

Penale Ord. Sez. 2 Num. 4439 Anno 2022

Presidente: RAGO GEPPINO

Relatore: RECCHIONE SANDRA

Data Udiienza: 14/12/2021

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

CIRELLI MASSIMILIANO nato a ROMA il 31/01/1974

avverso la sentenza del 17/12/2019 della CORTE APPELLO di ROMA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere SANDRA RECCHIONE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore ASSUNTA COCOMELLO che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso.

Il difensore avv. Antonio Stellato concludeva insistendo per l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Roma confermava la condanna del ricorrente per due condotte di ricettazione relative ad assegni provento di furto.

2. Avverso tale sentenza proponeva ricorso per cassazione il difensore che deduceva:

2.1. violazione dell'art. 157 comma 2 e 161 comma 2 cod. pen: il termine di prescrizione relativo al reato di ricettazione contestato al capo 16) sarebbe decorso prima della pronuncia della sentenza di appello in quanto, in relazione alla condotta ivi descritta,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



non era stata contestata la recidiva che, quindi, non poteva avere alcun effetto estensivo sui termini di prescrizione;

2.2. violazione dell'art. 157 comma 2 e 161 comma 2 cod. pen.: in relazione alla ricettazione descritta al capo 2) la recidiva non sarebbe stata applicata "in concreto", non emergendo la sua applicazione dal calcolo della pena, sicché, anche in relazione a tale reato, l'aggravante non poteva estendere i termini di prescrizione; la pena base, calcolata in anni due di reclusione, sarebbe infatti riferita al minimo edittale previsto per la ricettazione, sicché non poteva ritenersi "applicato" alcun aumento per la recidiva.

2.3. Violazione dell'art. 157 comma 2 e 161 comma 2 cod. pen. in relazione alla ricettazione contestata al capo 2): il reato sarebbe prescritto, anche nel caso in cui si ritenesse operativo l'effetto estensivo sui termini di prescrizione correlato al riconoscimento della recidiva qualificata.

Si deduceva infatti che il limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. per l'aumento di pena per la recidiva, influirebbe anche sulla determinazione del termine di prescrizione; si deduceva infatti che lo stesso opererebbe (a) sull'aumento previsto dall'art. 157 comma 2 cod. pen., che doveva intendersi limitato al tempo corrispondente al *quantum* di pena derivante dall'applicazione del comma 6 dell'art. 99 cod. pen., (b) sull'aumento previsto dall'art. 161 comma 2 cod. pen., che non sarebbe operativo per la prevalenza del comma 6 dell'art. 99 sui commi 2 e 4 dello stesso articolo, gli unici richiamati dall'art. 161 comma 2 cod. pen.

Si deduceva infine che la contrazione del termine di prescrizione in caso di condanne pregresse lievi sarebbe giustificata dalla oggettiva minore pericolosità di chi è stato condannato per fatti di gravità contenuta.

2.4. Violazione dell'art. 2 cod. pen.: tenuto conto che i reati contestati risultavano consumati il 16 novembre 2005 avrebbe dovuto essere applicata la normativa in vigore prima della legge c.d. "ex Cirielli", con correlata contrazione dei tempi di prescrizione.

2.4. violazione dell'art. 649 cod. proc. pen.: in relazione al capo 2) la recidiva ritenuta - specifica ed infraquinquennale - non avrebbe potuto essere valutata due volte, sia per l'aumento del termine di prescrizione, che per la ulteriore estensione di tale termine correlata alla interruzione. Diversamente opinando si violerebbe il divieto di *ne bis in idem*.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il collegio intende rimettere alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 comma 1 seconda parte cod. proc. pen., il seguente quesito di diritto: «*se il limite all'aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva qualificata previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. (a) incida sulla qualificazione della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell'art. 99*



cod. pen. come circostanza "ad effetto speciale", (b) influisca sulla determinazione del termine di prescrizione».

1.1. La questione, specificamente devoluta con il terzo motivo, è decisiva per la sorte del ricorso, poiché dalla sua soluzione dipende la determinazione del termine di prescrizione della ricettazione contestata (al capo 2).

La questione ha inoltre una rilevanza generale in quanto la sua soluzione condiziona l'attività dell'Ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi, cui è affidato in prima battuta il calcolo della prescrizione per i reati contestati nei processi pendenti presso la Cassazione, attività rilevante anche per la tempestiva fissazione delle udienze di trattazione.

