Guida al Diritto

REPUBBLICA ITALIANA 35738 / 10

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO COPIE
Richiesta copia studio
dal Sig. IL SOLE 24 ORE
per diritti € 10,62
il 5/10/10
IL CANCELLIERE

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott.	Vincenzo	Carbone	Presidente	Camera di
1.Dott.	Giorgio	Lattanzi	Componente	consiglio
2. "	Silvana G.	Iacopino	Componente	del 27.5.2010
3. "	Maria C.	Siotto	Componente	SENTENZA
4. "	Mario	Rotella	Componente	N. 12
5. "	Arturo	Cortese	Componente	R.G.N. 28933/09
6. "	Aldo	Fiale	Componente	
7. "	Giovanni	Conti	Componente	
8. "	Giacomo	Fumu (rel.)	Componente	

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sui ricorsi proposti dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova e da

1) [redacted], n. [redacted]

2) [redacted], n. [redacted]

avverso la sentenza emessa dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Genova in data 27.4.2009;

Visti gli atti, la sentenza denunziata e i ricorsi;

Udita in camera di consiglio la relazione svolta dal componente dott. Giacomo Fumu;

Letta la requisitoria del pubblico ministero che ha concluso per l'inammissibilità dei ricorsi;

MOTIVI DELLA DECISIONE

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

1. Con sentenza in data 27 aprile 2009 il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Genova applicava ai sensi dell'art. 444 c.p.p. a [redacted] ed [redacted] la pena da loro richiesta, con il consenso del pubblico ministero, in relazione alle imputazioni rispettivamente ascritte.

2. In particolare al primo era contestato il delitto di cui agli artt. 81 cpv. c.p., 73 comma 1 *bis* d.P.R. 9.10.1990 n. 309 per avere, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, detenuto e ceduto a diverse persone quantitativi vari di sostanza stupefacente (eroina), con la recidiva reiterata specifica infraquinquennale; al secondo il delitto di cui all'art. 73, comma 1 *bis* d.P.R. 9.10.1990 n. 309 per avere detenuto alcuni quantitativi di sostanze stupefacenti di tipo diverso (eroina e metadone) destinate alla cessione a terzi, con la recidiva reiterata.

3. Nell'accogliere le domande degli imputati il G.u.p. osservava, quanto al [redacted] che potevano essere riconosciute in suo favore le circostanze attenuanti generiche in ragione della giovane età, delle condizioni personali e sociali e del buon comportamento processuale; che la contestata recidiva, la cui applicazione è facoltativa, doveva essere esclusa in considerazione delle condizioni socio-economiche dell'imputato, del meritevole comportamento processuale, della risalenza del precedente e della diversità dei fatti criminosi; che la pena definitiva, partendo dalla base di otto anni di reclusione e venticinquemila euro di multa, ridotta *ex* art. 62 *bis* c.p. a cinque anni e quattro mesi di reclusione e diciassettemila euro di multa, aumentata per la continuazione fino a sei anni di reclusione e diciottomila euro di multa (dunque di sei mesi di reclusione e mille euro di multa), all'esito della riduzione premiale doveva fissarsi in quattro anni di reclusione e dodicimila euro di multa.

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

quanto all' [redacted] il G.u.p., ritenuta l'ipotesi lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 ("stante le non eccessive quantità di sostanza detenute, anche in relazione alla percentuale di prodotto puro"), valutata detta circostanza attenuante prevalente sulla recidiva, applicava la pena finale di un anno e otto mesi di reclusione e tremila euro di multa così come richiesta dall'imputato, il quale aveva tuttavia compreso nel calcolo anche l'aumento per la continuazione, che in realtà non risulta contestata nell'imputazione, secondo il seguente computo: pena base ex art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90, di due anni, tre mesi di reclusione e quattromila euro di multa, aumentata per la continuazione a due anni, sei mesi di reclusione e quattromilacinquecento euro di multa (dunque di tre mesi di reclusione e cinquecento euro di multa), ridotta quindi per il rito nella misura più su indicata.

4. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per cassazione gli imputati ed il Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova.

5. L'imputato [redacted] denuncia, a mezzo del difensore, il vizio della motivazione osservando, testualmente, che "avuto riguardo alla spontanea costituzione la pena avrebbe dovuto essere inflitta in misura congruamente ridotta".

6. Anche l'imputato [redacted] con ricorso personale, deduce il vizio motivazionale rilevando come "non siano state esplicitate le ragioni per le quali è stata ritenuta corretta … la prospettazione delle parti in ordine all'entità della pena inflitta".

