

**RECIDIVA “TEMPERATA” E PRESCRIZIONE:
AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE LO STATUS DI CIRCOSTANZE
AGGRAVANTI A EFFETTO SPECIALE DELLE IPOTESI QUALIFICATE**

Nota a Cass., II sez. pen., ord. 14 dicembre 2021 (dep. 8 febbraio 2022), n. 4439, imp. Cirelli

Pres. Gallo, Rel. Recchione

di Francesco Tuccillo

Era stato chiesto alle Sezioni Unite di stabilire se la recidiva aggravata e quella reiterata mantengano lo status di circostanze aggravanti a effetto speciale anche nelle ipotesi in cui l'aumento sanzionatorio, in base alla regola di cui all'art. 99 comma 6 c.p., sia circoscritto entro un terzo della pena prevista per il delitto non colposo contestato al recidivo. Con informazione provvisoria n. 11/2022 del 23 giugno u.s., è stata fornita risposta negativa. Il presente commento analizza la questione oggetto di contrasto, muovendo rilievi critici alla soluzione suggerita nell'ordinanza di rimessione e verosimilmente fatta propria anche dal supremo organo della nomofilachia. In attesa di leggere le motivazioni della sentenza, infatti, appare evidente come i Giudici di legittimità abbiano condiviso la linea interpretativa secondo cui l'asserita esigenza di salvaguardare la certezza delle norme sostanziali sulla prescrizione autorizzi una scissione in malam partem del binomio sanzione-prescrizione, confermando l'aumento del termine anche nelle ipotesi in cui non si rispetti più il requisito dell'art. 63 comma 3 c.p. Un'operazione di questo tipo appare distonica rispetto alle rationes degli istituti coinvolti e affatto necessitata dai paventati deficit di conoscibilità e prevedibilità dei rispettivi precetti.

SOMMARIO: 1. Le questioni rimesse alle Sezioni Unite – 2. I termini del contrasto – 2.1. La soluzione suggerita nell'ordinanza di rimessione – 2.2. – L'informazione provvisoria n. 11/2022 – 3. Il fondamento del legame tra prescrizione e recidiva qualificata – 4. Le aporie insite nella scissione del binomio sanzione-prescrizione – 4.1. L'auspicio (disatteso) del riconoscimento delle ipotesi di recidiva qualificata come circostanze aggravanti “eventualmente a effetto speciale” – 4.2. Alcune osservazioni conclusive sull'art. 161 comma 2 c.p.

1. Le questioni rimesse alle Sezioni Unite.

Con ordinanza n. 4439/2022¹, la seconda sezione della Corte di Cassazione aveva chiesto alle Sezioni Unite di stabilire “se il limite dell’aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva qualificata previsto dall’art. 99 c.p., comma 6 (a) incida sulla qualificazione della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell’art. 99 c.p., come circostanza ‘ad effetto speciale’, (b) influisca sulla determinazione del termine di prescrizione”.

Le Sezioni Unite, dunque, dovevano chiarire se la suddetta previsione precludesse “a monte” l’aumento del termine previsto dall’art. 157 comma 2 c.p., ovvero, in caso di risposta negativa, in che misura l’art. 99 comma 6 c.p. fosse in grado di influenzarne l’incremento.

Conseguentemente, andava stabilito se la recidiva “temperata” o “a effetti limitati” andasse considerata come ipotesi consustanziale a tutte le varie forme dell’istituto, impedendo così anche l’aumento massimo del termine prescrizione che l’art. 161 comma 2 c.p. riconnette esplicitamente alle ipotesi di recidiva aggravata e reiterata.

Prima di analizzare le implicazioni della risposta fornita dalla S.C., appare opportuno un breve riepilogo degli orientamenti oggetto del contrasto.

2. I termini del contrasto.

L’ordinanza di rimessione rileva l’esistenza di due distinte correnti giurisprudenziali circa la capacità del sesto comma dell’art. 99 c.p. di incidere non soltanto sull’aumento di pena, ma anche sul fronte del differimento del *dies ad quem* della causa estintiva del reato.

Secondo un primo gruppo di pronunce, tra cui spicca la sentenza *Graniello*² del 2019, la limitazione *de qua* agirebbe esclusivamente *quoad poenam*, senza avere anche la capacità di interferire sulla qualifica astratta della recidiva. In altri termini, l’art. 99 comma 6 c.p. non altererebbe in alcun modo la natura della recidiva come circostanza a effetto speciale; contestualmente, però, la sua operatività aumenterebbe il termine di prescrizione in maniera corrispondente alla pena applicabile nel caso concreto.

Detta tesi, in particolare, si ricollega all’opinione (pacifica in giurisprudenza) secondo cui, nelle ipotesi di concorso tra circostanze a effetto speciale, se la seconda circostanza produce un aumento inferiore al terzo o addirittura nullo, essa mantiene comunque la propria qualifica: la circostanza – in base alla regola generale di cui all’art.

¹ Cass., II sez. pen., ord. 14 dicembre 2021 (dep. 8 febbraio 2022), n. 4439, *Cirelli*, pubblicata in questa *Rivista* il 24 marzo 2022, con nota di S. PRANDI, [L’incidenza dei limiti all’aumento della pena ex art. 99, comma 6, c.p.: l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite](#).

² Cass., V sez. pen., sent. 24 settembre 2019 (dep. 29 ottobre 2019), n. 44099, *Graniello*, Rv. 277607-01. Nello stesso senso, cfr. anche Cass., VI sez. pen., sent. 7 luglio 2015 (dep. 29 dicembre 2015), n. 51049, *Volpe*, Rv. 265707.

63 comma 4 c.p. – resta astrattamente a effetto speciale anche se, nel caso concreto, non viene applicata perché ritenuta meno grave³.

Se, pertanto, la recidiva non perderebbe il suo inquadramento teorico neanche quando “temperata”, sul fronte dell’espansione del termine, però, l’orientamento in commento riconosce alla stessa la capacità di determinarne un aumento “ibrido”, generato dall’incontro “a metà strada” tra la negazione dello stesso e la sua applicazione “tipica”: il termine di prescrizione andrebbe aumentato della frazione corrispondente all’incremento potenziale della pena nel caso concreto, e non nella proporzione astrattamente prescritta per ciascuna forma di recidiva aggravata o reiterata⁴.

La soluzione in parola, inoltre, andrebbe confinata solamente al computo del termine-base di cui all’art. 157 c.p., ma non coinvolgerebbe anche la regola di cui all’art. 161 comma 2 c.p., la cui estensione «deve essere calcolata “in ogni caso” in cui l’interruzione sia riferita ad un reato aggravato dalla recidiva qualificata ai sensi dei commi 2 e 4 dell’art. 99 c.p.»⁵.

A fronte di questo orientamento tradizionale, la terza sezione della Cassazione, nel 2020, ne ha inaugurato uno decisamente meno fantasioso, sostenendo che la limitazione di cui all’art. 99 comma 6 c.p. privi la recidiva della sua qualifica di circostanza a effetto speciale in tutti quei casi in cui l’aumento concreto di pena non consenta il superamento della soglia di un terzo del limite edittale del reato contestato al recidivo⁶.

Tale tesi si colloca nel solco di quanto stabilito dalle Sezioni Unite nel 2017⁷, le quali, valorizzando una lettura “restrittiva” del portato dell’art. 63 c.p., hanno precisato come, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le «circostanze c.d.

