

Cendon / Book

*Collana diretta da Paolo Pittaro*

SCIENZE PENALISTICHE

01

## LA RECIDIVA

PROFILI APPLICATIVI E QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ

Pietro Perini

## *L'autore*

Pietro Perini si è laureato in Giurisprudenza con il massimo dei voti e lode, discutendo una tesi sui rapporti in continua evoluzione tra le fonti europee e il principio di legalità in ambito penale.

Ha svolto docenze presso Istituti d'istruzione.

Dal 2014 è dottorando di ricerca in Scienze penalistiche presso l'Università degli Studi di Trieste e di Udine.

Ha pubblicato: il capitolo "*Altre disposizioni*" nel volume "*Le disposizioni penali della legge anticorruzione numero 190 del 2012*", a cura di Paolo Pittaro (EUT, 2013); "*Divulgazione delle immagini di persona offesa da atti di violenza sessuale: lo scoop giornalistico non legittima la violazione della riservatezza*" (in *Famiglia e diritto*, 2014).

È autore di numerosi contributi in materia penalistica sul sito [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

## *L'Opera*

Si intendono approfondire tutte le forme di recidiva, alla luce delle più recenti pronunce sia di legittimità che costituzionali. Vengono analizzati inoltre una molteplicità di istituti intimamente connessi, sia sul piano sostanziale che processuale, i quali contribuiscono a creare un sistema penale differenziato per coloro che ricadono nel crimine.

# INDICE

## Capitolo Primo LA NOVELLATA RECIDIVA

- 1.1. Nascita ed evoluzione - 1.2. La precedente sentenza di condanna - 1.3. Un delitto non colposo - 1.4. Fondamento e natura giuridica - 1.5. La recidiva come circostanza: conseguenze

## Capitolo secondo LE VARIE TIPOLOGIE

- 2.1. Recidiva semplice - 2.2. Recidive aggravate - 2.3. Recidiva reiterata - 2.4. Recidiva obbligatoria - 2.5. segue: Dubbi di (il)legittimità - 2.6. Una norma di chiusura

## Capitolo Terzo GLI EFFETTI INDIRETTI

- 3.1. Effetti penali della condanna: una discrezionalità bifasica? - 3.2. Il rapporto con le altre aggravanti 3.3. Il rapporto con le attenuanti - 3.4. segue: Le attenuanti indipendenti e le declaratorie di incostituzionalità - 3.5. Il nuovo art. 62 *bis*, comma 2, c.p. - 3.6. La disciplina della prescrizione per i recidivi - 3.7. Recidiva e continuazione - 3.8. Gli effetti processuali - 3.9. Effetti indiretti nell'ordinamento penitenziario - 3.10 Osservazioni conclusive

## Capitolo Quarto LE RECIDIVE "SPECIALI"

- 4.1. Nei reati di contrabbando - 4.2. Nel d.lgs. 231/2001 - 4.3. Nel codice della strada - 4.4. Davanti al giudice di pace - 4.5. Nelle fattispecie codicistiche - 4.6. Una controversa evoluzione: dalla recidiva alle "recidive"

## Capitolo Primo

# LA NOVELLATA RECIDIVA

**SOMMARIO** 1.1. Nascita ed evoluzione - 1.2. La precedente sentenza di condanna - 1.3. Un delitto non colposo - 1.4. Fondamento e natura giuridica - 1.5. La recidiva come circostanza: conseguenze

### **1.1. Nascita ed evoluzione**

“Recidiva” significa letteralmente “ricaduta”, intesa quale ripetizione di un comportamento antigiuridico da parte di un soggetto in precedenza già condannato in via definitiva per un altro illecito. Tale controverso istituto si ritrova in molteplici rami dell’ordinamento, dal diritto amministrativo a quello civile, soprattutto relativamente alle controversie giuslavoristiche.

