

Penale Ord. Sez. 1 Num. 25413 Anno 2020

Presidente: CASA FILIPPO

Relatore: ROCCHI GIACOMO

Data Udiienza: 17/07/2020

ORDINANZA

sui ricorsi proposti da:

BALDASSARRE GIOACCHINO nato a TERLIZZI il 09/02/1980

BELVISO SAVERIO nato a BARI il 19/08/1973

STEFANELLI SAVERIO (CL. 57) nato a TRIGGIANO il 26/03/1957

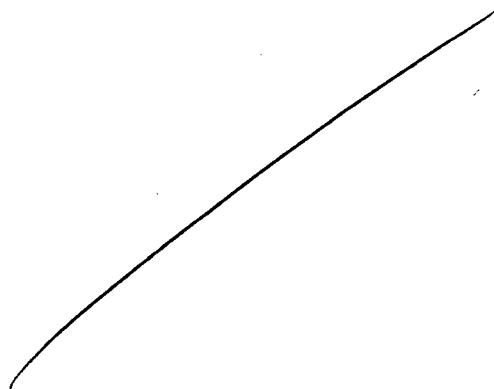
avverso la sentenza del 08/03/2019 della CORTE ASSISE APPELLO di BARI

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere GIACOMO ROCCHI;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore LUCA TAMPIERI

che ha concluso come indicato nel prosieguo



RITENUTO IN FATTO

1. Nel presente processo, relativo ad un'associazione per delinquere armata finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti ex art. 74 d.P.R. 309 del 1990 e nel quale sono stati addebitati a numerosi imputati innumerevoli episodi di acquisto, detenzione e cessione di sostanze stupefacenti, detenzione e porto di armi nonché violazioni delle norme sulle misure di prevenzione personale, è stato contestato a cinque imputati – Baldassarre Gioacchino, Baldassarre Vincenzo, Belviso Saverio, Stefanelli Saverio classe 1957 e Stefanelli Saverio classe 1993 – il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 cod. pen., con l'aggravante di cui all'art. 112, comma 1, n. 1) cod. pen. per essere i concorrenti in numero di cinque. Gli imputati sono stati condannati in primo grado dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bari e in appello dalla Corte di assise di appello di Bari. La loro responsabilità non è in discussione e i motivi di ricorso per cassazione attengono esclusivamente alla determinazione della pena.

Contrariamente a quanto valutato dal giudice di primo grado, la Corte di assise di appello, in ragione di quanto reso possibile dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 68 del 2012, ha riconosciuto a favore degli imputati l'attenuante di cui all'art. 311 cod. pen., ritenendo il fatto di lieve entità: si trattava, infatti, del sequestro operato per poche ore nei confronti di un associato, che si era impossessato di un'arma appartenente al sodalizio e non aveva versato il ricavato della vendita di una piccola quantità di stupefacente affidatagli, al fine di costringerlo a versare la somma di euro 1.400 e a restituire la pistola.

Nella determinazione della pena nei confronti dei cinque imputati la Corte territoriale ha diversificato le posizioni: mentre l'attenuante predetta è stata ritenuta prevalente sull'aggravante del numero di persone per Baldassarre Vincenzo e Stefanelli Saverio classe 1993, ai quali non è stata contestata la recidiva, con conseguente rilevante diminuzione della pena complessiva rispetto a quella inflitta in primo grado, per Baldassarre Gioacchino, Belviso Saverio e Stefanelli Saverio classe 1957, in ragione della contestazione della recidiva ai sensi dell'art. 99, comma 4 cod. pen. e della valutazione della sua operatività, la diminuzione è stata ritenuta equivalente all'aggravante contestata e alla recidiva stessa, con la conseguente conferma della pena finale di anni venti di reclusione inflitta dal giudice di primo grado: la Corte territoriale ha adottato come pena base per il calcolo della pena complessiva il minimo edittale previsto dall'art. 630 cod. pen. di anni 25 di reclusione, l'ha aumentata per la continuazione con i numerosi e gravi reati contestati ai tre imputati a pena superiore ad anni 30 di reclusione, ha applicato il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., determinando la pena in anni trenta di reclusione e, infine, l'ha ridotta di un terzo per il rito abbreviato.

2. A sostegno della decisione, la Corte territoriale ha correttamente richiamato il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti stabilito dall'art. 69, comma 4, cod. pen. per il caso di applicazione della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen.

