequenza delle dichiarazioni giudiziali, piuttosto che nella sequenza delle sentenze di condanna, si sarebbe sostituito un nuovo automatismo al vecchio. E dunque, per cogliere la vera ragione della caduta dell'ultimo frammento di automatismo, dobbiamo dare uno sguardo preliminare alla categoria dottrinale del fondamento giustificativo dell'aggravante.

### **5. Il fondamento giustificativo nell'elaborazione dottrinale**

È fin troppo evidente che l'applicazione obbligatoria dell'aggravante, correlata automaticamente alla mera sussistenza dei requisiti, non comporta alcun onere motivazionale; se, invece, la sequenza delle sentenze di condanna non è di per sé sufficiente per l'irrogazione del supplemento di pena, ciò significa che deve sussistere un *quid pluris* giustificativo della pena incrementata. A un *quid pluris* di pena deve corrispondere un proporzionale *quid pluris* di colpevolezza e/o di pericolosità. In sostanza, il passaggio dal regime dell'obbligatorietà a quello della discrezionalità rendeva chiaro, secondo la dottrina prevalente, che la recidiva postula ovviamente la sussistenza dei requisiti-base (successione di più reati), ma non si esaurisce in essa, cosicché sul giudice incombe l'onere di accertare di volta in volta la sussistenza di elementi sintomatici di siffatta maggiore colpevolezza e/o pericolosità.

S'intende perciò che le questioni sul fondamento dell'aggravante hanno avuto un rilievo particolare, a seguito della riforma del 1974, ossia in regime di facoltatività, posto che il pregresso regime di obbligatorietà comportava un automatismo sanzionatorio senza necessità di motivazione.

Il fondamento è stato individuato, da tanta parte della dottrina, nella maggiore colpevolezza del recidivo, rispetto al delinquente primario<sup>28</sup>. Orbene, non differendo il dolo e la colpa del recidivo dagli atteggiamenti psicologici del reo non

---

<sup>28</sup> Per tutti M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2005, p. 91, e più di recente D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, cit., p. 115. Nella manualistica si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale*, p. g., VII ed., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 468.

qualificato, in questo campo non viene in considerazione la colpevolezza psicologica, bensì quella normativa oppure quella morale<sup>29</sup>. La colpevolezza normativa risiede nell'alterazione del processo motivazionale: il reo, avendo la possibilità di motivarsi secondo il diritto, ha posto in essere un comportamento diversamente motivato. In questa logica, il *quid pluris* di colpevolezza del recidivo si spiega perché egli ha avuto maggiore possibilità di motivarsi secondo il diritto per via della precedente condanna e tuttavia ha scelto di motivarsi *contra jus*. Ne consegue che dimostra una maggiore ostilità o insensibilità verso i beni tutelati dall'ordinamento giuridico. L'orientamento è certamente condivisibile; è necessario precisare, tuttavia, che potrebbe condurre a esiti interpretativi non sempre corretti, se il processo motivazionale del reo fosse esaminato, non tanto in relazione ai presupposti della motivabilità secondo norme, quanto in relazione al *quantum* di ostilità verso l'ordinamento dimostrata dal soggetto. Quando il fuoco dell'attenzione si sposta dall'*ex ante* all'*ex post*, l'interpretazione dei fatti appare pressoché scontata, giacché gli eventuali elementi in controtendenza, che - per ipotesi - hanno condizionato, in qualche modo, la motivazione criminosa e sono espressivi di una colpevolezza non maggiorata, si devono cercare quasi sempre *ex ante*. Infatti, *ex post*, il delitto dimostra, il più delle volte, nient'altro che la pervicacia del reo, il quale incorre nuovamente nella commissione di un fatto *contra jus* e perciò motivato *contra jus*. Senza la pretesa di trarre conclusioni definitive, possiamo osservare fin d'ora che la questione centrale della maggiore colpevolezza del recidivo richiede una valutazione "in concreto" dei presupposti e delle precondizioni del fatto, e dunque non limitata al fatto commesso, isolato nel tempo e nello spazio, ossia astratto dal vero processo motivazionale, radicato anche nelle condizioni di vita antecedenti.

Un secondo orientamento giustifica l'aggravio di pena a carico del recidivo, in relazione alla maggiore pericolosità<sup>30</sup>. A questa stregua, la *ratio* della pena si deve

---

<sup>29</sup> Per una trattazione approfondita sulle diverse concezioni di colpevolezza, cfr. R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, in particolare 47 ss.; nella manualistica si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 313 ss. e 759 s.

<sup>30</sup> Cfr. S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Cedam, Padova, 1968, 500, che nel delineare l'istituto (ante riforma del '74) peraltro nega recisamente che possa fondarsi su di una maggiore colpevolezza; cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 663, che,



ricercare nella protezione della società da futuri fatti di reato; ne deriva che alla diagnosi di colpevolezza, si sostituisce un giudizio prognostico avente ad oggetto la possibilità che il reo continui a delinquere. Orbene, la pericolosità del recidivo è superiore a quella del delinquente primario, correlandosi a una pluralità di episodi criminosi, piuttosto che a un solo fatto occasionale. In questa logica l'applicazione del trattamento sanzionatorio più severo deve essere discrezionale, poiché a una peculiare pericolosità sociale deve corrispondere uno specifico "trattamento" sanzionatorio. Ovviamente la "concretezza" non può giungere al suo punto massimo, che coinciderebbe con la prospettiva individualizzante, la quale implicherebbe una misura *ad personam*; la concretezza possibile è quella affidata al discernimento del giudice, che accerta di volta in volta la pericolosità (differenziata) del recidivo e differenzia il trattamento sanzionatorio entro limiti edittali.