In ambito penale, fa la sua prima comparsa in Francia, all’interno una legge speciale del 1885: nei confronti dei recidivi, la pena ordinaria per il reato era ritenuta insufficiente, quindi il giudice infliggeva automaticamente l’ulteriore sanzione della relegazione a vita in una colonia o in uno stabilimento.

Gran parte degli Stati europei seguono l’esempio francese, per cui quasi tutti i codici odierni distinguono il delinquente primario da colui che ricade nel crimine, addossando a quest’ultimo un aumento di pena. Si distingue il legislatore tedesco, che nel 1986 ha abolito la figura: a seguito di ciò, le precedenti condanne producono effetto solo all’interno della cornice edittale, quali ordinari criteri di commisurazione della pena (Dolcini, 2007, 517).

In Italia, il codice Zanardelli prima e il codice Rocco poi hanno regolato normativamente la recidiva, che a più riprese è stata la protagonista indiscussa della politica criminale nazionale. L’art. 99 c.p., infatti, è stata oggetto di radicali modifiche nel tempo, che ne hanno mutato il volto e il ruolo all’interno dell’ordinamento.

*In primis* va menzionata la l. 7 giugno 1974, n. 220, intervenuta a mitigare il regime sanzionatorio impresso dal legislatore nel 1930 e a sostituire il principio di obbligatorietà con quello di facoltatività: spetta al giudice, quindi, valutare in concreto l’esistenza e l’applicazione dell’aggravante (Pittaro, 1996, 364).

A seguito della generalizzata facoltatività, l’istituto è stato a lungo dimenticato nelle aule giudiziarie, rendendo necessaria un’ulteriore

novella, idonea a dare nuovamente certezza ed effettività alla pena. Si è così giunti alla discussa l. 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. ex Cirielli, adottata in un contesto sociale ricco di forti tensioni, soprattutto a causa del riesplodere della criminalità di massa. Gli effetti sono stati rilevanti: da un lato, è stato ristretto notevolmente il potere discrezionale del giudice, dall'altro sono stati perseguiti con un maggior rigore - per non dire con «*tolleranza zero*» - coloro ricadevano nel reato (Bartoli, 2014, 890).

Alla luce di questo lungo susseguirsi di interventi di ortopedia legislativa, attualmente la recidiva è una circostanza aggravante, disciplinata dall'art. 99 c.p., alla quale consegue un aumento facoltativo di pena qualora il reo commetta un delitto non colposo in seguito a una precedente condanna in via definitiva per altro delitto non colposo.

L'aumento, tuttavia, non è automatico, ma avviene solamente qualora «*il giudice ritenga il nuovo reato concretamente sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti – della maggiore colpevolezza e pericolosità sociale del reo*» (Corte Cost., ord. 29.5.2009, n. 171).

## **1.2. La precedente sentenza di condanna**

Il primo requisito richiesto per l'applicazione dell'aggravante è una precedente condanna riportata dal soggetto. La sentenza deve essere divenuta irrevocabile prima della commissione del nuovo comportamento antiggiuridico per il quale la pena deve essere aumentata. Una soluzione interpretativa diversa sarebbe inammissibile, poiché porterebbe a una palese violazione del principio di legalità e del suo corollario dell'irretroattività della legge sfavorevole al reo (Corte Cost., 8.7.2010, n. 249, *GCost*, 2010, 182).

Al contrario, non è necessario che alla condanna sia seguita l'esecuzione totale o parziale della pena. Tale situazione può rilevare tutt'al più nell'ipotesi di recidiva aggrava, ai sensi dell'art. 99, comma 2, n. 3, c.p. (Raimondi, 2014, 20).