Non convincono, d'altro canto, le argomentazioni svolte dai tre ricorrenti secondo cui l'attenuante di cui all'art. 311 cod. pen. avrebbe natura di "diminuente speciale" e dovrebbe essere sottratta al bilanciamento delle circostanze o che sostengono che l'aggravante del numero delle persone non poteva essere applicata poiché il Giudice di primo grado non l'aveva presa in considerazione nel calcolo della pena, pur non escludendola: da una parte, il bilanciamento tra le circostanze non può essere escluso per quanto disposto dall'art. 69, comma 4 cod. pen., salvo i casi in cui il legislatore lo prevede espressamente; dall'altra, l'applicabilità o meno dell'aggravante del numero di persone ex art. 112, comma 1, n. 1 cod. pen. è questione irrilevante in quanto, in forza di quanto previsto dallo stesso art. 69, comma 4, cod. pen., il bilanciamento tra recidiva ex art. 99 comma 4 cod. pen. e attenuante di cui all'art. 311 cod. pen. non può in ogni caso risolversi nella prevalenza della circostanza attenuante.

3. Sembra a questa Corte inevitabile fare riferimento alle sentenze della Corte Costituzionale emesse con riferimento all'art. 69, comma 4, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, e con riferimento all'applicabilità al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 cod. pen. dell'attenuante di cui all'art. 311 cod. pen.

In effetti, la sentenza n. 68 del 2012 dava atto della "risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza" fornita dal legislatore negli anni 1978 e 1980 al fenomeno dei sequestri di persona a scopo di estorsione e del successivo emergere di "episodi marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell'emergenza". La Corte ribadiva che la commisurazione delle sanzioni per ciascuna fattispecie astratta di reato è materia affidata al legislatore, in quanto involge apprezzamenti tipicamente politici, limitando la sindacabilità ai casi di manifesta irragionevolezza o arbitrio; riteneva che il sequestro di persona a scopo di terrorismo e di eversione fosse strettamente affine ed omogeneo rispetto al sequestro estorsivo sotto diversi profili; valutava, quindi, come manifestamente irrazionale, e dunque lesiva dell'art. 3 della Costituzione, la mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione, di una attenuante per i fatti di lieve entità; sottolineava che la funzione di tale attenuante è quella di "mitigare ... una risposta punitiva improntata ad eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale";

ne deduceva la concorrente violazione dell'art. 27, comma terzo della Costituzione "nel suo valore fondante, in combinazione con l'art. 3 della Costituzione, del principio di proporzionalità della pena al fatto concretamente commesso, sul rilievo che una pena palesemente sproporzionata – e, dunque – inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa".

Tale pronuncia rileva perché, in forza del divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva ex art. 99, comma 4 cod. pen., la pena per un episodio che il giudice del merito ha ritenuto motivatamente di lieve entità, resta di "eccezionale asprezza".

4. Le sentenze della Corte Costituzionale di parziale illegittimità dell'art. 69, comma 4, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, richiamano i principi già enunciati nella pronuncia appena evocata.

Nel dichiarare illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen., la sentenza n. 251 del 2012 rimarcava che "due fatti, quelli previsti dal primo e dal quinto comma dell'art. 73, che lo stesso assetto legislativo riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, e ciò «determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale» (sentenza n. 249 del 2010).

La recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità."

La Corte ravvisava anche la violazione del principio di uguaglianza e del principio di proporzionalità della pena (art. 27, terzo comma, Cost.): la deroga "a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalisticamente indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze" (sentenza n. 183 del 2011) impediva, infatti, il

necessario adeguamento della pena attribuendo alla risposta punitiva "i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» e, dunque, «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato» (sentenza n. 68 del 2012)". Di conseguenza, la norma era da ritenere in contrasto anche con la finalità rieducativa della pena, "che implica «un costante "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 341 del 1994)".

5. Anche le successive decisioni ribadivano i medesimi principi.

Con la sentenza n. 105 del 2014, nel dichiarare illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, secondo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma cod. pen., la Corte ne valutava le conseguenze come "manifestamente irragionevoli", per l'annullamento delle differenze tra le due diverse cornici edittali delineate dal primo e dal secondo comma dell'art. 648 cod. pen., avuto riguardo soprattutto ai livelli minimi edittali.

Di conseguenza "due fatti, quelli previsti dal primo e dal secondo comma dell'art. 648 cod. pen., che lo stesso assetto legislativo riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, determinando la violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., «che pone il fatto alla base della responsabilità penale» (sentenze n. 251 del 2012 e n. 249 del 2010)".