Si deve considerare, tuttavia, che la pericolosità sociale non è di facile accertamento. Il giudizio prognostico, relativo alle azioni umane, è sempre e comunque aleatorio; oggi la base cognitiva di carattere scientifico è molto fragile; ma si può pensare che anche domani, malgrado il prevedibile progresso del sapere scientifico, sia comunque difficile raggiungere un sufficiente livello di certezza prognostica<sup>31</sup>. L'apprezzamento del giudice non può essere sostituito da qualsivoglia perizia criminologica, oggi, per esigenze di garanzie processuali; ma anche domani, a nostro avviso, il giudice non potrà avvalersi di vere e proprie leggi scientifiche né di metodi d'analisi sufficientemente rigorosi e condivisi<sup>32</sup>. Ciò non toglie, comunque, che l'inclinazione a delinquere di chi ha reiterato più condotte criminose è certamente più accentuata rispetto a quella del reo primario; ne discende una diversa valutazione (probabilistica) della possibile ricaduta nel reato, la quale giustifica un trattamento sanzionatorio più severo a protezione del consorzio sociale.

---

assegnando all'istituto un fondamento di - esclusiva - maggiore capacità criminale, vi individua una delle principali espressioni della funzione di prevenzione speciale propria della pena all'interno del nostro sistema punitivo.

<sup>31</sup> Sulla possibile influenza delle nuove conoscenze scientifiche sul giudizio di pericolosità, cfr. Y. PARZIALE, *Spunti di riflessione in materia di prevenzione personale ante delictum*, in questa rivista, 2/2023.

<sup>32</sup> Sull'incertezza dell'accertamento della pericolosità sociale v. per tutti M. PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1268 s.; G. FIDELBO, *sub Art. 203*, in AA VV. (a cura di G. Lattanzi - E. Lupo), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2010, 919 ss.

In ultima analisi, il fondamento giustificativo dell'aggravante di recidiva ben può individuarsi nella combinazione di maggiore colpevolezza/pericolosità, di cui è sintomatica la sequenza dei fatti di reato accertati giudizialmente con sentenza passata in giudicato<sup>33</sup>.

## **6. L'obbligo motivazionale e la pienezza di cognizione del giudice in ordine alla recidiva reiterata**

Ne scaturisce una conseguenza molto importante, ben evidenziata nella sentenza delle Sezioni Unite n. 32318/23. Il fondamento giustificativo dell'aggravante, in termini di maggiorazione della colpevolezza/pericolosità della persona, presuppone l'obbligo di motivare la dichiarazione di recidiva; e l'obbligo di motivazione, a sua volta, postula la pienezza della cognizione del giudice; e questa, a sua volta, implica che il giudizio sulla recidiva reiterata non può essere predeterminato dal giudizio sulla recidiva semplice<sup>34</sup>.

Le Sezioni Unite, con la sentenza *de qua*, hanno smentito la semplicistica equazione, secondo la quale il riconoscimento della recidiva reiterata, in mancanza del pregresso riconoscimento della semplice, equivale a ridurre l'aggravante della recidiva alla sussistenza dei precedenti penali. Il ragionamento sotteso all'equazione potrebbe essere sintetizzato come segue: il giudice dell'ultimo fatto di reato non può avere cognizione dei fatti precedenti, ma solo delle sentenze di condanna, dunque non può valutare se la prima sequenza (recidivante) dei fatti di reato abbia espresso una maggiore colpevolezza/pericolosità del reo; *ergo* dichiarare la recidiva reiterata,

---

<sup>33</sup> Cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. gen., Cedam, Padova, IX ed., 2015, 638. L'Autore ha osservato «la capacità a delinquere è bidimensionale, venendo in considerazione sia in chiave retributiva (quale aspetto della colpevolezza per il fatto), sia in chiave preventiva (quale capacità di nuovi reati).

<sup>34</sup> La giurisprudenza prevalente, consacrata dalla sentenza delle Sezioni Unite 27 maggio 2010, n. 35738, ha riconosciuto costantemente valenza *dichiarativa* e non *costitutiva* al riconoscimento giudiziale della recidiva semplice, ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata. In argomento, in dottrina, cfr. A. MELCHIONDA, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la Cassazione si avvicina alla "chiusura del cerchio"*, in *Sistema penale*, 2/2021, pp. 145-146. In dottrina, non è minoritario l'orientamento che subordina l'aggravante della recidiva reiterata al previo riconoscimento giudiziale dell'aggravante di recidiva semplice; per tutti R. BARTOLI, voce *Recidiva*, cit.; G.L. GATTA, *op. cit.*. E.M. AMBROSETTI, voce *Recidiva*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 4953, ritiene sufficiente la (previa) dichiarazione di recidiva semplice, seppure non correlata all'aumento di pena.

