

**Roberto GAROFOLI**

**Compendio di**  
**DIRITTO**  
**PENALE**  
**Parte Generale**

XI edizione

2023-2024

  
Neldiritto  
Editore

presupposto indefettibile della sua applicazione è la mancanza di immedesimazione, richiedendo - piuttosto - che associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato si pongano come entità o realtà organizzative affatto diverse.

### 6.1. La recidiva.

La recidiva (dal termine latino “*recidivum*”, ossia “colui che ricade”) indica la condizione di chi essendo già stato in precedenza **condannato per un reato**, ne **commette uno o più altri**. Essa, in termini più specifici, designa la situazione in cui viene a trovarsi chi, avendo già subito una condanna penale accertata con una **sentenza definitiva passata in giudicato**, commette un altro reato.

■ Quanto al **fondamento** giustificativo dell’aggravio di pena in condizioni di recidiva ed alla **natura giuridica** della recidiva, in *dottrina* si sono registrati diversi orientamenti. Per un primo indirizzo (CARRARA), la recidiva integrerebbe gli estremi di un aggravamento della pena giustificato in considerazione della ritenuta **inadeguatezza della misura di pena inflitta** in occasione della precedente condanna a distogliere il reo dal commettere nuovi reati. La *ratio*, inoltre, sarebbe da ravvisare nelle **esigenze di prevenzione speciale**: quando il soggetto ricade nel crimine, questi dimostra che la precedente pena non è stata idonea a dissuaderlo dal reato. Per altro indirizzo, la recidiva integra un’aggravante della imputabilità e non della pena: nella recidività si esprimerebbe la **maggiore pericolosità** del delinquente, il quale rivela, nel commettere il nuovo reato, tutto il disprezzo per la legge che continua a violare; ne discende che il reato commesso dal recidivo è più grave. Si è proposta una lettura dell’istituto in termini di aggravante della colpevolezza, denotante un’**inclinazione** del recidivo – inteso come un **tipo criminologico d’autore** (BETTIOL) – meritevole di una sanzione maggiorata dell’aggravio: la più intensa colpevolezza è intravista nella condotta di chi commette il nuovo crimine con memoria della precedente condanna (AMBROSETTI). Infine, ulteriore tesi prospettata è, infine, quella che considera l’istituto della recidiva come qualificazione giuridica soggettiva dell’agente ovvero quale vero e proprio **status** oggetto di accertamento giudiziario, ricondotto ad una **situazione inerente alla persona del reo**.

In *giurisprudenza* prevale la tesi che configura la recidiva come **circostanza aggravante in personam** e non *in rem*, in quanto ancorata al **comportamento del delinquente**. A sostegno della tesi milita, non solo la **collocazione topografica** dell’istituto e la lettera della disposizione normativa che enuclea la recidiva, ma anche la recente **l. n. 251/2005** la quale, avendo introdotto limiti alla possibilità che sulla recidiva prevalgano le circostanze attenuanti, pare muovere dalla premessa che la recidiva costituisce una circostanza. Sul punto, sono intervenute le *Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, con la *sentenza 24 febbraio 2011, n. 20798*, le quali hanno preso posizione sulla questione concernente la natura giuridica della recidiva, soffermandosi, in particolar modo, sulle ipotesi di recidiva reiterata di cui all’art. 99, co. 4 e 5 c.p. e sulla relativa disciplina. La Corte, dopo aver ampiamente ricostruito il dibattito giurisprudenziale sull’istituto, conclude per la natura di circostanza aggravante sulla base della considerazione per cui essa “*al pari di altri elementi la cui natura circostanziale non è posta in discussione, esplica un’efficacia extraeditale, atteso che è idonea a condurre la sanzione finale oltre i tetti di pena fissati dalla comminatoria edittale, e, al contempo, assolve alla funzione di commisurazione della pena, fungendo da strumento di adeguamento della sanzione al fatto, considerato sia nella sua obiettiva espressione che nella relazione qualificata con il suo autore*”. Nel dettaglio, la recidiva è definitiva come **circostanza aggravante soggettiva**: “*circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione*

*qualificata tra lo status e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale”.*

Quanto poi alla ulteriore questione portata al vaglio della Corte circa la qualificazione della recidiva come **circostanza aggravante ad effetto speciale**, le Sezioni Unite affermano che *“la recidiva, che può determinare un aumento di pena superiore ad un terzo, è una circostanza aggravante ad effetto speciale e, pertanto, soggiace, ove ricorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento”.*

Da ultimo, la recente pronuncia, anch'essa a Sezioni Unite, resa da *Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 3585*, ha testualmente sancito che *“costituisce, ormai, un vero e proprio diritto vivente l'affermazione che la recidiva costituisce una circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, che non differisce nei suoi meccanismi applicativi dalle ulteriori circostanze del reato e che la stessa, nella sua espressione «qualificata», è una circostanza aggravante ad effetto speciale”.* Con la conseguenza che essa, come si vedrà meglio, ove ritenuta sussistente dal giudice, rientra, in quanto circostanza aggravante, nel giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti previsto dall'art. 69 c.p.