7. Il Procuratore generale denuncia:

I - vizio della motivazione ("erronea e mancante"); travisamento del fatto e delle condizioni personali del [redacted]

Deduce il ricorrente, con riferimento alla posizione di quest'ultimo, come non possa condividersi la valutazione favorevole, effettuata dal giudice ai fini

dell'esclusione dell'aumento per la recidiva, delle condizioni "socio-economiche" dell'imputato, il quale svolgeva attività illecita foriera di profitto rilevante; del suo comportamento processuale, già premiato dalla legge per la scelta del rito semplificato e reso necessario, quanto alla confessione, dall'arresto in flagranza; nonché dei suoi precedenti penali, erroneamente ritenuti risalenti e di natura diversa; rileva, altresì, come allo stesso modo ingiusto, immotivato e contraddittorio si palesi il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, fondato sui medesimi elementi ed in più sulla considerazione della "giovane età" dell'agente, la quale non attenua ma semmai aggrava il delitto quando il reo sia stato attinto da pregresse condanne.

Osserva, quanto alla statuizione concernente l' , che né la quantità di sostanza stupefacente rinvenuta né le modalità e circostanze dell'azione siano tali da giustificare la qualificazione del fatto, commesso da recidivo reiterato, come di lieve entità, in assenza di elementi significativi in tal senso.

II - violazione degli artt. 73 d.P.R. n. 309/90, anche in relazione agli artt. 99 e 69 c.p.; 81 cpv. in relazione all'art. 99 c.p., 444 comma 1 *bis* c.p.p.

Denuncia il ricorrente l'applicazione di una pena illegale sotto vari profili, rilevando come la recidiva qualificata, contestata ad entrambi, attesa la sua obbligatorietà non avrebbe potuto essere esclusa dal giudice e conseguentemente non avrebbe potuto non essere sottoposta al giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti generiche, quanto all'imputato , o essere valutata subvalente rispetto alla riconosciuta circostanza attenuante, in violazione dell'art. 69, quarto comma, c.p., quanto all'imputato deduce, ancora, con riferimento alle posizioni di entrambi, che il giudice del patteggiamento, escludendo la recidiva qualificata in un caso e considerandola subvalente nell'altro, abbia

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

altresì eluso gli ulteriori effetti che da essa comunque obbligatoriamente derivano sia in relazione alla misura dell'aumento per la continuazione, il quale non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave secondo il precetto dell'art. 81, quarto comma, c.p., sia in relazione all'accesso al procedimento speciale del c.d. "patteggiamento allargato" al quale - dovendosi applicare una pena con minimo comunque superiore ai due anni di reclusione - gli imputati non avrebbero dovuto essere ammessi per il divieto posto dall'art. art. 444, comma 1 *bis*, ultima parte, c.p.p.

8. La Sezione terza penale, assegnataria dell'affare, ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., nella parte in cui stabilisce che sono esclusi dal "patteggiamento" (tra gli altri) i procedimenti "contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria".

Ha osservato in proposito (richiamando Sez. VI, 16.9.2004, P.M. in proc. Bonfanti, rv 230378 e Sez. I, 13.11.2008, P.M. in proc. Manfredi, rv 242509) come alcune pronunce di legittimità abbiano affermato il principio secondo cui <<per l'esclusione dal patteggiamento a pena detentiva superiore a due anni, non è sufficiente che dal certificato penale dell'imputato emerga una situazione di recidiva qualificata, ma occorre che la stessa sia stata espressamente riconosciuta e dichiarata dal giudice>>, mentre altre (Sez. II, 4.12.2006, P.M. in proc. Cicchetti, rv 235620 e Sez. VI, 9.12.2008, P.M. in proc. Ogana, rv 242148) hanno diversamente ritenuto che <<ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del patteggiamento ai sensi dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., è sufficiente che

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

essa sia stata contestata, in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "dichiarazione" al quale si richiama la predetta disposizione per ricomprendere anche le altre situazioni soggettive quali condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza>>.

Ha pertanto rimesso i ricorsi ex art. 618 c.p.p. alle Sezioni Unite penali, cui essi sono stati assegnati dal Presidente Aggiunto il quale, con decreto del 10.3.2010, ha fissato l'udienza odierna per la relativa trattazione.