senza tener conto del merito della sentenza precedente, in relazione alla colpevolezza dell'agente, significa ridurre la recidiva a mera successione di condanne. Per questa ragione, l'accezione oggi consolidata della recidiva, in chiave di maggiore colpevolezza e pericolosità, postulerebbe il riconoscimento giudiziale della recidiva semplice come presupposto necessario del successivo riconoscimento della reiterata<sup>35</sup>. In questa logica, solo la dichiarazione giudiziale della recidiva semplice attesta il *quid pluris* di colpevolezza e pericolosità che rende il reo meritevole di un *addendum* di pena; se questo viene a mancare nel primo grado della progressione recidivante, non può giustificarsi l'ulteriore *addendum* di secondo grado. L'argomentazione non è ritenuta convincente dalle ultime Sezioni Unite, che vi ravvisano un ritorno agli automatismi di un tempo. Il criterio criticato vincola la decisione giudiziale sull'applicazione dell'aggravante a quella del giudice precedente, senza consentire una piena valutazione discrezionale e motivata della meritevolezza di pena, alla luce di tutti gli episodi delittuosi.

A nostro parere, l'interpretazione del Supremo Collegio è condivisibile per due ragioni: a) solo il punto di vista *ex post* consente una valutazione complessiva del percorso criminoso; b) l'applicazione dell'aggravante è pur sempre facoltativa, sia in *bonam* che in *malam partem*.

A) Nell'accezione moderna, conforme ai principi costituzionali, l'aggravante della recidiva non si esaurisce nella sequenza dei precedenti penali. La pluralità dei reati commessi è la condizione necessaria, ma non sufficiente, per la dichiarazione di recidiva. L'aggravante viene applicata solo quando dai precedenti penali si possa desumere una più accentuata colpevolezza, in termini di maggiore resistenza alla forza motivante della norma giuridica e maggiore determinazione criminosa,

---

<sup>35</sup> Questa impostazione trova oggi un diretto avallo in plurime decisioni della Corte costituzionale, tra le quali, in particolare, oltre alla già citata sentenza 14 giugno 2007, n. 192, si segnala anche Corte cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., e nell'ambito della quale la Consulta ha ancor più esplicitamente ribadito che la previsione della circostanza aggravante della recidiva, «ovvero di una norma "costitutiva" di uno status soggettivo, quello di soggetto più colpevole e più pericoloso per definizione, per avere dei precedenti giudiziari e perciò meritevole di un aggravamento sanzionatorio e di tutte le limitazioni previste nel suo percorso rieducativo, è costituzionalmente compatibile fintanto che il suo accertamento sia lasciato al potere discrezionale del giudice, senza costituire dunque una presunzione *ius et de iure* di pericolosità».

nonché un incremento di pericolosità, in termini di perdurante e più tenace inclinazione al crimine<sup>36</sup>. I precedenti penali sono valutati come segni, ovvero sintomi, di potenziale maggiorazione della colpevolezza/pericolosità, ma essa (giustificativa dell'aggravamento di pena) non si esaurisce nei precedenti. È necessario valutare in concreto tutti gli elementi di fatto e circostanziali che concorrono al giudizio di colpevolezza e alla prognosi di pericolosità<sup>37</sup>.

In sintesi, nel cono di osservazione del giudice entra tutta la personalità del soggetto agente, alla luce dei fatti commessi e delle sue scelte di vita. Ben s'intende che il percorso *intero* di tali vicende offre un campo di osservazione più preciso e dettagliato, rispetto a un percorso *parziale* e lacunoso; ne discende che il giudice dell'ultimo fatto criminoso, chiamato a valutare l'aggravante della recidiva reiterata, è in grado di osservare e discernere la colpevolezza/pericolosità del reo, in modi più consapevoli e approfonditi, rispetto al giudice che si è pronunciato in antecedenza (sulla recidiva semplice), il cui campo di osservazione era limitato a un percorso criminoso solo parziale. Non si vede, dunque, per quale ragione la pronuncia del giudice successivo dovrebbe essere strettamente legata e vincolata a quella del giudice precedente, essendo certamente possibile, nella dinamica imprevedibile dell'agire umano, che i fatti successivi abbiano smentito il libero convincimento del giudice, il quale aveva opinato non sussistere la maggiorazione della colpevolezza/pericolosità del reo, in termini di tenacia criminosa. *Ex post* quella tenacia ben può rivelarsi sussistente e solo il giudice dell'ultimo fatto è in grado di valutarla, come componente della colpevolezza/pericolosità del soggetto agente. In conclusione, il criterio interpretativo adottato dalla Sezioni Unite con la sentenza n.

---

<sup>36</sup> Dello stesso avviso E. PENCO, *Offensività e colpevolezza nel controllo di costituzionalità in materia di recidiva e giudizio di bilanciamento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2/2021, p. 260.

<sup>37</sup> In giurisprudenza sono stati individuati gli indici sintomatici della maggiore capacità a delinquere ex art. 133 c.p.. Al riguardo così si esprimono le Sezioni Unite, nella sentenza n. 35738 del 25 maggio 2010, *Calibè*: «... è compito del giudice verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla *natura dei reati*, al *tipo di devianza* di cui essi sono il segno, alla *qualità* e al *grado di offensività* dei comportamenti, alla *distanza temporale* tra i fatti e al *livello di omogeneità* esistente tra loro, all'eventuale *occasionalità* della ricaduta e a *ogni altro parametro individualizzante* significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali».

