

BREVI NOTE SCRITTE A MARGINE DELL'INCONTRO DI STUDIO SUL TEMA:

La determinazione in concreto della pena (potere discrezionale del giudice, il concorso di circostanze, la recidiva, il concorso di reati)

Recidiva e concorso di circostanze

L'istituto di diritto sostanziale della recidiva disciplinato, ancorché non esaustivamente attesi i numerosi profili anche processuali coinvolti, dall'art. 99 c.p. si colloca forse tra le vicende più tormentate che, nel recente passato, hanno interessato l'ordinamento penale esitandone talora profonde modificazioni sino ad enucleare e consolidare una sorta di improprio doppio binario. L'indagine proposta da questo breve contributo si informa tuttavia ad una prospezione pratico operativa prescindendo quindi dalle pur suggestive analisi orientate alla disamina della (persistente) plausibilità criminologica di tale istituto che pure, in larga misura, ha occupato dottrina e giurisprudenza.

Giova preliminarmente rammentare come l'attuale configurazione della recidiva si deve a due fondamentali riforme che hanno inteso, sia pure perseguendo obiettivi antitetici, ridisegnare pressoché integralmente il volto dell'istituto consegnato dal codificatore del 1930. Con la prima (L. 220/74) esso è coinvolto a pieno titolo nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. denunciandosi per tal modo la volontà di attribuire il trattamento sanzionatorio (complessivo) alla concreta valutazione giurisdizionale con indubbio ampliamento del correlativo potere discrezionale che l'allora guardasigilli aveva di contro inteso limitare; con la seconda (L. 251/05) il legislatore sembra rimeditare, almeno in parte, quegli approdi normativi declinando quella sorta di doppio binario cui in premessa si è fatto cenno.

Di seguito si cercherà di tratteggiare gli aspetti salienti dell'istituto che occupa.

Esordisce l'art. 99 co. I c.p. evocando una precedente condanna che, in tutta evidenza, deve essere irrevocabile anche se non necessariamente pronunciata da un'autorità giudiziaria italiana purché, in tal caso, vi sia stato riconoscimento (cfr. art. 12 co.I n.1 c.p.) soggiungendo, in ciò innovando profondamente il previgente assetto normativo, che tale condanna deve attingere un reato delittuoso e non colposo. E' appena il caso di avvertire come sembra cogliersi in queste prime significative battute una aporia normativa non completamente risolta dal legislatore: da un lato, con precisa *actio finium regundorum*, si intende infatti restringere apprezzabilmente il novero delle fattispecie in astratto coinvolte dall'istituto; dall'altro, sopravvive l'art. 104 c.p. il quale continua (in)consapevolmente a declinare l'istituto dell'abitudine nelle contravvenzioni perpetuando la sensazione di incompiute opzioni dogmatiche. Prosegue il disposto dichiarando che, perché si dia recidiva, occorra la commissione di un altro reato (con i caratteri sopra rammentati) rendendo palese che tale locuzione (i.e. commissione) addita indifferentemente condotte consumate o più semplicemente tentate.

Il comma successivo, con tenore invariato, declina numericamente talune ipotesi elettive di recidiva che, per insindacabili opzioni di politica criminale, il legislatore ha inteso stigmatizzare ricollegandovi consistenti inasprimenti sanzionatori. La prima addita

all'attenzione dell'interprete la cd. medesimezza dell'indole fondante la specificità della recidiva (cfr. art. 101 c.p.) che ben può rinvenirsi in una serie di fatti che alternativamente condividano un'identica base violenta, identici motivi (per es. quelli di lucro cfr. art. 24 co.II c.p.) o ancora sostanziali identità del bene giuridico tutelato esemplificazione, quest'ultima, potenzialmente foriera di apprezzabili ampliamenti dello spettro avendo espresso riguardo a fattispecie plurioffensive.

Al n. 2) vi è la cd. infraquinquennalità la quale non sembra presentare particolari problemi applicativi solo avendo a mente che, il torno di tempo interessato, decorre (dies a quo) dalla data di irrevocabilità della precedente condanna.

La terza ed ultima ipotesi descrive in realtà tre distinte collocazioni temporali del nuovo reato e segnatamente durante o dopo l'esecuzione della pena od in costanza di sottrazione ad essa. Preme osservare che tale esecuzione (ragioni logiche depongono solo per la reclusione) deve essere almeno in parte effettiva dovendosi escludere la ricorrenza di tale possibilità allorché la stessa sia stata condizionalmente sospesa; la sottrazione ha invece quali addentellati normativi gli istituti dell'evasione o della latitanza con l'opportuna precisazione che dovrebbe rendersi necessario la consapevolezza di tale ultima qualità in capo a chi consumi il fatto di reato.