9. Le doglianze formulate dagli imputati, meramente assertive del vizio denunciato, sono all'evidenza prive del necessario contenuto di specificità richiesto, a pena di inammissibilità, dagli artt. 581 e 591 c.p.p.; ed invero da tempo queste Sezioni unite hanno precisato come, nell'ipotesi di impugnazione di una decisione assunta in conformità alla richiesta formulata dalla parte secondo lo schema procedimentale previsto dall'art. 444 c.p.p., l'esigenza di specificità delle censure deve ritenersi addirittura "rafforzata" rispetto ad ipotesi di diversa conclusione del giudizio, dato che la critica al provvedimento che abbia accolto la domanda dell'imputato deve impegnarsi a demolire, prima di tutto, proprio quanto dalla stessa parte richiesto (Sez. un., 24.6.1998, Verga, rv 211468).

10. I ricorsi degli imputati devono pertanto essere dichiarati inammissibili con le conseguenze di legge.

11. Il primo motivo del ricorso proposto dal Procuratore generale è manifestamente infondato.

Rileva la Corte che il giudice del patteggiamento, coerentemente alla natura del rito ed al tipo di delibazione sulla correttezza dell'accordo raggiunto dalle parti istanti che esso richiede (Sez. un., 27.3.1992, Di Benedetto; Sez. un., 27.9.1995, Serafino; Sez. VI, 24.1.2008, P.M. in proc. Trivieri, rv 239641, con specifico riferimento, quest'ultima, alla

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

Guida al Diritto

giustificazione dell'esclusione della recidiva reiterata nella sentenza di patteggiamento), ha dato atto, senza alcun cedimento logico o contraddizione manifesta, di aver verificato le emergenze di causa ed ha sinteticamente esposto le ragioni della valutazione favorevole degli elementi ritenuti convergenti nel senso dell'attenuazione della sanzione in relazione ad entrambi gli imputati, senza limitarsi ad un'acritica ratifica della richiesta ma fornendo al contrario adeguata se pur necessariamente concisa giustificazione delle conclusioni raggiunte.

La motivazione della decisione è dunque esente dai denunciati vizi di legittimità, né le doglianze del ricorrente possono avere ingresso in questa sede nella parte in cui prospettano un apprezzamento alternativo circa la gravità dei fatti contestati rispetto a quello effettuato dal giudice di merito.

12. Il secondo, articolato motivo del ricorso della parte pubblica è parzialmente fondato, per le ragioni che saranno di seguito indicate.

13. Si deve rilevare, innanzi tutto, come in realtà sulla questione devoluta all'esame delle Sezioni Unite ("se sia sufficiente, perché la recidiva qualificata costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice") non sussista un reale conflitto interpretativo.

Ed invero l'affermazione che sia sufficiente la mera contestazione della recidiva reiterata per l'operatività della clausola di esclusione dal patteggiamento "allargato" posta dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., si contrappone, nelle decisioni citate nell'ordinanza di rimessione e più su indicate, non all'affermazione della necessità che l'aggravante, oltre che ritualmente contestata, debba essere effettivamente ritenuta ed applicata dal giudice, quanto a quell'altra - che peraltro non risulta essere

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

stata mai prospettata nella giurisprudenza di legittimità - secondo cui sarebbe richiesto dalla norma che gli imputati cui è inibito l'accesso al rito semplificato siano stati già <<dichiarati>> recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p. con una sentenza precedentemente emessa.

Nei casi oggetto degli arresti giurisprudenziali predetti, infatti, il giudice di merito aveva applicato ex art. 444 c.p.p. una pena concordata superiore ai due anni di reclusione ad imputati, cui pure era contestata la recidiva qualificata, ritenendo che il patteggiamento fosse consentito in quanto non risultava che la recidiva medesima fosse stata già oggetto di una precedente dichiarazione giudiziale sostanzialmente attributiva di uno *status* soggettivo.

La Corte, in entrambe le occasioni, ha annullato i provvedimenti di merito affermando la non necessità, perché sia inibito il procedimento speciale, di una preventiva dichiarazione formale della recidiva e ritenendo viceversa sufficiente - ma solo in contrapposizione a tale non condivisa premessa - la sua semplice contestazione: ciò, tuttavia, senza affrontare l'ulteriore e logicamente successiva questione concernente la possibilità per il giudice di escludere o meno l'aggravante, una volta che questa sia stata ritualmente contestata. Si legge anzi nel testo di Sez. II, 4.12.2006, P.M. in proc. Cicchetti, che la contestazione è <<condizione necessaria e sufficiente al fine di qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'*esistenza* e sugli *effetti* di tale circostanza>>: così non escludendosi affatto, dunque, da parte della Corte, la sussistenza di uno spazio valutativo del giudice in ordine al riconoscimento ed alla concreta applicazione della recidiva.