32318/23, si palesa pienamente convincente e condivisibile, proprio perché la valutazione giudiziale sulla recidiva implica l'osservazione ad ampio raggio della componente personologica dei fatti di reato e tale osservazione non può che avvenire *ex post*, sicché, quando il giudizio verte sulla recidiva reiterata, la valutazione del giudice non può essere determinata dal giudizio precedente sulla recidiva semplice, espresso su una parte del percorso criminoso e non sull'interezza.

B) Si deve considerare inoltre che l'applicazione dell'aggravante (della recidiva reiterata), è vincolata *ex lege* in relazione al *quantum*, ma non in relazione all'*an*. Se il giudice la ritiene sussistente, dispone un aumento di pena nella misura della metà; se la ritiene equivalente o subvalente, rispetto alle attenuanti, non dispone alcun aumento di pena. Può ritenerla sussistente, quand'anche il giudice precedente non abbia dichiarato la recidiva semplice; può ritenerla insussistente, quand'anche il giudice precedente abbia dichiarato la recidiva semplice. Della prima ipotesi si è già detto; qui si ribadisce che la valutazione globale della componente personologica dei fatti di reato postula la considerazione *ex post* di tutto il percorso criminoso, che può fare solo il giudice dell'ultimo episodio. Alla stessa maniera, pur in presenza di una dichiarazione di recidiva semplice, il giudice dell'ultimo fatto potrebbe ritenere che non sussista la recidiva reiterata, avendolo ritenuto occasionale e disomogeneo rispetto ai precedenti, non legato loro da continuità criminologica. Le Sezioni Unite, con l'inciso "oggetto di adeguata e specifica motivazione" respingono qualsiasi ipotesi di automatismo<sup>38</sup>. Infatti, il meccanico e necessario legame di consequenzialità (posto A, ne segue in ogni caso B) non deve essere "adeguatamente e specificamente" motivato, poiché la motivazione è stata data una volta per tutte dal legislatore. Sicché l'obbligo di motivazione piena, ossia "adeguata e specifica", suppone necessariamente la discrezionalità del giudizio avente ad oggetto la sussistenza dell'aggravante (della recidiva reiterata). Ovviamente la discrezionalità non può esercitarsi in una sola direzione; vale sia per la dichiarazione di sussistenza, sia per quella di insussistenza della recidiva. Dunque, non avrebbe senso opinare, da un lato, che la decisione del giudice sull'aggravante *de qua* debba essere motivata, e, dall'altro, che la pronuncia del giudice precedente la debba vincolare.

---

<sup>38</sup> Pag. 20 della sentenza in commento.

## **7. Criterio ermeneutico generale per le questioni interpretative sugli effetti della recidiva**

Riteniamo che un criterio di fondo possa guidare l'analisi dell'interprete - sia in relazione alle questioni già chiuse dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite e dagli interventi della Corte costituzionale, sia in relazione a quelle ancora aperte - prendendo spunto dall'ambivalenza congenita della parola "recidiva". Possiamo dire che coesistono due significati della parola: recidiva come sequenza di fatti criminosi, commessi dalla stessa persona e colti nella nuda materialità in assenza di un giudizio di valore; recidiva come disvalore aggiuntivo del fatto criminoso, ossia circostanza aggravante che attiene alla persona del reo, ritenuto meritevole di un surplus di pena, rispetto al delinquente primario responsabile del medesimo fatto di reato. Nella prima accezione, la situazione di fatto non è valutata, ma solo accertata; nella seconda accezione, la recidiva implica necessariamente un giudizio di valore. E solo all'esito del giudizio di valore, concernente la maggiore colpevolezza e pericolosità del recidivo rispetto al delinquente primario, si fa luogo all'applicazione dell'aggravante. La parola "recidiva" sottende, dunque, due concetti: uno di fatto, uno di valore<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Il significato bivalente del termine spiega perché la recidiva sia stata ritenuta un'aggravante *sui generis*, di tipologia "bifasica". Secondo questo orientamento, in una prima fase, il giudice può riconoscere lo *status* di recidivo, senza farne conseguire l'aumento di pena; nella seconda fase, seguono gli effetti indiretti. A questa stregua, la recidiva è facoltativa quanto agli effetti diretti e obbligatoria per gli effetti indiretti, i quali non richiedono un formale riconoscimento da parte del giudice. L'orientamento si espone alle osservazioni critiche di A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., 63 ss., il quale osserva che la possibilità del giudice di escludere i soli riflessi sanzionatori diretti diverrebbe discrezionalità assoluta, ai limiti dell'arbitrarietà. Dello stesso avviso C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 304. A nostro avviso, l'"arcano" della recidiva "bifasica" si spiega col doppio significato che si attribuisce allo stesso termine. Riteniamo che gli effetti non siano univoci, proprio perché la lettera della legge si riferisce ora alla recidiva-fatto, ora alla recidiva-valore. In termini simili, F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1985, 29, osserva: «la produzione degli effetti 'minori' della recidiva [...] nonostante il mancato aumento della pena, pare sostenibile più ragionevolmente in quanto si consideri la recidiva come un istituto disciplinante la commisurazione della pena». Rimane tuttavia da individuare il criterio che renda ragionevole l'alternanza di efficacia. Si può pensare che la distinzione da valorizzare, a tal fine, non sia quella tra effetti diretti o indiretti, bensì quella tra "recidiva-fatto" e "recidiva-valore"; entrambe prese in considerazione, di volta in volta, dal giudice in diverse fasi processuali per finalità politico-criminali diversificate. Sul punto cfr. E. MATTEVI, *Il riconoscimento della recidiva e i suoi effetti: opportune precisazioni delle Sezioni Unite e nuove aperture*, in *Giur. it.*, 3/2020, p. 668.