Anche in questo caso venivano ritenuti violati il principio di uguaglianza e quello di proporzionalità della pena: il primo, "perché il recidivo reiterato autore di una ricettazione di normale o anche di rilevante gravità, da punire, in presenza delle attenuanti generiche, con il minimo edittale della pena stabilita dall'art. 648, primo comma, cod. pen., riceverebbe lo stesso trattamento sanzionatorio – quest'ultimo irragionevolmente severo – spettante al recidivo reiterato, cui pure siano riconosciute le attenuanti generiche, ma autore di un fatto di particolare tenuità"; il secondo, in quanto "il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante dell'art. 648, secondo comma, cod. pen., impedisce il necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il fatto di particolare tenuità"; cosicché la norma censurata doveva ritenersi in contrasto anche con la finalità rieducativa della pena, "che implica un costante 'principio di proporzione' tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (sentenza n. 341 del 1994)".

Con la sentenza n. 106 del 2014, che dichiarava l'illegittimità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609 *bis*, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma cod. pen., la Corte riteneva

che lo stesso impedisse "il necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire appunto attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il caso di minore gravità", attribuendo alla risposta punitiva "i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» e, dunque, «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato» (sentenza n. 68 del 2012)"; conclusione "resa ancor più evidente dalla notevole divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per la fattispecie base, prevista dal primo comma dell'art. 609 *bis* cod. pen., e per quella circostanziata, prevista dal terzo comma del medesimo articolo". Veniva ritenuta fondata la censura relativa al principio di uguaglianza, perché "fatti anche di minima entità vengono, per effetto del divieto in questione, ad essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 609 *bis* cod. pen., per le ipotesi di violenza più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse, sia per le modalità, sia per il danno arrecato alla vittima".

Con la sentenza n. 74 del 2016, che dichiarava l'illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 7, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., la Corte rilevava che lo stesso impediva alla disposizione premiale, volta ad incentivare il ravvedimento post-delittuoso del reo, di produrre pienamente i suoi effetti e così ne frustrava in modo manifestamente irragionevole la *ratio*, perché fa venire meno quell'incentivo sul quale lo stesso legislatore aveva fatto affidamento per stimolare l'attività collaborativa. Inoltre, il divieto era irragionevole perché disconosceva la rilevanza della condotta del reo susseguente al reato, attribuendo "una rilevanza insuperabile alla precedente attività delittuosa del reo – quale sintomo della sua maggiore capacità a delinquere – rispetto alla condotta di collaborazione successiva alla commissione del reato, benché quest'ultima possa essere in concreto ugualmente, o addirittura prevalentemente, indicativa dell'attuale capacità criminale del reo e della sua complessiva personalità".

Con la sentenza n. 205 del 2017, che dichiarava l'illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 219, terzo comma, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare) sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., la Corte richiamava le considerazioni già svolte nelle sentenze nn. 251 del 2012 e 105 del 2014, ritenendo che la norma conducesse a "conseguenze sanzionatorie manifestamente irragionevoli".

Trattandosi di circostanza speciale, di natura oggettiva e ad effetto speciale, con una notevole divaricazione tra le cornici edittali stabilite dal legislatore per le



fattispecie base e quelle stabilite per le rispettive ipotesi attenuate a norma dell'art. 219, terzo comma, il divieto comportava che "due fatti, quello di bancarotta fraudolenta e quello di bancarotta che ha cagionato, alla massa dei creditori, un danno patrimoniale di speciale tenuità, che lo stesso assetto legislativo riconosce diversi sul piano dell'offesa, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, determinando la violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale".

Il principio di offensività veniva ritenuto violato perché gli aspetti della colpevolezza e della pericolosità avevano assunto una rilevanza tale da renderli prevalenti rispetto al fatto oggettivo; inoltre, "rispetto a una bancarotta fraudolenta che abbia cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, per effetto dell'equivalenza tra la recidiva reiterata e l'attenuante in questione, l'imputato viene di fatto a subire un aumento assai superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi", così risultando la norma irragionevole.

La Corte riteneva violato anche il principio di proporzionalità della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), poiché "il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante di cui all'art. 219, terzo comma, del r.d. n. 267 del 1942 impedisce il necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per la bancarotta fraudolenta con «un danno patrimoniale di speciale tenuità», determinando un trattamento sanzionatorio "palesamente sproporzionato".

Infine, con la sentenza n. 73 del 2020, dichiarando l'illegittimità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., la Corte osservava che il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo, sottolineando che "il *quantum* di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa e dal grado del dolo o della colpa ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile." La Corte riteneva, quindi, che "l'inderogabile divieto di prevalenza non può essere ritenuto compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo".

In un passaggio successivo si osservava: "Non osta a tale conclusione la natura di circostanza a effetto comune dell'attenuante di cui all'art. 89 cod. pen.,



che determina – ai sensi dell’art. 65 cod. pen. – la diminuzione fino a un terzo della pena che dovrebbe essere altrimenti inflitta. A prescindere dalla considerazione che l’entità concreta della diminuzione di pena dipende ovviamente dall’entità della pena base – ben potendo tale diminuzione tradursi, rispetto ai delitti più gravi, in vari anni di reclusione in meno –, va infatti ribadito che la circostanza attenuante in parola mira ad adeguare il *quantum* del trattamento sanzionatorio alla significativa riduzione della rimproverabilità soggettiva dell’agente, ed è pertanto riconducibile a un connotato di sistema di un diritto penale “costituzionalmente orientato”, così come ricostruito dalla giurisprudenza di questa Corte: giurisprudenza che – dalla sentenza n. 364 del 1988 in poi – individua nella rimproverabilità soggettiva un presupposto essenziale dell’an dell’imputazione del fatto al suo autore, e conseguentemente dell’applicazione della pena nei suoi confronti”.

6. La rassegna appena fatta permette di cogliere affinità e differenze tra la questione che in questa sede si solleva e le fattispecie già valutate dalla Corte Costituzionale.

In primo luogo, non emerge un problema di contraddittorietà della disciplina con la *ratio* della attenuante i cui effetti vengono impediti dal divieto di prevalenza, così come per l’attenuante di cui all’art. 73, comma 7, d.P.R. 309 del 1990 oggetto della sentenza n. 74 del 2016; in secondo luogo, sono estranei alla presente questione i profili relativi al disvalore soggettivo della condotta, rilevanti invece per l’attenuante del vizio parziale di mente, oggetto della sentenza n. 73 del 2020, ma coinvolti anche, sotto il profilo della rilevanza della condotta *post delictum*, per quella di cui all’art. 73, comma 7, d.P.R. 309 del 1990 appena ricordata.

7. La questione che si solleva si affianca, piuttosto, a quelle, oggetto delle restanti sentenze, che evidenziavano che la medesima pena veniva irrogata a fatti che presentavano una gravità oggettiva e un’offensività nettamente diversa, risultando, di conseguenza, il trattamento sanzionatorio irragionevole e contrario al principio di offensività: come evidenziato dalla sentenza n. 68 del 2012, l’impossibilità di applicazione dell’attenuante di cui all’art. 311 cod. pen. alla fattispecie del sequestro di persona a scopo di estorsione comportava un trattamento sanzionatorio particolarmente severo anche per “episodi marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell’emergenza”.

Tuttavia, diversamente dalle ipotesi di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990, all’art. 648, secondo comma, cod. pen., all’art. 609 bis, terzo comma, cod. pen. e all’art. 219, terzo comma, legge fallimentare, non ricorre quel profilo di

manifesta irragionevolezza del trattamento sanzionatorio derivante dalla notevole differenza tra i limiti edittali – massimi o minimi – previsti per la fattispecie base e per la fattispecie attenuata: quella dell'art. 311 cod. pen. è un'attenuante ad effetto comune, la cui mancata applicazione impedisce, quindi, una diminuzione della pena non superiore ad un terzo. Peraltro, come sembra ricavarsi dal passaggio in precedenza citato della sentenza n. 73 del 2020, si tratta di differenza non decisiva, poiché "l'entità concreta della diminuzione di pena dipende ovviamente dall'entità della pena base": in effetti, nel caso in esame, essendo il limite edittale minimo previsto per il sequestro di persona a scopo di estorsione assai alto (anni 25 di reclusione), l'impossibilità di ridurre fino ad un terzo la pena base impedisce una diminuzione che, nel suo massimo, è pari ad anni otto e mesi quattro di reclusione.

In definitiva, attesa l'eccezionale asprezza del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 630 cod. pen., l'impossibilità di applicare la diminuzione prevista dall'art. 311 cod. pen. in ragione del divieto di prevalenza sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. pare integrare la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione così come richiamati nelle sentenze della Corte Costituzionale.

8. La questione risulta quindi, non manifestamente infondata; si tratta di questione rilevante nel presente processo in quanto decisiva per l'accoglimento dei motivi di ricorso per cassazione che censurano la misura della determinazione della pena inflitta ai tre imputati.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, cod. pen. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 311 cod. pen., in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio in corso.

Ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata ai ricorrenti, al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso il 17 luglio 2020