³ *Ex plurimis*, cfr. ancora Cass., V sez. pen., sent. 24 settembre 2019, n. 44099, *Graniello*, cit., par. 3, ove, appunto, si afferma che «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, deve aversi riguardo, in caso di concorso fra circostanze ad effetto speciale, all’aumento di pena massimo previsto dall’art. 63 comma 4 c.p. per il concorso di circostanze della stessa specie, a nulla rilevando che l’aumento previsto da tale disposizione, una volta applicato quello per la circostanza più grave, sia facoltativo e non possa eccedere il limite di un terzo (Sez. 6, n. 23831 del 14/05/2019, *Pastore*, Rv. 275986-01). Il limite di un terzo derivante dall’applicazione di altra e più grave circostanza ad effetto speciale non fa venir meno la natura di circostanza ad effetto speciale della circostanza meno grave».

⁴ Di questo avviso, Cass, I sez. pen., sent. 20 settembre 2019 (dep. 28 novembre 2019), n. 48428, in *DeJure.it*.

⁵ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 2.1.1. In questo senso, cfr. nuovamente Cass., VI sez. pen., sent. 7 luglio 2015, n. 51049, *Volpe*, cit., par. 4.4.1. e 4.4.2.

⁶ Cass., III sez. pen., sent. 3 novembre 2020 (dep. 9 dicembre 2020), S., n. 34949, Rv. 280504-02). Ivi, si afferma che l’applicazione pedissequa della regola di cui all’art. 63 c.p. non può che portare alla conclusione per cui «sono circostanze aggravanti ad effetto speciale solo quelle che determinano un aumento della pena superiore ad un terzo». In senso analogo anche Cass., III sez. pen., sent. 17 dicembre 2020 (dep. 24 febbraio 2021), n. 7138, Pres. Di Nicola, Rel. Corbetta, in *DeJure.it*, sebbene la stessa concluda in maniera differente circa le ricadute della recidiva temperata sugli atti interruttivi del corso della prescrizione. Su quest’ultimo punto, si v. *infra* par. 4.2.

⁷ Cass., SS.UU., sent. 9 giugno 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 28953, S.A., Pres. Canzio, Rel. Gallo, Rv. 269784-01. Nello stesso senso, cfr. più di recente anche Cass., VI sez. pen., sent. 7 novembre 2019 (dep. 27 dicembre 2019), n. 52011, *Belgiorno*, Rv. 27855-02, ove la S.C. ha puntualizzato come il cumulo giuridico delle pene di cui all’art. 63, comma 4, c.p. «non opera in caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale ed aggravanti indipendenti, potendo queste ultime essere assimilate a quelle ad effetto speciale solo allorché comportino un aumento superiore ad un terzo».

indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale».

Seguendo questo ordine di idee, allorché, per effetto del “temperamento”, non si possa produrre un aumento superiore a un terzo, la recidiva verrebbe depauperata della sua qualifica di circostanza aggravante a effetto speciale, con ovvie ricadute sul calcolo del termine prescrizione, che non subirebbe incrementi.

2.1. La soluzione suggerita nell’ordinanza di remissione.

L’ordinanza di remissione proclama subito di non voler «dare continuità» a nessuno dei due orientamenti descritti, suggerendo alle Sezioni Unite una “terza via”.

A giudizio del Collegio remittente, la correlazione tra prescrizione e sanzione sarebbe «giustificata semplicemente dal fatto che il tempo di prescrizione dipende dalla gravità del reato, espressa, in modo simbolico ma efficace, dalla entità della sanzione»; quest’ultima, inoltre, rilevarebbe «nella sua dimensione astratta» e «non certo in quella concreta determinata dalla mediazione valutativa dei giudici, che hanno quantificato le sanzioni inflitte al recidivo con le precedenti condanne»⁸.

L’abisso che intercorre tra i due istituti sarebbe reso ancor più profondo dall’analisi della «differente proiezione finalistica» degli stessi, posto che, mentre «la prescrizione è finalizzata a stabilire, in via generale ed astratta, quale sia il tempo durante il quale lo Stato conserva l’interesse a perseguire le condotte penalmente rilevanti», le «regole che pertengono allo statuto della sanzione», di contro, avrebbero «il diverso scopo di adeguare la pena alla gravità concreta della condotta».

La soluzione prospettata alle Sezioni Unite, pertanto, era quella di circoscrivere la mitigazione di cui all’art. 99 comma 6 c.p. al solo statuto della sanzione, senza estenderla automaticamente anche a quello della prescrizione.

In particolare, si argomenta che «tarare il tempo per prescrivere sul *quantum* della pena specificamente inflitto con le precedenti condanne» genererebbe una «individualizzazione del tempo di prescrizione, ontologicamente incompatibile con la sua natura di elemento “di struttura” del reato». Di contro, la «natura “generale” delle norme penali, identificate in astratto dalla triade “condotta-sanzione-prescrizione”» sarebbe «ostativa alla legittimazione di un termine di prescrizione flessibile, dipendente dalla specifica biografia criminale dell’accusato emergente dai pregressi accertamenti processuali».

L’impianto motivazionale di tale proposizione corre lungo due direttrici principali.

Anzitutto, il Collegio ribadisce la natura sostanziale dell’istituto della prescrizione, con conseguente, intransigente, assoggettamento della stessa al principio di legalità, nelle sue articolazioni “multilivello”.

⁸ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 3.

L'esigenza di salvaguardare i requisiti di «generalità, astrattezza e prevedibilità»⁹ della norma precluderebbe *in radice* la possibilità di assegnare una qualsivoglia «rilevanza alla quantificazione concreta della pena inflitta, né al procedimento in cui viene riconosciuta la circostanza, né nei precedenti processi che segnano il percorso criminale del recidivo».

La “specificità” del *quantum* della condanna – in quanto “legge del caso concreto” – mal si attaglierebbe, sul fronte della prescrizione, ai requisiti delle norme sostanziali penali, che «devono essere generali, ovvero indipendenti da mediazioni processuali, ontologicamente individuali». Se si riconoscesse alla recidiva “a effetti limitati”, per quanto anch'essa norma generale e astratta, la capacità di incidere non solo sulla pena, ma anche sulla individualizzazione del termine prescrizione, quest'ultimo diverrebbe inaccettabilmente «“a geometria variabile” (...) con conseguente dispersione del requisito della “generalità”».

Se si appoggiasse un simile «allineamento tra sanzione inflitta in concreto e determinazione del termine di prescrizione», si finirebbe, cioè, per ledere il principio di legalità, la cui salvaguardia impone, di contro, una disciplina «omogenea per tutti gli autori di reati aggravati da circostanze ad effetto speciale».

La seconda argomentazione investe direttamente l'interpretazione letterale dei commi 2 e 3 dell'art. 157 c.p.

In sintesi, l'aumento massimo del termine di prescrizione, derivante dalla sussistenza di una circostanza aggravante a effetto speciale, andrebbe calcolato «al netto del temperamento sanzionatorio previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen.»¹⁰, sostanziandosi in una generalizzata ininfluenza delle «valutazioni giudiziali, concrete ed individuali» sull'aumento del termine. Deporrebbe in tal senso il richiamo a quella giurisprudenza, ormai costante, secondo cui la recidiva qualificata conserva la sua capacità di determinare il termine di prescrizione sia in caso di concorso di circostanze *ex art. 63 comma 4 c.p.*¹¹, sia quando, all'esito di giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, essa sia stata ritenuta equivalente o subvalente rispetto alle circostanze attenuanti¹².

⁹ Cfr. il par. 4 di Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., ove il collegio riepiloga che «se il tempo di prescrizione “componete” la norma penale strutturandola e definendo, di fatto, la gravità della violazione, la relativa disciplina, come tutte le norme di diritto penale sostanziale, deve essere (a) “generale”, ovvero contenere previsioni omogenee per tutti i consociati, (b) “astratta” ovvero essere strutturata in modo indipendente da accertamenti giudiziari relativi a casi individuali, (c) “prevedibile” dal destinatario».

¹⁰ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 5.