La sequenza fattuale è una condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'applicazione dell'aggravante, cosicché si può dire paradossalmente che la recidiva, in senso avalutativo, come mera situazione di fatto, è uno dei presupposti dell'applicazione della recidiva come circostanza aggravante. Questa doppia accezione della medesima parola complica non poco il dibattito sul tema e il discernimento dei criteri interpretativi nei mille casi concreti. E tuttavia, a nostro avviso, se diviene chiara la distinzione tra recidiva, come vicenda storica, e recidiva, come valutazione personologica della vicenda storica, può emergere un criterio interpretativo abbastanza semplice e univoco, conforme ai principi del nostro ordinamento e all'esigenza di giustizia ed equità. La vicenda storica è un *prius* rispetto al giudizio di valore espresso dal giudice, sulla gravità del fatto e sulla colpevolezza/pericolosità del reo. Ne deriva che il punto di vista dell'interprete può dirsi *ex ante*, quando viene in considerazione la sequenza storica dei fatti criminosi, *ex post*, quando viene in considerazione la maggiore meritevolezza di pena del recidivante, rispetto al reo primario.

Si può anche dire che la considerazione della recidiva cambia nelle varie fasi processuali. Solo all'esito di un processo cognitivo, il giudice può esercitare, con discernimento, il suo potere discrezionale guidato dai criteri di cui all'art. 133 c.p.; e solo all'esito di un'istruttoria accurata, è in grado di formulare un giudizio valutativo sul bilanciamento delle circostanze. Pertanto, nelle fasi processuali antecedenti alla piena cognizione del giudice, la recidiva viene in considerazione come fatto storico e si prescinde dal giudizio di (maggiore) colpevolezza/pericolosità; nella fase cognitiva viene in considerazione come (eventuale) indice di maggiore colpevolezza/pericolosità, oggetto del giudizio di bilanciamento; nella fase esecutiva, il giudice che sovrintende al percorso penitenziario del reo ha il dovere di riconoscergli o meno i benefici di legge, secondo che il giudice della cognizione abbia escluso o riconosciuto l'aggravante, ossia quello specifico disvalore costituito dall'incremento di colpevolezza/pericolosità. In altri termini, gli effetti della recidiva non discendono tutti dalla medesima accezione; accolta l'accezione fattuale nella logica della pre-cognizione del giudice, si può accogliere al contempo l'accezione valoriale ai fini della cognizione e dell'esecuzione (post-cognizione). Sulla base di questa distinzione, ci dobbiamo chiedere se gli effetti collaterali della dichiarazione di recidiva implicino una considerazione *ex ante*

della sola vicenda storica (consistente nella successione temporale delle sentenze di condanna) o anche una valutazione *ex post* della meritevolezza di pena. E ci poniamo la domanda in qualche caso esemplificativo.

Alla luce del criterio indicato, gli effetti sul termine di prescrizione paiono legati alla rappresentazione *ex ante* dei fatti di reato, alla loro configurazione astratta e avulsa dal contesto personale. Nel computo dei termini della prescrizione si prende in considerazione la gravità del reato, espressa dai limiti edittali della pena<sup>40</sup>. Si giunge alla declaratoria di prescrizione prima della sentenza irrevocabile; ciò significa che, ai fini del decorso del termine, si tiene conto della contestazione d'accusa<sup>41</sup>. Siamo pertanto indotti a pensare che la recidiva incidente sul termine di prescrizione sia presa in considerazione *ex ante*, come vicenda storica, e non contestualizzata in riferimento alla personalità del reo<sup>42</sup>. Si potrebbe chiosare, dicendo che la "neutralità" del tempo trova corrispondenza nella "neutralità" della mera successione delle sentenze di condanna<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> In argomento, E. M. AMBROSETTI, *Le sezioni unite chiariscono il rapporto fra l'accertamento della recidiva ed i suoi effetti*, cit., p. 85, F. TUCCILLO, *Recidiva "temperata" e prescrizione: al vaglio delle sezioni unite lo status di circostanze aggravanti a effetto speciale delle ipotesi qualificate*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.07.2022. Più in generale, sulla prescrizione come causa di estinzione del rapporto punitivo sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto punitivo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 221.