14. Il ricorso del pubblico ministero pone piuttosto ulteriori questioni a proposito degli effetti della contestazione della recidiva di cui all'art. 99, quarto

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

Guida al Diritto

...mma, c.p., come modificato dalla legge 5.12.2005, n. 251, e precisamente quella, principale, dell'obbligatorietà o meno dell'aumento di pena ivi previsto e l'altra, conseguente, dell'eventuale persistenza, anche qualora detto aumento sia stato escluso dal giudice, degli ulteriori effetti ricollegati dalla legge alla recidiva qualificata e consistenti nell'operatività dei limiti al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto fissati dall'art. 69, quarto comma, c.p.; dei limiti minimi all'aumento della quantità di pena a titolo di continuazione stabiliti dall'art. 81, quarto comma, c.p.; dei limiti all'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" (ed alla relativa riduzione premiale della sanzione) di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., di cui si è in precedenza detto.

15. Il quesito interpretativo nasce intorno al testo dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, il quale - nella sua emendata formulazione lessicale - *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla riforma del 1974 (d.l. 11.4.1974, n. 99, convertito dalla legge 7.6.1974, n. 220), nell'ambito di una *novella* tesa, nelle enunciate intenzioni del legislatore, ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato con relativa riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice; in particolare viene in rilievo l'utilizzo, nei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. e con riferimento al previsto aumento della pena per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata, dell'indicativo presente del verbo *essere* (<<l'aumento della pena ... è>>) in luogo della voce verbale <<può>>, che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

16. La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento (Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, rv 236412; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, rv 235835; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, rv 237271; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, rv 236910) nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Carta (sentenza 14 giugno 2007, n. 192 e ordinanze nn. 198 e 409 del 2007; 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; 171 del 2009, dichiarative la prima dell'inammissibilità e le altre della manifesta inammissibilità delle questioni).

16. Le Sezioni unite condividono tali conclusioni e le argomentazioni poste a loro sostegno.

17. Si deve rilevare innanzi tutto, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. il verbo *essere* sia utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento (<<l'aumento di pena è …>>) della sanzione discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolga l'*an* dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma. Le figure di recidiva *de quibus* non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì mere

specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo.

18. La necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p. è peraltro confermata dalla constatazione che ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito <<obbligatorio>>.

19. Tale soluzione interpretativa, oltre che maggiormente aderente al testo della legge, appare altresì quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.

Ed invero l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato - dunque foriero di possibili diseguaglianze - nell'*an* e nel *quantum* (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia

Guida al Diritto

<<concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo>> (Corte cost., n. 192/2007).

20. E' dunque compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi "obbligatoria" del quinto comma), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, 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.

21. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio (Sez. Un., 27.5.1961, P.M. in proc. Papò, rv 98479; Sez. Un., 23.1.1971, Piano) ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione

compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

22. Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una <<più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo>>, la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata e per quanto qui rileva in relazione all'oggetto del ricorso in esame, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dal quarto comma dell'art. 99 c.p., il divieto imposto dall'art. 69, quarto comma, c.p., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti, il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, comma quarto, c.p., l'inibizione dell'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante (Sez. Un., 18.6.1991, Grassi, rv 187856).

23. Qualora viceversa la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.

La "facoltatività" della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o "bifasica" (così Sez. IV,

1.4.2007, P.M. in proc. Serra), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori - ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto - gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione.

Anche sul punto la giurisprudenza di legittimità formatasi sulla nuova disciplina si è radicata nella condivisa affermazione che gli effetti commisurativi della recidiva non siano svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante ma siano bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena (Sez. V, 15.5.2009, Held, rv 244209; Sez. V, 30.1.2009, P.M. in proc. Maggiani, rv 243600; Sez. IV, 29.1.2009, P.M. in proc. Rami, rv 243441; Sez. IV, 28.1.2009, Fallarino, non massimata; Sez. V, 9.12.2008, P.M. in proc. De Rosa, rv 242946; Sez. III, 25.9.2008, P.M. in proc. Pellegrino, rv 241779; Sez. VI, 17.9.2008, P.M. in proc. Orlando, rv 241192; Sez. II, 19.3.2008, Buccheri, rv 240404; Sez. VI, 7.2.2008, P.M. in proc. Goumri, rv 239018; Sez. II, 5.12.2007, Cavazza, rv 238521; Sez. V, 25.9.2007, P.M. in proc. Mura, rv 237273; Sez. II, 4.7.2007, P.M. in proc. Doro, rv 237144; Sez. VI, 3.7.2007, P.M. in proc. Saponaro, rv 237272; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, *cit.*; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, *cit.*; Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, *cit.*; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, *cit.*, tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione *ex* art. 69 c.p., una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione).