¹¹ La massima richiamata è quella secondo cui «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, deve aversi riguardo, in caso di concorso fra circostanze ad effetto speciale, all'aumento di pena massimo previsto dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., per il concorso di circostanze della stessa specie, a nulla rilevando che l'aumento previsto da tale disposizione, una volta applicato quello per la circostanza più grave, sia facoltativo e non possa eccedere il limite di un terzo». Aderiscono a tale orientamento Cass., VI sez. pen., sent. 14 maggio 2019 (dep. 29 maggio 2019), n. 23831, *Pastore*, Rv. 275986-01; Cass., II sez. pen., sent. 3 ottobre 2013 (dep. 26 novembre 2013), n. 47028, *Farinella*, Rv. 257520; Cass., II sez. pen., sent. 10 maggio 2012 (dep. 31 luglio 2012), n. 31065, *Lo Bianco*, Rv. 253525-01. Nello stesso senso, cfr. anche Cass., II sez. pen., sent. 15 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 32656, Rv. 259833-01.

¹² Detto orientamento sostiene, per l'appunto, come, ai fini della prescrizione del reato, occorre «tenere conto delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, anche ove le stesse siano considerate subvalenti nel giudizio di bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti», dal momento che «l'art. 157, comma 3, cod. pen. esclude espressamente che il giudizio di cui all'art. 69 cod. pen. abbia incidenza sulla determinazione della

La totale indifferenza dell'aumento di pena inflitto per la recidiva (anche quando nullo, all'esito di bilanciamento) rispetto alla estensione del termine prescrizione, significherebbe l'erroneità dell'orientamento adottato dalla Cassazione nella citata sentenza *Graniello*; quest'ultima, infatti, «importa» la regola dell'art. 99 comma 6 c.p. «nello statuto della prescrizione», attribuendole, in maniera errata, la capacità di aumentare il termine di prescrizione nell'esatta misura in cui viene incrementata la pena del delitto non colposo, contestato al recidivo qualificato¹³.

Concorrerebbe a tale lettura anche l'art. 161 comma 2 c.p., in quanto la formulazione testuale della disciplina dell'interruzione, richiamando esplicitamente i soli commi 2 e 4 dell'art. 99 c.p., indicherebbe che le estensioni del termine della metà e dei due terzi (rispettivamente previste nei suddetti casi) siano postulate in misura fissa, senza, cioè, risentire della pena applicabile in concreto.

La Corte, infine, critica l'orientamento recentemente inaugurato nel 2020, aderendo al quale, pur venendo meno l'estensione del termine-base di prescrizione e la procedibilità d'ufficio nei casi di cui all'art. 649-bis c.p.¹⁴, nessun effetto verrebbe prodotto sull'aumento massimo previsto per gli atti interruttivi.

Pertanto, il Collegio propone che la recidiva, indipendentemente dalla "storia criminale" del reo, debba sempre mantenere la propria qualifica di circostanza aggravante a effetto speciale, incidendo estensivamente sull'aumento del termine di prescrizione.

Il rispetto del principio di legalità dovrebbe portare a concludere che l'aumento del termine per i reati aggravati dalla recidiva qualificata «non può che essere quello "tipico e generale" indicato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 99 cod. pen. E non certo quello, "specifico e individuale", correlato alla quantificazione delle sanzioni già inflitte al recidivo all'esito di precedenti giudizi»¹⁵. L'art. 161 comma 2 c.p., che «correla l'effetto estensivo solo al riconoscimento della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell'art. 99 cod. pen.», senza fare un altrettanto esplicito riferimento al limite previsto dal comma 6 dell'art. 99 c.p., confermerebbe la suddetta ricostruzione.

pena massima del reato». In questo senso, cfr. Cass., IV sez. pen., sent. 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), n. 38618, *Ferrara*, Rv. 282057-01; Cass., V sez. pen., sent. 13 giugno 2018 (dep. 16 luglio 2018), n. 32679, *Pireddu*, Rv. 273490-01; Cass., II sez. pen., sent. 15 novembre 2018 (dep. 30 gennaio 2019), n. 4687, *Dongarrà*, Rv. 275639-01; Cass., IV sez. pen., sent. 19 dicembre 2017 (dep. 8 febbraio 2018), n. 6152, *Freda*, Rv. 272021. Aderiscono a tale orientamento anche le Sezioni Unite, sent. 25 ottobre 2018 (dep. 15 maggio 2019), n. 20808, *Schettino*, Rv. 275319-01.

¹³ Cfr. ancora Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 5, ove, argomentando *a contrario*, la Corte chiarisce l'irragionevolezza della commistione tra sanzione e prescrizione. In particolare, ipotizzando il caso di un «recidivo che gode del bilanciamento in subvalenza, e sia nelle condizioni di lucrare un ipotetico (ma non effettivo) aumento contratto della sanzione ai sensi dell'art. 99 comma 6 cod. pen.», allora «si avrebbe una estensione contratta "solo" del termine di prescrizione, senza che la recidiva produca alcun effetto sulla pena». In questo senso, si v. nuovamente Cass., VI sez. pen., sent. 7 luglio 2015, n. 51049, *Volpe*, cit.

¹⁴ Sul punto, cfr. Cass., SS.UU., sent. 24 settembre 2020 (dep. 29 gennaio 2021), n. 3585, *Li Trenta*, Rv. 280262-01, le quali hanno autorevolmente chiarito che le ipotesi di recidiva aggravata, pluriaggravata e reiterata rientrano tra le circostanze aggravanti a effetto speciale che, ai sensi dell'art. 649-bis c.p., rendono procedibili d'ufficio le fattispecie fraudolente richiamate dalla medesima norma.

¹⁵ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 7.

In caso contrario, un termine «calcolato assorbendo i risultati di mediazioni processuali» sarebbe «ontologicamente inidoneo a strutturare un elemento cardine della norma penale quale è il “tempo della prescrizione”».

2.2. L'informazione provvisoria n. 11/2022.

Le Sezioni Unite, con informazione provvisoria del 23 giugno 2022¹⁶, hanno risposto negativamente a entrambi i descritti quesiti, chiarendo come il limite di cui all'art. 99 comma 6 c.p. non abbia alcuna incidenza sulla qualificazione delle ipotesi di recidiva aggravata e reiterata, né influisca sul meccanismo di calcolo dei termini prescrizionali, come novellato dalla riforma del 2005.

Appare, dunque, evidente l'adesione alla soluzione innovativa prospettata nell'ordinanza di remissione.

Nell'attesa di poter leggere le motivazioni della sentenza per conoscere nel dettaglio il percorso logico-argomentativo seguito nella stessa, ci sembra possibile abbozzare un commento “a prima lettura” della conclusione – a nostro giudizio, erronea – cui è pervenuta la Suprema Corte.

3. Il fondamento del legame tra prescrizione e recidiva qualificata.

Non si può negare come la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite sia condivisibile nella parte in cui accoglie le critiche rivolte a talune contraddizioni dell'orientamento tradizionale.

Allo stesso tempo, tuttavia, giungere a “sterilizzare” la disposizione di cui all'art. 99 comma 6 c.p., relegandola al solo statuto della pena, ci sembra una operazione inconciliabile con la *ratio* della correlazione tra sanzione e prescrizione, oltre che non necessitata da reali pericoli per la salvaguardia del principio di determinatezza.

Com'è noto, la prescrizione del reato costituisce un «istituto polifunzionale di confine», nel quale si intrecciano numerosi principi costituzionali, di carattere tanto sostanziale quanto processuale¹⁷.

Tradizionalmente, il fondamento dell'«efficacia taumaturgica»¹⁸ dello scorrere del tempo viene ricostruito in chiave sia generalpreventiva, che specialpreventiva.

Sotto il primo punto di vista, l'acuirsi della lontananza temporale dal *dies commissi delicti* affievolisce l'opportunità di dare corso all'incriminazione ed esercitare la funzione repressiva, posto che, come chiariva già Beccaria, l'efficacia

¹⁶ Pubblicata in questa *Rivista* in data 24 giugno 2022.

¹⁷ A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *PenaleDP*, 2 novembre 2021, p. 25; ID., *Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 8/2021, pp. 1 ss.

¹⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ediz., Milano, 2017, p. 413.

criminalpedagogica della sanzione è direttamente proporzionale alla prontezza della risposta ordinamentale, piuttosto che alla sua severità¹⁹.

Nell'ottica della prevenzione speciale, invece, assume rilievo la stessa funzione rieducativa della pena, in quanto punire un fatto avvenuto "eoni addietro" frantumerebbe totalmente quel rapporto di «appartenenza personale» tra reo e reato²⁰, che i commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. individuano come presupposto e finalità della sanzione penale. In parole povere, si correrebbe il rischio di limitare la libertà personale di un soggetto verosimilmente cambiato rispetto a quando commise l'illecito, e magari già compiutamente risocializzato²¹.

Soprattutto dopo l'epilogo dell'*affaire* Taricco²², non vi è dubbio che la prescrizione del reato vada considerata come un istituto di natura sostanziale, trattandosi di una vera e propria forma di manifestazione del principio di determinatezza, costituzionalizzato nell'art. 25 comma 2 Cost. L'individuazione del tempo dell'oblio²³, al pari degli altri elementi del fatto tipico, rappresenta un'informazione che il consociato deve poter percepire in maniera «sufficientemente

¹⁹ In argomento, si v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pp. 838-839; F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, pp. 36 ss.; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 684.

²⁰ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021, p. 608.

²¹ Sul concetto di integrazione sociale, come funzione costituzionale della pena, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 109 ss.

²² La letteratura in argomento è vastissima. A titolo non esaustivo, si rinvia ai contributi raccolti in (a cura di) A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, ed in (a cura di) A. BERNARDI – C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Napoli, 2017. Con specifico riferimento alle due sentenze Taricco della Corte di giustizia – CGUE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, e CGUE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, entrambe consultabili su www.eur-lex.europa.eu – si v. anche A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *ArchivioDPC*, 29 ottobre 2015; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovrersione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *ArchivioDPC*, 6 maggio 2016; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *DPC – Riv. trim.*, 12, 2017, pp. 177 ss. In relazione alla "reazione" della Consulta, dapprima con l'ord. 26 gennaio 2017 n. 24, e poi, con la sent. 18 aprile 2018 n. 115, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve osservazione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 7, 2017, pp. 1 ss.; A. RUGGIERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017, pp. 1 ss.; ID., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Giur. cost.*, 3, 2018, pp. 488 ss.; ID., *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in *Oss. fon.*, 3, 2018, pp. 1 ss.; M. DONINI, *Lettura critica a Corte costituzionale n. 115/2018*, in *ArchivioDPC*, 11 luglio 2018; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *DPC – Riv. trim.*, 6, 2018, pp. 227 ss.

²³ Celebre è la chiosa con cui G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986 p. 920, chiariscono la scelta del legislatore Rocco di attribuire natura sostanziale, e non processuale, all'istituto di cui agli artt. 157 ss. c.p.; quest'ultimo, infatti, è stato dotato non del potere di elidere i presupposti di esercizio dell'azione penale, bensì, molto più profondamente, di consumare l'essenza del reato, rilevando come «l'oblio copre ogni cosa».

chiara ed immediata»²⁴, al fine di orientare consapevolmente le proprie «libere scelte di azione»²⁵.

Per quanto concerne il criterio per quantificare il *dies ad quem*, l'art. 157 comma 2 c.p., come modificato dalla legge cd. *ex Cirielli* (l. 5 dicembre 2005, n. 251)²⁶, impone di prendere in considerazione la sola «pena stabilita dalla legge per il reato tentato o consumato», senza tenere conto né delle circostanze aggravanti e attenuanti a efficacia comune, né di quelle indipendenti che, introducendo una cornice edittale non superiore/inferiore ad un terzo rispetto alla pena massima prevista per il reato non circostanziato, non possano essere considerate a effetto speciale²⁷.

Difatti, le sole circostanze che sfuggono alla regola generale, e incidono quindi sul termine, sono quelle autonome – che comportano l'applicazione di una «pena di specie diversa da quella ordinaria» – e quelle a effetto speciale – che, ai sensi dell'art. 63 comma 3 c.p., «importano un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo»²⁸.

Si deve, inoltre, alla suddetta legge anche l'introduzione dell'art. 161 comma 2 c.p., che, nel disciplinare dei tetti insuperabili all'aumento del termine in presenza di atti interruttivi, menziona espressamente la recidiva qualificata come ipotesi di aumento “tipico”, rispettivamente della metà del termine-base in caso di recidiva aggravata, di due terzi per quella reiterata.

Già da queste brevi premesse, si coglie la forte correlazione tra prescrizione e recidiva qualificata: quest'ultima, a prescindere dalle sue differenti gradazioni, prevede comunque aumenti della pena superiori ad un terzo, e influisce, dunque, sul calcolo del termine-base di cui all'art. 157 c.p.²⁹.

Il connubio in parola, del resto, è stato formalmente “ufficializzato” dalla riforma del 2005, la quale, ispirata più da esigenze populistico-securitarie della politica, che dalle argomentazioni razionali della scienza³⁰, ha scritto l'ultima, importante, pagina della «storia senza pace della recidiva»³¹ – istituto da sempre utilizzato come punto di

²⁴ Corte cost., sent. 18 aprile 2018, n. 115, *cit.*, par. 11.

²⁵ Sono queste le parole con cui si esprime la Consulta nella celebre sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364.

²⁶ Il vecchio criterio contemplava diverse classi di reato, individuate per fasce di pena, ciascuna delle quali contraddistinta da una forbice edittale via via crescente.

²⁷ V. ancora Cass., SS.UU., sent. 9 giugno 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 28953, *cit.*, con nota di A. MELCHIONDA, [Circostanze “indipendenti” con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono “ad effetto speciale” e non rilevano ai fini della prescrizione](#), in *Archivio DPC*, fasc. 6/2017, pp. 267 ss. Dello stesso A., si v. anche [Le circostanze “indipendenti” sono sempre “ad effetto speciale”? Una risposta negativa \(non “faziiosa”, ma “di parte”\), aspettando le Sezioni Unite](#), in *DPC – Riv. trim.*, 4/2017, pp. 181 ss.

²⁸ In argomento, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, pp. 628-629.

²⁹ In base all'art. 99 c.p., la pena può essere aumentata «fino alla metà» nelle tre ipotesi di recidiva aggravata (comma 2); è stabilita nella misura fissa «della metà» laddove ricorrano più ipotesi di recidiva aggravata (comma 3); in caso di recidiva reiterata, la misura dell'aumento è «della metà» se l'autore del reato è un recidivo semplice, «di due terzi» se si tratta di un recidivo aggravato.

³⁰ Per una approfonditissima analisi della storia e del fondamento dell'istituto della recidiva, anche in chiave comparatistica, si v. F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020, *passim*; sulla riforma del 2005, cfr., in particolare, pp. 157 ss.

³¹ L'espressione è di F. PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro. Testo dell'intervento svolto, col titolo “Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930”, al Convegno organizzato dalla Facoltà di*

riferimento per contestualizzare e comprendere le soluzioni politico-criminali della legislazione penale³².

Costituisce un fatto notorio che alla proposta di legge furono apportate, in corso d'opera, modifiche così strutturali da indurre finanche il primo firmatario e promotore della stessa, l'On. Cirielli, a ritirare la propria sottoscrizione. E che tale «brutale manipolazione genetica»³³ si sostanziò proprio nell'innesto delle norme sulla prescrizione, in modo *ictu oculi* sganciato dagli obiettivi originari³⁴.

L'iniziativa legislativa mirava, infatti, ad arginare fenomeni di "supplenza" e discrezionalità giudiziaria in sede di commisurazione della pena³⁵, restituendo a quest'ultima una maggiore effettività attraverso la rivitalizzazione di un istituto che, nella prassi, manifestava quasi sintomi di desuetudine³⁶. Di contro, in un secondo momento (*ex Cirielli*), la proposta si arricchiva dei noti interventi sulla disciplina della prescrizione, formalizzando un collegamento funzionale fra tempo e storia criminale del reo non certo esente da critiche³⁷.

Quel che è certo è che la novella, oltre ad aver reso più afflittivo il regime della recidiva, ne ha definitivamente attestato l'inclusione tra le circostanze aggravanti – precisamente, in base a quanto previsto dall'art. 70 comma 1 n. 2) e comma 2 c.p., tra quelle soggettive, inerenti la persona del colpevole³⁸.

Giurisprudenza di Torino nei giorni 21-23 ottobre 2010 sul tema "Scuola Positiva e Codice Rocco", in ArchivioDPC, 15 settembre 2011.

³² E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in (a cura di) M. BERTOLINO – L. EUSEBI – G. FORTE, *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 679 ss.

³³ G. GIOSTRA, *Le insanabili contraddizioni della "ex-Cirielli"*, in *Italia oggi*, 9 novembre 2005, pp. 1-2. Similmente, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, *Dossier*, n. 1, pp. 32-33.

³⁴ Dall'esame della Relazione alla proposta di legge, presentata alla Camera il 29 novembre 2001, si evince come la "proposta Cirielli" mirasse soltanto a «fissare in maniera precisa gli aumenti di pena in caso di recidività del reo, sottraendo ancora una volta discrezionalità ai giudici (...) senza differenziare la maggiore gravità delle situazioni e comunque vanificando complessivamente le finalità restrittive che ispirano la proposta di legge, che risponde ad una precisa volontà degli elettori». Gli unici interventi in materia di prescrizione miravano ad eliminare la valutazione, ai fini della determinazione della pena, delle circostanze attenuanti, impedendo che, in base al vecchio criterio di computo, la mera sussistenza di una di esse producesse il "declassamento" del reato contestato nella più blanda fascia prescizionale.

³⁵ Sul punto, si condivide quanto sostenuto da F. ROCCHI, *cit.*, pp. 167-169, secondo cui, in realtà, la l. 251/2005 ha affrontato il problema della discrezionalità «in modo parziale e semplicistico», non avendo in alcun modo intaccato la natura giuridica della recidiva o i suoi connotati di genericità e perpetuità, ma solo il suo ambito applicativo (circoscrivendolo ai soli «delitti non colposi») e gli effetti prodotti sul terreno sanzionatorio (sia con aumenti predeterminati in misura fissa, sia attraverso la reintroduzione di ipotesi di obbligatorietà della declaratoria).

³⁶ E.M. AMBROSETTI, *cit.*, p. 683.

³⁷ Cfr. F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla ex-Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in (a cura di) F. GIUNTA, *Le innovazioni al sistema penale (apportate dalle legge 5 dicembre 2005, n. 251)*, Milano, 2006, pp. 10-13, secondo cui il descritto collegamento ha dato vita ad «un cortocircuito politico-criminale dagli effetti perversi», trattandosi di istituti con *rationes* profondamente differenti: mentre la prescrizione attiene alla «memoria dell'ordinamento», e come tale dovrebbe essere insensibile alla carriera criminale del reo e ad istanze di allarme sociale, la recidiva, invece, oscilla, nel nostro ordinamento, «tra il centro gravitazionale della colpevolezza e quello della pericolosità individuale, con una tendenziale polarizzazione intorno al primo, quantomeno a partire della riforma del 1974».

³⁸ La questione appare di ardua riassumibilità. In estrema sintesi, si contrappongono due orientamenti tradizionali sulla natura della recidiva. Secondo il primo, di gran lunga minoritario – cui aderisce, ad

Non può più revocarsi in dubbio, pertanto, che essa partecipi al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. (circostanza, questa, avvalorata dal comma 4 di tale norma, che prevede un meccanismo di blindatura della recidiva reiterata in caso di bilanciamento³⁹, e sempre a patto che il giudice decida di applicarla⁴⁰), nonché che la stessa, in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole, non sia comunicabile ai concorrenti nel reato, *ex art.* 118 c.p.⁴¹.

4. Le aporie insite nella scissione del binomio sanzione-prescrizione.

Sulla scorta di quanto sostenuto, appare evidente l'irragionevolezza di una scissione del connubio tra sanzione e prescrizione, per di più nella declinazione *contra reum* avallata dalle Sezioni Unite.

L'occasione che si consegnava all'approfondimento del supremo organo della nomofilachia, di contro, offriva l'opportunità di stigmatizzare letture *à pois* del dato normativo e, allo stesso tempo, di consegnare agli interpreti parametri certi cui poter ancorare sia il calcolo della pena, sia il conseguente termine di prescrizione.

esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, pp. 640-641 – la recidiva, nonostante l'espressa indicazione dell'art. 70 comma 1 n. 2) e comma 2 c.p., non andrebbe qualificata come circostanza, risultando concettualmente difficile definire come tale uno *status* personale del soggetto, derivante da una o più precedenti condanne per altri reati. Avvalorerebbero tale tesi l'ampia facoltatività della recidiva (consistente in uno *status* soggettivo, legato alla capacità a delinquere); il rilievo per cui la stessa si applichi a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità delle precedenti condanne, contrariamente al regime di imputazione soggettivo previsto, in seguito alla l. 7 febbraio 1990, n. 19, per le circostanze aggravanti; l'argomento per cui le circostanze dovrebbero, allo stesso tempo, concorrere con la recidiva ed essere utilizzate dal giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p., come parametro per stabilire se vi sia o meno recidiva. Di contro, la tesi di gran lunga maggioritaria (tanto in dottrina quanto in giurisprudenza) "bolla" come *contra legem* la suddetta posizione minoritaria, ritenendo insuperabile l'esplicitazione codicistica della natura circostanziale della recidiva – confermata, del resto, proprio dalla novella del 2005. In dottrina, cfr. *ex plurimis*, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 675-676; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 508-509; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori Assago, 2020, pp. 519-520. In giurisprudenza, da ultimo, si v. ancora Cass., SS.UU., sent. n. 3585/2020, *Li Trenta*, cit., nonché Cass., SS.UU., sent. 24 febbraio 2011 (dep. 24 maggio 2011), n. 20798, *Indelicato*, Rv. 249664-01, con nota di G.L. GATTA, *Le Sezioni Unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti a effetto speciale*, in *ArchivioDPC*, 25 maggio 2011.

³⁹ Sul punto, tuttavia, sono numerose le pronunce della giurisprudenza costituzionale che, negli ultimi anni, hanno lentamente eroso il carattere assoluto di tali deroghe al giudizio di bilanciamento, le quali possono oggi essere censurate solo laddove «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (in questo senso, Corte cost. sent. 23 marzo 2012, n. 68, par. 4). Con specifico riferimento alla recidiva reiterata, si v., di recente, Corte cost. sent. 7 aprile 2020 (dep. 24 aprile 2020), n. 73, con nota di F. ROCCHI, *Cade la preclusione al bilanciamento ex art. 69 c.p. per i recidivi reiterati riconosciuti seminfermi di mente*, in *PenaleDP*, 11 maggio 2020, pp. 3 ss., con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui «prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.», sicché «nel concorso tra circostanze eterogenee disciplinate dall'art. 69 c.p., il giudice potrà ritenere anche prevalente la diminuzione della seminfermità mentale (art. 89 c.p.), ove il caso concreto lo richieda, sulla dichiarata recidiva reiterata».

⁴⁰ È quanto chiarito da Cass., SS.UU., sent. 27 maggio 2010 (dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, *Calibé*, Rv. 247839-01.

⁴¹ In questo senso, *ex plurimis*, Cass., II sez. pen., sent. 19 novembre 1999 (dep. 19 febbraio 2000) n. 1876, *Aliberto*, Rv. 215400-01.

Un'occasione, purtroppo, "mancata", nei termini qui di seguito chiariti.

Anzitutto, ci sembra che la relazione tra cornice edittale e tempo necessario a prescrivere non possa subire alcun tipo di manipolazione selettiva.

L'individuazione del lasso temporale, spirato cui il reato, se non accertato con sentenza passata in giudicato, è da considerarsi estinto, rappresenta certamente una scelta politico-criminale, come tale suscettibile di modificazioni legislative. Quel che, tuttavia, rimane immutabile è la *ratio* generalpreventiva e specialpreventiva dell'istituto, incentrata sulla individuazione dei meccanismi di tipo presuntivo che dovranno operare a favore dell'imputato.

Detto altrimenti, la quantificazione dei termini di prescrizione deve sempre riflettere la ragionevolezza di tali presunzioni⁴², e ciò proprio nell'ottica di salvaguardare il carattere legittimo della funzione della pena.

Emerge, di conseguenza, l'erroneità della tesi secondo cui quello tra pena e prescrizione sarebbe una sorta di "matrimonio di convenienza", con ciò intendendo che il suddetto accostamento dipenda da banali esigenze di comodità applicativa, piuttosto che da precise idee di scopo.

Si è cercato di spiegare, al contrario, che la correlazione in parola non è affatto simbolica, ma esprime una valutazione politico-criminale di carattere strutturale, in base alla quale il *dies ad quem* è ancorato alla pena massima edittale proprio perché essa indica il termine presuntivo entro cui, in base alla gravità del reato, potrà venire meno la funzione della pena: la gravità del reato, nel suo complesso, assurge a parametro di ragionevolezza per quantificare l'arco dell'esistenza giuridica del *crimen*.

Ebbene, la recidiva, per sua stessa definizione, eleva i tratti personologici del reo ad indici di maggior gravità del fatto oggettivo-materiale, in base all'argomento (notoriamente criticato in dottrina) per cui l'esistenza di una precedente condanna rivelerebbe nel colpevole una particolare insensibilità all'efficacia motivante del diritto, incarnata dal fatto che egli non si sia trattenuto dal nuovo reato nonostante l'esperienza vissuta con la pena inflitta per il/i vecchio/i⁴³. Sicché tanto più sarà ragguardevole il tipo di "ricaduta" (in termini di numero e tipologia dei precedenti, vicinanza temporale tra gli stessi e prossimità alla fase dell'esecuzione della pena precedentemente inflitta), tanto più severa sarà la disapprovazione dell'ordinamento, espressa sotto forma di *climax* ascendente degli incrementi di pena per il delitto non colposo realizzato per ultimo.

In questo senso, dunque, ci sembra che il criterio mitigatore di cui all'art. 99 comma 6 c.p. – evidentemente ispirato ad esigenze di proporzione⁴⁴ – dovesse essere

⁴² Così A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione*, cit., pp. 25-26.

⁴³ Sul punto, cfr. *ex plurimis* F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 509, il quale puntualizza come la semplice esistenza di una condanna per un precedente reato andrebbe considerata solo come «sintomo di una eventuale maggiore colpevolezza», e addirittura potrebbe risultare «irragionevole presumere una maggiore pericolosità sociale dalla precedente condanna senza una concreta verifica della reale significatività in questo senso del secondo reato».

⁴⁴ In argomento, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, pp. 137-138 sostiene che l'introduzione di tale limitazione generale agli aumenti di pena andrebbe appunto letta in un'ottica di mitigazione del trattamento sanzionatorio del recidivo, su cui si fondava l'analogia disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 80 del Codice Zanardelli.

qualificato dalle Sezioni Unite come una *previsione di chiusura* dell'intero istituto della recidiva, e non come semplice limite istituzionale alla punibilità, ovvero come fattore attenuante di un "bilanciamento improprio" tra l'aumento tipico dei commi 1-5 e il *curriculum* criminale del reo.

Nel prevedere che «in nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo», riteniamo che il legislatore abbia formalizzato una garanzia a presidio di aumenti di pena per tutte le forme di recidiva, chiarendo di non tollerare sperequazioni rispetto alla situazione soggettiva dell'interessato.

Quest'ultima, in altri termini, continua ad essere – sia *contra* che *pro reo* – un elemento fondamentale per valutare la gravità del reato, oltre che uno degli indici di cui il giudice dovrà tenere conto *ex art.* 133 comma 2 c.p. per stabilire la «capacità a delinquere del colpevole». Anzi, un'interpretazione garantista e costituzionalmente orientata della suddetta norma consentirebbe di attenuare una delle critiche principali rivolte alla legge *ex Cirielli*, sostanziantesi nell'aver sovrapposto due istituti «impernati su una relazione temporale di segno opposto»: in un caso «il passato, sotto forma di precedente condanna», il quale «reagisce sul presente, con l'effetto di incrudelire la risposta sanzionatoria»; nell'altro caso, «il tempo, sotto forma di oblio», che «determina l'irrelevanza penale del passato, ossia di un fatto storico costituente (per ipotesi) reato»⁴⁵.

La previsione di cui all'art. 99 comma 6 c.p., cioè, appare teleologicamente in grado di ridurre l'ampiezza del denunciato "circuito penale speciale" per i recidivi qualificati, depotenziando lo stigma di antisocialità ad essi generalmente riservato, mediante il riavvicinamento ad una versione di "normale" trattamento sanzionatorio per il mero fatto oggettivo-materiale.

La «geometria variabile» del termine prescrizionale rappresenta, quindi, non un rischio da scongiurare, bensì un carattere generale, astratto e prevedibile della correlazione stessa tra recidiva e prescrizione. Beninteso, sempre a patto che tale oscillazione si muova tra gli unici due "poli" alternativi positivizzati dal legislatore: da un lato, la totale ininfluenza ai fini del computo di cui all'art. 157 c.p.; dall'altro, la piena idoneità a concorrere all'operazione matematica, subordinata però al possesso dei requisiti indicati dal secondo comma della medesima disposizione e, quindi, dall'art. 63 comma 3 c.p.

In definitiva, è la *ratio* specialpreventiva e generalpreventiva della pena, modellata nel solco del principio di ragionevolezza, ad esigere che, laddove il fatto tipico nel suo complesso (dunque, dichiarazione di "recidiva complessiva" inclusa) non raggiunga le soglie di gravità definite dal legislatore, lo stesso perda il potere di incidere *in peius* sul "tempo dell'oblio".

⁴⁵ F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla ex-Cirielli*, cit., loc. cit.

4.1. *L'auspicio (disatteso) del riconoscimento delle ipotesi di recidiva qualificata come circostanze aggravanti "eventualmente a effetto speciale".*

In base alle argomentazioni che precedono, non può essere condivisa la soluzione emergente dalla informazione provvisoria n. 11/2022, la quale rappresenta solo l'ultimo episodio di un collaudato *trend* di interpretazioni manipolative del dato normativo e distoniche rispetto ai τέλαι degli istituti coinvolti.