Dal punto di vista concettuale, in disparte i numerosi corollari sostanziali e processuali, i commi III e IV dell'art. 99 c.p. non sembrano aggiungere alcunché rispetto ai profili in disamina limitandosi a descrivere coerentemente una sorta di "elevazione al quadrato" delle ipotesi fin qui descritte comunemente denominate recidiva reiterata. Si noti tuttavia come il legislatore non ha mancato di enucleare, re melius perpensa, talune peculiari ipotesi dell'istituto recanti disciplina difforme da quella descritta nella parte generale e che, a titolo meramente esemplificativo, si indicano negli artt. 639 co.III c.p. e 116 co. XIII dlgs 285/92 (cd. Codice della Strada).

Il co.V infine risulta applicabile nei confronti del soggetto, già recidivo per un qualunque reato, che consumi un delitto riconducibile al catalogo di cui all'art. 407 co.II lett.a) c.p.p. a nulla rilevando che vi rientri anche il delitto per cui vi è stata precedente condanna.

L'ultimo comma introduce infine un limite all'aumento di pena a seguito di applicata recidiva prevedendo che l'incremento non potrà mai essere superiore (ma identico sì quindi) alla pena o alle pene cumulate della precedente condanna (o delle precedenti condanne). Si tratta di previsione dovuta alla già citata riforma del 1974 che si innesta in un ampio contesto di ammorbidimento dell'originario rigore evitando opportunamente che una pregressa e modesta condanna possa determinare un aumento anche molto consistente della sanzione da infliggere per il nuovo reato. Considerata la portata generale del disposto deve ritenersi operante anche in caso di pene eterogenee previo ragguaglio ex art. 135 c.p..

Non è senza senso avvisare come la contestazione processuale dell'istituto di cui è parola sia obbligatoria (ed esclusa in sede esecutiva ove non ritenuta in cognizione) potendosi profilare responsabilità disciplinari in difetto e che, nonostante l'art. 99 c.p. per quanto visto si strutturi quale fattispecie a formazione progressiva, tale condivisa natura non suppone altrettante pregresse dichiarazioni: si spiega quindi come la reiterazione (art. 99 co.IV c.p.) possa essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata

dichiarata giudizialmente la recidiva semplice. Si rammenta incidentalmente che la contestazione, ove dibattimentalmente collocata, non dà luogo ad alcun termine a difesa salva la necessità di notificare l'estratto del verbale all'imputato contumace o assente che tale non deve considerarsi quante volte, comparente, si sia successivamente e volontariamente allontanato dall'aula (non così quindi in caso di malore o arresto cfr. art. 420 quinquies c.p.p.). Talune opzioni processuali sembrano tuttavia impedire il recupero in limine dell'art. 99 c.p. dovendosi ritenere per es. interdetto al P.M. qualunque integrazione in costanza di abbreviato incondizionato.

Quanto alla natura della recidiva recenti interventi della Suprema Corte ne hanno sancito la riconducibilità al genus "circostanza aggravante" talora ad effetto speciale ed altre volte indipendente. Come noto le prime determinano un aumento superiore al terzo mentre le seconde riscrivono la cornice edittale prescindendo integralmente da quella contemplata dall'ipotesi base (cfr. es. art. 588 co.II c.p.). Tale affermata natura circostanziale (soggettiva ex art. 70 c.p. con ulteriore applicabilità dell'art. 118 co.I c.p.) ha peraltro in parte (ri)proposto il dubbio circa la propria computabilità ai fini dell'adozione di misure precautelari e cautelari personali (cfr. artt. 278 e 379 c.p.p.), dubbio risolto negativamente in due distinti arresti della Corte di Cassazione (cfr. SSUU 20798/11 e 17386/11) cui si rinvia inevitabilmente per una trattazione ex professo della materia. Si segnala tuttavia come i recenti ed autorevoli interventi non abbiano fugato alcune incertezze interpretative residuando e forse rinnovando il dubbio ermeneutico offerto dall'art. 640 co.III c.p. in precedenza risolto in senso negativo ma sulla scorta di considerazioni verosimilmente non più attuali. Volendo proseguire la proficua indagine, tesa alla verifica dogmatica della recidiva, è possibile ulteriormente sussumere l'istituto in argomento entro i confini dei cd. effetti penali della condanna deducendone che, ex art. 47 co.XII O.P. (L. 354/75), l'esito positivo dell'affidamento in prova determina la giuridica impossibilità di computare, per i fini di cui all'art. 99 c.p., quella condanna (cfr. art. 106 c.p.).

