



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

Composta da:

Ernesto Lupo

- Presidente -

Sent. n. sez. 8

Giuseppe Maria Cosentino

CC – 24/02/2011

Claudia Squassoni

R.G.N. 42266/2009

Filiberto Pagano

N° DEP.: 17386/2011

Mario Rotella

Francesco Ippolito

Vincenzo Romis

- Relatore -

Giovanni Conti

Margherita Cassano

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Naccarato Carmelo, nato a Scalea il 18/04/1941;

avverso l'ordinanza del 20/07/2009 del Tribunale di Paola, sez. dist. di Scalea;

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Vincenzo Romis;

lette le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Antonio Mura, che ha concluso chiedendo l'annullamento senza rinvio.

RITENUTO IN FATTO

1. Il 17 luglio 2009 Carmelo Naccarato veniva tratto in arresto, insieme con Maria Agnone, in flagranza del reato di cui agli artt. 56, 110 cod. pen., 6, comma 1, lett. a), d.l. 6 novembre 2008 n. 172, conv. nella legge 30 dicembre 2008, n. 210.

In pari data il Pubblico ministero presentava gli imputati al dibattimento innanzi al Tribunale in composizione monocratica per la convalida dell'arresto e per il giudizio direttissimo, avanzando contestualmente richiesta di applicazione della misura cautelare dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria.

Con ordinanza del 20 luglio 2009 il Tribunale di Paola, sezione distaccata di Scalea, non convalidava l'arresto della Agnone, mentre convalidava l'arresto del Naccarato, applicando la misura dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e disponendo procedersi immediatamente al giudizio direttissimo nei suoi confronti in relazione al delitto per il quale l'arresto era stato convalidato.

Rilevato che i fatti di cui all'imputazione risultavano ampiamente provati - e richiamato il decreto in data 18 dicembre 2008 con il quale il Presidente del Consiglio dei ministri ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 2, legge 24 febbraio 1992, n. 225, lo stato d'emergenza nel settore dei rifiuti urbani nel territorio della Regione Campania - il giudicante affrontava il tema relativo alla questione giuridica concernente la legittimità dell'arresto.

Rilevava al riguardo che il delitto ipotizzato a carico degli indagati - punito nella forma consumata con la reclusione fino a tre anni e sei mesi, con possibilità quindi dell'arresto facoltativo in flagranza - era stato contestato nella forma tentata: di tal che, alla luce del richiamo all'art. 278 cod. proc. pen. operato dall'art. 379 cod. proc. pen., e tenuto conto dell'autonomia del reato tentato rispetto a quello consumato, nella determinazione della pena doveva tenersi conto della riduzione di un terzo prevista dall'art. 56 cod. pen.

Ciò posto, osservava che l'arresto non avrebbe potuto essere eseguito nei confronti della Agnone, in quanto, con la riduzione ai sensi dell'art. 56 cod. pen., la pena edittale risultava pari ad anni due e mesi quattro di reclusione; mentre a diversa conclusione doveva giungersi per il Naccarato, nei confronti del quale il p.m. aveva contestato la recidiva reiterata, <<recidiva effettivamente esistente, come risulta[va] dalla lettura del certificato del casellario giudiziale in atti>>.

Il Tribunale dava conto del proprio convincimento così argomentando: *a)* l'art. 278 cod. proc. pen. stabilisce che ai fini dell'applicazione delle misure cautelari (e, per effetto del richiamo operato dall'art. 379 cod. proc. pen., anche di quelle precautelari), si ha riguardo al massimo della pena prevista per ciascun reato consumato o tentato, non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma primo, n. 5, cod. pen., dell'attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4 cod. pen. e delle circostanze ad effetto speciale; *b)* come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, nell'ipotesi del tentativo il limite sanzionatorio di cui sopra deve essere calcolato con riferimento al <<delitto circostanziato tentato>> e non al <<delitto tentato circostanziato>>, con la

conseguenza che la riduzione minima di un terzo prevista dall'art. 56 cod. pen. deve essere applicata solo dopo che siano stati calcolati gli aumenti di pena derivanti dalla sussistenza delle aggravanti comuni o speciali; c) al Naccarato era stata contestata la recidiva reiterata ex art. 99, comma quarto, cod. pen.: per tale aggravante, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, è previsto un aumento di pena della metà; d) la pena per il delitto consumato per cui si procedeva, aumentata per la recidiva, era quindi pari a mesi 63: pena da ridursi di un terzo, trattandosi di tentativo (ex art. 56 cod. pen.); e) la pena per il delitto circostanziato tentato era quindi pari a mesi 42 (anni 3 e mesi 6); f) sussisteva dunque il limite di pena per procedere all'arresto ex art. 381 cod. proc. pen., <<ciò senza considerare che, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 251 del 2005, la recidiva reiterata comporta un aumento superiore ad un terzo, e dunque della stessa deve tenersi conto ai fini della determinazione della pena massima giusta il combinato disposto degli artt. 278 e 379 cod. proc. pen.>>; g) l'arresto del Naccarato era pertanto consentito, oltre che giustificato dalla personalità e pericolosità dello stesso alla luce dei precedenti penali di cui risultava gravato.