<sup>41</sup> L'aggravante della recidiva deve essere in contestazione. Alla luce di questo canone ermeneutico, nel primo grado di giudizio non sorge alcun problema; il giudice dovrà dichiarare decorso il termine di prescrizione tenendo conto dell'aggravante della recidiva, sulla quale non ha avuto modo di esprimersi. In appello, potrebbero sorgere problemi interpretativi, risolvibili, a nostro avviso, in base al criterio menzionato, secondo il quale è necessario che l'aggravante sia ricompresa nella regiudicanda. In caso di aggravante non riconosciuta dal giudice di prime cure; o di equivalenza o subvalenza rispetto alle attenuanti; la regiudicanda del giudice d'appello non si estende alla questione della recidiva, sempreché l'appello sia proposto dall'imputato. Al contrario, l'appello del p.m. farebbe rientrare nel *devolutum* anche la recidiva. In questo caso, l'aggravante sarebbe in contestazione e pertanto si dovrebbe conteggiare il termine di prescrizione con l'aumento dovuto all'aggravante (in contestazione). Lo stesso criterio dovrebbe valere per il giudizio in corso innanzi alla Corte di cassazione.

<sup>42</sup> Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, Sorge, n. 24096, con nota di B. FRAGASSO, *Le Sezioni Unite escludono l'ammissibilità della contestazione "in fatto" dell'aggravante della natura fidefacente dell'atto pubblico (art. 476 co. 2 c.p.)*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 18 aprile 2019.

<sup>43</sup> Le Sezioni Unite, con un *obiter dictum* in seno alla più volte richiamata sentenza n. 20808 del 25 ottobre 2018, asseriscono che il computo del termine prescrizione deve essere distinto dagli altri effetti "secondari" della recidiva. La conclusione è ritenuta "singolare" e non convincente da E. MATTEVI, *op. cit.*, p. 673. Dal nostro punto di vista, la conclusione della Suprema Corte è ineccepibile,



Anche le (eventuali) questioni, relative alla procedibilità d'ufficio, sulla base delle superiori premesse, involgono la considerazione fattuale della recidiva e non quella valoriale, per la semplice ragione che, in quella fase, il processo non è ancora aperto e viene in rilievo il presupposto fattuale dell'eventuale aggravamento di responsabilità, non già il merito di esso.

Un discorso analogo si può fare per la questione dell'ammissione al patteggiamento allargato<sup>44</sup>. Anche l'ammissione al patteggiamento è, per certi versi un *a priori*, poiché l'accordo delle parti preclude la possibilità che il giudice emetta la sua sentenza a seguito della diretta conoscenza e valutazione delle prove. La sua cognizione non è piena; il giudice tiene conto della gravità del reato, segnata nei limiti edittali della pena, ossia della rappresentazione *ex ante* del fatto contestato, sottoposto alla sua cognizione. Poiché la sentenza di patteggiamento viene emessa in mancanza di istruttoria dibattimentale, il giudice non approfondisce tutti gli aspetti che graduano la responsabilità dell'imputato; ne conosce soltanto la rappresentazione cartolare, contenuta nel fascicolo del Pubblico Ministero. Anche qui, dunque, sembra corretto ritenere che la recidiva sia presa in considerazione come vicenda fattuale, avulsa dalla valutazione personologica; e pertanto, ai fini dell'ammissione al patteggiamento allargato, si possa ritenere preclusiva la recidiva reiterata, nei casi in cui la sua applicazione darebbe luogo a un *quantum* di pena eccedente il limite dei cinque anni di reclusione<sup>45</sup>.

---

perché la declaratoria di prescrizione precede e inibisce il giudizio di merito, pertanto si basa sulla recidiva-fatto, piuttosto che sulla recidiva-valore; quest'ultima presa in considerazione ai fini di altri effetti "secondari".

<sup>44</sup> Per una completa disamina dell'argomento si rinvia a F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2103.

<sup>45</sup> Alle stesse conclusioni sono pervenute le Sezioni Unite, che nella sentenza Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738 hanno definitivamente affermato che, in presenza di una formale contestazione della circostanza aggravante della recidiva il giudice è tenuto a «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali». Cfr. M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 26 novembre 2010,

Altri effetti collaterali riguardano, invece, la cognizione *in fieri* del giudice e pertanto, a nostro avviso, involgono la considerazione della recidiva, nella sua effettiva portata aggravante, implicando la considerazione della meritevolezza di pena, alla luce dell'accertamento della maggiore colpevolezza/pericolosità del reo; non già la semplice verifica della successione temporale dei fatti storici, consistenti nelle sentenze di condanna. Sul punto fa chiarezza la sentenza delle Sezioni Unite in commento, secondo la quale la cognizione giudiziale sull'ultimo fatto di reato non deve essere in alcun modo condizionata da determinazioni giudiziali precedenti. Se è necessario che la decisione dell'ultimo giudice non sia precondizionata dal riconoscimento o disconoscimento dell'aggravante, da parte del giudice precedente (come richiede la sentenza in commento), pare consequenziale ritenere che la sua cognizione debba essere ugualmente libera in relazione agli altri possibili precondizionamenti. Sicché, in fase di (piena) cognizione, pare congruo ritenere che la recidiva entri in gioco come aggravante di responsabilità, per maggiore colpevolezza/pericolosità del reo, non già come mera successione di fatti storici.