■ Il codice penale adotta una **classificazione** della tipologia di recidiva giuridicamente rilevante la quale può essere di vario tipo a seconda delle modalità con le quali il soggetto torna a commettere reati.

Si distingue, infatti, tra:

- recidiva **semplice**: il soggetto, dopo essere stato condannato con sentenza irrevocabile per aver commesso un reato, ne commette un altro di tipo diverso;
- recidiva **aggravata**, configurabile in tre diverse ipotesi:
  - a. recidiva cd. **specificata** che si ha quando il nuovo reato commesso dal soggetto corrisponde nelle sue caratteristiche essenziali a quello compiuto in precedenza (è, cioè, della stessa indole);
  - b. recidiva **infraquinquennale**: il reato è stato commesso nell'arco dei 5 anni dalla condanna precedente;
  - c. recidiva cd. **vera**: il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente alla esecuzione della pena;
- recidiva **reiterata**: il reato viene commesso da una persona già qualificata come recidiva e, cioè, da un recidivo. Può essere reiterata *semplice* ovvero *aggravata*.

■ Nonostante la comune classificazione, mantenuta ferma nel tempo, l'istituto è stato oggetto di diversi interventi di modifica; è opportuno ripercorrerne le tre **fasi evolutive**.

**A. Recidiva nella vigenza del Codice Rocco versione ante 1974: Obbligatorietà dell'istituto.**

All'indomani dell'entrata in vigore del Codice Rocco, l'aumento di pena conseguente alla recidività è **automatico** ed **obbligatorio**: l'art. 99 c.p., infatti, non prevede la possibilità per il giudice di escludere l'applicazione dell'aggravio di pena.

La recidiva, nel regime in esame, assume connotati che, in parte, saranno conservati in tutti i successivi interventi modificativi:

- *perpetuità* (si riferisce ai reati commessi durante tutta la vita del soggetto);
- *genericità* (è relativa a qualsiasi reato);

- *obbligatorietà* (il giudice non può non tenerne conto).

**B. Recidiva successivamente alla *novella ex legge 7 giugno 1974, n. 220: Facoltatività dell'istituto.***

Con la legge 7 giugno 1974 n. 220, il legislatore novella l'art. 99 c.p. sostituendo il regime obbligatorio della recidiva con la *regula juris* della **facoltatività**: il legislatore, abbandonando la logica del Codice Rocco, riconosce al giudice penale la facoltà di escludere o meno l'aumento di pena derivante dalla contestazione della recidiva. Invero, la novella non ha reso facoltativa la contestazione dell'istituto in esame, ma ha conferito al giudice di merito il **potere di non aumentare la pena** per effetto della recidiva contestata: ne discende che la facoltatività involge esclusivamente l'aumento di pena e non anche gli altri effetti penali connessi alla recidiva.

Il trattamento sanzionatorio inaugurato dal legislatore del 1974 è più mite e prevede, inoltre, la fissazione di un **limite generale agli aumenti di pena** per cui *“in nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato”* (art. 99, ult. co., c.p. tuttora vigente).

**C. Recidiva alla luce della *legge 5 dicembre 2005 n. 251* (l. cd. ex Cirielli): *Regime binario: facoltativo/obbligatorio.***

Con la legge ex Cirielli, l. 5 dicembre 2005, n. 251, si ritorna, per certi versi, al passato attraverso l'adozione di un **regime composto** della recidiva: per alcuni casi rimane ferma la **facoltatività** dell'aggravio di pena; per altri la disciplina regredisce al regime anteriore al 1974 con la reintroduzione di ipotesi di cd. recidiva **obbligatoria**.

Con la nuova formulazione dell'art. 99 c.p. (vigente) le modifiche apportate alla recidiva sono sostanziali ed afferiscono a tutti e tre i connotati tradizionali dell'istituto:

- il carattere della **perpetuità** permane;
- la **genericità** viene meno in parte: la recidiva è applicabile solo per i **delitti non colposi** (laddove nella precedente formulazione la recidiva era applicabile ai reati in genere);
- quanto alla **obbligatorietà**, la stessa è reintrodotta per determinate ipotesi tassative.