2 Avverso l'ordinanza di convalida dell'arresto il Naccarato ha proposto ricorso per cassazione ex artt. 391, comma 4, e 606, comma 1, lett. b) e c), cod. proc. pen., deducendo <<inosservanza o erronea applicazione degli artt. 278, 381, comma 1, 379 cod. proc. pen., 56, 63, 99, 70, cod. pen., 14 r.d. 16 marzo 1942, n. 262>>.

Richiamando la sentenza Simioli delle Sezioni unite penali, il ricorrente sottolinea che l'art. 278 cod. proc. pen. (operativo per le misure precautelari in forza dell'art. 379 cod. proc. pen.) pone regole di portata generale e di indiscriminata osservanza, indica le circostanze di reato da prendere in considerazione, escludendo ogni rilevanza alle circostanze di reato diverse da quelle specificamente indicate, impone la stretta osservanza delle regole e delle eccezioni da esso previste, eccezioni che, come quella relative alle circostanze ad effetto speciale, non sono estensibili ex art. 14 preleggi. Precisa il ricorrente che, secondo l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, la recidiva, pur potendo comportare in alcune ipotesi un aumento della pena superiore a un terzo, è una circostanza inerente alla persona del colpevole (art. 70 cod. pen.) e non già ad effetto speciale; il fatto che essa, in qualche sua figura (sia prima che dopo l'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005), comporti un aumento di pena superiore a un terzo (ponendosi per tale aspetto come una circostanza aggravante ad effetto speciale perché gli effetti dell'aumento di pena possono essere gli stessi), non significa coincidenza tra recidiva, nella specie reiterata, e circostanza aggravante ad effetto speciale: quest'ultima

è indicata dall'art. 63, comma terzo, seconda parte, cod. pen. come circostanza che importa un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo, laddove la recidiva è qualificata dall'art. 70 cod. pen. come circostanza inerente alla persona del colpevole. L'aggravante ad effetto speciale modifica il disvalore del fatto criminoso, rendendolo maggiormente offensivo, pertanto l'art. 278 cod. proc. pen. impone di <<tener conto delle circostanze di cui all'art. 63, comma terzo, cod. pen., ma espressamente esclude invece dal conto, all'evidente scopo di evitare una lievitazione sproporzionata della pena con conseguente estensione di applicabilità delle misure [...], l'aumento di pena collegato a fatti accessori quale è la contestazione della recidiva o della continuazione>>; applicando invece l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata, viene violata la regola generale di cui al secondo periodo, prima parte, del comma 1 dell'art. 278 cod. proc. pen., alterando la riserva di legge (art. 272 cod. proc. pen.) che presidia la limitazione delle libertà della persona.

3. La Terza Sezione penale - alla quale il procedimento era stato assegnato *ratione materiae* - con ordinanza del 2 luglio 2010 ha disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen.

L'ordinanza rileva che il ricorso prospetta la questione se nel computo della pena edittale, ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza, ai sensi degli artt. 381 e 379 cod. proc. pen., e più in generale agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, ai sensi dell'art. 278 cod. proc. pen., debba tenersi conto o meno della recidiva reiterata: infatti la sanzione per il delitto tentato ascritto al Naccarato raggiunge la soglia che legittima l'intervento precautelare soltanto se nel calcolo si tiene conto della recidiva reiterata, che - a norma dell'art. 99, comma quarto, cod. pen. (come novellato dalla legge n. 251 del 2005) - comporta un aumento della metà della pena edittale.

L'ordinanza stessa evidenzia quindi che detta questione appare suscettibile di ricevere due diverse soluzioni interpretative.

3.1. La soluzione adottata dal provvedimento impugnato è nel senso che nella determinazione della pena massima, ai fini della legittimità dell'arresto facoltativo in flagranza, deve tenersi conto dell'aumento di pena (della metà della pena edittale) previsto per la recidiva reiterata dall'art. 99, comma quarto, cod. pen.. Ai sensi del nuovo testo di tale disposizione, la recidiva reiterata, comportando un aumento di pena della metà, costituirebbe una circostanza ad effetto speciale ai sensi dell'art. 63, comma terzo, cod. pen.; sicché, rientrando tra le eccezioni indicate nella seconda parte dell'art. 278 cod. proc. pen., di essa si dovrebbe tener conto per determinare la pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari.

Secondo l'orientamento in questione, la modifica introdotta dalla legge n. 251 del 2005, nel trasformare la recidiva reiterata in circostanza ad effetto speciale, avrebbe inciso anche sul significato e sulla portata dell'art. 278 cod. proc. pen., dovendo ora trovare applicazione con riferimento ad essa la regola speciale della seconda parte del secondo periodo dell'articolo menzionato.