Sembra invece non condivisibile quell'orientamento, affiorato in talune sentenze pronunciate all'indomani della più recente riforma, inteso a declinare i nuovi e talora deteriori effetti della recidiva solo a quel coacervo di condanne relative a condotte storiche tutte temporalmente successive la L. 251/05 dovendosi preferire l'opposta soluzione con l'unica consistente eccezione della fase esecutiva laddove si abbia integrale riguardo a fatti precedenti la novella e si discuta, in tesi, di riconoscimento della continuazione con conseguente paventato aumento di almeno 1/3 (cfr. art. 81 co.IV c.p.). Analogamente la contigua ed attuale disciplina dell'art. 69 co.IV c.p. risulta applicabile ancorché la recidiva qualificata si sia, per così dire, consolidata ante novella a patto ovviamente che il nuovo reato, in tesi suscettibile di inasprimento sanzionatorio, sia successivo trattandosi di mero presupposto fattuale inidoneo a vulnerare gli artt. 2 c.p. e 25 Cost. (cfr. Cass. 32665/10).

Ricorrente poi nei codici ed in talune leggi collegate la nozione di applicazione della recidiva (cfr. es. artt. 69 co.IV, 81 co.IV, 157 u.c., 172 co.VII c.p., 656 co.IX lett.c) c.p.p., 58 quater co.VII bis O.P.) tale dovendo ritenersi ogniqualvolta essa, non solo abbia esitato il proprio ontologico inasprimento sanzionatorio, ma anche quando si sia limitata a paralizzare una concorrente circostanza attenuante con l'ulteriore corollario per cui, ove la medesima sia stata ritenuta subvalente (ove possibile) o addirittura esclusa (ove consentito), verranno meno le preclusioni processuali e gli effetti sostanziali ad essa normativamente

riconducibili. A riguardo l'art. 444 co. I bis c.p.p. inibisce, tra l'altro, l'istanza di applicazione pena cd. allargata, anche a chi “*sia stato dichiarato recidivo ai sensi dell'art. 99 co. IV c.p.*” e nondimeno la Suprema Corte (cfr. SSUU 35738/10), dopo essersi diffusa sull'infortunio terminologico in cui sembra essere incorso il legislatore, ha avuto modo di osservare (rectius statuire) come debba ritenersi sufficiente la mera contestazione del P.M. perché, salvi gli ulteriori effetti dell'esclusione, il patteggiamento riceva gli effetti preclusivi già descritti. Si è in tale paragrafo più volte citato la cd. esclusione, istituto di squisita matrice giurisprudenziale (delineato sin da Corte Costituzionale 192/07 cui si rimanda), il quale consente di elidere la recidiva (eccezion fatta per quella scolpita dall'art. 99 co.V c.p.), con gli effetti sopra accennati, quante volte la stessa non esprima un giudizio di maggior colpevolezza, rimproverabilità o pericolosità, giudizio fondantesi evidentemente su di una ponderata valutazione delle circostanze improprie di cui all'art. 133 c.p.. Non pongono problemi di esclusione (che suppone una legittima contestazione) invece recidive contestate sulla scorta di precedenti condanne per reati dichiarati incomunitari, incostituzionali o più semplicemente depenalizzati non potendo tali pregresse statuizioni fondare alcun precedente valutabile. Osta pure a tale computo l'intervenuta riabilitazione, possibile pure per i reati previsti dal c.p.m.g., salvo revoca ex art. 180 c.p. così come l'art. 241 L.F. (R.D. 267/42) estingue il reato di bancarotta semplice.

Merita infine cenno il problema del concorso di circostanze indipendenti e ad effetto speciale compiutamente disciplinato, quanto a trattamento sanzionatorio, dall'art. 63 c.p.. La disamina della giurisprudenza si è prevalentemente appuntata sulla possibilità, da talune sentenze negata, di disciplinare tale vicenda con quanto si prevede al comma IV di tale articolo anche laddove una di tali circostanze sia la recidiva. La risposta positiva offerta dalla Corte di Cassazione somministra un criterio sicuro ed uniformemente applicabile a casi tutt'altro che infrequenti. Si ponga mente al seguente esempio: Tizio è tratto a giudizio per rispondere dei reati di cui agli artt. 99 co.IV, 624, 625 co.I n. 2 e 7 c.p.. Appare evidente come, in ossequio a quanto statuito dal Giudice della nomofilachia, l'unica circostanza a trovare concreta applicazione sarà quella dell'art. 625 u.c. c.p. (giacché idonea a produrre il maggior incremento sanzionatorio) fatto salvo l'ulteriore e discrezionale aumento menzionato dal già citato comma IV dell'art. 63 c.p. con l'ulteriore, ma importante precisazione, per cui, ove una circostanza contempli una più elevata pena nel massimo e l'altra più elevata nel minimo, la sanzione in concreto irrogabile non potrà essere inferiore a quest'ultima previsione edittale.

dott. A. Dones