Si innesta nel tessuto, infatti, un **regime binario**:

- **recidiva facoltativa**: vi rientrano la recidiva *semplice* (art. 99, co. 1, c.p.), quella *aggravata* nella sua ipotesi tripartita (art. 99, co. 2, c.p.) quella *reiterata* (art. 99, co. 4, c.p.);
- **recidiva obbligatoria**: essa impone l'aumento di pena per i *delitti descritti nelle otto ipotesi previste dall'art. 407, co. 2, lett. a) del codice di rito* (art. 99, co. 5, c.p.). Trattasi di reati per i quali è previsto un termine di due anni per le indagini preliminari in quanto notoriamente implicanti peculiari difficoltà nell'accertamento dei fatti e raccolta delle prove che giustificano un aumento dei termini del procedimento.

**Aumenti di pena:**

- recidiva semplice (99, co. 1): aumento di un terzo;
- recidiva aggravata (99, co. 2): aumento della metà;
- concorso di circostanze: aumento della pena sino alla metà (art. 99, co. 3, c.p.);
- recidiva reiterata: aumento della metà o di due terzi (art. 99, co. 4, c.p.);
- recidiva obbligatoria di cui al co. 5: aumento non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.

Mentre i casi di cui ai **co. 1 e 2** sono senza dubbio espressione di recidiva **facoltativa**

(stante l'utilizzo del verbo "può") e l'ipotesi di cui al **co. 5** è *apertis verbis* **obbligatoria**, l'interpretazione dei **co. 3 e 4** è stata per vero controversa, posto che il legislatore si limita a disporre l'aumento di pena (l'aumento di pena "è..."). L'orientamento giurisprudenziale dominante ritiene che le ipotesi di cui ai co. 3 e 4 sono **facoltative** nell'*an* e **obbligatorie** nel *quantum*: le suddette ipotesi di recidiva sono state sottratte ad una graduazione discrezionale della pena, con la conseguenza che il giudice potrà o meno applicare l'aumento di pena, ma, laddove decida di applicare la recidiva, lo dovrà fare nella misura predeterminata dal legislatore. Ciò è quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ha decisamente optato per il **carattere facoltativo** della **recidiva reiterata** pur dopo le novità introdotte dalla legge n. 251/2005 (cfr. *Sezioni unite 5 ottobre 2010, n. 35738*, le quali hanno sostenuto che la recidiva reiterata di cui all'art. 99 c.p., co. 4, opera quale circostanza aggravante facoltativa, essendo consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo). Siffatta lettura è stata avallata anche dal Giudice delle leggi che con sentenza del 23 luglio 2015, n. 185, ha dichiarato la **illegittimità costituzionale del co. 5 dell'art. 99 c.p. limitatamente alle parole "è obbligatorio e,"** espungendo così dal codice penale le residuali ipotesi di **recidiva obbligatoria** previste dal legislatore.

Per chiudere sulla questione del carattere certamente facoltativo della recidiva aggravata e reiterata di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 99 c.p. pare opportuno riportare quanto recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione (*Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 3585*): *"in linea con l'interpretazione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, la natura di circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole ed il carattere discrezionale della recidiva, anche qualificata, sono stati ribaditi con chiarezza dalla giurisprudenza di legittimità, tanto che può ritenersi ormai consolidato l'orientamento secondo il quale non può ritenersi conforme ai principi fondamentali in tema di ragionevolezza, proporzione e funzione rieducativa della pena enunciati dalla Costituzione una concezione della recidiva quale status soggettivo desumibile dal certificato penale che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione"*.

#### APPROFONDIMENTO

**I criteri per ritenere sussistente la recidiva facoltativa. La recidiva "contestata", "dichiarata" (o "ritenuta"), "applicata". Gli effetti della recidiva subvalente.**

Chiarita la questione relativa alla espunzione dall'ordinamento (in via interpretativa e per effetto dell'intervento della Consulta) di ogni forma di recidiva obbligatoria, la questione si sposta sul tema di quali debbano essere i criteri che il giudice deve prendere in considerazione per ritenere o meno sussistente, nel caso concreto, la recidiva facoltativa. Anche da questo punto di vista, la giurisprudenza di legittimità – pure con interventi a Sezioni Unite – può dirsi ormai del tutto sedimentata: in presenza di **contestazione della recidiva** nel capo di imputazione, è compito del giudice – per decidere se ritenere sussistente o meno la stessa – quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia "sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore" (*Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738*), 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 ad 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. Tali criteri sono poi stati costantemente ribaditi anche dalla giurisprudenza più

recente.

Solo qualora la recidiva “venga apprezzata come indice di maggiore colpevolezza e pericolosità”, ovvero quando – oltre ad essere “contestata” – venga anche “**ritenuta**” (o “dichiarata”) sussistente in concreto, essa produce tutti i suoi effetti, a partire dalla partecipazione al giudizio di bilanciamento.

La recidiva può ritenersi poi, oltre che riconosciuta, anche “**applicata**”, non solo quando esplica il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando produca, nel bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti di cui all'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri, cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare (esito di equivalenza del giudizio di bilanciamento).

Resta a questo punto da capire **quali siano gli effetti che la recidiva “contestata” nel capo di imputazione, “ritenuta” dal giudice, ma considerata subvalente nel giudizio di bilanciamento (e dunque “non applicata” nel senso sopra chiarito) è in grado di esercitare** (ovviamente in ambiti diversi da quelli propri dell'aumento di pena e della neutralizzazione di circostanze eterogenee che consegue al diverso giudizio di equivalenza).

Il tema è stato preso in considerazione da due recenti interventi delle Sezioni Unite.

La prima pronuncia da prendere in considerazione è *Cass., Sez. Un., 15 maggio 2019, n. 20808*. Secondo tale sentenza, è ancora in parte irrisolto il nodo delle conseguenze da trarre in caso di recidiva che, in esito al giudizio di cui all'art. 69 c.p., sia valutata subvalente; nella giurisprudenza più recente – proseguono le Sezioni Unite – “emerge un'oggettiva incertezza”, giacché, ad esempio in materia di computo del termine necessario a prescrivere, “all'interpretazione per la quale (...) deve ritenersi «applicata» la recidiva anche se considerata subvalente nel giudizio di bilanciamento con le attenuanti concorrenti, si oppone un diverso orientamento, per il quale la recidiva contestata all'imputato, ritenuta e non applicata dal giudice di merito perché considerata subvalente rispetto alla circostanza attenuante, non rileva nel calcolo del tempo necessario ai fini della prescrizione del reato”. Secondo le Sezioni Unite del 2019, proprio la disciplina della prescrizione offre un “nitido punto di ancoraggio per la tesi della rilevanza della recidiva anche quando il giudizio di bilanciamento l'abbia vista subvalente”, ma occorre considerare che “l'art. 157, terzo comma cod. pen. esclude espressamente che possa tenersi in considerazione il giudizio di cui all'art. 69 cod. pen. ai fini della determinazione della pena massima del reato di cui trattasi, fattore di riferimento per il computo del termine di prescrizione”.

Ma, proseguono le Sezioni Unite, la questione ha portata più generale e, per fare un ulteriore esempio, è emersa anche in tema di reato continuato, ove si è affermato, non senza oscillazioni, che il limite minimo per l'aumento stabilito dalla legge nei confronti dei soggetti per i quali sia stata ritenuta la contestata recidiva reiterata non opera quando il giudice abbia considerato la stessa subvalente alle riconosciute attenuanti, in quanto, in tale ipotesi, la recidiva, pur considerata nel giudizio di bilanciamento, non ha però di fatto potuto paralizzare il loro effetto tipico di riduzione della pena.

In altri termini, **il tema si pone per tutti i c.d. effetti indiretti della recidiva**. E quindi, posto che il tema è appunto più generale, le Sezioni Unite del 2019 concludono che, per risolvere la questione, è decisivo considerare che “quando il giudice di merito valuta la recidiva subvalente rispetto alle concorrenti attenuanti, egli esprime una valutazione di disfunzionalità della recidiva rispetto al programma di trattamento che comincia a delinarsi con la fissazione della pena da infliggere”, per cui risulterebbe “in patente contraddizione con il giudizio che si cristallizza (...) attribuire in questi casi valore alla recidiva nel contesto di successive valutazioni che pure si riflettono sulla conformazione di quel programma”. Vale a dire, in altri termini, che, quando la recidiva sia stata ritenuta subvalente nel giudizio di bilanciamento, fuori dai casi in cui la rilevanza di tale giudizio sia espressamente esclusa dal legislatore (come nel caso citato della prescrizione), “come non si produce l'effetto diretto sulla pena così non si producono gli effetti indiretti della recidiva”.

Sulla questione, decisamente articolata, che si sta analizzando – e proprio con riferimento alla recidiva reiterata ex art. 99, comma 4, c.p. – è intervenuta, come accennato, anche la recente

pronuncia resa a Sezioni Unite da *Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 3585*, concernente l'interpretazione da dare al riferimento che l'art. 649-bis c.p. fa, ai fini della procedibilità d'ufficio per i delitti menzionati nella stessa disposizione, alle circostanze aggravanti ad effetto speciale.

Secondo la pronuncia del 2021, innanzi tutto, tale riferimento comprende anche la recidiva qualificata - aggravata, pluriaggravata e reiterata - di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma, c.p. Ma, con riferimento specifico al tema qui in esame, l'organo nomofilattico ha aggiunto che la valutazione (non soltanto) di equivalenza, ma anche di subvalenza della recidiva qualificata rispetto alle circostanze attenuanti, nell'ambito del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69, non ne elide la sussistenza né gli effetti prodotti ai fini del regime di procedibilità, sicché neanche l'eventuale subvalenza della recidiva rende il reato perseguibile a querela di parte. Si tratta di risposta che – dal punto di vista dell'esito applicativo – è stata diversa rispetto a quella della pronuncia del 2019; come si è detto, quest'ultima aveva escluso la capacità generale di produrre effetti della recidiva subvalente, ad eccezione dei casi in cui la rilevanza del giudizio di bilanciamento sia espressamente esclusa dal legislatore, come nell'ipotesi della prescrizione. Nel caso preso in considerazione dalle Sezioni Unite del 2021, la formula utilizzata dal legislatore non è priva di ambiguità interpretativa, dal momento che l'art. 649-bis c.p. dispone che “si procede d'ufficio qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale”.

**I presupposti per il riconoscimento della recidiva reiterata** (*Cass., Sez. Un., 25 luglio 2023, n. 32318*).

Rispetto alla necessità che la recidiva sia dichiarata espressamente in una sentenza irrevocabile come condizione affinché essa produca effetti, si sono è recentemente espressa *Cass., Sez. un., 25 luglio 2023, n. 32318*, intervenuta a dirimere il contrasto interpretativo emerso tra chi reputava necessaria, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, sia necessaria una precedente dichiarazione di recidiva semplice contenuta in sentenza irrevocabile di condanna e chi, invece, sosteneva sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più condanne definitive per reati che manifestino una sua maggiore pericolosità sociale.

Diverse le argomentazioni dalle Sezioni unite sviluppate nel concludere che **«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 espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice»**.

In primo luogo, valorizzano il dato letterale della disposizione di cui dell'art. 99 c.p., nel cui comma 4, c.p. manca qualsiasi riferimento ad una precedente affermazione giudiziaria della recidiva semplice. In particolare: rimarcando la simmetria testuale che contraddistingue la tecnica legislativa del primo e del quarto comma del citato art. 99 c.p., le Sezioni unite osservano che *«in entrambe, ad una prima parte riferita alla posizione soggettiva di recidivanza del reo, esplicitata nel primo comma con indicazione della precedente condanna e della natura del reato oggetto della stessa, segue una seconda parte rappresentativa delle conseguenze giuridiche di questa posizione sul trattamento sanzionatorio»*.

Da ciò si desume che il riferimento all'ipotesi di cui al comma 4 in cui si configura la fattispecie del *«recidivo che commette un altro delitto non colposo»* deve riferirsi unicamente alla descrizione della posizione soggettiva di colui che si trova nella condizione formale di recidivo semplice, senza comprendere l'effettivo pregresso riconoscimento giudiziale della circostanza stessa e dei relativi effetti sanzionatori, di cui si occupano rispettivamente la seconda parte del comma 1 e del comma 4.

Sul piano sistematico, le Sezioni unite valorizzano la disciplina relativa a tre distinti istituti: a) la professionalità nel reato; b) l'oblazione speciale; c) il patteggiamento “allargato”.

Quanto alla prima, la dichiarazione di professionalità nel reato di cui all'art. 105 c.p. prescinde dalla necessità di una preventiva sentenza di condanna che abbia dichiarato l'imputato delinquente abituale; può essere dichiarato delinquente o contravventore professionale anche il reo la cui abitualità non sia stata in precedenza giudizialmente accertata, alla sola condizione che ne sussistano le condizioni formali di legge. Da tale raffronto sistematico, le Sezioni unite desumono che *«non è necessaria l'espressa pronuncia di una dichiarazione costitutiva di una condizione relativa ai precedenti penali del*