3.2. E' tuttavia ben possibile e plausibile, osserva l'ordinanza di rimessione, una diversa soluzione interpretativa, nel senso che <<per determinare, ai sensi dell'art. 278 cod. proc. pen., la pena agli effetti della applicazione delle misure cautelari e precautelari, non si deve mai tener conto della recidiva, nemmeno qualora la stessa (come nel caso di recidiva reiterata) importi un aumento di pena superiore ad un terzo e quindi sia classificabile come circostanza ad effetto speciale>>. Tale interpretazione si basa, in primo luogo, sulla lettera della disposizione. La norma applicabile alla recidiva (di qualsiasi tipo essa sia) è la norma generale contenuta nella prima parte dell'art. 278 cod. proc. pen. e non la norma speciale contenuta nella seconda parte, che riguarda solo alcune circostanze tra le quali non rientra la recidiva: è ragionevole pensare che se il legislatore avesse voluto che si tenesse conto della recidiva allorché essa costituisca una circostanza ad effetto speciale, non avrebbe fatto espresso riferimento alla stessa nella prima parte della disposizione, perché sarebbe stato sufficiente attribuirle il trattamento previsto in generale per le circostanze (con applicazione della norma speciale che include nel computo quelle ad effetto speciale). Detta interpretazione sembrerebbe inoltre confortata dalla considerazione che, costituendo la seconda parte della disposizione una regola speciale che fa eccezione alla regola generale di cui alla prima parte, la stessa, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, non può essere applicata oltre i casi in essa considerati, il che induce ad escludere, nel dubbio, anche un'interpretazione estensiva; pertanto, il riferimento alle circostanze ad effetto speciale contenuto nella norma speciale andrebbe interpretato restrittivamente, nel senso che esso riguarda le circostanze diverse dalla recidiva, che è espressamente disciplinata solo dalla norma generale. Per le stesse ragioni non potrebbe ritenersi che il significato e la portata dell'art. 278 cod. proc. pen. siano stati implicitamente modificati dalla nuova disciplina sulla recidiva introdotta dalla legge n. 251 del 2005.

Osserva ancora l'ordinanza di rimessione che l'interpretazione in esame potrebbe essere confermata dalla *ratio* dell'art. 278 cod. proc. pen., <<che appare essere quella che, ai fini dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari, si debba tener conto delle circostanze (in senso lato) che aggravano il disvalore del fatto criminoso in sé considerato e non anche di quelle che non incidono sulla gravità del fatto in sé, come appunto la continuazione o la recidiva, quale che sia poi l'aumento di pena determinato da quest'ultima>>. Ai

fini della questione controversa, sarebbe quindi irrilevante, in questa prospettiva, il fatto che la recidiva costituisca una circostanza ad effetto speciale, oltre che una circostanza inerente alla persona del colpevole, così come irrilevante sarebbe la giurisprudenza relativa all'art. 157, comma secondo, cod. pen., che fa riferimento alle circostanze ad effetto speciale, ma che non pone una specifica norma per la recidiva.

3.3. Sottolineata la plausibilità delle soluzioni interpretative, l'ordinanza di rimessione evidenzia che <<sul punto appare essere in atto un contrasto di giurisprudenza e comunque la questione di diritto può dar luogo ad un contrasto di giurisprudenza>>, tanto da consigliare la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., per la soluzione della questione così precisata: <<se, ai fini della determinazione della pena agli effetti delle misure cautelari e precautelari, debba tenersi conto della recidiva reiterata, in quanto circostanza ad effetto speciale, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 278 cod. proc. pen., ovvero non debba tenersene conto, ai sensi della norma generale dettata dalla prima parte dell'art. 278 cod. proc. pen.>>.

4. Con decreto del 21 ottobre 2010, il Primo presidente ha assegnato il ricorso in esame alla Sezione unite, fissando per la trattazione la camera di consiglio del 16 dicembre 2010, poi rinviata all'odierna udienza.

5. Con requisitoria in data 24 novembre 2010, il Procuratore generale ha rassegnato le conclusioni scritte chiedendo l'annullamento senza rinvio dell'impugnato provvedimento, dando conto del convincimento così espresso con il richiamo al principio generale del *favor libertatis* in materia di libertà personale ed al tenore testuale dell'art. 278 cod. proc. pen., fermo restando l'inquadramento della recidiva reiterata fra le circostanze ad effetto speciale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: <<*se, nel computo della pena edittale, ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza, e più in generale per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, debba tenersi conto o meno della recidiva reiterata contestata*>>.

1.1. Il quadro giurisprudenziale che si è delineato sulla questione giuridica controversa – ivi comprese talune decisioni che hanno riguardato la questione stessa solo in modo indiretto – può essere sinteticamente illustrato come segue.

1.2. Nel senso favorevole al riconoscimento della rilevanza della recidiva reiterata specifica infraquinquennale si è espressa Sez. 2, n. 29142 del

10.7.2008, dep. 14/7/2008, Major, non massimata: pronunciandosi sul motivo di ricorso relativo alla dedotta violazione dell'art. 304, comma 1, cod. proc. pen., la sentenza non ha proposto l'argomentare dell'ordinanza del Tribunale di Paola oggetto del presente giudizio, ma si è limitata ad affermare la rilevanza della recidiva nell'ipotesi di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., qualora ricorrano congiuntamente le circostanze indicate al comma 2, nn. 1 e 2, della medesima disposizione.

1.3. In altre occasioni, le decisioni della Suprema Corte hanno richiamato l'art. 278 cod. proc. pen., evidenziando l'esclusione della recidiva nella determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari: in proposito va segnalata Sez. 6, n. 21546 del 15/04/2009, dep. 22/05/2009, Passaretti (non massimata), secondo cui l'art. 278 cod. proc. pen. <<dispone che, agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari personali, non si deve tener conto della recidiva e delle circostanze del reato, ad eccezione della circostanza aggravante prevista all'art. 61, comma primo, n. 5, cod. pen. e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen., nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena diversa da quella ordinaria del reato e di quelle a effetto speciale>>.