Alle medesime conclusioni è pervenuto altresì il Giudice delle leggi che, nelle pronunce di inammissibilità più su citate (una delle quali sollecitata anche da questa Corte con ordinanza di Sez. IV, 9.5.2007, Contu), ha delineato con chiarezza l'interpretazione conforme al dettato costituzionale ponendo in evidenza l'irrazionalità di una conclusione che ammetta, da un lato, il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibilità che la circostanza, ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità, nell'ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato abbia effetto neutro sulla determinazione della pena e tuttavia, da un altro, eserciti in contrario una sostanziale funzione aggravatrice inibendo un favorevole giudizio di comparazione nell'ipotesi di reato circostanziato *in mitius*; ovvero che, nel caso di più reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p., consenta che la circostanza sia discrezionalmente esclusa in relazione a ciascuno di essi, ma determini comunque, con l'imposizione dell'aumento minimo per il cumulo formale, un sostanziale aggravamento della risposta punitiva proprio in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

Ed analoghe considerazioni possono qui svolgersi a proposito del patteggiamento "allargato", il quale potrebbe essere impedito, con rilevanti conseguenze sulla pena finale, dalla contestazione dell'aggravante che, attesa la sua natura facoltativa, nel giudizio ordinario potrebbe essere ritenuta priva di ogni valenza rivelatrice di disvalore della condotta.

24. Con ciò si palesano le ragioni dell'infondatezza della tesi affermata da una pronuncia (Sez. VI, 27.2.2007, P.M. in proc. Ben Hadhria, rv 236426) - intervenuta peraltro nel momento delle primissime applicazioni della nuova disciplina e quando la Corte costituzionale ancora non si era espressa circa la

possibile interpretazione compatibile - motivatamente distonica da tale, consolidato orientamento, ad avviso della quale la semplice esistenza dei precedenti penali reiterati configurerebbe insieme una circostanza aggravante ed una sorta di *status* soggettivo del reo, con la conseguenza che, pur essendo al giudice consentito di escludere il relativo aumento di pena, sarebbe comunque indefettibile sottoporre la recidiva reiterata al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto con i limiti indicati dal quarto comma dell'art. 69 c.p.: dunque con il conseguente sostanziale, indiscriminato ed automatico aggravamento della sanzione che si reputa non conforme ai principi di rango costituzionale che informano il sistema punitivo.

25. Occorre dunque qui ribadire che la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p. opera nella disciplina codicistica, come risultante dalle interpolazioni di cui alla legge n. 251/05, quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderla e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una pluralità di condanne (Sez. I, 8.10.2009, Costagliola, rv 245521).

Qualora la recidiva reiterata sia esclusa, essa non è più ricompresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena e dunque, non essendo stata "ritenuta", neppure entra a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., di talché resta inoperante, proprio per la mancanza dell'oggetto, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti imposto dal quarto comma del medesimo articolo.

Qualora, viceversa, la recidiva reiterata non sia esclusa dal giudice ma considerata concreto sintomo di

maggior colpevolezza e pericolosità, essa svolge necessariamente nel suo complesso la funzione aggravatrice e determina pertanto anche l'effetto, incidente sulla sanzione, consistente nell'operatività dell'inibizione di cui si è detto, con la conseguenza che non è consentito al giudice, il quale non abbia escluso *ex ante* la recidiva, di apprezzarla come subvalente rispetto a eventuali circostanze attenuanti.

26. Analoghe conseguenze si verificano in relazione agli altri effetti commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva reiterata.

27. Ne discende - come ha già avuto modo di precisare questa Corte (sez. III, 7.10.2009, P.M. in proc. Serafi, rv 245609) - che il limite all'aumento ex art. 81 c.p. <<non … inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave>>, previsto dalla legge nei confronti dei soggetti <<ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma>>, è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28.6.1991 in proc. Grassi, più su citata.