In primo luogo, viene in considerazione la recidiva reiterata, nella sua funzione ostativa all'applicazione delle attenuanti (*ex art. 99 c. 4 c.p.*), ampiamente ridimensionata dalla Consulta<sup>46</sup>. Una questione specifica, particolarmente rilevante ai nostri fini, si pone per le attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p.: si potrebbe pensare a un'insanabile contraddizione tra l'uno e l'altro istituto, se le attenuanti generiche consistessero unicamente nell'assenza di precedenti penali. In questo caso è fin troppo ovvio che il mero dato fattuale della sequenza di condanne si porrebbe in antitesi con l'essenza stessa della circostanza attenuante. Ma in verità l'art. 62 bis c.p. contempla tutte le possibili cause di attenuazione della colpevolezza, atipiche e innominate, oltre quelle espressamente previste dall'art. 62. Se dunque tali attenuanti - non per nulla declinate al plurale, per significare appunto la possibile coesistenza di plurimi elementi di attenuazione della colpevolezza - non si

---

<sup>46</sup> Il divieto di subvalenza della recidiva reiterata, rispetto alle attenuanti è stato demolito quasi del tutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale; *supra* par. 4 e nota 13. Si ricorda, a titolo esemplificativo, la sentenza 12 maggio 2023 n. 94, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come modificato dall'art. 3 della L. 5 dicembre 2005, 251, nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

esauriscono nell'assenza di precedenti penali e pertanto possono sussistere a prescindere dalla loro presenza, la recidiva ostativa alla loro concessione non può consistere nella mera successione delle sentenze di condanna; è necessario, al contrario, che la recidiva sia valutata come espressiva di maggiore colpevolezza/pericolosità, per inibirne la concessione delle attenuanti generiche<sup>47</sup>. Se così non fosse, si perverrebbe all'assurdo di sottrarre al giudice il discernimento della reale colpevolezza dell'imputato nel caso concreto, giacché il giudizio di bilanciamento sarebbe (parzialmente) prefissato *ex lege* e nella stessa misura avulso dalle concrete circostanze espressive di maggiore o minore colpevolezza. Un mero dato fattuale (precedenti condanne), ancorché non espressivo di un *quantum* aggiuntivo di colpevolezza, avrebbe tuttavia l'effetto di aggravare la pena, sganciando la pena concreta dalla colpevolezza concreta. Le medesime argomentazioni valgono per tutti casi in cui la recidiva incide sul bilanciamento delle circostanze, per la necessità che la pena concreta sia correlata al *quantum* di colpevolezza del caso concreto. Si può enunciare infatti il criterio generale, secondo il quale la recidiva da considerare rilevante, al fine di aggravare, in qualche modo, la pena in concreto irrogata dal giudice, non può che essere quella valutata dal giudice come *quid pluris* di colpevolezza/pericolosità, ovviamente comprensiva dei precedenti penali, ma non immedesimata solo in questi. All'aggravamento, sotto qualsiasi forma, della pena deve corrispondere l'equivalente aggravamento di colpevolezza/pericolosità.

Inoltre, si fa questione se la recidiva debba essere rilevante, in relazione all'aumento di pena dovuto alla continuazione, sotto il profilo della mera successione di condanne o dell'*addendum* di colpevolezza/pericolosità. La questione si pone soprattutto nel caso in cui la continuazione debba essere pronunciata sulla

---

<sup>47</sup> Del resto, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 20808 del 25 ottobre 2018, già menzionata, esclusero il "nesso di consequenzialità logica e giuridica" tra il diniego delle attenuanti generiche ed il riconoscimento della recidiva. Il nesso fu escluso - a nostro avviso - proprio perché l'attenuante di cui all'art. 62 *bis* c.p. non si identifica con l'assenza di precedenti penali. Si può citare inoltre la sentenza della Corte di Cassazione, sez. IV, n. 8093/14; depositata il 20 febbraio, con la quale si riconosce la possibilità (non l'obbligatorietà) di non concedere le attenuanti generiche, in ragione di un solo precedente penale; con ciò pare riconoscersi implicitamente anche la possibilità inversa, che le attenuanti possano prevalere sull'aggravante di recidiva.

base di una declaratoria di equivalenza della circostanza aggravante della recidiva reiterata, rispetto alle attenuanti. Pare preferibile opinare che siffatta equivalenza non determini l'effetto collaterale di cui all'art. 81, comma 4 c.p.. A nostro avviso, qualunque effetto incidente sulla pena, anche per via indiretta, deve trovare giustificazione nella riprovevolezza del fatto e/o nella colpevolezza/pericolosità del soggetto. Ebbene, l'equivalenza delle circostanze nel giudizio di bilanciamento non esprime alcun *addendum* di disvalore penalistico, né riferito al fatto né al soggetto. Sembra dunque ragionevole che all'assenza di *addendum* di colpevolezza corrisponda l'assenza di *addendum* di pena. Orbene, l'art. 81, comma 4 c.p. incide proprio sul *quantum* dell'aumento di pena a titolo di continuazione (che non può essere inferiore a un terzo previsto per il reato più grave), sicché, in caso di declaratoria di equivalenza dell'aggravante rispetto alle attenuanti, in ultima analisi, l'applicazione della citata norma condurrebbe - a nostro avviso - all'incongruenza logico-giuridica che una quota parte dell'incremento di pena, previsto per il reato continuato, sarebbe avulsa dalla colpevolezza concreta del soggetto agente (e ovviamente non giustificata da una dose incrementale di gravità del fatto). Riteniamo che l'interesse delle misure sanzionatorie debba trovare corrispondenza nell'interesse fattuale-personale del reato; la corrispondenza verrebbe meno per quel frammento di pena, non giustificato da un frammento di colpevolezza suppletiva; e l'equivalenza dell'aggravante rispetto alle attenuanti esclude appunto il supplemento di colpevolezza<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Di diverso avviso la giurisprudenza delle Sezioni Unite che nella sentenza SS. UU. 21 luglio 2016, ud. 23 giugno 2016, n. 31669, avevano espresso il seguente principio di diritto «Il limite di aumento di pena non inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave, di cui all'art. 81, quarto comma, c.p. nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, stesso codice, opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti». Il Supremo collegio, in funzione nomofilattica, assume che il giudizio di equivalenza riconosce implicitamente la recidiva, in quanto, all'atto della comparazione, l'azione di applicare la recidiva si è già esaurita, perché altrimenti il bilanciamento non sarebbe stato necessario. Sulla stessa linea si pone anche la citata e più recente sentenza "Calibè" (SS. UU. 25 ottobre 2018, n. 20808; con nota di E. MATTEVI, *op. cit.*). L'argomento non ci pare convincente, perché - a nostro avviso - il giudizio di equivalenza implica certamente la considerazione della sequenza fattuale (assunta come aggravante potenziale), ma non il riconoscimento di un supplemento di colpevolezza/pericolosità; ed è questo supplemento il dato rilevante ai fini sanzionatori (come aggravante attuale). E non incide forse sul quadro sanzionatorio il disposto dell'art. 81 c. 4 che fissa un limite minimo di aumento del *quantum* di pena?