Ai fini della recidiva, possono dispiegare effetti diversi tipi di sentenze, beninteso purché irrevocabili:

j) i decreti penali ex art. 459 c.p.p., posto che gli unici effetti preclusivi del procedimento speciale concernono il pagamento delle spese e l'applicazione di pene accessorie (Cass. pen., sez. V, 15.11.2006, Narduzzi, *CED*, 2006, 235401);

ii) le sentenze di patteggiamento, che, ai sensi dell'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p., sono equiparate a quelle di condanna (Cass. pen., sez. II, 7.1.2009, n. 90, *GDir*, 2009, 11, 66);

iii) le condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato, salvo che la causa estintiva si estenda agli effetti penali, secondo il dettato dell'art. 106, comma 2, c.p. Così, ad esempio, l'istituto di frequentissimo utilizzo della sospensione condizionale estingue il reato, ma lascia perdurare tutti gli altri effetti penali, per cui rileva ai fini della recidiva (Cass. pen., sez. IV, 23.11.2010, n. 45351, *CED*, 2010, 249069);

iv) le condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione della pena;

v) le condanne riportate all'estero, qualora siano riconosciute in Italia, ai sensi dell'art 12 c.p. (c.d. recidiva internazionale). A tal riguardo, si può citare anche l'art. 3 della Decisione quadro 2008/675/GAI, che invita gli Stati membri a prendere in considerazione, ai fini della commisurazione della pena, le precedenti condanne riportate dal reo per fatti diversi in altro Paese (Luzzolino, 2012, 669).

Per contro, non rilevano ex art. 99 c.p.:

i) le condanne a seguito delle quali sia intervenuta la riabilitazione. L'art. 180 c.p., infatti, prevede che tale istituto estingue sia le pene accessorie che ogni altro effetto penale della condanna;

ii) le sentenze di proscioglimento, che tuttavia accertino la colpevolezza del prosciolto, come nel caso del perdono giudiziale (Cass. pen., sez. VI, 28.9.2012, n. 41231, *CP*, 2012, 1066);

iii) le condanne estinte ai sensi dell'art. 47, comma 12, ord. pen., riguardante l'esito positivo del periodo di prova in affidamento al servizio sociale. Sul punto era sorto un contrasto giurisprudenziale, risolto recentemente dalle Sezioni Unite, le quali hanno affermato che tale istituto «*determina l'estinzione di ogni effetto penale ed esclude la rilevanza della condanna ai fini della recidiva*» (Cass. pen., SS.UU., 27.10.2011, n. 5859, *FI*, 2012, II, 286);

iv) le sentenze di patteggiamento, limitatamente a quelle cui sia conseguito l'effetto estintivo di cui all'art. 445, comma 2, c.p.p. La norma subordina il beneficio al fatto che il soggetto non commetta un ulteriore delitto nel termine di cinque anni;

v) le condanne per i delitti che non costituiscono più reato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. (ipotesi di *abolitio criminis*). È opportuno

menzionare un recente arresto dei giudici di legittimità di segno diametralmente opposto, ai sensi del quale «*la norma posteriore più favorevole non può intaccare l'ormai acquisito status personale del reo*» (Cass. pen., sez. V, 24.4.2013, n. 35260, *Leggi d'Italia*).

### **1.3. Un delitto non colposo**

Ulteriore requisito affinché il giudice applichi la recidiva è la commissione di un delitto non colposo da parte dell'agente.

Nell'impalcatura originaria del codice Rocco tale delimitazione di classi di illeciti non era presente: potevano fondare l'aumento di pena tutti i reati, compresi quindi i delitti colposi e le contravvenzioni. L'innovazione è dovuta alla già citata legge 5 dicembre 2005, n. 251, ed è giustificata – o almeno dovrebbe esserlo – dall'opportunità di introdurre un temperamento al più severo regime sanzionatorio che la novella stessa ha apportato all'art. 99 c.p.

Così facendo, tuttavia, il legislatore ha inopinatamente escluso alcuni gravi delitti colposi - basti pensare agli omicidi derivanti da infortuni sul lavoro o da incidenti stradali, le lesioni conseguenti ai casi di *malpractice* medica – e anche pericolose contravvenzioni, soprattutto in materia ambientale o urbanistica. Per contro, sono stati inclusi tutti i delitti dolosi, anche quelli “bagatellari”.

