

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 14 ottobre 2010, la Corte di appello di Catania confermava la sentenza del Tribunale di Catania del 13 maggio 2010, appellata da **Fausto Giovanni Marciano** condannato, all'esito di giudizio abbreviato, con l'aumento per la recidiva reiterata e infraquinquennale ex art. 99, comma quarto cod. pen., alla pena di sei mesi e venti giorni di reclusione per il reato di cui all'art. 385 cod. pen., perché, sottoposto alla misura degli arresti domiciliari, si allontanava senza alcuna giustificazione dalla casa di abitazione (accertato in Catania, alle ore 23 dell'11 maggio 2010).

La Corte di appello osservava che doveva ritenersi infondato il motivo di impugnazione che sosteneva la erronea applicazione della recidiva ex art. 99, comma quarto, cod. pen., per essere state ritenute rilevanti a tal fine le precedenti condanne, le quali, secondo la prospettazione dell'imputato, avrebbero dovuto essere considerate prive di effetto per esito positivo della prova a seguito di affidamento al servizio sociale, come da ordinanza del 28 novembre 2003 del Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta.

Al riguardo la Corte affermava di condividere l'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui l'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale, a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova, prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen., non comporta la cancellazione dell'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, circoscritta ai casi indicati dall'art. 687 cod. proc. pen. [disposizione ora trasfusa nell'art. 5 del T.U. in materia di casellario giudiziale di cui al d.P.R. n. 14 novembre 2002, n. 313], con la conseguenza che, ai fini della recidiva, la sentenza di condanna continua a dispiegare tutti i suoi effetti (Sez. 6, n. 26093 del 2004 e n. 88 del 1995).

Anche gli ulteriori motivi, in punto di mancato riconoscimento delle attenuanti generiche e di dosimetria della pena (ragguagliata peraltro al limite minimo edittale), venivano ritenuti infondati.

2. Avverso detta sentenza l'imputato, tramite il proprio difensore, avv. Girolamo Conti, proponeva ricorso per cassazione articolando due motivi.

Con il primo motivo deduce l'erronea applicazione dell'art. 99, comma quarto, cod. pen., in relazione agli artt. 106 cod. pen. e 47, comma 12, Ord. Pen., nonché vizio di motivazione in punto di applicazione dell'aumento di pena conseguente alla contestata recidiva.

Precisa che le precedenti condanne poste a fondamento della ritenuta recidiva erano rappresentate, oltre che dalla sentenza di patteggiamento del Tribunale di Catania del 5 dicembre 2008, da tre sentenze le quali avevano

inflitte pene, che, previo cumulo, erano state eseguite mediante affidamento in prova al servizio sociale, con esito positivo dichiarato dal Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta con ordinanza del 28 novembre 2003.

Richiamati, da una parte, l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. (secondo cui l'esito positivo della prova determina l'estinzione della pena e di "ogni altro effetto penale"), e dall'altra l'art. 106 cod. pen. (secondo cui «[comma primo] Agli effetti della recidiva [...] si tien conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena. [comma secondo] Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali»), il ricorrente osserva che, nella specie, delle tre ultime sentenze di condanna, stante il positivo esito della prova, non si poteva tenere conto ai fini della recidiva, potendo considerarsi solo quella derivante da patteggiamento, con conseguente non configurabilità della recidiva ex art. 99, comma quarto, cod. pen. Era del resto irrilevante l'avvenuta iscrizione delle condanne stesse nel casellario giudiziale stante la funzione ricollegabile ad esso di mera biografia giudiziaria del condannato.

Con un secondo motivo, lamenta l'assoluta mancanza di motivazione della sentenza impugnata con riguardo al motivo d'appello con il quale si deduceva l'erroneità della valutazione operata dal primo giudice circa la rilevanza della recidiva nel caso concreto, non essendosi adeguatamente prese in esame tutte le circostanze del fatto e della personalità dell'imputato, che più correttamente avrebbero dovuto condurre a un giudizio di non significatività dei precedenti penali.

3. Con ordinanza del 27 giugno 2011, depositata il 12 luglio 2011, la Sesta sezione penale, cui era stato assegnato il procedimento, rilevato che in ordine alla questione dell'applicabilità o meno della recidiva in relazione a precedenti condanne la cui esecuzione sia avvenuta con l'affidamento in prova al servizio sociale, conclusasi con esito positivo, si era formato un contrasto giurisprudenziale, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

La Sezione rimettente richiama, in primo luogo, l'orientamento che esclude che l'estinzione di pena ex art. 47, comma 12, Ord. Pen. privi la precedente condanna di effetto ai fini della recidiva, sulla base della considerazione che sarebbe da un lato illogico che l'autorità giudiziaria, in occasione di un nuovo reato commesso dall'ex-affidato, debba ignorare detta condanna (Sez. 6, n. 26093 del 06/05/2004, Tomasoni, Rv. 229745) e dall'altro che dovrebbe comunque iscriversi nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione della misura alternativa in questione (così anche Sez. 1, n. 38045 del 01/10/2002, Stefanelli, Rv. 222648); del resto, la non riferibilità di siffatta causa

estintiva agli effetti della recidiva risultava affermata dalla giurisprudenza che sosteneva [già prima della modifica apportata alla disposizione in esame ad opera del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49] che la estinzione riguardava la sola pena detentiva e non anche quella pecuniaria (tra cui Sez. U, n. 27 del 27/09/1995, Sessa).

Di contro, la Sesta sezione ricorda l'orientamento che, in consapevole contrasto con l'indirizzo richiamato, sostiene che, in applicazione degli art. 47, comma 12, Ord. Pen. e 106, comma secondo, cod. pen., l'estinzione della pena determinata dall'esito positivo dell'affidamento in prova ha effetti anche ai fini della recidiva, a ciò non essendo di ostacolo la permanenza dell'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, attese le finalità di natura amministrativa di quest'ultima, non significative della mancata estinzione della pena e degli effetti penali (Sez. 3, n. 27689 del 13/05/2010, R., Rv. 247925).

Peraltro, con riferimento a tale secondo orientamento, la Sezione rimettente ritiene non pienamente "esaustive" le relative argomentazioni.

Di qui, dunque, la ravvisata necessità di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite.

4. Con decreto del 20 luglio 2011, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali, fissando per la trattazione dello stesso l'odierna udienza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può così essere enunciata: *«se l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporti che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».*

2. Nel ricorso, con il primo motivo, su cui si incentra la questione devoluta alle Sezioni Unite, si sostiene che nel presente procedimento non poteva tenersi conto della recidiva ex art. 99, comma quarto, cod. pen., derivante da tre precedenti condanne (sentenze Pretore Enna 17 ottobre 1989; Trib. Bologna 3 marzo 1994; Pretore Milano 18 novembre 1998), dato che per la relativa pena, oggetto di cumulo, il ricorrente era stato ammesso all'affidamento in prova, conclusosi con esito positivo; venendo in questione la previsione dell'art. 47, comma 12, Ord. Pen., secondo cui *«L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale».*

E la recidiva, si osserva, era un effetto penale derivante dalle precedenti condanne, del quale non poteva tenersi conto, a norma dell'art. 106 cod. pen. (il quale, intitolato «*Effetti dell'estinzione del reato o della pena*», così recita: «- Agli effetti delle recidiva [...], si tien conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena. - Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali»).

Secondo il ricorrente, dunque, si sarebbe potuto tenere conto solo della recidiva (semplice) derivante dalla sentenza di applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen. del Tribunale di Catania in data 5 dicembre 2008 (alla quale, peraltro, si riferisce il secondo motivo di ricorso circa la carenza di motivazione delle effettiva rilevanza di tale precedente, invocandosi al riguardo le note sentenze della Corte costituzionale - n. 192 del 2007 - e della Corte di cassazione, e non citandosi la sentenza Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, dep. 05/10/2010, Calibè, in quanto - si immagina - non conosciuta, essendo di poco precedente alla proposizione del ricorso).

3. E' assodato che nel caso in esame, con ordinanza in data 28 novembre 2003 del Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta, veniva dichiarata, in relazione alle tre condanne sopra menzionate, la estinzione della pena e di ogni altro effetto penale a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova.

4. Va premesso che l'art. 47, comma 12, Ord. Pen., nella sua originaria formulazione, così recitava: «L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e ogni altro effetto penale».

La norma era stata interpretata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (tra cui Sez. U, n. 27 del 27/09/1995, Sessa, Rv. 202272) nel senso che l'effetto estintivo ivi previsto era riferibile alla sola pena detentiva (dato che ad essa si riferiva tutta la disciplina e la *ratio* dell'istituto) e una questione di costituzionalità proposta da un giudice di merito che sosteneva la riferibilità della previsione alla intera pena, sia detentiva sia pecuniaria, venne dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte cost. con ord. n. 410 del 1994, in quanto devolutiva di questione meramente interpretativa.

Intervennero quindi il legislatore con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, così riformulando la norma: «L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale. Il tribunale di sorveglianza, qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa». Veniva così in sostanza convalidata in via normativa la linea giurisprudenziale della Corte di cassazione, ma al contempo era prevista la

declaratoria di estinzione della pena pecuniaria per il condannato che versi in disagiate condizioni economiche.

5. Già prima dell'intervento normativo, la Corte di cassazione si era pronunciata nel senso che l'effetto estintivo di cui all'art. 47, comma 12, Ord. Pen., non comportando la cancellazione della iscrizione della condanna nel casellario giudiziale (in cui anzi deve essere inserita anche la menzione dell'esito dell'affidamento in prova), non impediva alla sentenza di condanna di dispiegare i suoi effetti ai fini della rilevanza della recidiva; tanto più, si osservava, che l'effetto estintivo era «rapportato alla sola pena detentiva e non anche a quella pecuniaria» e che la disposizione in esame si riferiva genericamente «ad ogni altro effetto penale [...] non avendo riguardo specificamente agli effetti penali della condanna (a differenza di quanto risulta invece dalla lettera dell'art. 178 cod. pen. sulla riabilitazione)» (Sez. 6, n. 26093 del 06/05/2004, Tomasoni, Rv. 229745; e, in termini analoghi, Sez. 6, n. 28378 del 14/05/2004, Orsini, Rv. 229593).

Sulla stessa linea, dopo la ricordata modifica legislativa (che peraltro, come detto, non ha fatto altro che convalidare in via normativa la limitazione della riferibilità della estinzione della pena a quella detentiva già sostenuta dalla prevalente giurisprudenza), si sono espresse, senza ulteriori approfondimenti, le seguenti decisioni (tutte non massimate): Sez. 2, n. 40954 del 17/09/2009, Casisa; Sez. 1, n. 43686 del 07/10/2010, Messina; nonché, a quanto è dato comprendere, Sez. 2, n. 42435, del 23/10/2009, Petruzzo (che peraltro afferma che «della condanna estinta [...] il giudice di merito poteva tenere conto, non per qualificare su di essi una formale recidiva, ma quali sintomi di inosservanza della legge, da parte dell'imputato, per decidere di applicarla, nonostante la sua facoltatività»).

6. A tale orientamento se ne contrappone un altro, rappresentato, a quanto consta, da due sole pronunce.

Secondo Sez. 4, n. 14513 del 22 marzo 2007, Crestaz (n. m.), poiché, stando all'art. 47, comma 12, Ord. Pen., l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale, diviene operante la disposizione di cui all'art. 106, secondo comma, cod. pen., «in base alla quale non si tiene conto, agli effetti della recidiva, delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena, qualora [...] estingua anche gli effetti penali».

Per Sez. 3, n. 27689 del 13/05/2010, R., Rv. 247925, poi, comportando l'esito positivo della prova l'estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto

penale, in tale effetto estintivo deve ricomprendersi quello derivante dalla recidiva, stante il disposto dell'art. 106, comma secondo, cod. pen.; osservandosi in particolare che l'argomento su cui fa leva il contrapposto orientamento, rappresentato dal fatto che l'esito positivo della prova non comporta il venir meno della iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, non è pertinente, posto che il permanere di tale iscrizione assolve a finalità varie, di natura amministrativa, «ma non è, di per sé solo, incompatibile con l'estinzione degli effetti penali della condanna ai fini della recidiva».

7. Le Sezioni Unite condividono quest'ultimo orientamento.

8. Come si è visto, in forza dell'art. 47, comma 12, Ord. Pen., l'esito positivo della prova conseguente all'affidamento al servizio sociale «estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale».

A ben vedere, non interessa in questa sede il primo effetto estintivo (quello relativo alla pena detentiva), occorrendo invece stabilire in cosa consista l'estinzione di «ogni altro effetto penale» e, in particolare, se tale effetto si riferisca alla recidiva (o più precisamente, stando al caso di specie, alle conseguenze in termini di aggravamento sanzionatorio che la recidiva è idonea a produrre).

8.1. A tal fine, non occorre tanto interrogarsi sul se la recidiva sia un effetto penale della condanna (in questo senso, sia pure incidentalmente, Sez. U, n. 7 del 20/04/1994, Volpe; Sez. U, n. 31 del 22/11/2000, dep. 2001, Sormani).

Il quesito è generalmente risolto, in senso positivo, da chi fa leva sul disposto dell'art. 106 cod. pen., che, al comma secondo, stabilisce la neutralizzazione degli effetti della recidiva quando si verifichi una causa di estinzione degli "effetti penali" (e ciò in deroga alla generale previsione del primo comma, alla stregua del quale agli effetti della recidiva si tiene conto anche delle «condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena»).

Ancora più esplicitamente, va osservato, l'art. 12, comma primo, n. 1, cod. pen., sia pure con riferimento a una materia del tutto peculiare (*Riconoscimento delle sentenze penali straniere*), usa l'espressione «recidiva o un altro effetto penale della condanna».

Peraltro, come è stato perspicuamente messo in rilievo dalla Dottrina, tale soluzione non può dirsi scontata.

Nella originaria impostazione del codice penale la recidiva (definita dal più autorevole studioso di quegli anni come una questione di "diritto" e non di "fatto") comportava inderogabilmente e automaticamente un effetto di

aggravamento della pena (salva la ipotesi della "recidiva facoltativa" di cui all'art. 100 cod. pen., poi abrogato), tanto che questo era strettamente conseguente alla relativa iscrizione nel casellario giudiziale e alla formale contestazione. Ma le modifiche apportate dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99, ne hanno reso discrezionale l'applicazione; e tale carattere deve ritenersi essersi mantenuto anche a seguito della novella recata dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, salvo che per la ipotesi di cui al comma quinto dell'art. 99 cod. pen., come autorevolmente affermato dalla Corte cost. con la sentenza n. 192 del 2007 (e altre decisioni successive) e puntualizzato dalle Sezioni unite di questa Corte (in particolare, sent. n. 35738 del 27/05/2010, Calibè). Sicché, se - soprattutto argomentando dall'art. 20 cod. pen. (che peraltro si riferisce formalmente alle pene accessorie) - si assegna alla categoria degli effetti penali della sentenza di condanna il necessario tratto distintivo costituito dall'essere questi conseguenze giuridiche "automaticamente" derivanti dalla sentenza (così le citate Sez. U, Volpe e Sez. U, Sormani), si avrebbe ormai difficoltà a individuare nella recidiva tale carattere.

8.2. Ciononostante, il collegamento tra le due norme (art. 47, comma 12, Ord. Pen. e 106 cod. pen.) impone comunque di ritenere che la recidiva non produca effetti qualora sussista una causa di estinzione del reato o della pena che comporti anche l'estinzione degli effetti penali della condanna.

Non importa, cioè, stabilire se la recidiva abbia effettivamente (ancora) tale natura, essendo sufficiente prendere atto che, per espresso dettato normativo, anche la recidiva segue la sorte degli effetti penali della condanna allorché gli stessi vengono ad essere formalmente neutralizzati da una qualche causa di estinzione del reato o della pena, perché è in questo senso che si esprime - pragmaticamente - il comma secondo dell'art. 106 cod. pen.

8.3. Ora, che l'esito positivo del periodo di prova cui è sottoposto l'affidato al servizio sociale determini l'estinzione della pena, sia pure soltanto detentiva, è positivamente scritto nell'art. 47, comma 12, Ord. Pen.; e dal medesimo testo si ricava che da ciò consegue anche l'estinzione di "ogni altro effetto penale".

E' vero che l'estinzione della pena può essere solo parziale, non potendosi dire "estinta" la porzione di quella detentiva eventualmente già espiata, né estinguendosi quella pecuniaria se non in caso di accertata condizione di disagio economico del condannato; ma l'art. 106, comma primo, cod. pen. non richiede espressamente una estinzione "totale" della pena, e, per altro verso, l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. comunque fa conseguire alla estinzione di una pena - quella detentiva, totale o residuale - l'ulteriore effetto della estinzione di «ogni altro effetto penale».

8.4. Non ha senso poi disquisire sul fatto che gli "effetti penali" cui si riferisce l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. non siano collegati formalmente al

termine "condanna", a differenza di quanto rinvenibile nell'art. 178 cod. pen., in tema di riabilitazione.

L'art. 106, comma secondo, cod. pen. non contempla (e quindi non impone) una simile specificazione; e d'altro canto sarebbe ben arduo immaginare "effetti penali" non scaturenti da una "condanna" ma soltanto da una "pena", estinta o non che essa sia.

Deve dunque ritenersi che quando la legge parla di "effetti penali" non può che riferirsi a quelli che scaturiscono da una "condanna".

9. La più recente legislazione, del resto, ispirata evidentemente a linee di politica premiale, annovera altri casi di estinzione di "ogni altro effetto penale" collegati a comportamenti virtuosi del condannato.

Così stabilisce l'art. 445, comma 2, cod. proc. pen., per il caso del patteggiante che non commetta ulteriori reati, con le specificazioni ivi indicate («si estingue ogni effetto penale»).

Ancora, in base all'art. 90 T.U. stup., il condannato per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza può beneficiare della sospensione della pena detentiva (entro determinati limiti) per cinque anni, ove si sia sottoposto, con esito positivo, a un programma terapeutico e socio-riabilitativo, con sospensione anche della esecuzione della pena pecuniaria in caso di disagio economico (comma 1); e la sospensione rende "inapplicabili" «le misure di sicurezza nonché le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna» (comma 3); mentre, in base all'art. 93, comma 1, «le pene ed ogni altro effetto penale si estinguono» se il condannato nei cinque anni successivi non commette un delitto non colposo punibile con la reclusione. Vi è dunque un evidente parallelismo con l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. (disposizione applicabile anche nell'ipotesi di affidamento "terapeutico" di cui all'art. 94 T.U. stup.): in entrambi i casi la pena considerata (eseguita in altra forma o sospesa) può essere soltanto quella detentiva; e in entrambi i casi, a certe condizioni, cessa «ogni altro effetto penale».

10. In conclusione, sulla base del quadro normativo, così interpretato, deve essere enunciato il seguente principio di diritto: *«l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporta che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».*

11. Conseguente che la sentenza impugnata deve essere annullata nel punto relativo alla ritenuta rilevanza della recidiva per effetto delle tre condanne sopra

indicate, di cui non avrebbe dovuto tenersi conto, essendo state le relative pene, previo cumulo, eseguite con affidamento in prova al servizio sociale, con esito positivo dichiarato dal Tribunale di sorveglianza.

Alla nuova determinazione della pena non possono tuttavia procedere direttamente queste Sezioni Unite, dovendo l'annullamento essere disposto a norma dell'art. 623 cod. proc. pen., in quanto spetta ad altra sezione della Corte di appello di Catania, stabilire, all'esito del giudizio di rinvio, la rilevanza della recidiva, non meglio qualificata, derivante dalla sentenza pronunciata ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Catania in data 5 dicembre 2008, in conformità ai criteri stabiliti nella sentenza n. 192 del 2007 della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità (per tutte, Sez. U, n. 35738 del 2010, Calibè, cit.).

Giova al riguardo precisare che sul giudice del merito incombe uno specifico dovere di motivazione sia quando ritiene sia quando esclude la rilevanza della recidiva, scaturendo ciò dai condivisibili principi affermati nelle appena ricordate sentenze della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite.

Infatti, esclusi i casi di recidiva c.d. obbligatoria, di cui al comma quinto dell'art. 99 cod. pen., il giudice può attribuire effetti alla recidiva unicamente quando la ritenga effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; ed è quindi, tenuto a verificare se il nuovo episodio criminoso sia «concretamente significativo - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Corte cost., sent. n. 192 del 2007).

In altri termini, è precipuo compito del giudice del merito «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali» (Sez. U, sent. Calibè).

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Catania limitatamente alla recidiva.

Così deciso il 27/10/2011.

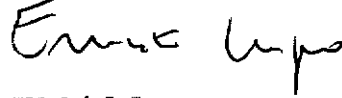
Il Componente estensore

Giovanni Conti



Il Presidente

Ernesto Lupo



SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il 15 FEB. 2012

Il Funzionario Giudiziario

Leonardo SACRIPANTI

