

## **Il delicato rapporto tra recidiva, attenuanti e continuazione alla prova delle Sezioni Unite (Sezioni Unite, sentenza n. 31669 del 23/06/2016).**

Emanuele Sclafani<sup>1</sup>

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 31669 del 2016 si sono pronunciate definitivamente sul contrasto giurisprudenziale rilevato dalla Quinta Sezione della Corte di Cassazione, investita della questione inerente il rapporto tra gli artt. 81, 4° comma c.p. e 99, 4° comma c.p..

La questione di diritto posta all'attenzione della Corte, in seguito alla ordinanza di rimessione pronunciata dalla Quinta Sezione della Corte di Cassazione, è stata: "Se 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 c.p., operi anche quando il giudice consideri la recidiva equivalente alle riconosciute attenuanti".

La *vexata quaestio* è derivata dalla formulazione dell'art. 81, quarto comma c.p., introdotto dall'art 5 della legge 251 del 2005 (cd. Legge "ex Cirielli"), secondo cui «Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, c.p. l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave».

Tale intervento legislativo ha modificato la disciplina del cumulo giuridico, in contrasto con la ratio della precedente normativa di cui al d.l. 1974/99 che era fondata sulla «recidiva facoltativa nell'*an* e nel *quantum* – da obbligatoria che era nell'originaria previsione del codice Rocco – e la attirò nel giudizio di bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p., ampliando così i margini della discrezionalità giudiziale, in vista dell'irrogazione di pene proporzionate e funzionali alla rieducazione del condannato»<sup>2</sup>. Pertanto nel 2005 la legge "ex Cirielli" ha previsto che con riferimento alla categoria dei recidivi reiterati di cui al quarto comma dell'art. 99 cp. l'incremento della pena base, in applicazione del cumulo giuridico, non può essere inferiore ad 1/3 della pena base stessa per inasprire il regime sanzionatorio nei confronti di tali soggetti, limitando in tal modo l'ambito di azione del giudice nella graduazione della pena.

Come è stato evidenziato dalla dottrina, «ancora una volta, al fine di assicurare maggior rigore della risposta sanzionatoria nei confronti dei soggetti recidivi reiterati, si restringe l'ambito di discrezionalità del giudice»<sup>3</sup>.

Prima di analizzare la sentenza *de qua* emessa dalla Corte appare opportuno esaminare preliminarmente l'art. 81, co. 4 c.p. la cui interpretazione è stata oggetto di studio da parte della Corte Costituzionale e di spaccatura nella giurisprudenza di legittimità.

---

<sup>1</sup> Cultore di Criminologia e Diritto Penale presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II".

<sup>2</sup> G.L. GATTA, *Circostanze del reato. La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/circostanze-del-reato-la-recidiva-nella-recente-giurisprudenza-di-legittimita\\_\(II-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/circostanze-del-reato-la-recidiva-nella-recente-giurisprudenza-di-legittimita_(II-Libro-dell'anno-del-Diritto)/)

<sup>3</sup> M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1149.

L'art. 81 c.p. disciplina il concorso formale e il reato continuato. In particolare, al comma 4, dispone che se i reati, in concorso formale o in continuazione con quello più grave, sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p., quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

La Corte Costituzionale, recentemente, con sentenza n. 241 del 2015 ha riaffermato la legittimità della norma in questione, stabilendo che “il cumulo materiale delle sanzioni irrogabili in concreto, se più favorevole al reo, costituisce il limite della pena applicabile per il reato continuato o per il concorso formale tra reati”. In tal modo la Corte Costituzionale ha confermato ciò che già aveva stabilito con la precedente ordinanza 193 del 2008 sulla manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 69, quarto comma, e 81, quarto comma, del codice penale, come modificati dagli artt. 3 e 5, comma 1, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, della Costituzione.

Dal punto di vista giurisprudenziale l'interpretazione del quarto comma dell'art. 81 cod. pen. ha posto in essere un problema interpretativo riguardante il significato da attribuire all'espressione “soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma”.

Secondo un primo orientamento dottrinale (Dolcini, Marinucci<sup>4</sup>) tale norma si applicherebbe a tutti i soggetti che siano stati dichiarati, in passato, recidivi reiterati, ad esclusione di quelli dichiarati tali nell'ambito del procedimento relativo ai reati in concorso formale o in continuazione per cui si pone il problema dell'aumento minimo di pena.