In sintesi, ci pare che la gravità del fatto e il grado di colpevolezza/pericolosità del reo costituiscano *in toto* la ragione giustificativa della pena concretamente irrogata, pertanto tutto ciò che incide sul *quantum* della pena deve essere espressivo di quella gravità e/o di quella colpevolezza/pericolosità. E dunque opiniamo che, ai fini di commisurazione della pena, la recidiva che viene in considerazione sia sempre quella *ex post*, espressiva di un *quid pluris* di colpevolezza/pericolosità del soggetto; ne deriva, a nostro avviso, che la recidiva, incidente sull'aumento della pena base a titolo di reato continuato, fissato nella misura minima di un terzo (a fronte di un aumento discrezionale per il delinquente primario), deve essere dichiarata dal giudice, non già per i semplici precedenti penali, ma per la ragione ulteriore che tali precedenti esprimano un maggiore colpevolezza/pericolosità del reo<sup>49</sup>.

A nostro avviso, nella fase post-cognitiva viene in considerazione la nozione di recidiva *ex post*<sup>50</sup>, pregena di disvalore, giacché si pone in esecuzione una sentenza (di cognizione) nella quale è stato emesso un giudizio di valore, al quale il giudice dell'esecuzione deve attenersi; sicché, nei casi di incidenza sulle modalità esecutive della pena, entra in gioco, a nostro avviso, la recidiva, riconosciuta dal giudice della cognizione, in quanto aggravante, espressiva di maggiore colpevolezza/pericolosità, non già come mera sequenza di fatti storici. La ragione è molto evidente. Il percorso di rieducazione e risocializzazione del reo è lo scopo ultimo della pena; il trattamento penitenziario non è altro che la pena in divenire, mentre l'irrogazione giudiziale può dirsi l'antefatto di essa, ossia la pena in potenza. È fin troppo evidente che le modalità, più o meno afflittive della pena, si giustificano in funzione della gravità del fatto e del grado di colpevolezza/pericolosità del reo; se viene meno questa corrispondenza, la pena dismette la sua funzione rieducativa, perché non viene percepita come giusta e necessaria da parte di chi la subisce, indotto piuttosto a nutrire rancorosa ostilità verso l'ordine costituito e perseverare nella devianza comportamentale. In ragione di ciò, riteniamo che la recidiva da prendere in considerazione in campo penitenziario - e precisamente ai fini della esclusione del

---

<sup>49</sup> In argomento cfr. A. GABOARDI, *Le sorti del cumulo giuridico in esito al bilanciamento della recidiva reiterata*, *Giur. It.*, 12/2016, p. 2743.

<sup>50</sup> Sugli effetti della recidiva nella fase esecutiva della pena, cfr. Per tutti L. BISORI, *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. proc. pen.*, 12/2012, pp. 44 ss.

recidivo dai benefici previsti dalla legislazione penitenziaria per il reo primario - sia quella valutata e dichiarata dal giudice *ex post*, espressiva di maggiore colpevolezza/pericolosità soggettiva. Se dunque non è stato computato alcun aumento di pena a titolo di recidiva, quand'anche sussistesse il presupposto di fatto delle plurime sentenze di condanna, in sede di esecuzione della pena si deve prendere atto dell'assenza di colpevolezza/pericolosità aggiuntiva e pertanto non può essere negato l'accesso ai benefici previsti dalla legislazione penitenziaria.

La chiosa finale di questo breve *excursus* ci riporta alla nostra premessa: la parola recidiva è utilizzata in due significati diversi, come fatto e come valore. Alla duplicità di significato, a nostro avviso, non può corrispondere l'univocità interpretativa. Ciò spiega perché, prendendo in considerazione gli effetti c.d. minori e collaterali, pare preferibile intendere la recidiva talvolta nell'accezione fattuale, talvolta nell'accezione valoriale, in relazione alla finalità specifica del procedimento in corso.