Nella medesima prospettiva può ricordarsi il *dictum* della Corte costituzionale - sent. n. 223 del 2006 - secondo cui <<l'art. 303 del codice di rito, oggetto di censura nel presente giudizio, prevede [...] due metodi di calcolo, riferiti a fasi e situazioni processuali diverse, secondo precise scelte del legislatore. Il primo fa riferimento, ai sensi dell'art. 278 cod. proc. pen., alla pena edittale prevista per il reato in contestazione, senza tener conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze, fatta eccezione dell'aggravante di cui all'art. 61, comma primo, n. 5, cod. pen. e dell'attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, dello stesso codice, nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e di quelle ad effetto speciale. Il secondo criterio è basato invece sulla pena concretamente irrogata con la sentenza di primo grado o di appello, e si applica ovviamente nelle fasi processuali successive alle suddette pronunce>>.

2. L'ordinanza impugnata richiama Sez. 5, n. 696 del 7.2.2000, dep. 20/03/2000, Conte, Rv. 215719, che ha affermato il principio di diritto secondo cui in forza del rinvio all'art. 278 cod. proc. pen. contenuto nell'art. 379 cod. proc. pen., ai fini dell'applicazione delle norme sull'arresto in flagranza, si deve avere riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, sicché, in ragione dell'autonomia del reato tentato, non è consentito l'arresto in flagranza per delitti tentati per i quali, in applicazione dell'art. 56 cod.

pen., non risulti comminata una pena superiore nel massimo a tre anni di reclusione.

Sul computo della pena in presenza di fattispecie circostanziata, il provvedimento impugnato richiama poi Sez. 1, n. 4298 del 14.7.1998, Caputo, Rv. 211427; con tale decisione è stato enunciato il principio di diritto così massimato: <<In tema di misure cautelari valgono, anche ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, i criteri dettati dall'art. 278 cod. proc. pen. per la determinazione della pena. Nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il computo dei termini indicati dall'art. 303 stesso codice deve dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'art. 56 cod. pen.>>.

Analogamente, Sez. 4, n. 1611 del 21/05/1996, dep. 12/10/1996, Raza, Rv. 205678, pure richiamata dall'ordinanza impugnata, ha precisato che in materia di individuazione dei limiti di pena, anche per quanto riguarda l'individuazione dei termini massimi di durata della custodia cautelare, in caso di ricorrenza di circostanze aggravanti, la pena per il delitto tentato deve essere calcolata facendo riferimento al delitto circostanziato tentato e non al delitto tentato circostanziato; deve cioè operarsi la diminuzione di pena prevista per il tentativo dopo aver calcolato gli aumenti per le circostanze aggravanti, siano esse ordinarie che ad effetto speciale o punite con pena autonoma.

2.1. Il ricorrente, come sopra accennato, richiama Sez. U., n. 19, del 01/10/1991, dep. 16/11/1991, Simioli, Rv. 188582, che ha affermato il principio così massimato: <<Agli effetti dell'applicazione o della revoca delle misure cautelari personali occorre fare esclusivo riferimento, in ogni fase e grado del processo, ai principi enunciati dall'art. 278 cod. proc. pen. che negano ogni rilevanza in materia alle attenuanti diverse da quelle di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. e, di conseguenza, al giudizio di comparazione eventualmente effettuato. Pertanto, dopo una sentenza di condanna, per determinare la pena edittale agli effetti della verifica della sussistenza delle condizioni alle quali l'art. 280 cod. proc. pen. subordina l'applicazione delle misure coercitive personali, non hanno alcun rilievo le statuizioni della sentenza di condanna che attengono esclusivamente alla pena senza incidere sulla qualificazione giuridica del reato, come la possibile concessione di attenuanti diverse da quelle previste dall'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. e il giudizio di comparazione eventualmente effettuato dal giudice di merito>>.

Mette conto sottolineare che alla sentenza Simioli si è poi ricollegata Sez. U., n. 1 del 26/02/1997, dep. 27/06/1997, Mammoliti, Rv. 207939, secondo

cui <<ai fini sia dell'art. 303, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., sia dell'art. 300, comma 4, stesso codice, nel caso di condanna per più reati avvinti dalla continuazione, per alcuni dei quali soltanto (nella specie per i reati satelliti) mantenga efficacia la custodia cautelare, per 'condanna' e per 'pena inflitta' devono, rispettivamente, intendersi la condanna e la pena inflitte per questi ultimi reati, e non la condanna e la pena inflitte per l'intero reato continuato, in quanto l'unificazione legislativa di più reati nel reato continuato va affermata là dove vi sia una disposizione apposita in tal senso o dove la soluzione unitaria garantisca un risultato favorevole al reo, non potendo dimenticarsi che il trattamento di maggior favore per il reo è alla base della 'ratio' del reato continuato>>; in motivazione, la sentenza Mammoliti ha osservato che la norma di cui all'art. 278 cod. proc. pen. <<dopo aver previsto che, 'agli effetti della applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato', aggiunge, tra l'altro, che 'non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione' ... ecc., norma che queste Sezioni unite hanno interpretato, con la sentenza 1° ottobre 1991, Simioli, nel senso che la stessa pone regole di generale portata e di indiscriminata osservanza in materia di custodia cautelare>>.