Tornando al caso di specie, il collegio rileva che, in relazione alla ricettazione descritta al capo 2) la recidiva qualificata (specifica ed infraquinquennale), diversamente da quanto dedotto, è stata esplicitamente "ritenuta" dai giudici di merito ed ha anche generato un aumento della pena base (quest'ultima quantificata al di sotto del limite edittale, senza che tuttavia sul punto si registri alcuna impugnazione del pubblico ministero).

Ebbene: in caso di accoglimento del terzo motivo di ricorso, la ricettazione contestata al capo 2) sarebbe prescritta.

Diverse sono le valutazioni relative alla ricettazione contestata al capo 16), in relazione alla quale la recidiva "non" risulta contestata come dedotto con il primo motivo (la cui valutazione è comunque affidata al superiore scrutinio delle Sezioni Unite).

Quanto al computo del termine di prescrizione: il reato descritto al capo 2) è stato consumato il 16 novembre 2005, ovvero in data anteriore alla entrata in vigore della Legge n. 251 del 2005, c.d. "ex Cirielli"; il che impone di verificare quale sia il regime di prescrizione più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo.

1.1.1. Secondo la tesi qui sostenuta, che esclude che il limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. influisca sul termine di prescrizione, il reato, ad oggi, non sarebbe prescritto.

Infatti, se si applicasse la disciplina introdotta dalla legge c.d. "ex Cirielli", il tempo di prescrizione sarebbe di diciotto anni (così calcolato: otto anni di pena massima, aumentati della metà ai sensi dell'art. 99 comma 3 cod. pen., in virtù del riconoscimento della recidiva specifica infraquinquennale, per un termine di prescrizione di anni dodici, che, esteso della metà ai sensi dell'art. 161 comma 2 cod. pen., diventa di anni diciotto). Se si applicasse invece la disciplina anteriore il termine sarebbe di anni ventidue e mesi sei (il termine di prescrizione, in questo caso, dovrebbe essere correlato alla pena massima prevista per il reato, ovvero alla pena di anni otto, pena aumentata ad anni dodici per la recidiva specifica ed infraquinquennale, cui corrisponde un termine di prescrizione di anni quindici, che deve essere esteso della metà per l'interruzione, per arrivare ad un termine finale di anni ventidue e mesi sei).



1.1.2. Se, come sostenuto dal ricorrente, si ritenesse che il limite all'aumento per la recidiva previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. incida anche sul calcolo del termine di prescrizione il reato sarebbe prescritto, sebbene dopo la sentenza di appello: infatti, applicando il vecchio regime di prescrizione, il termine sarebbe di anni quindici (così calcolato: pena base di anni otto, cui si aggiungono un anno e mesi otto derivanti dalle condanne pregresse - ai sensi dell'art. 99 comma 3 cod. pen. vecchia formulazione -, cui corrisponde un termine di prescrizione di anni dieci, che, aumentato della metà per l'interruzione, arriva ad anni quindici); se si applicasse invece il regime introdotto dalla legge c.d. "ex Cirielli", il termine di prescrizione sarebbe di anni quattordici e mesi sei (termine iniziale di anni otto correlato alla pena massima, cui si aggiungono un anno e otto mesi derivanti dalle condanne precedenti ai sensi dell'art. 99 comma 6 cod. pen., per un termine di anni nove e mesi otto, che aumentato della metà ai sensi dell'art. 161 comma 2, si estende fino alla misura di anni quattordici e mesi sei).

Pertanto, ove si ritenesse che il limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. incida non solo sull'aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva, ma anche sulla determinazione del termine di prescrizione, la ricettazione contestata al capo 2) sarebbe prescritta.

2. Il collegio rileva che esiste un orientamento secondo cui, per determinare la durata del termine di prescrizione, nel caso in cui sia stata contestata e ritenuta la recidiva qualificata, bisogna fare riferimento all'aumento di pena previsto dai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen, con il temperamento derivante dall'applicazione del limite fissato dal comma sesto dello stesso articolo: limite che - secondo questo orientamento - è idoneo ad influire non solo sulla quantificazione della sanzione, ma anche sul calcolo del termine di prescrizione (Sez. 5, n. 44099 del 24/09/2019, Graniello, Rv. 277607 - 01; Sez. 6, n. 51049 del 07/07/2015, Volpe, Rv. 265707; non mass: Sez. 5, n. 27106 del 2021; Sez. 5, n. 45252 del 2021; Sez. 3, n. 16492 del 2019; Sez. 4, n. 24078 del 2018).

2.1. Analizziamo il percorso interpretativo delle sentenze che sposano questo orientamento.

2.1.1. Nella sentenza pronunciata nel caso "Graniello" si è deciso (a) in primo luogo che l'art. 99 comma 6 cod. pen. non incide sulla qualifica della recidiva ad effetti temperati come "circostanza ad effetto speciale"; (b) in secondo luogo che il temperamento della pena influisce sul calcolo del termine di prescrizione.

Per sostenere che la recidiva conserva la "qualifica" di circostanza ad effetto speciale, e dunque la capacità di incidere sul termine di prescrizione ai sensi dell'art. 157 comma 2 cod. pen., anche nei casi in cui in concreto, la stessa produce un aumento inferiore al terzo, tale sentenza richiama la giurisprudenza (incontrastata) secondo cui, in caso di concorso tra circostanze "ad effetto speciale", il fatto che la seconda circostanza produca



in concreto un aumento inferiore al terzo (e financo nullo) non incide sulla sua qualifica: la circostanza - ai sensi dell'art. 63 comma 4 cod. pen. - resta "ad effetto speciale" ed, in ossequio a quanto previsto dall'art. 157 comma 2 cod. pen., incide sul termine di prescrizione.

La sentenza afferma, tuttavia, che l'aumento concreto di pena derivante dal temperamento degli effetti della recidiva incide anche sulla determinazione del termine di prescrizione, che deve essere esteso solo per un tempo corrispondente all'aumento temperato e non all'aumento "tipico" (che varia dalla meta ai due terzi).

Si afferma inoltre che il limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. incide solo sul termine-base di prescrizione (ovvero quello calcolato ai sensi dell'art. 157 cod. pen.), ma non impedisce l'operatività della seconda estensione prevista dall'art. 161 comma 2 cod. pen., che deve essere calcolata "in ogni caso" in cui l'interruzione sia riferita ad un reato aggravato dalla recidiva qualificata ai sensi dei commi 2 e 4 dell'art. 99 cod. pen..

2.1.2. In senso contrario, nella sentenza n. 34949 del 2020 della Terza sezione, si è deciso che la recidiva perde la qualifica di circostanza ad effetto speciale quando l'aumento di pena generato, per effetto del limite previsto dall'art. 99, comma sesto, cod. pen., sia "in concreto" inferiore ad un terzo.

Secondo questa interpretazione sono circostanze aggravanti ad effetto speciale solo quelle che determinano un aumento "effettivo" superiore ad un terzo (Sez. 3, Sentenza n. 34949 del 03/11/2020, S., Rv. 280504 - 02).

2.1.3. Nella sentenza pronunciata nel caso "Volpe", che precede temporalmente la "Graniello", non è stato affrontato il tema dell'inquadramento della recidiva qualificata come circostanza ad effetto speciale, ma si è affermato, comunque, che la contrazione dell'aumento ex art. 99 comma 6 cod. pen. incide sul tempo della prescrizione in ossequio al generale principio del *favor rei*.

Anche in questa pronuncia non si mette in dubbio che l'aumento per l'interruzione, previsto dall'art. 161 comma 2 cod. pen., sia operativo anche con riferimento alle recidive che producono, in concreto, un aumento contratto ai sensi dell'art. 99 comma 6 cod. pen. (Sez. 6, Sentenza n. 51049 del 07/07/2015, Volpe, Rv. 265707, §§ 4.4.1., 4.4.2.)

3. Il collegio non intende dare continuità (a) né all'orientamento che ritiene che quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 99 comma 6 cod. pen. la recidiva conserva la qualifica di circostanza ad effetto speciale, ma incide sulla determinazione del termine di prescrizione solo in ragione dell'aumento concreto di pena, (b) né a quello che, in modo più radicale, esclude che la recidiva ad effetti temperati sia qualificabile come circostanza ad effetto speciale, di fatto eliminandone, in radice, la rilevanza al fine del calcolo del termine di prescrizione.



Le ragioni del dissenso rispetto all'orientamento dominante originano dalla premessa che, nel nostro ordinamento, le regole che disciplinano la prescrizione sono considerate norme di diritto penale "sostanziale", dato che concorrono a strutturare il divieto, indicandone il tempo di effettiva operatività.

Le stesse sottostanno, pertanto, ai principi di legalità, determinatezza, e prevedibilità previsti dalla normativa costituzionale, convenzionale ed eurounitaria.

A ciò si aggiunge il decisivo rilievo che l'istituto della "prescrizione" ha una *ratio* diversa da quella che informa lo statuto codicistico della "sanzione": la correlazione tra le due discipline è giustificata semplicemente dal fatto che il tempo di prescrizione dipende dalla gravità del reato, espressa, in modo simbolico ma efficace, dalla entità della sanzione. Entità che rileva tuttavia nella sua dimensione astratta. Non certo in quella concreta determinata dalla mediazione valutativa dei giudici, che hanno quantificato le sanzioni inflitte al recidivo con le precedenti condanne.

A ben guardare le norme che regolano la prescrizione non sono in alcun modo correlate a quelle che governano (e limitano) la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena in concreto: basti pensare (a) al divieto -previsto dall'art. 157 comma 3 cod. pen.- di calcolare il termine di prescrizione facendo riferimento ai temperamenti di pena correlati al bilanciamento tra circostanze eterogenee, (b) alla disciplina delle cause di sospensione ed interruzione, che si fonda "solo" sul riconoscimento della recidiva qualificata, senza assegnare alcuna rilevanza all'aumento (in ipotesi) dalla stessa generato.

L'indifferenza del termine di prescrizione rispetto alla quantificazione concreta della pena si spiega con la differente proiezione finalistica delle due discipline: la prescrizione è finalizzata a stabilire, in via generale ed astratta, quale sia il tempo durante il quale lo Stato conserva l'interesse a perseguire le condotte penalmente rilevanti, mentre le regole che pertengono allo statuto della sanzione hanno il diverso scopo di adeguare la pena alla gravità concreta della condotta.

Ebbene: secondo il collegio il criterio moderatore di cui all'art. 99 comma 6 cod. pen. integra lo statuto della "sanzione" e non quello della "prescrizione". Ed ha, pertanto, una operatività limitata alla determinazione individuale della pena. Tale regola moderatrice non può avere, dunque, nessuna incidenza sulla identificazione del segmento temporale durante il quale lo Stato conserva l'interesse all'accertamento della condotta illecita. Segmento che - si ripete - struttura e compone la norma che prevede il reato, concorrendo a determinarne, in via generale ed astratta, la gravità.

Deve essere immediatamente chiarito un punto apparentemente critico rispetto alla tesi che si propugna, ovvero quella della completa indifferenza del calcolo della pena rispetto al computo del termine di prescrizione: è vero che la scelta di assegnare alle aggravanti ad effetto speciale un effetto estensivo genera una connessione tra durata del



termine ed accertamento concreto della sussistenza delle circostanze. Tuttavia, altro è associare l'estensione al riconoscimento processuale della sussistenza di circostanze che, in astratto, sono di particolare gravità: operazione pienamente coerente con la *ratio* dell'istituto, informato dal principio di proporzione tra gravità astratta del reato e durata del termine. Altro è, invece, tarare il tempo per prescrivere sul *quantum* di pena specificamente inflitto con le precedenti condanne: operazione, questa, che genera una individualizzazione del tempo della prescrizione, ontologicamente incompatibile con la sua natura di elemento "di struttura" del reato.

Se si condividono tale premesse, deve ritenersi che la natura "generale" delle norme penali, identificate in astratto dalla triade "condotta-sanzione-prescrizione" sia ostativa alla legittimazione di un termine di prescrizione flessibile, dipendente dalla specifica biografia criminale dell'accusato emergente dai pregressi accertamenti processuali.

A tali considerazioni di sistema si aggiungono altre valutazioni generate dalla analisi sia del tessuto normativo, che della giurisprudenza, che saranno tutte sviluppate nei paragrafi successivi.

Qui si anticipa: (a) in primo luogo: che nelle norme del codice che assegnano rilevanza alla recidiva ai fini del computo del termine della prescrizione (ovvero negli artt. 157 comma 2 e 161 comma 2 cod. pen.) sono del tutto assenti richiami al limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen.; (b) in secondo luogo: che la Cassazione, quando si è occupata della relazione tra norme che disciplinano il concorso tra circostanze ad effetto speciale e definizione del termine di prescrizione, ha ritenuto che questo deve essere determinato "in astratto", facendo riferimento al tetto normativo previsto dall'art. 63 comma 4 cod. pen., nulla rilevando che la recidiva qualificata abbia "in concreto" generato (concorrendo con altre circostanze ad effetto speciale) un aumento di pena nullo o inferiore ad un terzo; (c) in terzo luogo: che la giurisprudenza è ferma nel ritenere che, ove la recidiva qualificata sia bilanciata in equivalenza o in subvalenza, e dunque non abbia alcun effetto concreto sulla determinazione della pena, la stessa incida comunque sul termine di prescrizione, provocandone l'estensione; il che conferma che la disciplina codicistica è orientata nel senso di assegnare alla recidiva un effetto estensivo sul termine a condizione che la stessa "sussista", a prescindere dall'effetto concreto che genera sulla pena.

4. Analizziamo di seguito, nel dettaglio, le ragioni che, nella prospettiva interpretativa prescelta dal collegio, ostano all'importazione del limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. nell'ambito della disciplina della prescrizione.

In primo luogo, come anticipato, vi è la necessità di salvaguardare i requisiti di generalità, astrattezza e prevedibilità delle norme penali sostanziali, che devono informare anche lo statuto della prescrizione.



Vale la pena di ricordare che la natura sostanziale delle norme sulla prescrizione è stata autorevolmente validata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha precisato che a tale inquadramento consegue il necessario rispetto dei requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, § 58).

In sintesi: se il tempo di prescrizione "compono" la norma penale strutturandola e definendo, di fatto, la gravità della violazione, la relativa disciplina, come tutte le norme di diritto penale sostanziale, deve essere (a) "generale", ovvero contenere previsioni omogenee per tutti i consociati, (b) "astratta" ovvero essere strutturata in modo indipendente da accertamento giudiziari relativi a casi individuali, (c) "prevedibile" dal destinatario.

Dunque, ai fini della determinazione del termine di prescrizione, non dovrebbe essere assegnata nessuna rilevanza alla quantificazione concreta della pena inflitta, né nel procedimento in cui viene riconosciuta la circostanza, né nei precedenti processi che segnano il percorso criminale del recidivo.

Né vale a contraddire tale affermazione la circostanza che "anche" l'art. 99 comma 6 cod. pen. è una regola "generale ed astratta". Tale norma disciplina infatti la quantificazione della pena: pertiene, cioè, allo statuto della sanzione e non a quello della prescrizione.

La sentenza - e più ancora la "specifica pena" inflitta all'esito dell'accertamento giudiziale - è "legge del caso concreto" e non può concorrere a definire le norme penali, che, si ripete, devono essere generali, ovvero indipendenti da mediazioni processuali, ontologicamente individuali.

Diversamente opinando, ritenendo cioè che la determinazione del tempo della prescrizione sia correlata all'aumento contratto previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. si destruttura la disciplina della prescrizione. E si produce un effetto di individualizzazione del termine. Che diventa "a geometria variabile", poiché definito in relazione alla specifica biografia del recidivo, con conseguente dispersione del requisito della "generalità".

Seguendo l'opzione ermeneutica che si contrasta si opera un completo allineamento tra sanzione inflitta in concreto e determinazione del termine di prescrizione. Allineamento che si prospetta di critica compatibilità con il principio di legalità, dato che si risolve in una "individualizzazione" della disciplina, che invece, dovrebbe essere omogenea per tutti gli autori di reati aggravati da circostanze ad effetto speciale.

Si ripete: altro è la "quantificazione in concreto della sanzione", che deve essere effettuata nel rispetto dei parametri e delle regole previste dal codice, tra i quali si annovera il limite indicato nell'art. 99 comma 6 cod. pen.; altro è, invece, "la determinazione del termine di prescrizione", che non può dipendere da alcuna mediazione processuale e deve essere generale, astratto e prevedibile.

5. Passando agli argomenti che si ricavano dall'interpretazione letterale: l'art. 157 comma 2 cod. pen., che correla la determinazione del termine di prescrizione alla sussistenza di aggravanti ad effetto speciale, assegna rilievo all' "aumento di pena massimo" previsto per la circostanza.

Secondo il collegio tale aumento "massimo" deve essere calcolato al netto del temperamento sanzionatorio previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen.

L'opzione ermeneutica qui sostenuta trova conforto nella consolidata interpretazione che ritiene che il riconoscimento della recidiva qualificata, anche se in concreto produce aumenti di pena nulli, od inferiori ad un terzo, incide comunque sulla determinazione del termine per prescrivere.

Ci si riferisce alla giurisprudenza che ha esaminato le relazioni tra le norme che prevedono il bilanciamento tra circostanze e quelle che disciplinano la prescrizione e, segnatamente, alle sentenze che hanno valutato (a) da un lato le relazioni tra art. 63 comma 4 cod. pen. ed il termine di prescrizione, (b) e dall'altro gli effetti su tale termine del bilanciamento della recidiva qualificata, in equivalenza o in subvalenza.

Ebbene, in primo luogo, si è affermato che, in caso di concorso fra circostanze ad effetto speciale, ai fini della determinazione del termine di prescrizione, deve aversi riguardo all'aumento di pena massimo previsto dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., nulla rilevando che tale aumento, una volta applicato quello per la circostanza più grave, sia facoltativo e non possa eccedere il limite di un terzo (Sez. 6, Sentenza n. 23831 del 14/05/2019, Pastore, Rv. 275986 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 47028 del 03/10/2013, Farinella, Rv. 257520; Sez. 2, Sentenza n. 31065 del 10/05/201, Lo Bianco, Rv. 253525). Si tratta di una interpretazione che, per definire il termine di prescrizione, assegna rilevanza all'aumento previsto dall'art. 63 comma 4 cod. pen.. Aumento che - ed il rilievo è decisivo - conserva le caratteristiche della generalità ed astrattezza ed è indipendente da valutazioni giudiziali, concrete ed individuali.

In secondo luogo: è del tutto consolidato l'orientamento secondo cui il termine di prescrizione è indifferente al bilanciamento - anche in subvalenza - della recidiva con eventuali circostanze eterogenee. In più occasioni si è infatti affermato che, ai fini della prescrizione, deve tenersi conto della recidiva ad effetto speciale, ancorché sia ritenuta subvalente nel giudizio di bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti, poiché l'art. 157, comma 3, cod. pen. esclude espressamente che il giudizio di cui all'art. 69 cod. pen. abbia incidenza sulla determinazione della pena massima del reato (Sez. 4, Sentenza n. 38618 del 05/10/2021 Ferrara, Rv. 282057; Sez. 5, Sentenza n. 32679 del 13/06/2018, Pireddu, Rv. 273490; Sez. 2, Sentenza n. 4687 del 15/11/2018, dep. 2019, Dongarrà, Rv. 275639; Sez. 4, Sentenza n. 6152 del 19/12/2017 Ud., dep. 08/02/2018, Freda, Rv. 272021; Sez. 6, Sentenza n. 48954 del 21/09/2016, Lamirovsky Rv. 268224

Sez. 5, Sentenza n. 41784 del 27/05/2016, Scalici, Rv. 268271, orientamento confermato autorevolmente anche dalle Sezioni Unite n. 20808 del 25/10/2018 dep. 2019, Schettino, Rv. 275319).

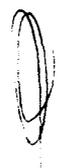
Entrambi i filoni giurisprudenziali richiamati escludono qualsiasi correlazione tra l'aumento di pena inflitto "in concreto" in relazione alla recidiva (aumento che può essere anche nullo) ed estensione del termine di prescrizione. Questo viene ritenuto "operativo" alla sola condizione che sia accertata la "sussistenza" di una aggravante ad effetto speciale (dunque anche della recidiva qualificata).

Nessuna rilevanza viene, inoltre, riconosciuta all'aumento concreto di pena quando viene effettuata la seconda estensione, correlata alla interruzione: anche in questo caso l'estensione è operativa a prescindere dall'aumento di pena generato dalla recidiva ed è condizionato al solo accertamento della sua sussistenza.

L'indifferenza (sia normativa che giurisprudenziale) della "operatività" delle due estensioni rispetto all'aumento di pena in concreto generato dalla recidiva è di dubbia compatibilità con il ruolo che - invece - la giurisprudenza che si contrasta assegna all'art. 99 comma 6 cod. pen. Questa regola viene importata nello statuto della prescrizione e considerata decisiva per la "quantificazione" dell'estensione del termine. Questo, asistematicamente, viene computato proprio sulla base dell'aumento di pena, individuale e concreto, applicabile al recidivo in assenza di bilanciamenti. E non, come invece si sostiene, sulla base dell'aumento tipico previsto per la recidiva qualificata.

I risultati di tale commistione tra statuto della sanzione e statuto della prescrizione si profilano irragionevoli: ipotizzando il caso di un recidivo che gode del bilanciamento in subvalenza, e sia nelle condizioni di lucrare un ipotetico (ma non effettivo) aumento contratto della sanzione ai sensi dell'art. 99 comma 6 cod. pen., si avrebbe una estensione contratta "solo" del termine di prescrizione, senza che la recidiva produca alcun effetto sulla pena (così Sez. 6, Sentenza n. 51049 del 07/07/2015, Volpe, Rv. 265707).

Infine: non è irrilevante, per confortare la tesi propugnata, il fatto che la disciplina sulla interruzione prevista dal comma 2 dell'art 161 cod. pen. non faccia nessun cenno all'aumento concreto della pena correlato al riconoscimento della recidiva, prevedendo invece una estensione "fissa" del termine (della metà o di due terzi), a seconda che la recidiva riconosciuta sia quella prevista dall'art. 99 comma 2 cod. pen. o quella indicata dall'art. 99 comma 4 cod. pen. L'indifferenza dell'estensione prevista dall'art. 161 comma 2 cod. pen. all'aumento concreto della pena correlato all'applicazione della recidiva concorre a confermare l'interpretazione secondo cui anche la prima estensione disciplinata dall'art. 157 comma 2 cod. pen. si riferisce all'aumento "tipico" e non a quello "temperato" dall'applicazione del criterio individualizzante previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen.



6. Da ultimo: il collegio dissente dalla scelta ermeneutica effettuata nella sentenza n. 34949 del 03/11/2020 (Rv 280504).

Secondo questa pronuncia la contrazione dell'aumento di pena correlato alla recidiva derivante dal limite previsto dal comma 6 dell'art. 99 cod. pen. impedisce di riconoscere alla recidiva, nonostante la stessa sia qualificata, la natura di circostanza ad effetto speciale.

Tale interpretazione, ove fosse seguita, genererebbe una serie di rilevanti conseguenze.

Anzitutto sulla prescrizione: esclusa in radice la natura di circostanza ad effetto speciale della recidiva qualificata "ad effetti temperati", sarebbe sterilizzata la prima estensione prevista dall'art. 157 comma 2 cod. pen. Non sembra, invece, che tale effetto possa prodursi anche sulla seconda estensione, prevista dall'art. 161 comma 2 cod. pen., dato che questa norma richiama direttamente la recidiva prevista dall'art. 99 commi 2 e 4 cod. pen. e non (come l'art. 157 cod. pen.) tutte le circostanze "ad effetto speciale".

Ma anche sulla procedibilità, dato che, esclusa la natura "ad effetto speciale" della recidiva qualificata temperata, non si potrebbe più procedere d'ufficio nei casi previsti dall'art. 649 bis cod. pen. (sulla rilevanza della recidiva qualifica sulla procedibilità autorevolmente: Sez. Un., Sentenza n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, Li Trenta, Rv. 280262 - 01).

A sostegno della interpretazione sostenuta, la pronuncia in questione richiama il principio espresso dalle Sezioni unite nella sentenza n. 28953 del 2019 secondo cui la circostanza di cui all'art. 609 ter cod. pen. (nella formulazione precedente alla riforma effettuata dalla Legge n. 69 del 2019 pen.) doveva essere qualificata come "indipendente", poiché prevedeva un aumento "fisso" e non "a variazione frazionaria", ma non ad "effetto speciale", poiché l'aumento previsto in astratto non superava il terzo della forbice edittale (Sez. U, Sentenza n. 28953 del 27/04/2017, S., Rv. 269784 - 01).

L'argomento non convince dato che le Sezioni Unite n. 28953 del 2019, per determinare la qualifica della circostanza, non hanno effettuato alcun riferimento all'aumento "in concreto" della pena correlato all'aggravante, limitandosi a rilevare che, l'art. 609 ter cod. pen., in allora vigente, prevedeva un aumento "generale ed astratto", ovvero indipendente da eventuali giudizi riferiti al singolo imputato, che era inferiore al terzo.

Questo collegio, limitatamente al tema della qualificazione della recidiva con effetti temperati come "circostanza ad effetto speciale", condivide, invece, il percorso argomentativo proposto dalla sentenza "Graniello", secondo cui la contrazione dell'aumento di pena non osta all'inquadramento della recidiva qualificata come circostanza ad effetto speciale. L'indifferenza della qualifica rispetto al concreto aumento di pena generato trova esplicita conferma, secondo questa pronuncia, nella giurisprudenza che



ritiene che sia ad effetto speciale anche la recidiva che genera un aumento temperato dal criterio moderatore previsto dall'art. 63 comma 4 cod. pen. in caso di concorso tra circostanze aggravanti ad effetto speciale: l'annullamento integrale del secondo aumento, o la sua semplice contrazione, non sono ostativi alla qualifica della seconda aggravante come "circostanza ad effetto speciale" e, dunque, alla operatività dell'effetto estensivo sul termine di prescrizione (v. giurisprudenza citata sub § 5).

Anche questo collegio ritiene che la qualifica della recidiva come circostanza ad effetto speciale dipenda solo dall'aumento "tipico" previsto per la circostanza, nulla rilevando su tale (decisiva) categorizzazione il limite previsto per l'aumento concreto della pena dall'art. 99 comma 6 cod. pen.. Limite che, peraltro, contiene l'aumento solo nei casi in cui il giudice non operi il bilanciamento della recidiva con circostanze eterogenee.

Vale la pena di ribadire, per chiarezza, che la sentenza "Graniello", nonostante abbia correttamente inquadrato la recidiva temperata ex art. 99 c. 6 cod. pen. come aggravante "ad effetto speciale", ha poi ritenuto che il limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. incide non solo sulla pena, ma anche sul termine di prescrizione. Approdo quest'ultimo non condiviso da questo collegio. Tale scelta, come già argomentato, sovrappone e confonde il piano della determinazione "in astratto" della pena (necessaria per calcolare quale debba essere il tempo necessario alla prescrizione per un determinato reato), con quello della determinazione della stessa "in concreto", attività quest'ultima che ha il limitato fine di commisurare la sanzione individuale inflitta alla effettiva gravità della condotta.

7. In conclusione il collegio ritiene dunque che quando l'art. 157 comma 2 cod. pen. richiama l'"aumento massimo" di pena previsto per l'aggravante, non debba essere considerato il limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen., ma solo l'aumento tipico previsto dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 99 cod. pen.

In primo luogo, come argomentato, per la necessità di rispetto del principio di legalità, che richiede che le norme di diritto sostanziale siano generali ed indifferenti alle mediazioni processuali relative al calcolo concreto della pena.

In secondo luogo, perché l'aumento "massimo" previsto in astratto per il termine di prescrizione relativo a reati aggravati dalla recidiva qualificata non può che essere quello "tipico e generale" indicato dai commi 2, 3, e 4 dell'art. 99 cod. pen. E non certo quello, "specifico ed individuale", correlato alla quantificazione delle sanzioni già inflitte al recidivo all'esito di precedenti giudizi. E che, essendo calcolato assorbendo i risultati di mediazioni processuali, è ontologicamente inidoneo a strutturare un elemento cardine della norma penale quale è il "tempo della prescrizione".

L'interpretazione che si sostiene trova indiretta conferma nella pacifica irrilevanza, ai fini del calcolo della prescrizione, del concreto aumento di pena correlato al riconoscimento

della circostanza sia nel caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale, che di bilanciamento, in equivalenza o in subvalenza, tra circostanze eterogenee.

Non si vede perché, ai fini della determinazione del termine di prescrizione, non debba avere alcun rilievo la pena in concreto "da ultimo" inflitta (che se non altro simboleggia la gravità concreta del reato cui si correla la prescrizione) e debba invece avere rilevanza la somma delle pene "già" inflitte.

Ulteriore argomento è l'assenza di ogni riferimento al limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen., nell'art. 161 comma 2 cod. pen., che correla il secondo effetto estensivo solo al riconoscimento della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell'art. 99 cod. pen.

Gli argomenti esposti si contrappongono sia a quelli della sentenza "Graniello" - che identifica l'aumento massimo previsto in quello temperato dall'applicazione del limite previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. - che a quelli della sentenza "Volpe", dato che non si ritiene che la individualizzazione del termine di prescrizione, possa essere giustificato dall'ossequio al generale principio del *favor rei*.

Se si ritenesse di assegnare rilevanza alla quantificazione delle sanzioni inflitte per le condotte che tracciano il percorso antisociale del recidivo, si "soggettivizzerebbe" la disciplina della prescrizione, che invece, deve essere oggettiva, generale ed astratta, ovvero indipendente da ogni mediazione processuale.

Né, come argomentato, si ritiene che tale limite modifichi la natura della recidiva qualificata eliminando la sua natura di "circostanza ad effetto speciale".

8. Data la rilevanza della questione, sia per la decisione del caso in esame, che, più in generale, per le sue ricadute nella identificazione immediata del termine di prescrizione da parte dell'Ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi, il collegio, visto l'art 618 cod. proc. pen., rimette il ricorso alle Sezioni unite.

Si ritiene infatti necessario il superiore scrutinio della seguente questione: «*se il limite all'aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva qualificata previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen. (a) incida sulla qualificazione della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell'art. 99 cod. pen. come circostanza ad effetto speciale, (b) influisca sulla determinazione del termine di prescrizione*».

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni unite.

Così deciso in Roma, il giorno 14 dicembre 2021

L'estensore

Il Presidente

--