Questa linea di pensiero è supportata dalla lettera della norma e dai tempi verbali adoperati e dall'art. 671, co 2 bis c.p.p. che stabilisce espressamente l'applicazione del quarto comma dell'art. 81 cod. pen.. Tuttavia tale concezione ermeneutica introdurrebbe un elemento di criticità in quanto «lo stato di recidivo non incidendo sui singoli reati, ma sul trattamento sanzionatorio complessivamente inteso del concorso formale e del reato continuato, finisce per costituire una sorta di circostanza aggravante dell'intera continuazione oltretutto automatica e fissa»<sup>5</sup>. In tal caso il substrato della previsione del limite minimo di aumento della pena per la continuazione dovrebbe ricollegarsi esclusivamente ad una «condizione personale, irrilevante per la determinazione della pena del fatto singolo, ma presuntivamente assunta quale indice di pericolosità personale, comportante automatici e predeterminati effetti puntivi intesi alla neutralizzazione di quella presunta pericolosità»<sup>6</sup>. Ciò condurrebbe «per l'assenza di una qualsiasi ragione d'essere, nonché per la stessa illegittimità della norma sotto i profili della violazione dei principi di uguaglianza e di personalità della responsabilità penale, come anche della finalità rieducativa della pena»<sup>7</sup>. «I principi generali dell'ordinamento, i precetti costituzionali e, non da ultimo, il buon senso, impongono dunque un'interpretazione della fattispecie in esame, nel senso che essa postula un'applicazione della recidiva ai fatti riuniti nel vincolo del concorso formale o della continuazione»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> G. L. GATTA, Art. 81, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci-Dolcini, Ipsoa, 2011, p. 988.

<sup>5</sup> R. BARTOLI, *Commento all'art.5 l. 5.12.2005, 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 (G.U. 7.12.2005, n. 285)*, in *Legisl. pen.*, 2006, n. 3, p. 457.

<sup>6</sup> L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le Innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di F. Giunta, Giuffrè, 2006, p. 82.

<sup>7</sup> R. BARTOLI, *Commento all'art.5 l. 5.12.2005, n. 251*, cit., p. 457.

<sup>8</sup> L. BISORI, *loc. cit.*

Forti dubbi, sulla compatibilità con i principi costituzionali di colpevolezza, proporzione e personalità della responsabilità penale dell'«irrigidimento sanzionatorio radicato su una colpevolezza d'autore introdotto dalla norma in esame»<sup>9</sup>, sono state espressi anche da un'altra parte della dottrina.

Secondo un altro filone interpretativo (Padovani; Pistorelli<sup>10</sup>) lo status di recidivo reiterato non deve essere preesistente alla commissione dei reati in concorso formale o in continuazione, ma può essere causato dalla commissione di questi. Tuttavia questa opzione ermeneutica che prevede l'applicazione del regime sanzionatorio di cui al quarto comma dell'art. 81 cod. pen. anche quando la recidiva reiterata sia stata riconosciuta nel medesimo processo avente ad oggetto i reati in concorso formale o in continuazione, causa, però, «una doppia valutazione della circostanza aggravante della recidiva: una prima volta in relazione alla pena per il reato base e, una seconda volta, in sede di commisurazione dell'aumento di pena per la continuazione o per il concorso formale»<sup>11</sup>. In tal modo la recidiva, avendo un doppio peso nella determinazione del regime sanzionatorio, riferitamente alla limitazione del giudizio di bilanciamento ex art.69, comma 4 c.p. e all'aumento di pena per la continuazione di cui all'art. 81, comma 4 c.p., oltre a violare gli artt. 25, comma 2 e 27, commi 1 e 3 Cost. sarebbe in contrasto con il principio del *ne bis in idem*.

La giurisprudenza di legittimità (ex multis, Cass. pen., sez. I, n. 32623 del 2009; Idem, n. 31735 del 2010; Idem, n. 18773 del 2013) ha aderito al primo orientamento, sancendo che «l'interpretazione letterale dell'art. 81, comma 4, c.p. e la consecutio temporum delle voci verbali, ivi impiegate, consente di riferire la norma impugnata al caso in cui l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva».

Un altro problema interpretativo che è stato oggetto di un forte dibattito nella giurisprudenza di legittimità ha riguardato l'individuazione della corretta accezione del verbo «applicare» utilizzato dall'art. 81, quarto comma, cod. pen., per stabilire quando la recidiva possa essere considerata «applicata» dal giudice.

*Ante iudicium* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione tale *quaestio iuris* era stata oggetto di un dibattito giurisprudenziale tra due linee di pensiero differenti: uno, maggioritario, secondo cui la recidiva, che non può basarsi sul mero riscontro, da parte del giudice, con funzione quasi notarile, di una precedente condanna riportata sul certificato penale (art. 99, comma 1, c.p.), ma deve essere concretamente validata e contestata, doveva ritenersi applicata anche in caso di ritenuta equivalenza della stessa alle attenuanti, operando, così, il limite minimo per l'aumento indicato dall'art. 81, quarto comma, cod. pen..

Tale orientamento, ispirandosi alla sentenza, emessa dalle Sezioni Unite nel 1991, «Grassi» (Sez. Un., n. 17 del 18.6.1991, Grassi, Rv 187856), attribuisce al verbo «applicare» il significato di «utilizzazione funzionale» in modo che gli effetti della recidiva non siano neutralizzati dal giudizio di bilanciamento.

Invece l'orientamento dottrinale minoritario ritiene il giudizio di equivalenza produttivo di un sostanziale annullamento dell'efficacia della recidiva, la quale non potrebbe, quindi, ritenersi

<sup>9</sup> R. BORSARI, *Il reato continuato*, in *Il reato*, diretto da Ronco, Zanichelli, 2011, p. 254; S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi dentro e sei fuori?"*, in *Nuove norme su prescrizione e recidiva*, a cura di Scalfati, Cedam, 2006, p. 84.

<sup>10</sup> T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.* 2006, n.1, p. 32; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.* 2006, n. 1, p. 66.

<sup>11</sup> M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, cit., p. 1150.

applicata, con la conseguenza che l'aumento per la continuazione non deve sottostare a detto limite. Per i sostenitori di tale tesi accettare l'equivalenza della recidiva "ritenuta" e "applicata" ad una o più circostanze attenuanti con essa concorrenti, annullerebbe la differenza ontologica tra riconoscimento ed applicazione della recidiva, in aperto contrasto con il principio del "*favor rei*" e determinando, anche, un ingiustificato ed illogico inasprimento del regime sanzionatorio.

Essendo tale orientamento supportato dalle sentenze n. 9636 del 2011 e nn. 22980 e 43040 del 2015, è risultato indispensabile il giudizio delle Sezioni Unite che sono state chiamate in causa con ordinanza n. 18935 nell'aprile 2016.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per risolvere tale *vexata quaestio* e propendendo per l'orientamento maggioritario, hanno ritenuto preferibile la soluzione adottata più volte dalla sentenza Calibè che richiama un'altra pronuncia delle Sezioni Unite (n.17 del 18/06/1991, Grassi, Rv. 187856).

La Corte ha precisato con specifico riferimento alla circostanza aggravante che la stessa è riconosciuta ed applicata non soltanto quando è produttiva del suo effetto tipico di aumento dell'entità della pena, ma anche quando, in applicazione dell'art. 69 cod. pen., si determinino altri effetti, quali la neutralizzazione di una circostanza attenuante concorrente. Pertanto all'atto del giudizio di comparazione la recidiva ha comunque esplicato i suoi effetti nonostante gli stessi siano stati valutati dal giudice come equivalenti rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, in assenza delle quali, però, la recidiva avrebbe comportato l'aumento di pena.

*De iure* la Corte ha voluto sanzionare maggiormente le azioni delittuose espressioni di maggiore colpevolezza e accentuata capacità a delinquere stabilendo che gli effetti negativi di tale circostanza aggravante restano in essere anche nel giudizio comparativo di bilanciamento con eventuali circostanze opposte.

Un'ulteriore argomentazione a sostegno della pronuncia delle Sezioni Unite è supportata dall'assenza di contraddizioni con il principio del "*favor rei*", dato che il giudice, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, può, tanto escludere radicalmente la recidiva, quanto ritenerla sussistente e confrontarla con le circostanze concorrenti, con esiti diversi circa la dosimetria della pena.

Tale pronuncia risulta in linea con le decisioni adottate dalla giurisprudenza al riguardo, fondate sulla concezione che il giudizio di bilanciamento non neutralizzi gli ulteriori effetti della recidiva.

Infatti, in tema di prescrizione, si è affermato che "la recidiva reiterata, quale circostanza aggravante ad effetto speciale, rileva ai fini della determinazione del termine di prescrizione, anche qualora nel giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti sia stata considerata equivalente" (Sez. 6, n. 39849 del 16/09/2015, Palombella, Rv. 264483; Sez. 2, n. 35805 del 18/06/2013 Romano, Rv. 257298; Sez. 1, n. 26786 del 18/06/2009, Favuzza, Rv. 244656; Sez. 5, n. 37550 del 26/06/2008, Locatelli, Rv. 241945).

Pertanto le Sezioni Unite *de plano* con tale pronuncia hanno affermato il seguente principio di diritto: «Il limite di aumento di pena non inferiore ad un terzo di quella stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma 4, cod. pen. nei confronti dei soggetti ai quali è stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen., opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti».

Tale principio di diritto sancito dalla sentenza *de qua* risulta condivisibile perché in linea con i principi ispiratori della riforma del 2005 finalizzati all'inasprimento del regime sanzionatorio nei

confronti del recidivo ed, anche perché l'accoglimento della tesi opposta comporterebbe l'annullamento del divario tra c.d. "esclusione della recidiva" e "dichiarazione di equivalenza" di essa con le attenuanti generiche. Infatti, come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sent. 35738 del 5 ottobre 2010 «dall'esclusione della recidiva reiterata deriva la sua influenza non solo sulla determinazione della pena, ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69 comma 4, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma 4, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 bis, c.p.p.». Pertanto la recidiva, solo in caso di "esclusione", in quanto non espressione di "una più accentuata colpevolezza e pericolosità", può essere considerata *tamquam non esset* ai fini del sistema sanzionatorio, mentre nell'altra ipotesi essa risulta in grado di produrre a pieno i suoi effetti giuridici.