Numerosi Autori si sono scagliati contro la modifica, tacciata di irragionevolezza e arbitrarietà, posto che non si capisce il perché di «*un odioso privilegio categoriale*» (Padovani, 2006, 33).

Di diverso avviso si è mostrata la Corte Costituzionale che, interpellata sul punto, ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 99 c.p. con l'art. 3 Cost, nella parte in cui estromette le contravvenzioni. Il Giudice delle leggi ha invece affermato che si è al cospetto di una scelta di politica criminale, che «*non introduce, di per sé, alcun elemento di incoerenza nel sistema penale, caratterizzato da sempre da un trattamento differenziato dei delitti e delle contravvenzioni sotto plurimi profili, in correlazione al maggior disvalore tradizionalmente assegnato ai primi*» (Corte Cost., ord. 18.4.2007, n. 164, *GCost*, 2007, 1552).

Ciò premesso, sono necessarie ancora due precisazioni: in primo luogo, per la configurabilità della recidiva, devono essere non colposi sia il delitto già accertato irrevocabilmente, c.d. delitto fondante, che

quello per cui si procede, c.d. espressivo (Trib. Rovereto, 17.6.2008, *GM*, 2008, 2958).

La nozione di “delitto non colposo”, inoltre, è molto ampia poiché ricomprende sia le fattispecie preterintenzionali e aggravate dall'evento, sia quelle punite originariamente a titolo di responsabilità oggettiva (Costa, 2007, 3).

#### **1.4. Fondamento e natura giuridica**

Il tema della natura giuridica della recidiva e, parallelamente, del suo fondamento razionale, è da sempre tra i più dibattuti in ambito penale. Tuttavia non pare questa la sede idonea per ripercorrerlo né per offrire qualche spunto nuovo all'annosa *querelle*.

Basti qui sottolineare l'esistenza di tre macro-orientamenti sul fondamento dell'istituto:

i) il primo, di stampo marcatamente retribuzionista, imperniato sulla maggiore colpevolezza del reo;

ii) quello ispirato a logiche più preventive, incentrato sulla maggiore capacità criminale dell'agente;

iii) l'ultimo, “bivalente”, che tenta di coniugare le due ricostruzioni precedenti (*amplius* Bianchi, 2014, 1115).

Sul tema della sistemazione dogmatica, appare indiscutibile che le varie riforme abbiano accentuato la natura di circostanza aggravante della recidiva. Ciò è suffragato dalla lettera della legge che, all'art. 70, comma 2, c.p., la inserisce nel catalogo delle “circostanze inerenti alla persona del colpevole”, nonché dall'art. 69, comma 4, c.p., ai sensi del quale è inclusa nel giudizio di bilanciamento.

Le stesse Sezioni Unite si sono espresse più volte a riguardo, sposando la tesi della concezione circostanziale dell'istituto e valorizzando il ruolo del giudice. Spetta a quest'ultimo, infatti, «*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 tra loro*» (Cass. pen., SS.UU., 27.5.2010, n. 35738, *CP*, 2011, 2099).

È quindi ripudiata la concezione formale, secondo la quale l'aumento della pena deriverebbe dal mero *status* personale, desumibile dal

certificato penale del reo. Non trovano più alcuno spazio gli automatismi e le infondate presunzioni di una relazione qualificata tra il reato commesso e la condizione della persona. Il giudice ha la facoltà – *rectius* la discrezionalità – di non applicare la recidiva, qualora non rinvenga una più accentuata colpevolezza e una maggiore capacità criminale del colpevole (Cass. pen., sez. VI, 16.7.2008, n. 34702, CED, 2008, 240706).

I giudici di ultima istanza hanno passato sotto la lente d'ingrandimento anche le altre forme di recidiva, – aggravata ex art. 99, commi 2 e 3, e reiterata ex art. 99, comma 4, c.p. – giungendo a conclusioni non dissimili. Poiché comportano un aumento superiore ad un terzo, *«sono circostanze aggravanti ad effetto speciale e, in caso di concorso con ulteriori aggravanti dello stesso tipo, soggiacciono alla regola generale stabilita dall'art. 63, comma 4, c.p., ai sensi della quale si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla»* (Cass. pen., SS.UU., 24.2.2011, n. 20798, DPP, 2012, 418).

### **1.5. La recidiva come circostanza: conseguenze**

L'inquadramento della recidiva come circostanza aggravante non è una mera conquista dogmatica, ma al contrario comporta l'assoggettamento alla disciplina relativa, per cui è gravido di conseguenze sul piano pratico.

In primo luogo, essa è soggetta al giudizio di bilanciamento con le altre circostanze, ai sensi dell'art. 69 c.p. Può esplicare effetti, quindi, non solo quando comporti un aumento secco di pena, ma anche nel caso in cui paralizzi l'applicazione di un'attenuante, ritenuta equivalente (Cassano, 2012, 28).

L'inasprimento della pena, inoltre, non può che avvenire in seguito alla contestazione della recidiva da parte del pubblico ministero. Su quest'ultimo pende un vero e proprio obbligo di contestazione, così come per tutte le aggravanti, *«in ossequio al principio del contraddittorio, per cui in assenza non può essere ritenuta sussistente dal giudice»* (Cass. pen., sez. II, 27.10.2010, n. 6422, *Leggi d'Italia*).

L'eventuale sentenza che ritenesse sussistente una recidiva non contestata, sarebbe conseguentemente affetta da nullità, ai sensi dell'art. 522 c.p.p.

La contestazione della pubblica accusa dev'essere specifica e puntuale, posto che alle diverse forme di recidiva sono collegati differenti effetti sanzionatori: per cui *«costituisce violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza l'affermazione della recidiva reiterata, con il conseguente divieto di comparazione con le circostanze attenuanti, a fronte della contestazione soltanto della recidiva di cui all'art. 99, comma 2, c.p.»* (Cass. pen., sez. II, 7.7.2009, n. 37523, CP, 2009, 3519).

Parimenti, al giudice è richiesta una adeguata e congrua motivazione nella sentenza, con particolare riguardo all'idoneità del nuovo reato a manifestare una più spiccata colpevolezza o una maggiore pericolosità sociale (Cass. pen., sez. V, 9.12.2009, n. 8285, GDir., 2010, 16, 96).

Tale orientamento in realtà sembra essere disatteso da altre pronunce, che esigono una puntuale motivazione solamente in caso di esclusione della recidiva (Cass. pen., sez. V, 18.2.2009, n. 13923, CP, 2010, 1000).

Un terzo filone interpretativo postula, invece, *«l'assolvimento di un onere da parte del giudice»*, precisando tuttavia come possa essere adempiuto *«anche con una motivazione implicita»* (Cass. pen., sez. V, 21.4.2010, n. 22038, Leggi d'Italia).

La recidiva, come detto, è un'aggravante inerente la persona del colpevole: ai sensi dell'art. 118 c.p. quindi rientra nell'elenco di circostanze soggettive non estendibili ai concorrenti nel reato (Fiandaca-Musco, 2010, 455).

L'ultimo aspetto meritevole di trattazione è certamente quello della procedibilità dei reati perseguibili a querela di parte, sui quali può incidere la natura circostanziale dell'istituto. Il riferimento è a quei delitti, come la truffa, che diventano procedibili d'ufficio, in presenza di una qualsiasi aggravante. Alla luce di quanto detto finora, è pacifico ritenere superato quell'orientamento secondo cui la recidiva ha una natura ibrida e *sui generis* e *«non può quindi essere ricompresa nelle aggravanti che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 640 c.p., rendono il reato di truffa procedibile d'ufficio»* (Cass. pen., SS.UU., 31.1.1987, n. 3152, FI, 1987, 633).