In un successivo arresto, le Sezioni Unite (n. 23381, del 31/05/2007, dep. 14/06/2007, Keci) hanno puntualizzato il quadro normativo nel quale si inseriva la sentenza Simioli, affermando il seguente principio: <<In tema di durata della custodia cautelare, ai fini della individuazione del termine di fase allorché vi sia stata sentenza di condanna, in primo o in secondo grado, occorre aver riguardo alla pena complessivamente inflitta per tutti i reati per i quali è in corso la misura della custodia cautelare, e quindi alla pena unitariamente quantificata a seguito dell'applicazione del cumulo materiale o giuridico per effetto del riconoscimento del vincolo della continuazione>>.

All'argomentare della sentenza Keci si è poi ricollegata Sez. U, n. 25956 del 26/03/2009, dep. 22/06/2009, Vitale, che, in motivazione, si è soffermata sull'art. 278 cod. proc. pen., sottolineando che tale disposizione <<si riferisce ai criteri di determinazione della pena astrattamente stabilita dal legislatore con riferimento alle condizioni di applicabilità delle misure, di cui all'art. 280 cod. proc. pen.; nonché alla durata dei termini di fase prima della sentenza di condanna, di cui all'art. 303, comma 1, lett. a), b), b-bis), cod. proc. pen. [...]; mentre a tale criterio di riferibilità edittale succede quello della pena in concreto inflitta dopo la pronuncia della sentenza di condanna in primo e secondo grado (art. 303, comma 1, lett. c) e d), cod. proc. pen.)>>.

La sentenza della Sez. 6, n. 1485 del 22.11.1994, dep. 13/02/1995, Dell'Anna, richiamata anche dal ricorrente, si è così espressa: <<La recidiva, pur potendo comportare in alcune ipotesi un aumento della pena superiore ad un

terzo (art. 99, secondo capoverso, cod. pen.), è una circostanza inerente alla persona del colpevole (art. 70 cod. pen.), e non già ad effetto speciale. Conseguentemente, ove essa concorra con una circostanza aggravante ad effetto speciale, dovrà farsi luogo ad un duplice aumento di pena, non potendo trovare applicazione l'art. 63, terzo capoverso, cod. pen., secondo il quale si applica solo la pena stabilita per la circostanza più grave>>. In motivazione, la sentenza Dell'Anna ha osservato che <<la peculiarità della recidiva come circostanza aggravante viene [...] evidenziata dall'art. 70 cod. pen., il quale dopo aver classificato e individuato le circostanze in oggettive e soggettive definisce la recidiva come circostanza inerente la persona del colpevole. La recidiva, quindi, in quanto circostanza aggravante del tutto peculiare non è assoggettabile alla disciplina prevista per le altre circostanze aggravanti ove il legislatore non ne abbia fatto esplicita menzione>>.

Alla sentenza Dell'Anna si è più di recente ricollegata Sez. 2, n. 11105 del 4/3/2009, dep. 12/3/2009, Campana, che ha escluso che alla recidiva, pur nelle ipotesi in cui comporta l'aumento di pena superiore ad un terzo, possa riconoscersi natura di aggravante ad effetto speciale.

2.2. Nel senso della riconducibilità di alcune ipotesi di recidiva nell'ambito delle circostanze ad effetto speciale, si collocano, in particolare, tre pronunce, ossia: Sez. 5, n. 22619 del 24/03/2009, dep. 29/05/2009. Baron, Rv. 244204; Sez. 2, n. 19565 del 09/04/2008, dep. 15/05/2008, Rinallo, Rv. 240409; Sez. 2, 40978 del 21/10/2008, dep. 03/11/2008, Coviello, Rv. 242245.

La sentenza Coviello ha affermato il principio in forza del quale <<la recidiva reiterata, che è circostanza aggravante a effetto speciale, rileva, se contestata e ritenuta dal giudice, ai fini della determinazione del tempo necessario alla prescrizione del reato>>. In motivazione, detta decisione prende consapevolmente le distanze dall'impostazione seguita dalla sentenza Dell'Anna.

Anche la sentenza Rinallo ha fatto riferimento alla recidiva reiterata quale circostanza aggravante ad effetto speciale.

Nella stessa prospettiva, la sentenza Baron ha affermato il principio così massimato: <<La recidiva reiterata ha natura di circostanza aggravante a effetto speciale rilevante ai fini del tempo necessario alla prescrizione con conseguente allungamento dei termini prescrizionali; ciò, peraltro, non determina la violazione dell'art. 3 Cost. - non sussistendo uguaglianza di situazioni tra il soggetto incensurato e colui che, invece, abbia riportato precedenti condanne e sia incolpato di un nuovo delitto - e nemmeno quella dell'art. 111 Cost., in quanto non è irragionevole che la durata del processo abbia termini più lunghi per l'imputato recidivo rispetto a quelli previsti per eventuali coimputati non recidivi>>. In motivazione, la sentenza Baron ricorda la sentenza delle Sezioni unite Paolini, di cui appresso si dirà, e così argomenta: <<è agevole rilevare che

anche nel nuovo sistema la recidiva è presa in considerazione per la determinazione della pena, e quindi per la sua misura, da applicarsi in astratto o in concreto, sicché resta fermo che la recidiva continua a costituire una circostanza aggravante e, qualora sia così qualificata, ai sensi dei commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen., una circostanza aggravante ad effetto speciale, di cui si deve tener conto ai fini della prescrizione>>; tale indirizzo, sottolinea la sentenza Baron, è stato ripreso anche dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 34 del 2009 che ha affermato che <<secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, l'aumento di pena previsto in caso di recidiva reiterata infraquinquennale, essendo questa una circostanza aggravante ad effetto speciale, deve essere calcolato ai fini della determinazione del termine ordinario di prescrizione ai sensi dell'art. 157, secondo comma, cod. pen.>>.