28. Allo stesso modo l'esclusione *ex ante* della recidiva reiterata ad opera del giudice del "patteggiamento allargato" consente l'accesso al rito speciale dell'imputato al quale la circostanza aggravante sia stata contestata, poiché dalla ritenuta inidoneità della ricaduta nel delitto a determinare, di per sé, un aumento di pena per il fatto per cui si procede discende, altresì, l'inoperatività della clausola di esclusione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 444 c.p.p. che inibisce, ove efficace, non solo il percorso processuale semplificato ma, per quanto qui interessa, la fruizione di una rilevante

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

riduzione premiale della sanzione (Sez. I, 13.11.2008, P.M. in proc. Manfredi, rv 242509).

In proposito si deve solo ulteriormente precisare, per completezza, che la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame (<<coloro che siano stati dichiarati … recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale>>) non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. (Sez. II, 4.12.2006, Cicchetti; Sez. V, 25.9.2008, Moccia, rv 241598; sez. II, 22.12.2009, Stracuzzi).

29. Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza 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, quarto comma, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento

Guida al Diritto
Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

Guida al Diritto

llargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

30. In applicazione dei principi su esposti alle fattispecie sottoposte all'esame della Corte si deve rilevare quanto segue.

31. Corretta si palesa la decisione impugnata con riferimento all'imputato [redacted] ed il ricorso proposto dal pubblico ministero nei suoi confronti deve essere rigettato.

Il giudice del patteggiamento, infatti, esattamente richiamando il principio della natura facoltativa della recidiva reiterata, ha motivatamente escluso la sua concreta rilevanza di sintomo negativo con la conseguenza che, in assenza di aggravanti diverse, ha potuto procedere direttamente alla riduzione della pena per la ricorrenza delle circostanze attenuanti generiche senza necessità di effettuare il giudizio di comparazione e senza alcun vincolo sia in ordine alla determinazione quantitativa dell'aumento per la continuazione sia ai presupposti di accesso al rito speciale.

32. Fondate, viceversa, sono le censure mosse alla sentenza del Tribunale di Genova in relazione all'imputato [redacted]

Si deve rilevare, a questo proposito, come pure all' [redacted] fosse contestata la recidiva reiterata, la quale non è stata però esclusa dal giudice ed è stata oggetto del giudizio di comparazione con la circostanza attenuante di segno opposto di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90.

Non essendo dunque venuta meno, per la mancata esclusione *ex ante*, la sua funzione aggravatrice, il giudice non avrebbe potuto concludere il giudizio di comparazione, per il divieto di legge, con la dichiarazione di subvalenza della circostanza di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.; né avrebbe potuto ammettere l'imputato al patteggiamento, atteso che la pena minima irrogabile per il delitto contestato, per

quanto appena detto, si sarebbe comunque dovuta attestare oltre la soglia dei due anni di reclusione.

Né può ritenersi che la sentenza impugnata, nel dichiarare la subvalenza della recidiva qualificata, abbia - sia pur seguendo un percorso ormai formalmente erroneo dopo la riforma del 2005 - voluto escluderne in radice la rilevanza; e ciò non tanto perché questa sia un'indagine preclusa al giudice dell'impugnazione - ché anzi deve ritenersi consentito a quest'ultimo investigare la reale volontà del provvedimento - quanto perché, con riferimento all'imputato [redacted] la circostanza aggravante è stata, come detto, motivatamente esclusa, sicché si deve necessariamente concludere che se eguale intento avesse mosso il giudice in relazione alla posizione dell' [redacted] in tal senso egli si sarebbe espressamente pronunciato.

In conclusione all'imputato [redacted] attesi gli effetti aggravatrici della recidiva, non elisi, è stata applicata una pena illegale perché inferiore al minimo che la legge avrebbe consentito.

33. La sentenza impugnata deve pertanto essere annullata senza rinvio nei suoi confronti; le parti sono rimesse davanti al giudice nella stessa condizione in cui si trovavano prima dell'accordo che potranno riproporre, eventualmente tenendo conto anche della considerazione che all'imputato non risulta contestata la continuazione, la quale pure sembra essere stata oggetto della statuizione annullata.

PQM

Dichiara inammissibili i ricorsi di [redacted] ed [redacted] e condanna ciascuno di essi al pagamento delle spese del procedimento nonché della somma di € 1500,00 in favore della Cassa delle ammende. Rigetta il ricorso del Procuratore generale nei confronti di [redacted]; annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di [redacted] e dispone la

Guida al Diritto

trasmissione degli atti relativi al Tribunale di Genova.

Roma, 27.5.2010

Il Componente Estensore

(Giacomo Fumu)

Il Presidente

(Vincenzo Carbone)

SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il -5 OTT 2010

IL CANCELLIERE

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE