



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI N. racc.g. 20798/11

Composta da:

Ernesto Lupo	- Presidente -	Sent. n. sez. 4
Giuseppe Maria Cosentino		UP – 24/02/2011
Claudia Squassoni		R.G.N. 22049/2010
Filiberto Pagano		
Mario Rotella		
Francesco Ippolito		
Vincenzo Romis		
Giovanni Conti		
Margherita Cassano	- Relatore -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Procuratore della Repubblica presso la Corte di Appello di Genova, nei confronti di Indelicato Piero, nato a Genova il 10/11/1962

avverso la sentenza del 09/02/2010 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Genova

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Margherita Cassano;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Vittorio Martusciello, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 9 febbraio 2010, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Genova, all'esito di giudizio abbreviato, dichiarava Piero Indelicato colpevole dei delitti di rapina pluriaggravata, resistenza a pubblico ufficiale, lesioni personali, porto in luogo pubblico di oggetti atti ad offendere e, ritenuta sussistente la recidiva ex art. 99, comma quinto, cod. pen., riuniti i reati sotto il vincolo della continuazione, lo condannava alla pena di quattro anni, cinque mesi, dieci giorni di reclusione ed euro 888,90 di multa.

Ai fini del trattamento sanzionatorio veniva individuato quale reato più grave, su cui operare gli aumenti a titolo di continuazione, quello di rapina, in relazione al quale la pena base veniva fissata in tre anni di reclusione e seicento euro di multa. Ravvisato il concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, il giudice, in attuazione del disposto dell'art. 63, comma quarto, cod. pen., applicava l'aumento soltanto per la circostanza aggravante di maggiore gravità, individuata nella recidiva ex art. 99, comma quinto, cod. pen, per la quale veniva applicato l'aumento di due terzi. Sulla pena così determinata (cinque anni di reclusione e mille euro di multa) veniva disposto l'aumento per la continuazione in misura non inferiore ad un terzo ai sensi dell'art. 81, quarto comma, cod. pen. (sei anni e otto mesi di reclusione ed euro 1.333,33 di multa) e, quindi, applicata la diminuzione di un terzo per il rito abbreviato.

2. Avverso la sentenza indicata in premessa ha proposto ricorso per cassazione (art. 569, comma 1, cod. proc. pen.) il Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova, il quale lamenta l'erronea applicazione della legge penale in relazione alla qualificazione della recidiva reiterata, specifica, infraquinquennale, ritualmente contestata ed effettivamente ritenuta dal giudice, quale circostanza aggravante ad effetto speciale, piuttosto che come circostanza inerente alla persona del colpevole (art. 70 cod. pen.), che avrebbe comportato la possibilità di un duplice aumento di pena sia ai sensi dell'art. 628, comma primo, n. 3, cod. pen. che in base all'art. 99, comma quinto, cod. pen. in deroga a quanto disposto dall'art. 63, comma quarto, cod. pen.

3. La Seconda Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato *ratione materiae*, registrata l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sul tema centrale che ha formato oggetto del ricorso, con ordinanza emessa il 4 novembre 2010, ha rimesso il ricorso medesimo alle Sezioni unite, a norma dell'art. 618 cod. proc. pen.

4. Il Primo presidente, con decreto in data 23 novembre 2010, ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il quesito sul quale queste Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi è il seguente: *se la recidiva, che può determinare un aumento di pena superiore a un terzo, sia circostanza aggravante ad effetto speciale e se, pertanto, soggiaccia, ove ricorrono altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di applicare un ulteriore aumento.*

In proposito si registrano in giurisprudenza posizioni differenziate.

Secondo un primo indirizzo, che valorizza esclusivamente l'interpretazione letterale dell'art. 70, comma 2, cod. pen., questo tipo di recidiva è una circostanza inerente alla persona del colpevole e non una circostanza aggravante a effetto speciale (Sez. 6, n. 1485 del 22/11/1994, dep.13/02/1995, Dell'Anna, Rv. 201037/201038; Sez. 2, n. 11105 del 04/03/2009, dep. 12/03/2009, Campana, non massimata). Alla stregua di un diverso orientamento, invece, la recidiva che determina un aumento di pena superiore ad un terzo è una circostanza aggravante ad effetto speciale (Sez. 1, n. 18513 del 17/03/2010, dep. 17/5/2010, Amantonico, Rv. 247202; Sez. 5, n. 22619 del 24/03/2009, dep. 29/05/2009, Baron, Rv. 244204; Sez. 2, n. 40978 del 21/10/ 2008, dep. 03/11/2008, Coviello, Rv. 242245; Sez. 2, n. 19565 del 09/04/2008, dep. 15/5/2008, Rinallo, Rv. 240409).

2. Le Sezioni unite ritengono di condividere le ragioni che giustificano il secondo indirizzo interpretativo.

La prima questione di cui s'impone l'esame concerne la natura della recidiva che comporti un aumento di pena superiore ad un terzo.

Il punto di partenza muove da un'attenta lettura delle linee logico-sistematiche che connotano e dentro le quali s'iscrive la previsione nel nostro sistema delle circostanze. Esse costituiscono lo strumento giuridico attraverso il quale il legislatore provvede ad adeguare la risposta sanzionatoria alla variabile gravità di fatti criminosi già tipici, correlata alla sussistenza di ulteriori elementi, predeterminati dal legislatore in via generale ed astratta attraverso la previsione legale delle singole e molteplici situazioni circostanziali.

Valutate in un'ottica sostanziale le circostanze rappresentano altrettanti elementi capaci di incidere sulla gravità del fatto o sulla intensità della capacità criminale del soggetto e assolvono alla funzione di adeguare la risposta

sanzionatoria alla gravità del reato, che può dipendere dalla presenza di elementi significativi, diversi e ulteriori rispetto a quelli essenziali.

Dal punto di vista tecnico formale le circostanze devono essere oggetto di una specifica previsione legislativa, in quanto accedono – integrandosi con essa – ad una fattispecie incriminatrice già costituita nei suoi elementi essenziali e comportano, rispetto ad essa, una variazione di pena che può essere stabilita in modo proporzionale oppure indipendente rispetto alla pena prevista per il reato base cui le circostanze accedono. Quale che sia il sistema di variazione, proporzionale o indipendente, le circostanze hanno, comunque, efficacia extraeditale.

I criteri di classificazione delle circostanze sono plurimi a seconda che si abbia riguardo ai contenuti, alle modalità di previsione legislativa, agli effetti applicativi.

Sotto il primo profilo viene in rilievo la distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive, le cui rispettive nozioni sono contenute nell'art. 70 cod. pen. che, al secondo comma, qualifica come circostanze inerenti alla persona del colpevole l'imputabilità e la recidiva. Nel testo originario del codice tale distinzione assumeva rilievo, atteso che, in quel contesto giuridico, si estendevano ai correi non soltanto le circostanze oggettive, ma anche quelle soggettive che avessero in concreto facilitato la consumazione del reato. La recidiva, in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole, era sottratta al giudizio di valenza. L'art. 118 cod. pen., a seguito delle modifiche operate dalla legge 7 febbraio 1990, n. 19, non rinvia più, invece, alla distinzione tra circostanze oggettive e soggettive, limitandosi ad elencare una serie di circostanze di chiara matrice soggettiva operanti unicamente nei confronti della persona a cui ineriscono.

Alla luce del mutato quadro normativo di riferimento, pertanto, l'unico significato normativo dell'art. 70 cod. pen. risiede nell'univoca inclusione delle cause che diminuiscono o aumentano l'imputabilità e della recidiva nella categoria delle circostanze del reato, con conseguente assoggettamento alla disciplina prevista per queste ultime.

Assumendo come parametro di classificazione quello relativo alle modalità di previsione legislativa vengono in rilievo ulteriori distinzioni: quella tra circostanze definite, caratterizzate dalla descrizione legislativa della situazione circostanziante, e circostanze indefinite che, prive di tale specificazione legislativa, affidano al giudice la concreta valutazione degli elementi rilevanti ai fini della variazione della pena (ad esempio art. 62-*bis* cod. pen.); quella tra circostanze discrezionali e circostanze obbligatorie che, a fronte della realizzazione della fattispecie circostanziante, comportano inevitabilmente la variazione di pena.

Con riguardo agli effetti applicativi infine, viene in rilievo la distinzione, delineata dall'art. 63 cod. pen., tra circostanze che comportano una variazione della pena del reato di tipo frazionario in misura non superiore a un terzo, e circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di "specie diversa" (v. art. 17 cod. pen.) da quella ordinaria del reato o una variazione di pena, in aumento o in diminuzione, in misura superiore a un terzo; stabilendosi poi che tutte le circostanze che importano un aumento o una diminuzione di pena superiore a un terzo, non importa se prevista in via autonoma o in termini di frazione rispetto alla pena-base, sono definite "circostanze ad effetto speciale".

3. Nell'ambito di questa schematizzazione teorica non è appagante l'esclusiva valorizzazione del dato letterale dell'art. 70 cod. pen. per ricostruire la natura della recidiva, indubbiamente connotata da una marcata ambivalenza, desumibile dalla stessa sistematica del codice penale, considerato che la disciplina base dell'istituto è collocata nel Titolo IV ("*Del reo e della persona offesa dal reato*") del Libro I, nel Capo II, accanto alla "*abitudine, professionalità e tendenza a delinquere*" e che la sua regolamentazione come circostanza aggravante ("*circostanza inerente alla persona del colpevole*": art. 70, comma secondo, cod. pen) è collocata nel Capo II ("*Delle circostanze del reato*") del Titolo III ("*Del reato*") del Libro I.

L'art. 70 cod. pen. deve essere, infatti, letto ed interpretato organicamente alla luce degli artt. 63, comma terzo, 69, comma quarto, 62-bis, comma secondo in relazione all'art. 133, comma primo, n. 3, 81, comma quarto, 99 cod. pen., modificati dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e della giurisprudenza formatasi sul tema.

3.1. Il complesso di queste disposizioni è univocamente indicativo del fatto che la recidiva, 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 editale, 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. Tale approdo ermeneutico connota tutta la complessa e articolata elaborazione giurisprudenziale maturata dopo l'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 a partire dalla problematica concernente la natura della recidiva reiterata (art. 99, comma quarto, cod. pen.) e la sua incidenza sul giudizio di valenza ex art. 69, comma quarto, cod. pen. Secondo il consolidato orientamento interpretativo di questa Corte non è conforme ai principi generali di un moderno diritto penale espressivo dei valori enunciati dalla Carta fondamentale una concezione della recidiva quale *status* soggettivo correlato al solo dato formale della ricaduta nel

reato dopo una previa condanna passata in giudicato che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione (cfr. in tal senso Sez. 4, n. 15232 del 22/02/2008, dep.11/04/2008, Fahir, Rv. 240209; Sez. 6, n. 18302 del 27/02/2007, dep. 11/05/2007, Ben Hadhria, Rv. 236426; e, con riferimento al previgente testo dell'art. 99, così come sostituito dall'art. 9 d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in legge 7 giugno 1974, n. 220, Sez. 1, n. 24023 del 06/05/2003, dep. 30/5/2003, Andreucci, Rv. 225233; Sez. 3, n. 6224 del 20/05/1993, dep. 25/06/1993, Minghetto, Rv. 195127).

La recidiva è, piuttosto, una 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. In coerenza con tale impostazione si ritiene che la recidiva reiterata (art. 99, comma quarto, cod. pen.) sia una circostanza facoltativa nell'*an* e vincolata nel *quantum*, e, invece, obbligatoria nell'*an* e vincolata nel *quantum* nell'ipotesi prevista dall'art. 99, comma quinto, cod. pen (Sez. 5, n. 13658 del 30/01/2009, dep. 27/3/2009, Maggiani, Rv. 243600; Sez. 3, n. 45065 del 25/09/2008, dep. 04/12/2008, Pellegrino, Rv. 241779/241780; Sez. 6, n. 34702 del 16/07/2008, dep. 05/09/2008, Ambesi, Rv. 240706; Sez. 1, n. 17313 del 15/04/ 2008, dep. 24/04/2008, Giglio, Rv. 239620; Sez. 2, n. 46243 del 05/12/2007, dep. 11/12/2007, Cavazza, Rv. 238520/238521; Sez. 4, n. 16750 dell'11/04/2007, dep. 03/05/2007, Serra, Rv. 236412). Questa giustificazione costituzionale dell'istituto impone il ripudio di qualsiasi automatismo, ossia dell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra *status* della persona e reato commesso e il recupero della valutazione discrezionale cui è correlato uno specifico obbligo motivazionale.

La matrice di tale orientamento va ricercata in una decisione della Corte Costituzionale (sent. n. 192 del 2007), poi seguita da molte altre pronunzie analoghe (ordinanze n. 409 del 2007, n. 33 del 2008, n. 90 del 2008, n. 193 del 2008, n. 257 del 2008), che ha escluso la conformità ai principi costituzionali di una lettura dell'art. 99 basata su qualsiasi forma di automatismo, che è stata esclusa a partire dall'aumento della sanzione, segnando così la fine della concezione bifasica della discrezionalità, prospettata da un ormai superato indirizzo interpretativo minoritario (Sez. 6, n. 18302 del 27/02/2007, cit.; Sez. IV, n. 15232 del 22/02/2008, cit.).

3.2. La piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante comporta che essa sia produttiva di effetti unicamente se il giudice ne accerti i requisiti costitutivi e la dichiari, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna (presupposto che, nel

caso di recidiva obbligatoria, è necessario e sufficiente), ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo, da accertarsi discrezionalmente. E' sotto tale profilo che viene in rilievo la distinzione tra riconoscimento della recidiva – per tale dovendosi intendere la verifica dell'esistenza dei presupposti formali e sostanziali della stessa – e applicazione della recidiva, avuto riguardo alla sua effettiva incidenza sul meccanismo di determinazione della pena (Sez. 4, n. 16750 dell'11/04/2007, cit.). Una circostanza aggravante deve essere riconosciuta come applicata non solo quando nel processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 cod. pen., un altro degli effetti che le sono propri e, cioè, quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare per il reato oggetto del giudizio (Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, dep. 24/07/1991, Grassi, Rv. 187856).

Il rifiuto di ogni forma di automatismo nel riconoscimento e nell'applicazione della recidiva, intesa come circostanza aggravante, opera su due piani: quello relativo all'aumento della sanzione e quello concernente gli effetti secondari o indiretti della recidiva.

3.3. Sotto il primo profilo, le limitazioni al giudizio di valenza imposte dall'art. 69, comma quarto, cod. pen. devono essere interpretate nel senso che le circostanze attenuanti non possono essere dichiarate prevalenti sulle aggravanti soltanto in due ipotesi: qualora sussistano i presupposti della recidiva obbligatoria oppure nel caso in cui il giudice ritenga di applicare la recidiva facoltativa ex art. 99, comma quarto, cod. pen., ravvisando la sussistenza dei relativi presupposti formali e sostanziali (Sez. 5, n. 22871 del 15/05/2009, cit.; Sez. 5, n. 13658 del 30/01/2009, cit.; Sez. 3, n. 45065 del 25/09/2008 cit.; Sez. 6, n. 34702 del 16/07/2008, cit.).

Pure nel caso di recidiva reiterata, quindi, la meritevolezza della maggior pena, anche in rapporto al concorso eterogeneo di circostanze, deve essere apprezzata in concreto (cfr. *ex plurimis* Sez. 4, n. 5488 del 29/01/2009, dep. 06/02/2009, Rami, Rv. 243441; Sez. 6, n. 37169 del 17/09/2008, Orlando, Rv. 241192; Sez. 2, n. 19557 del 19/03/2008, dep. 15/05/2008, Buccheri, Rv. 240404; Sez. 5, n. 40446 del 25/09/2007, dep. 31/1/2007, Mura, Rv. 237273; Sez. 4, n. 26412 del 19/04/2007, dep. 09/07/2007, Meradi, Rv. 236835).

La Corte Costituzionale ha in più occasioni evidenziato che, nei limiti in cui si escluda l'operatività del regime di obbligatorietà, è possibile ritenere che venga meno, oltre all'automatismo di cui all'art. 69, comma quarto, cod. pen. anche quello di cui all'art. 81, comma quarto, cod. pen., giacché «anche l'operatività di quest'ultima norma appare logicamente legata al fatto che il giudice abbia

ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione>> (Corte Cost., ordinanze n. 193 del 2008, n. 171 del 2009).

3.4. Con riferimento agli effetti secondari della recidiva, una recente decisione di queste Sezioni unite ha stabilito la necessità dell'aumento di pena in concreto (o, se del caso, della valutazione di meritevolezza) quale presupposto per l'attivazione di varie discipline speciali attualmente operanti nei confronti del recidivo (Sez. U, n. 35738 del 27/08/2010, dep. 05/10/2010, Calibé, Rv. 247838-41; cfr. anche Corte Cost., ord. n. 421 del 2004). Pertanto, al di fuori delle ipotesi disciplinate dal quinto comma dell'art. 99 cod. pen., la recidiva, qualora esclusa dal giudice, non solo non dà luogo all'aggravamento della pena, ma non produce neanche gli ulteriori effetti commisurativi della sanzione, costituiti dall'inibizione all'accesso al cosiddetto patteggiamento allargato e alla relativa riduzione premiale, oltre che dal divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti (art. 69, comma quarto, cod. pen.) e dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo giuridico (art. 81, comma quarto, cod. pen.).

Si collocano nella medesima prospettiva interpretativa le pronunce giurisprudenziali che, in tema di computo dei termini prescrizionali del reato, hanno argomentato che, mentre prima della sentenza di merito, la più severa disciplina dei tempi di estinzione (art. 157, comma secondo, cod. pen.) opera sulla base della mera contestazione della recidiva, da considerare circostanza aggravante ad effetto speciale (Sez. 5, n. 35852 del 07/06/2010, dep. 06/10/2010, Di Canio, Rv. 248502), una volta intervenuta la decisione che non abbia ravvisato una relazione qualificata fra i precedenti dell'imputato e il fatto a lui addebitato (recidiva ritenuta, ma non applicata), la circostanza perde il suo rilievo ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato (Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, dep. 11/12/2010, Karmaoui, Rv. 248714; Sez. 2, n. 18595 dell'08/4/2009, dep. 05/05/2009, Pancaglio, Rv. 244158;).

Principi analoghi sono stati enunciati con riferimento all'incidenza della recidiva nella determinazione del termine prescrizionale ordinario, quando per essa è previsto un aumento di pena superiore ad un terzo (quindi per tutte le ipotesi di recidiva, tranne quella semplice), dovendosi in tal caso qualificare come circostanza aggravante ad effetto speciale (Sez. 5, n. 22619 del 24/03/2009, cit.; Sez. 2, n. 40978 del 21/10/ 2008, cit.; Sez. 2, n. 19565 del 09/04/2008, cit.), nonché a proposito del termine massimo del prolungamento della prescrizione, nel caso di interruzione (art. 161, comma secondo, cod. pen.), qualora il giudice abbia escluso la circostanza aggravante della recidiva qualificata, non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato (Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, cit.).

Il superamento della concezione della recidiva come mero *status* desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna nei confronti di una persona e la sua qualificazione come circostanza si riscontra anche nella giurisprudenza formatasi in tema di prescrizione della pena. Ai fini dell'applicazione dell'art. 172, comma settimo, cod. pen. non rileva la mera sequenza delle condanne e, pertanto, non è consentito al giudice dell'esecuzione desumere la recidiva dall'esame dei precedenti penali, qualora la stessa non sia stata ritenuta dal giudice della cognizione dopo una regolare contestazione in tale sede (Sez. 1, n. 10425 del 02/02/2005, dep. 16/03/2005, Esposito, Rv. 231209; Sez. 1, n. 46229 del 06/10/2004, dep. 29/11/2004, Nardelli, Rv. 230295; Sez. 1, n. 30707 del 16/04/2002, dep. 13/09/2002, Triulcio, Rv. 222238).

Anche in materia di riabilitazione la giurisprudenza è concorde nel richiedere, ai fini dell'operatività della disciplina derogatoria prevista dall'art. 179, comma secondo, cod. pen., che la recidiva, in quanto circostanza aggravante del reato, sia stata dichiarata dal giudice in sede di cognizione (Sez. 1, n. 36751 del 17/09/2008, dep. 25/09/2008, Siciliano, Rv. 241139; nello stesso senso si sono espresse, in epoca antecedente l'entrata in vigore della l. n. 251 del 2005, Sez. U, n. 2 del 23/01/1971, dep. 17/05/1971, Piano, Rv. 118018, e Sez. 1, n. 670 del 30/01/1997, dep. 10/03/1997, Ponte, Rv. 207041).

3.5. Il richiamo alla qualificazione della recidiva come circostanza aggravante è presente anche nelle decisioni di questa Corte in tema di esecuzione della pena, il cui ambito operativo è stato, ancora una volta, scollegato dallo *status* e connesso al trattamento concernente le pene inflitte con l'aggravante della recidiva. Tali pronunce muovono dal presupposto che, in linea teorica, è da escludere che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato, in quanto non espressiva di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo, possa produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti volti a mitigare la pena. Sulla base di tale premessa generale è stato affermato che la recidiva non dichiarata in sede di cognizione non può essere ritenuta dal giudice dell'esecuzione e che il divieto di sospensione dell'esecuzione per le pene di breve durata (art. 656, comma 9, lett. c, cod. proc. pen.) vale solo per coloro che il giudice abbia ritenuto concretamente meritevoli dell'aumento di pena e con esclusivo riguardo alla sentenza di condanna per il reato aggravato in concreto dalla recidiva (cfr. *ex multis* Sez. 5, n. 21603 del 26/04/2010, dep. 07/06/2010, Musci, Rv. 247956; Sez. 4, n. 29989 del 26/06/2007, dep. 24/07/2007, Muserra, Rv. 236944; Sez. 1, n. 33634 del 27/06/2006, dep. 06/10/2006, Debuggias, Rv. 234292).

3.6. Anche le decisioni che, in ambito penitenziario, hanno affrontato il problema ermeneutico dell'ambito applicativo del divieto di plurima concessione al condannato, cui sia stata applicata la recidiva ex art. 99, comma quarto, cod. pen. , di misure alternative alla detenzione (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, Ord. Pen.) hanno sottolineato che non può in linea di principio ammettersi che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato, perché non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo, possa produrre un sostanziale aggravamento della pena in sede di applicazione di istituti volti a mitigare la pena e che, a maggior ragione, non può ammettersi che la recidiva non dichiarata in sede di cognizione possa essere ritenuta dal giudice dell'esecuzione (Sez. 1, n. 42462 del 15/10/2009, dep. 05/11/2009, Pezzuto, Rv. 245572; Sez. 1, n. 4688 del 10/01/2007, dep. 06/02/2007, Brendolin, Rv. 236621-22; Sez. 1, n. 42415 del 22/11/2006, dep. 28/12/2006, Del Genio, Rv. 235585; cfr. anche Corte Cost., sent. n. 361 del 1994, ordinanza n. 193 del 2008, sent. 291 del 2010).

3.7. Sulla base di quanto sinora esposto, può, quindi, dirsi definitivamente superato l'orientamento interpretativo espresso da una precedente decisione di queste Sezioni Unite (Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, dep. 16/03/1987, Paolini, Rv. 175354) che, pronunciandosi in tema di procedibilità d'ufficio del delitto di truffa, aveva qualificato la recidiva come circostanza aggravante *sui generis*, osservando che la stessa qualifica il soggetto, ma resta del tutto estranea alla fattispecie, comunque circostanziata, del reato, e <<non produce alcun effetto sulla quantità del fatto-reato>>, assumendo rilevanza solo <<quando sia presa in considerazione la misura della pena>>. Essa, infatti, dilatando il richiamo alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione dello specifico episodio, mal si concilia con un diritto penale del fatto, rispettoso del principio di colpevolezza fondato sulla valutazione della condotta posta in essere dal soggetto nella sua correlazione con l'autore di essa.

Il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità del soggetto o un suo *status* personale svincolato dal fatto reato. Il riconoscimento e l'applicazione della recidiva quale circostanza aggravante postulano, piuttosto, la valutazione della gravità dell'illecito commisurata alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva - sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale - quale aspetto della colpevolezza e della capacità di realizzazione di nuovi reati, soltanto nell'ambito di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso, che deve essere concretamente significativo - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

4. Considerazioni in parte diverse devono essere svolte in merito all'ipotesi prevista dall'art. 99, comma quinto, cod. pen., che disciplina un caso di recidiva obbligatoria nell'*an* e vincolata nel *quantum* in relazione ad un catalogo di reati che, nelle originarie intenzioni del legislatore, doveva selezionare i casi di indagini fisiologicamente complesse (art. 407, comma 2, lett. a, cod. proc. pen.). Dai lavori preparatori e, in particolare, dal dibattito svoltosi presso la Camera dei Deputati a seguito della deliberata correzione della soluzione di generalizzata obbligatorietà proposta dall'originario disegno di legge n. 2055, sembra emergere l'intenzione legislativa di limitare la maggiore rigidità degli effetti (sia sull'*an* che sul *quantum*) nei soli casi in cui il nuovo delitto commesso rientri nell'elenco dettato dall'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. Indicazioni analoghe sono ricavabili dal successivo dibattito al Senato della Repubblica, nel corso del quale era stata da più parti segnalata l'ipotesi dell'attuale comma quinto dell'art. 99 cod. pen. quale unico caso di prevista obbligatorietà della recidiva.

Tale conclusione sembrerebbe confermata dalla diversa formulazione del quinto comma dell'art. 99 cod. pen., nel quale si dice espressamente che, in questo caso, <<l'aumento per la recidiva è obbligatorio>>.

La Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 99, comma quinto, cod. pen. sottoposte al suo esame, ha rimesso all'interprete la scelta fra quattro diverse opzioni esegetiche: nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. deve rientrare il solo reato oggetto della precedente condanna o il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo oppure indifferentemente l'uno o l'altro ovvero entrambi (cfr. ordinanze n. 409 del 2007 e n. 171 del 2009).

Secondo l'univoco orientamento sin qui espresso dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. *ex plurimis* Sez. 1, n. 36218 del 23/09/2010, dep. 11/10/2010, Pisanello, Rv. 248289; Sez. 2, n. 27599 dell'11/06/2009, dep. 06/07/2009, Huyer, Rv. 244668) la fattispecie di cui all'art. 99, comma quinto, cod. pen. è applicabile nei confronti del soggetto, già recidivo per un qualunque reato, che commetta un delitto riconducibile al catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., a nulla rilevando che vi rientri anche il delitto per cui vi è stata precedente condanna.

La Corte ritiene di condividere questo indirizzo esegetico che si fonda sull'interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 99, comma quinto, cod. pen.

L'*incipit* della norma (<<se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.>>) e la sua stessa collocazione rendono evidente che la previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 cod. pen.

affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria, sottoposte, di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa, salvo che per il caso previsto per la recidiva obbligatoria monoaggravata, per la quale l'aumento di pena spazia da un terzo alla metà (art. 99, commi secondo e quinto, cod. pen.), mentre la corrispondente ipotesi di recidiva facoltativa prevede un aumento fino alla metà.

L'interpretazione sistematica del quinto comma alla luce di quelli precedenti, che fondano la sussistenza della recidiva sulla commissione di un "nuovo" o di "altro" delitto (cfr. in particolare commi primo, secondo e quarto), rende evidente che il legislatore ha voluto attribuire rilievo alla circostanza che il nuovo delitto sia ricompreso nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. D'altronde, la circostanza che solo nel caso della recidiva specifica il legislatore abbia espressamente attribuito rilievo anche alla omogeneità tra il reato oggetto della previa condanna e quello successivamente posto in essere è ulteriormente indicativa del fatto che, nelle altre ipotesi, tale profilo è irrilevante.

Tale lettura è confortata, inoltre, dal rinvio contenuto nell'art. 99, comma quinto, cod. pen, ai <<casi indicati al secondo comma>>, contenente a sua volta l'espresso riferimento alla commissione di un <<nuovo delitto non colposo>> (cfr. nn. 1, 2, 3 dell'art. 99, comma secondo, cod. pen.).

Infine, l'applicabilità della previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 cod. pen. solo qualora il nuovo reato sia riconducibile all'elenco dell'art. 407, comma 2, lett. a) cod. proc. pen. appare maggiormente coerente sotto il profilo del giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità correlati alla qualità del nuovo delitto posto in essere.

Si può, quindi, affermare che l'attenzione specificante del legislatore è sempre rivolta alla tipologia del nuovo delitto, cosicché la recidiva reiterata obbligatoria ex art. 99, comma quinto, cod. pen. ricorre nel caso in cui il soggetto recidivo commetta un nuovo delitto incluso tra quelli indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., non rilevando, invece, se il delitto per il quale vi è stata precedente condanna sia anch'esso incluso nell'elencazione della predetta disposizione.

Né, d'altra parte, appare idoneo e sufficiente a superare il tenore testuale della norma il solo dato dell'interpretazione logica basata sulla scala crescente di gravità che caratterizza la sequenza posta dall'art. 99 cod. pen. (cfr. in tal senso Sez. 4, n. 29228 del 02/07/2007, dep. 20/07/2007, cit.), laddove si consideri che (come in precedenza accennato) la funzione del quinto comma è quella di prefigurare, in rapporto a ciascuna delle forme di recidiva facoltativa in precedenza disciplinate, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria.

5. Una volta chiarita la natura della recidiva quale circostanza del reato e, in particolare, quale circostanza aggravante soggettiva, si tratta di stabilire se essa possa essere qualificata come circostanza aggravante ad effetto speciale.

Secondo l'indirizzo minoritario che qualifica la recidiva come circostanza inerente alla persona del colpevole (art. 70 cod. pen.), qualora essa concorra con una circostanza aggravante ad effetto speciale, deve farsi luogo ad un duplice aumento di pena e non trova applicazione la regola fissata dall'art. 63, comma quarto, cod. pen. (Sez. 2, n. 11105, del 04/03/2009, dep. 12/03/2009, non massimata; Sez. 6, n. 1485 del 22/11/1994, dep. 13/02/1995, Dell'Anna, Rv. 201037). Tale conclusione è giustificata sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 70 cod. pen. e dell'assenza di esplicite clausole derogatorie.

Un diverso e maggioritario orientamento osserva, invece, che la recidiva, pur essendo una circostanza inerente alla persona del colpevole, viene considerata dal codice vigente come una vera e propria circostanza aggravante del reato (Sez. 2, n. 33871 del 02/07/2010, dep. 17/09/2010, Dodi, Rv. 248131; Sez. 2, n. 18595 dell'08/04/2009, cit.; Sez. 6, n. 44591 del 04/11/2008, dep. 29/11/2008, Nocco, Rv. 242133; Sez. 2, 17/12/2004, n. 11008, dep. 21/03/2005, Morrone, Rv. 231772) e si configura come aggravante ad effetto speciale, qualora comporti un aumento della pena superiore ad un terzo. Osserva, inoltre, che l'art. 63, comma terzo, cod. pen. non distingue tra circostanze soggettive ed oggettive allorché definisce le circostanze ad effetto speciale. Pertanto, l'appartenenza all'una o all'altra delle diverse categorie delle circostanze, secondo il catalogo definito nel citato art. 63, dipende unicamente dall'aumento di pena che esse comportano. Sulla base di tali premesse si perviene, quindi, alla conclusione che la recidiva è circostanza ad effetto speciale nelle ipotesi disciplinate dai commi secondo, terzo, quarto dell'art. 99 cod. pen. (Sez. 5, n. 35852 del 07/06/2010, cit.; Sez. 2, n. 26517 del 16/06/2009, cit.; Sez. 2, n. 40978 del 21/10/2008, cit.; Sez. 6, n. 40627 del 16/10/2008, dep. 30/10/2008, Bozzaotra, Rv. 241488; Sez. 2, n. 19565 del 09/04/2008, cit.; in senso conforme Sez. 5, n. 22619 del 24/03/2009, cit.; Sez. 2, n. 44951 del 04/11/2008, cit., tutte, peraltro, in tema di prescrizione).

Il primo indirizzo interpretativo non appare condivisibile per diverse ragioni. *In primis* ritiene erroneamente alternative e incompatibili fra loro le due classificazioni. Inoltre, sottolineando il dato letterale dell'art. 70 cod. pen., ne omette una lettura logico-sistematica alla luce delle altre disposizioni contenute nel Capo II, espressamente dedicato alle <<circostanze del reato>>. Infine, non tiene conto dell'articolata elaborazione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, convergente nel qualificare la recidiva quale circostanza aggravante (cfr. par. 4).

L'esclusivo richiamo della distinzione tra circostanze oggettive e soggettive (art. 70 cod. pen.), attinente ad un profilo squisitamente contenutistico, per inferire un peculiare regime della recidiva, sottintende una lettura parziale della relativa disciplina che non si esaurisce nella predetta disposizione, ma si articola anche in altre norme: l'art. 99 cod. pen., che, nell'ambito della distinzione tra ipotesi di recidiva facoltativa nell'*an* e vincolata nel *quantum* e ipotesi di recidiva obbligatoria nell'*an* e nel *quantum* (art. 99, comma quinto, cod. pen.) impone, in ogni caso, aumenti di pena superiori ad un terzo, qualora il giudice ritenga sussistente l'aggravante e ne faccia concreta applicazione; l'art. 69 cod. pen. (modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005), che, come si ricava dalla stessa rubrica, detta le regole in tema di <<Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti>> ai fini del trattamento sanzionatorio, e, al quarto comma, annovera chiaramente, ai fini del divieto di bilanciamento, la recidiva nella categoria delle circostanze. La valorizzazione esclusiva dell'art. 70 cod. pen. contraddice, inoltre, la funzione della recidiva, da individuare nell'efficacia modificatrice della pena, omologa agli elementi la cui natura circostanziale non è posta in discussione. Non tiene, infine, in debita considerazione i principi generali contenuti negli artt. 63 e 64 cod. pen. che stabiliscono in linea generale i criteri discretivi tra ordinarie circostanze aggravanti e circostanze aggravanti ad effetto speciale e disciplinano l'applicazione dei relativi aumenti di pena anche con riferimento al concorso di circostanze omogenee o eterogenee.

In base all'art. 64 cod. pen. possono definirsi circostanze comuni quelle che comportano una variazione edittale non superiore a un terzo della pena che il giudice avrebbe irrogato per il reato commesso in assenza dell'aggravante (o dell'attenuante).

L'art. 63, comma terzo, cod. pen. comprende nella categoria delle circostanze ad effetto speciale le ipotesi in cui sia stabilito un aumento (o una diminuzione) di pena, frazionario o autonomo, superiore ad un terzo.

Sotto quest'ultimo profilo, quindi, avuto riguardo alle modalità di previsione legislativa, appare condivisibile l'orientamento maggioritario espresso da questa Corte che qualifica le ipotesi di recidiva disciplinate dal secondo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 99 cod. pen. come circostanze ad effetto speciale, avuto riguardo al criterio edittale (Sez. 2, n. 26517 del 16/06/2009, cit.; Sez. 2, n. 40978 del 21/10/2008, cit.; Sez. 2, n. 19565 del 09/04/2008, cit.)

Sia le circostanze comuni che quelle ad effetto speciale implicano, come è stato efficacemente osservato dalla dottrina, un giudizio che si articola in due momenti: nella prima fase il giudice deve procedere alla quantificazione della pena entro i limiti edittali ai sensi dell'art. 133 cod. pen.; quindi, sulla pena determinata per il reato-base, deve operare l'aumento o la diminuzione connessi alla presenza della circostanza.

In caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, l'art. 63, comma quarto, cod. pen., prevede che il giudice applichi soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; la legge affida, peraltro, al giudice il potere di valutare, a propria discrezione, se aumentare la pena derivante dall'applicazione della circostanza aggravante a effetto speciale in cui si assorbono le altre circostanze aggravanti. Sotto tale profilo viene in rilievo una significativa differenza rispetto alla disciplina del cumulo giuridico in tema di concorso di reati e di reato continuato. Mentre, infatti, in queste situazioni l'aumento di pena è obbligatorio, in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale la variazione di pena è facoltativa. In tale ipotesi la circostanza aggravante soccombente, che consente al giudice di applicare un ulteriore aumento di pena, si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, atteso che il legislatore non ha predeterminato l'entità della variazione di pena che il giudice può apportare.

6. La tesi che la recidiva qualificata sia circostanza aggravante ad effetto speciale non si risolve sempre, nella giurisprudenza di legittimità, nell'affermazione dell'applicabilità della regola fissata dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., qualora tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale che concorrono sia compresa la recidiva c.d. obbligatoria (art. 99, comma quinto, cod. pen.). Si osserva, infatti, che, in questo caso, sull'art. 63, comma quarto, cod. pen. prevale l'art. 99, comma quinto, cod. pen., perché, a monte, rispetto al difforme disposto dell'art. 63, comma quarto, cod. pen., la previsione di obbligatorietà di entrambi gli aumenti costituisce un clausola legislativa di esclusione del fenomeno del concorso apparente di norme (cfr. in tal senso Sez. 2, n. 26517 del 16/06/2009, cit.). Si sottolinea, inoltre, che tale interpretazione non è sostanzialmente abrogatrice dell'art. 63, comma quarto, cod. pen., ma fa piuttosto corretta applicazione del principio di carattere generale per il quale non si pone concorso apparente di norme ogni qual volta la legge escluda – con clausola di riserva determinata o relativamente indeterminata – l'applicazione di altra disposizione penale.

Questa opzione interpretativa non appare condivisibile.

Innanzitutto delinea una sorta di statuto speciale del quinto comma all'interno dell'art. 99 cod. pen. che non trova adeguati riscontri nell'interpretazione letterale e logico-sistematica della norma e ne esaspera la funzione e la portata applicativa, in aperto contrasto con il canone dell'interpretazione conforme alla Costituzione, imposta, innanzitutto, dal principio di offensività (Corte Cost., sent. n. 331 del 1991, n. 133 del 1992, n. 369 del 1995, n. 296 del 1996), oltre che dal principio di proporzionalità, coniugato con quello di ragionevolezza della pena (Corte Cost. sent. n. 103 del

1982; n. 49, 139, 273 e 409 del 1989; n. 67 del 1992; n. 168 del 1994; n. 313 del 1995; n. 392 del 1997), e dalla funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

In secondo luogo, in aperto contrasto con le premesse dogmatiche da cui muove, prospetta la creazione di una circostanza aggravante ad effetto speciale *sui generis*, idonea a superare, pur in assenza di qualsivoglia deroga espressa, la preesistente regola generale posta dall'art. 63, comma quarto, cod. pen. che, in caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale, prevede un cumulo giuridico e non materiale.

Sulla base di tutte le considerazioni sinora svolte può, pertanto, affermarsi il seguente principio di diritto: *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.*

7. In applicazione dei principi in precedenza enunciati, quindi, correttamente, nel caso di specie, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Genova ha applicato il disposto dell'art. 63, comma quarto, cod. pen. una volta ravvisato il concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale: quella prevista dall'art. 628, comma terzo, n. 1, cod. pen., per essere stato il fatto commesso con armi, da più persone riunite e travisate; quella di cui all'art. 99, comma quinto, cod. pen., avuto riguardo al fatto che l'imputato, cui era già stata applicata la recidiva reiterata specifica infraquinquennale anche in relazione al delitto di tentata rapina in concorso (cfr. sentenza della Corte di appello di Brescia del 10 marzo 2005, irrevocabile il 2 dicembre 2005), ha commesso un nuovo delitto rientrante nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 2, cod. proc. pen.

8. Il Tribunale ha individuato la circostanza aggravante ad effetto speciale più grave nella recidiva ex art. 99, comma quinto, cod. pen., piuttosto che nell'aggravante di cui all'art. 628, comma terzo, n. 1, cod. pen.

Secondo il prevalente orientamento di questa Corte - da cui non sussistono i presupposti per discostarsi - al fine di stabilire quale sia la circostanza ad efficacia speciale più grave il criterio che appare maggiormente rispettoso dei principi costituzionali di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma secondo, Cost.) e di uguaglianza (art. 3 Cost.) è quello riferito alle valutazioni astratte compiute dal legislatore per la predeterminazione degli aumenti di pena, seguito anche in altri ambiti, quali, ad esempio, quello della competenza per materia (art. 4 cod. proc. pen.), per connessione (art. 16,

comma 1, cod. proc. pen.), nonché dell' applicazione di misure cautelari personali (Sez. 6, n. 34382 del 14/07/2010, dep. 23/09/2010, Azizi Aslan Detto, Rv. 248247; Sez. 5, n. 12473 dell'11/02/2010, dep. 30/03/2010, Salviani, Rv. 246558; Sez. 3, n. 11087 del 26/01/2010, dep. 23/03/2010, S., Rv. 246468; Sez. 2, n. 47447 del 06/11/2009, dep. 14/12/2009, Sall, Rv. 246431; Sez. 4, n. 6853 del 27/01/2009, dep. 17/02/2009, Maciocco, Rv. 242866; Sez. 1, n. 44860 del 05/11/2008, dep. 02/12/2008, Ficara, Rv. 242198; Sez. 1, n. 26308 del 27/05/2004, dep. 10/06/2004, Micale, Rv. 229007; Sez. U, n. 15 del 26/11/1997, dep. 03/02/1998, Cassata, Rv. 195805; Sez. U, n. 4901 del 27/03/1992, dep. 30/04/1992, Varnelli, Rv. 209485).

Di conseguenza, per stabilire, ai fini di cui all'art. 63, comma quarto, cod. pen., quale, fra più circostanze contestate ed effettivamente ritenute dal giudice, sia la più grave si deve avere riguardo al massimo della pena edittale prevista e, in caso di parità del massimo edittale, al maggior minimo e non, invece, alla pena in concreto irrogabile, come sostenuto da un minoritario indirizzo esegetico (cfr. in tal senso Sez. 5, n. 2765 del 09/02/2010, dep. 01/04/2010, Stracuzzi, Rv. 246378; Sez. 6, n. 7811 del 06/05/1987, dep. 27/06/1987, Donnini, Rv. 176278; Sez. 2, n. 4022 dell'08/01/1985, dep. 29/04/1985, Di Nisio, Rv. 168892; Sez. U, n. 9559 del 19/06/1982, dep. 20/10/1982, Alunni, Rv. 155674).

In base a quanto precedentemente osservato, nel caso in esame, la circostanza ad effetto speciale più grave dovrebbe essere individuata in quella prevista dall'art. 628, comma terzo, n. 1, cod. pen. che, rispetto alla recidiva obbligatoria ex art. 99, comma quinto, cod. pen., comporta una pena più alta nel massimo (venti anni di reclusione a fronte di diciassette anni e otto mesi di reclusione).

Occorre, però, sottolineare che il ricorso al criterio del massimo della pena edittale prevista, ove posto in correlazione con la regola dettata dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., darebbe luogo ad una sanzione inferiore al minimo della pena conseguente all'applicazione della recidiva reiterata specifica infraquinquennale obbligatoria ex art. 99, comma quinto, cod. pen. (quattro anni e sei mesi anziché cinque anni di reclusione).

Tale approdo esegetico non si armonizza con le decisioni delle Sezioni unite di questa Corte e della Consulta in tema di concorso formale e di continuazione fra reati, decisioni i cui enunciati hanno una valenza ermeneutica generalizzata (Sez. U, n. 4901 del 27/03/1992, dep. 30/04/1992, Cardarilli, Rv. 191120-28; Corte Cost. sent. n. 11 del 1997)

Pur essendosi, infatti, costantemente affermato che, al fine di individuare la violazione più grave, si deve tenere conto, in caso di concorso di pene dello stesso genere e specie, della pena edittale massima e, a parità di massimo, del

maggior minimo, si è sempre derogato a tale regola nell'ipotesi in cui il minimo della pena edittale stabilita per un reato sia inferiore al minimo della pena edittale prevista per un altro reato in continuazione, così da individuare quale pena base quella contemplata per il reato con riferimento al quale sia comminata la pena più elevata nel minimo, coincidente con la violazione più grave, pure se un altro reato sia punito con una sanzione più elevata nel massimo. A questa ricostruzione del sistema è sottesa l'esigenza di evitare, in ogni caso, di irrogare una pena base inferiore a quella minima prevista dalla legge per alcuni dei reati concorrenti formalmente o rispetto ai quali sia riconosciuto il vincolo della continuazione (Sez. 5, n. 12473 del 11/02/2010, dep. 30/03/2010, Salviani, Rv. 246558; Sez. 2, Sentenza n. 19148 del 19/04/2007, dep. 17/05/2007, Carmellino, Rv. 236406; Sez. 2, Sentenza n. 10987 del 17/02/2005, dep. 21/03/2005, Contini, Rv. 231327; Sez. 5, n. 4503 del 15/10/1997, dep. 02/12/1997, Pellegrino, Rv. 209663; Sez. 6, n. 4087 del 19/02/1997, dep. 08/05/1997, Bassi, Rv. 207402).

Principi analoghi si riscontrano in altre decisioni che, pur derogando al criterio della astratta gravità della pena edittale quale parametro da seguire in caso di continuazione fra reati, hanno affermato che, qualora il giudice ritenga di irrogare il minimo della pena, la pena base non può mai essere calcolata seguendo il criterio del massimo edittale, quando per uno dei reati in continuazione sia determinata una pena più elevata nel minimo, pur se non nel massimo (Sez. 6, Sentenza n. 44336 del 05/10/2004, dep. 12/11/2004, Mastrolorenzi, Rv. 230252; Sez. II, n. 47676 del 17/10/2003, dep. 12/12/2003, Mbacke, Rv. 227690; Sez. 6, Sentenza n. 18173 del 04/11/2002, dep. 16/04/2003, Broccolo, Rv. 225186; Sez. 5, n. 1749 del 19/04/1999, dep. 18/05/1999, Schirra, Rv. 213211).

Attesa l'identità di *ratio* esistente tra il concorso formale e la continuazione fra i reati e il concorso di circostanze aggravanti, istituiti tutti volti a mitigare il rigore del cumulo materiale delle pene, è possibile concludere che costituisce un principio di carattere generale, valido anche nel caso disciplinato dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., quello in base al quale, in caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale, qualora una di esse sia punita con una pena più elevata nel massimo e l'altra con una pena più elevata nel minimo, la sanzione da irrogare in concreto non può essere inferiore a quest'ultima previsione edittale.

E', quindi, possibile affermare il seguente principio di diritto: *in caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale (art. 63, comma quarto, cod. pen.), l'individuazione della circostanza più grave sulla base del massimo della pena astrattamente prevista non può comportare, in presenza*

di un'altra aggravante il cui limite minimo sia più elevato, l'irrogazione di una pena ad esso inferiore.

Alla luce di tali principi, nel caso di specie, la pena di cinque anni di reclusione irrogata dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Genova, pur se conseguente all'erronea individuazione della recidiva ex art. 99, comma quinto, cod. pen. quale circostanza aggravante più grave ai fini di cui all'art. 63, comma quarto, cod. pen., è stata correttamente determinata, in quanto non inferiore al minimo stabilito dalla legge per l'aggravante ad efficacia speciale in concorso con quella (art. 628, comma primo, n. 3, cod. pen.) per la quale è contemplata in astratto una sanzione più elevata.

10. Per tutte queste ragioni s'impone il rigetto del ricorso del Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso il 24 febbraio 2011.

Il Componente estensore
Margherita Cassano

Il Presidente
Ernesto Lupo

Depositata in data 24 maggio 2011