La sentenza delle Sezioni unite n. 3152 del 31/01/1987, dep. 16/03/1987, Paolini - evocata, come detto, nella sentenza Baron - ha affermato il principio in forza del quale <<la recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, in quanto essa, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato>>. In motivazione, la sentenza precisa che <<dalla disciplina legislativa della recidiva si può trarre la conclusione che essa è una 'circostanza aggravante' *sui generis*, che ha rilevanza solo quando sia presa in considerazione la misura della pena, mentre non produce alcun effetto sulla quantità del fatto-reato, al quale resta estranea>>.

Un riferimento alla recidiva specifica ex art. 99, comma secondo, cod. pen., quale circostanza ad effetto speciale, caratterizza Sez. 1, n. 18513 del 17/03/2010, dep. 17/05/2010, Amantonico, Rv. 247202.

3. Così descritto il quadro giurisprudenziale, mette conto sottolineare che il giudice della convalida dell'arresto del Naccarato ed il ricorrente si sono particolarmente e diffusamente soffermati sulla natura giuridica della recidiva reiterata – pervenendo ad opposte conclusioni – muovendo evidentemente entrambi dal presupposto che la soluzione della questione *de qua* dipenderebbe dalla riconducibilità, o meno, della recidiva, di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., nella categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale.

Orbene, va subito precisato che, ai fini della soluzione della specifica questione in oggetto, e per quanto di seguito si avrà modo di chiarire ulteriormente, la natura giuridica della recidiva reiterata risulta irrilevante.

Per completezza argomentativa va peraltro affermato che la recidiva, nelle ipotesi in cui comporta un aumento della pena superiore ad un terzo, determina certamente gli effetti propri di una circostanza aggravante ad effetto speciale (secondo il principio enunciato da queste Sezioni unite – con specifico riferimento

alla recidiva di cui all'art. 99, comma quinto, cod. pen. – con la sentenza con la quale, all'odierna udienza, è stato deciso il ricorso relativo al procedimento a carico di Indelicato Piero cui pertanto si rimanda per la compiuta disamina del tema): il che non è assolutamente incompatibile con la natura di <<circostanza inerente alla persona del colpevole>> che il legislatore (art. 70 cod. pen.) ha espressamente attribuito alla recidiva (in genere).

3.1. Il quesito qui in esame trova, invero, soluzione innanzi tutto nella lettera delle norme di riferimento, vale a dire gli artt. 278 e 379 cod. proc. pen.: il primo indica i criteri per la <<determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari>>; il secondo richiama espressamente lo stesso art. 278 cod. proc. pen. ai fini della determinazione della pena agli effetti delle disposizioni del Titolo Sesto del codice di rito, in cui sono contenute le disposizioni che disciplinano l'arresto in flagranza ed il fermo.

Il dato testuale della formulazione dell'art. 278 cod. proc. pen. non lascia spazio a dubbi di sorta laddove è previsto che <<ai fini dell'applicazione delle misure [...] non si tiene conto della recidiva", mentre occorre tener conto <<delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale>>. Nella norma in esame risultano dunque specificamente indicate sia la recidiva che le circostanze ad effetto speciale, con valenza opposta ai fini del calcolo della pena agli effetti dell'applicazione delle misure: di tal che, qualsiasi interpretazione finalizzata a far rientrare – agli effetti specifici dell'art. 278 cod. proc. pen. – la recidiva reiterata nella categoria delle circostanze ad effetto speciale, risulta irrimediabilmente inficiata dall'inequivocabile dato letterale. Non solo. Il secondo periodo dell'art. 278 cod. proc. pen. consta a sua volta di due parti: la prima, di carattere generale, è quella applicabile alla recidiva; la seconda – speciale, che inizia dalle parole <<fatta eccezione>> – riguarda solo alcune circostanze tra le quali rientrano anche quelle ad effetto speciale: orbene, è ragionevole ritenere che se il legislatore, nel formulare l'art. 278 cod. proc. pen., avesse voluto attribuire rilievo alla recidiva, allorché essa comporta un aumento di pena superiore ad un terzo (così considerandola quale aggravante ad effetto speciale anche ai fini specifici dell'art. 278 cod. proc. pen.), non vi sarebbe stata alcuna necessità di un espresso riferimento alla stessa nella prima parte (del secondo periodo) della disposizione, posto che la norma speciale (seconda parte del secondo periodo) include nel computo della pena le aggravanti ad effetto speciale. A ciò aggiungasi che, costituendo la seconda parte (del secondo periodo) della disposizione una regola speciale che fa eccezione alla regola generale di cui alla prima parte, la stessa, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi - e come osservato anche nell'ordinanza di rimessione - non può essere applicata

oltre i casi in essa considerati: ulteriore ragione per escludere un'interpretazione estensiva.