In relazione al primo indirizzo del contrasto, appare sin troppo palese il carattere "nomopoietico" della ricostruzione secondo cui, in caso di recidiva a effetti limitati: da un lato, si preserverebbe la qualifica di circostanza aggravante a effetto speciale; dall'altro, l'aumento del termine-base verrebbe contingentato "ibridamente" alla frazione di pena estendibile in concreto per il singolo caso. Una simile teoria non è supportata da alcun riferimento testuale e, ad avviso di chi scrive, dà luogo davvero ad una totale incertezza sul piano applicativo, originando termini di prescrizione individualizzati in base all'ipotetico *quantum* di pena infliggibile non al recidivo qualificato-tipo, ma al singolo recidivo aggravato o reiterato.

Parimenti creativa, però, è la "terza via" suggerita dalla seconda sezione della Cassazione e avallata dalle Sezioni Unite, per le quali, in maniera ben più radicale, l'art. 99 comma 6 c.p. è oggetto di una vera e propria abrogazione tacita ai fini del calcolo della prescrizione.

Anche in tal caso, la resezione della prescrizione dalla pena si attegga ad operazione poco rispettosa del principio di tassatività, oltre a presentare, altresì, profili di incompatibilità con i criteri generali di imputazione delle circostanze *ex art. 59 c.p.* Sul punto, difatti, è nota la disputa dottrinale circa la sottrazione o meno della recidiva al regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti⁴⁶.

Per un primo indirizzo, i parametri di conoscenza o conoscibilità non andrebbero applicati alle circostanze inerenti alla persona del colpevole⁴⁷. Nel caso della recidiva, quindi, l'aggravamento di pena non potrebbe dipendere dalla circostanza che il reo sia a conoscenza o meno della propria precedente condanna⁴⁸.

Altra parte della dottrina (condivisibilmente) ritiene, invece, che, per quanto il nostro sistema processuale renda assolutamente eccezionali ipotesi di ignoranza dell'imputato rispetto alla precedente pronuncia giudiziale⁴⁹, il secondo comma dell'art. 59 c.p., in assenza di indicazioni contrarie da parte del legislatore, dovrebbe applicarsi anche alla recidiva. Il difetto di specifiche deroghe tradurrebbe, cioè, la *voluntas legis* di

⁴⁶ Per un approfondimento di tutte le varie posizioni, *pre e post* legge n. 19/1990, si rinvia a F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., pp. 79-93.

⁴⁷ G. DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 171.

⁴⁸ Lo sostiene T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 202, in relazione a tutte le circostanze cd. estrinseche, ovvero a quelle ipotesi che, pur relative a fattori che concorrono a caratterizzare il fatto, rimangono comunque esterne ad esso.

⁴⁹ La conseguenza è che risulterebbe alquanto agevole l'acquisizione della prova circa il fatto che il reo conosca o possa conoscere le precedenti condanne per delitti non colposi a suo carico. In questi termini, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1467; G. MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, 1993, p. 151.

assoggettare al nuovo regime di imputazione personale anche la recidiva, imponendo sempre la prova della conoscenza o conoscibilità, da parte del reo, della precedente sentenza a suo carico – *rectius*, del monito scaturente dalla stessa⁵⁰.

Cionondimeno, nessun dubbio può sussistere in merito alla qualificazione del sesto comma dell'art. 99 c.p. come previsione che attenua la pena, con la conseguenza che, in base al primo comma dell'art. 59 c.p., essa andrà valutata a favore dell'agente anche se da lui non conosciuta, ovvero per errore ritenuta inesistente.

Ponendo fine al rapporto tra sanzione e prescrizione, quindi, le Sezioni Unite hanno optato per una arbitraria scissione e contrapposizione tra le relative sfere di accessibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie⁵¹. Di talché il malvivente “dalla scarsa carriera criminale” verrà ora a trovarsi nell'assurda condizione di poter ragionevolmente antivedere una pena astratta più favorevole, ma, in contemporanea, di doversi irragionevolmente aspettare un *dies praescriptionis* più afflittivo della pena stessa, perché modellato su inaccettabili automatismi sanzionatori⁵².

Dunque, la soluzione inaugurata (per quanto in maniera cursoria) dalla sentenza n. 34949/2020, appariva senz'altro più confacente ai principi costituzionali e convenzionali.

L'applicazione letterale dell'art. 99 nel suo complesso e dell'157 comma 2 c.p., cioè, avrebbe dovuto portare le Sezioni Unite a concludere come – impregiudicata la facoltatività di ogni forma di recidiva⁵³ – tutte le volte in cui, in base ai suoi precedenti penali, non sia possibile il superamento della soglia di un terzo del massimo edittale del reato contestato al recidivo qualificato, la recidiva non possa più essere considerata circostanza aggravante a effetto speciale. Con la conseguenza che la stessa non influenzi ultrattivamente il calcolo del termine-base di prescrizione, né renda procedibili d'ufficio le fattispecie elencate nell'art. 649-*bis* c.p.

In altre parole, sarebbe stato senz'altro preferibile qualificare la recidiva aggravata e quella reiterata come circostanze aggravanti “eventualmente a effetto

⁵⁰ È la tesi di E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., pp. 36 ss. e, in particolare, pp. 44-45. Secondo l'A., in caso contrario, verrebbe legittimata una presunzione assoluta di conoscenza del preesistente provvedimento giudiziale, in aperto contrasto con gli obiettivi prefissati dalla riforma del 1990. Al contrario, occorrerebbe sempre valutare la conoscibilità dell'ammonimento scaturente dalla pregressa decisione giudiziale, soprattutto attraverso l'analisi del rapporto intercorrente fra la prima esperienza giudiziaria e il nuovo episodio criminoso. In altri termini, dinanzi ad esperienze giudiziarie assai differenti tra loro e separate da un ampio lasso temporale, graverebbe sul giudice un onere di motivazione rafforzato circa le ragioni per le quali la precedente decisione avrebbe dovuto rappresentare un monito per la nuova condotta.

⁵¹ Sul significato delle due espressioni convenzionali, ormai entrate a pieno titolo nel lessico del penalista continentale, si rinvia a F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 213 ss.

⁵² Non vi è alcun bisogno di sottolineare come la sottoposizione stessa al processo costituisca, di per sé, una pena. Con la conseguenza che, dinanzi ad una mitigazione sanzionatoria così significativa, diverrebbe draconiano il mantenimento dell'estensione del periodo in cui l'indagato/imputato patirà la “spada di Damocle”, oggettiva e soggettiva, del carico pendente. In argomento, si rinvia a V. GIORDANO, *L'irragionevole 'condanna' inferta dal tempo del processo*, in (a cura di) C. IASEVOLI, *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, Napoli, 2018, pp. 101 ss.

⁵³ La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, demolito gran parte degli automatismi introdotti dalla legge *ex Cirielli*, ritenuti incompatibili con i principi di ragionevolezza, rieducazione e proporzione della pena.

speciale”, con ciò intendendo che le stesse andrebbero considerate tali solo a patto che, al netto del temperamento funzionale del sesto comma dell’art. 99 c.p., continuino a rispettare lo standard sanzionatorio fissato dalla seconda parte del terzo comma dell’art. 63 c.p.⁵⁴.

Il tipo legale tassativo così delineato non sarebbe minimamente affetto dai denunciati *deficit* di «generalità, astrattezza e prevedibilità» della fattispecie penale.

Trattasi, infatti, di una ricostruzione che abbraccia previsioni omogenee per tutti i consociati (in questo caso, il “recidivo qualificato tipo” e non il singolo pregiudicato).

Come pure, essa è perfettamente accessibile alla collettività, giacché, attraverso la semplice lettura delle norme coinvolte⁵⁵, tutti potranno agevolmente e ragionevolmente antivedere le due alternative espresse dal sistema: o la recidiva raggiungerà la suddetta soglia di gravità, e allora la stessa estenderà anche il termine-base di prescrizione nelle frazioni previste dai commi 2, 3 e 4 dell’art. 99 c.p.; o la valutazione personologica del reo precluderà tale risultato, cosicché la “riespansione” della regola generale della prima parte dell’art. 157 comma 2 c.p. non darà luogo ad alcun tipo di aumento.

Così intesa, la «mediazione valutativa dei giudici, che hanno quantificato le sanzioni inflitte al recidivo con le precedenti condanne»⁵⁶ non spalanca affatto la porta a momenti di incertezza applicativa, ma costituisce un elemento di struttura del precetto, da imputare oggettivamente e *pro reo* ai sensi dell’art. 59 comma 1 c.p., e sempre nel solco delle due sole opzioni contemplate dal secondo comma dell’art. 157 c.p.

La suesposta tesi, inoltre, non altera né le regole sul concorso eterogeneo di circostanze, né il meccanismo di “protezione” dell’art. 69 comma 4 c.p. Conseguentemente, essa non presenta punti di frizione con l’orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel 2019, relativo alla salvaguardia degli effetti indiretti della recidiva nel caso in cui la stessa sia stata dichiarata, ma ritenuta subvalente⁵⁷.

La questione in esame, invero, non attiene a profili *stricto sensu* di bilanciamento, ma alla perimetrazione del precetto dell’art. 99 c.p., posto che il sesto comma di tale disposizione costituisce un vero e proprio elemento di struttura della stessa, e non una mera ipotesi attenuante dei primi cinque, da poter “spacchettare” liberamente.

Già in punto testuale, l’inserimento della previsione mitigatrice a chiusura dell’art. 99 c.p., e non all’interno degli artt. 63 e 69 c.p., testimonia la volontà legislativa di farne un requisito portante della circostanza aggravante in parola, e non una regola di bilanciamento.

⁵⁴ Del resto, una simile conclusione è coerente con il recente orientamento delle stesse Sezioni Unite. La citata sentenza n. 28953/2017 ha, infatti, chiarito come, a prescindere dalle più disparate flessioni interpretative, le circostanze aggravanti a effetto speciale devono pur sempre generare un aumento della pena in misura superiore a un terzo del massimo edittale.

⁵⁵ È questo il *diktat* formulato dalla Consulta nella sent. n. 115/2018, cit., par. 11, allorché è stato precisato come, nei Paesi di tradizione continentale, la punibilità si fonda su «testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati», rispetto ai quali l’ausilio interpretativo del giudice penale deve atteggiarsi a semplice «*posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può prefigurarsi leggendolo».

⁵⁶ Cfr. Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 3.

⁵⁷ Cfr. ancora Cass., SS.UU., sent. n. 20808/2019, *Schettino*, cit.

Difatti, mentre in quest'ultimo caso il giudice è titolare di un amplissimo spazio di manovra, il combinato disposto degli artt. 99 comma 6 e 157 comma 2 c.p. vincola "a scatola chiusa" l'interprete, obbligandolo a esercitare la propria discrezionalità (pur sempre connaturata all'*an* della declaratoria) solo e soltanto entro il *quantum poenae et praescriptionis* prestabilito in base alle suddette norme. Di modo che l'estensione del termine prescrizionale non verrà affatto ricollegata alla mera dichiarazione di recidiva qualificata o alla sua paralisi per subvalenza con eventuali attenuanti, bensì soltanto alla circostanza (generale, astratta e prevedibile) che la stessa – come risultante da un'applicazione integrata di tutti i commi dell'art. 99 c.p. – rispetti il requisito fissato dal terzo comma dell'art. 63 c.p.

Da ciò deriva che la citata limitazione funzionale lasci impregiudicati tutti gli ulteriori effetti indiretti della recidiva, in quanto legati non alla misura dell'aumento di pena, ma alla semplice applicazione nominalistica della stessa⁵⁸.

4.2. Alcune osservazioni conclusive sull'art. 161 comma 2 c.p.

Per quanto concerne la disciplina degli atti interruttivi del corso della prescrizione, invece, appare condivisibile la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, secondo cui la limitazione *ex art. 99 comma 6 c.p.* non influisce sull'aumento del termine massimo di cui all'art. 161 c.p.

Sotto questo punto di vista, è singolare come l'informazione provvisoria condensi al suo interno due atteggiamenti interpretativi tra loro perfettamente antinomici: il primo, incentrato sull'affermazione creativa⁵⁹ di una visione "bifocale" della recidiva qualificata, a seconda del contesto sanzionatorio o prescrittivo nel quale vada a incidere; il secondo, che, di contro, afferma la necessità di leggere l'art. 161 comma 2 c.p. in modo rigorosamente testuale.

Non v'è chi non veda come il *trait d'union* di dette tecniche interpretative contrapposte sia la finalità di proteggere gli effetti indiretti delle forme più gravi di recidiva, tutelandone aprioristicamente l'effigie afflittiva in punto di prescrizione e di procedibilità.

Ciononostante, è altrettanto innegabile come il secondo orientamento del contrasto (per intenderci, quello più garantista) fosse anch'esso contraddistinto da taluni profili di creatività, sebbene ispirati da istanze di ragionevolezza rispetto alla soluzione generale da esso prospettata, oltre che di *favor rei*.

Tale corrente, infatti, riconosceva all'art. 99 comma 6 c.p. la capacità di riverberarsi non soltanto sul computo del termine-base, ma anche sull'incrementabilità

⁵⁸ Le norme che disciplinano l'amnistia, l'indulto, la prescrizione del reato, la liberazione condizionale e la riabilitazione, contengono deroghe al loro normale funzionamento collegate alla circostanza che l'interessato sia stato dichiarato recidivo, e non, come nel caso della prescrizione del reato, che la recidiva si configuri o meno come circostanza aggravante a effetto speciale.

⁵⁹ Sul fenomeno *lato sensu* inteso, non si può non rinviare alla dura presa di posizione di L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018; ID., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 4, 2016.

del termine massimo di cui all'art. 161 c.p. Questo perché la stretta «correlazione tra l'art. 161 cod. pen. e l'art. 99 cod. pen. nella sua integralità – e, quindi anche il comma 6» avrebbe reso «del tutto irragionevole calcolare, ai fini del computo della prescrizione, l'aumento massimo di pena astrattamente previsto, ove in concreto esso non potrà mai essere inflitto, se superiore al cumulo delle pene inflitte con le precedenti condanne»⁶⁰.

Ebbene, a prescindere dalla conclusione generale (condivisibile o meno) cui sono giunte le Sezioni Unite, ci sembra che il dato letterale dell'art. 161 comma 2 c.p. non dia adito a fraintendimenti.

Invero, mentre l'art. 157 comma 2 c.p. effettua un rinvio generale all'intera categoria delle aggravanti autonome e a effetto speciale, l'art. 161 comma 2 c.p. richiama esplicitamente le sole ipotesi previste dai commi 2 e 4 dell'art. 99 c.p.

Breve: una cosa è il computo del termine di cui all'art. 157 c.p., che, a nostro giudizio, non andrebbe incrementato laddove la storia criminale del recidivo non consenta *ex art.* 63 c.p. l'aumento superiore ad un terzo della pena del delitto non colposo contestato allo stesso; altra è il calcolo della frazione di cui il "termine-base non aumentato" potrà essere esteso in presenza di atti interruttivi.

In questo senso, l'esplicita indicazione delle sole forme di recidiva aggravata e reiterata può senz'altro essere criticata come ulteriore mortificazione socio-soggettivistica per tali categorie di recidivi, coerente con le istanze para-retribuzionistiche professate dalla riforma del 2005. Ciò non toglie, tuttavia, che, per quanto discutibile, simile recrudescenza sia comunque espressiva di una precisa scelta politico-criminale, come tale non sindacabile in sede giudiziaria, ma solo parlamentare.

⁶⁰ In questo senso, Cass., III sez. pen., sent. n. 7138/2020, cit., par. 4.