Ne deriva che il riferimento alle circostanze ad effetto speciale, contenuto nella seconda parte del secondo periodo dell'art. 278 cod. proc. pen., deve essere interpretato restrittivamente, nel senso che esso riguarda le circostanze diverse dalla recidiva, che è espressamente disciplinata solo dalla parte generale.

Né può ritenersi che il significato e la portata dell'art. 278 cod. proc. pen. siano stati implicitamente modificati dalla nuova disciplina sulla recidiva introdotta dalla legge n. 251 del 2005. Ed invero, appare del tutto condivisibile quanto in proposito argomentato nell'ordinanza di rimessione, laddove è stato evidenziato che le innovazioni introdotte con tale novella non offrono alcun aggancio per ritenere che la modifica dell'art. 99 cod. pen. abbia determinato anche una significativa e sostanziale modifica dell'art. 278 cod. proc. pen.

3.2. Al di là del dato letterale, l'interpretazione che queste Sezioni unite ritengono di dover privilegiare risulta poi confortata da ulteriori argomenti (che, come accennato, prescindono comunque dalla riconducibilità della recidiva reiterata nell'ambito delle circostanze aggravanti ad effetto speciale).

E' opportuno innanzi tutto por mente alla significativa evoluzione della disciplina di cui all'art. 278 cod. proc. pen.

Nell'originaria versione codicistica, la disciplina relativa alla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari dava attuazione alla direttiva di cui all'art. 2 n. 59 della legge-delega, estendendone la portata anche alle misure interdittive, oltre che a quelle coercitive per le quali soltanto la direttiva risulta espressamente dettata; l'impostazione del legislatore emerge con chiarezza dalle indicazioni offerte dalla *Relazione al codice*: <<L'articolo 278 è costruito sulla falsariga dell'art. 255 cod. proc. pen., tenendosi conto del carattere vincolato che, almeno per una sua parte, la disciplina veniva ad assumere, in relazione ai criteri rigidamente fissati dalla direttiva 59 della legge-delega, del resto in armonia con quanto appunto previsto dalla normativa attuale. Tra le poche varianti – a parte quelle che si risolvono in una mera differenziazione stilistica nella costruzione della frase – si segnalano, da un lato l'esplicita sottolineatura dell'ininfluenza della continuazione nel computo della pena da calcolare, dall'altro l'omissione del riferimento alla rilevanza della circostanza della minore età (che, essendo esclusiva dei processi contro minorenni, si è ritenuto dovesse essere menzionata soltanto nelle disposizioni specificamente concernenti, appunto, il processo penale minorile)>>.

La tecnica normativa utilizzata dal legislatore delegato nella redazione dell'art. 278 cod. proc. pen. era stata apprezzata da quella dottrina che aveva sottolineato lo <<stacco della recidiva, citata autonomamente ed anticipatamente rispetto alle circostanze del reato, anche al fine di evitare devianti deduzioni

dogmatiche sostanziali nascenti dal legame, in deroga, rispetto alle circostanze ad effetto speciale>>.

L'assetto delineato dalla direttiva n. 59 della legge-delega (e codificato nell'art. 278 cod. proc. pen.), d'altra parte, era pienamente in linea con la direttiva n. 32, che, in tema di arresto in flagranza, espressamente escludeva la rilevanza della recidiva in sede di determinazione della pena ai fini dell'adozione della misura precautelare.

Una discontinuità rispetto all'assetto delineato dal legislatore codicistico fu sancita dal primo intervento novellatore sull'art. 278 cod. proc. pen., ossia dal d.l. 1° marzo 1991, n. 60 (recante <<Interpretazione autentica degli articoli 297 e 304 del codice di procedura penale e modifiche di norme in tema di durata della custodia cautelare>>), convertito, con modificazioni, nella legge 22 aprile 1991, n. 133: soppresso, nel corpo del secondo periodo, il riferimento alla recidiva, veniva aggiunto un ulteriore periodo, in forza del quale doveva tenersi conto della recidiva nel caso previsto dall'art. 99, comma quarto, cod. pen., nel caso ricorressero congiuntamente le circostanze indicate nel comma secondo, nn. 1 e 2, dello stesso articolo. In forza del rinvio sancito dall'art. 379 cod. proc. pen., la modifica introdotta dal legislatore del 1991 investiva naturalmente anche la disciplina della determinazione della pena ai fini dell'adozione delle misure precautelari; proprio su quest'ultimo terreno furono prospettati in dottrina rilievi problematici connessi al concreto esercizio del potere coercitivo: si osservò infatti che sembrava <<difficile che, quantomeno in materia di arresto, la recidiva [potesse] svolgere il "ruolo" riconosciutole dall'art. 278 cod. proc. pen., implicando essa una conoscenza dei precedenti penali del reo che di norma non si ha al momento della flagranza del reato>>.

Successivamente, l'art. 6 della legge 8 agosto 1995, n. 332 (recante <<Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa>>), ha reintrodotto nel corpo del secondo periodo dell'art. 278 cod. proc. pen., il riferimento alla recidiva, sopprimendo, nella medesima disposizione, la parola <<aggravanti>>; veniva altresì abrogato l'ultimo periodo dell'articolo in esame, introdotto dal legislatore del 1991. La modifica, come sottolineato in dottrina, era di segno diametralmente opposto al precedente intervento.

La complessa novella di cui alla legge 5 dicembre 2005, n. 251, come innanzi si è già avuto modo di accennare, non ha investito le disposizioni di cui agli artt. 278 e 379 cod. proc. pen.

Anche la dottrina successiva alle modifiche introdotte con la legge n. 251 del 2005, pur non affrontando espressamente la questione qui in esame, ha escluso la rilevanza della recidiva in sede di determinazione della pena ex art. 278 cod. proc. pen.

Ancora, assume certamente rilievo la "facoltatività" della recidiva reiterata, affermata e più volte ribadita nella giurisprudenza di legittimità secondo un consolidato indirizzo interpretativo, ancorato anche alle indicazioni fornite dalla Corte Cost. con la sentenza n. 192 del 2007, ed avallato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 35738 del 27/05/2010, dep. 05/10/2010, Calibè, che, nel suo ampio e approfondito *iter* motivazionale, offre una chiara ricostruzione del regime di facoltatività/obbligatorietà delle diverse ipotesi delineate dall'art. 99 cod. pen.. A tale ultimo riguardo le Sezioni unite hanno rilevato, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen. il verbo "essere" sia utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento 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; conseguenze che sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo. Di qui la necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., che trova conferma nella 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". Oltre che maggiormente aderente al testo della legge, la soluzione interpretativa appare quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.

Anche la natura facoltativa della recidiva reiterata induce, dunque, ad escludere che della stessa debba tenersi conto nel computo della pena edittale ai fini dell'arresto in flagranza e, più in generale, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, essendo consentito al giudice di negare la rilevanza aggravatrice della recidiva reiterata ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione; e, con specifico riferimento all'arresto facoltativo in flagranza – che qui direttamente rileva in relazione al proposto ricorso – mette conto evidenziare che riconoscere valenza alla recidiva reiterata, ai fini del computo della pena edittale, comporterebbe, contro ogni logica giuridica per tutto quanto sopra argomentato (oltre che contro

il buon senso), l'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di reputare sussistente un'aggravante che – tenuto conto della natura facoltativa della stessa, nei termini dianzi precisati – il giudice potrebbe poi addirittura escludere (aggravante che peraltro implica una conoscenza dei precedenti penali del reo che di norma non si ha al momento della flagranza del reato).

3.3. Né la soluzione che queste Sezioni unite ritengono di dover adottare, per la questione in esame, può trovare ostacolo in quel filone giurisprudenziale secondo cui ai fini della prescrizione si dovrebbe tener conto della recidiva reiterata in quanto circostanza aggravante ad effetto speciale (così, tra le altre, le sentenze Baron, Rinallo e Coviello sopra illustrate).

Ed invero è sufficiente sottolineare che, a differenza dell'art. 278 cod. proc. pen., l'art. 157 cod. pen. non menziona nominativamente la recidiva nell'ambito delle circostanze di cui si debba o meno tener conto (ai fini della individuazione della pena stabilita dalla legge per determinare il tempo necessario a prescrivere), limitandosi ad attribuire invece rilievo alle <<aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale>>; di tal che, ai fini della prescrizione, alla recidiva – nei casi in cui la stessa comporta un aumento di pena superiore ad un terzo – sono stati dalla giurisprudenza riconosciuti gli effetti propri di ogni circostanza ad effetto speciale (come del resto si ricava implicitamente dall'art. 161, comma secondo, cod. pen.). Peraltro, il criterio della valutabilità in concreto della recidiva "non obbligatoria", con specifico riferimento alla prescrizione, è stato espressamente valorizzato da Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, dep. 11/12/2010, Karmaoui, Rv. 248714,): <<in tema di prescrizione del reato, quando il giudice abbia escluso la circostanza aggravante facoltativa della recidiva qualificata (art. 99, comma quarto, cod. pen.), non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la predetta circostanza deve ritenersi ininfluyente anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato>>; nella circostanza è stato condivisibilmente osservato che non vi sarebbe alcuna ragione per non applicare le conclusioni della sentenza Calibè <<anche al calcolo del tempo necessario alla maturazione della prescrizione (art. 157, comma secondo, e art. 161, comma secondo, cod. pen.) che, a ben vedere, costituisce anch'esso un effetto commisurativo della pena>>.

4. Conclusivamente, va affermato il seguente principio di diritto: <<Nel computo della pena edittale, ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza, e più in generale per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, non si deve tener conto della recidiva reiterata>>.

5. Così risolto il quesito portato al vaglio delle Sezioni unite, il ricorso proposto dal Naccarato risulta meritevole di accoglimento, essendo stato il suo arresto illegittimamente convalidato posto che: *a)* il giudice ha erroneamente determinato la pena, agli effetti della convalida dell'arresto facoltativo in flagranza, avendo a tal fine tenuto conto della recidiva reiterata; *b)* la sanzione per il delitto tentato ascritto al Naccarato raggiunge la soglia che legittima l'intervento precautelare soltanto se nel calcolo si tiene conto della contestata recidiva reiterata.

6. L'impugnato provvedimento deve essere quindi annullato senza rinvio, con trasmissione degli atti al Tribunale di Paola.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e dispone trasmettersi gli atti al Tribunale di Paola.

Così deciso il 24 febbraio 2011

Il Componente estensore
Vincenzo Romis

Il Presidente
Ernesto Lupo

**DEPOSITATA IN CANCELLERIA
5 MAGGIO 2011**