

Penale Ord. Sez. 1 Num. 25005 Anno 2022

Presidente: TARDIO ANGELA

Relatore: TALERICO PALMA

Data Udiienza: 03/06/2022

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

ZAVETTIERI ANNUNZIATO nato a MELITO DI PORTO SALVO il 20/12/1970

avverso l'ordinanza del 07/12/2021 del TRIB. SORVEGLIANZA di L'AQUILA

udita la relazione svolta dal Consigliere PALMA TALERICO;

lette le conclusioni del P.G., Sabrina Passafiume, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

lette le note di replica dell'avv. Giovanna Beatrice Araniti che ha insistito nell'accoglimento del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 7 dicembre 2021 il Tribunale di sorveglianza di L'Aquila dichiarava inammissibile la domanda proposta nell'interesse di Annunziato Zavettieri, tendente a ottenere la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, in relazione alla pena residua di cui al provvedimento di cumulo emesso dalla Procura generale della Repubblica di Reggio Calabria in data 20.9.2017.

A ragione della decisione, il Tribunale - dopo avere indicato dettagliatamente i titoli ricompresi nel citato cumulo (1- sentenza della Corte di appello di Reggio Calabria del 18.1.2007, con la quale lo Zavettieri era stato condannato per il delitto di cui all'art. 12-*quinquies* della legge n. 356 del 1992 a pena interamente indultata; 2 - sentenza della Corte di Assise di appello di Reggio Calabria del 12.5.2004, con la quale il predetto era stato condannato alla pena di anni trenta di reclusione per i reati di partecipazione all'associazione cui all'art. 416-*bis* cod. pen., omicidio, tentato omicidio, nonché per i connessi delitti in materia di armi, tutti aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991; 3 - sentenza della Corte di appello di Reggio Calabria del 19.7.2000, con la quale il predetto era stato condannato per reati in materia di armi e ricettazione) ed evidenziato che la pena finale, determinata, al netto del concesso indulto, nella misura di anni 35, mesi 2 di reclusione, era stata ridotta ad anni trenta ai sensi dell'art. 78 cod. pen. - ha affermato che: "in presenza di istituti che per la loro applicabilità richiedono lo scioglimento del cumulo giuridico, con il quale, in applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., la pena è stata determinata nel massimo previsto per legge in anni 30 di reclusione, è evidente che devono essere presi in separata considerazione i titoli di condanna e le relative pene"; "nel caso in esame, l'istante deve avere espiato per intero la pena di anni 30 di reclusione a lui inflitta per i reati di cui agli artt. 416-*bis* cod. pen., tentato omicidio e omicidio aggravati dall'art. 7 legge 203/91, e connessi reati in materia di armi (sentenza *sub* n. 2), che assorbe totalmente la pena determinata con il cumulo in esecuzione, cui si è giunti solo per il principio del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., non avendo prospettato neppure, in linea di fatto, la sussistenza delle condizioni per far luogo a una declaratoria ex art. 58^{ter} O.P., arrivandosi altrimenti al paradosso che, in presenza di un solo titolo costituito dalla condanna ad anni 30 di reclusione per reati di cui all'art. 4-*bis* O.P., il detenuto avrebbe potuto accedere alla misura invocata solo previo accertamento della collaborazione con la giustizia o della declaratoria delle condizioni dell'impossibilità/inesigibilità di detta collaborazione, mentre in presenza di cumulo e, quindi di più condanne, tra cui quella ad anni 30 per reati ostativi, già mitigato dal principio moderatore ex art. 78 cod. pen., vedrebbe riservarsi un trattamento di maggiore favore, pur in presenza di più condanne".



2. Avverso detta ordinanza, ha proposto ricorso per cassazione il difensore di fiducia del condannato, avvocata Giovanna Beatrice Araniti, deducendo "violazione dell'art. 606, lett. b), c) ed e) cod. proc. pen. in relazione all'art. 78 cod. pen.; violazione dell'art. 6 CEDU, 3, 4, 24, 27 e 111 Cost.; omessa considerazione del provvedimento di scissione del cumulo col sistema della riduzione proporzionale n. 827/2018, già effettuato dal Magistrato di sorveglianza di Cagliari, del 12.2.2018 (ossia più di 3 anni fa) e del successivo provvedimento di ammissione ai colloqui previsti per il regime di media sicurezza, con conseguente violazione dei principi di progressione trattamentale e di rieducazione della pena; totale mancanza di motivazione in relazione alla memoria difensiva e alla documentazione prodotta, totalmente bypassata; richiesta subordinata di trasmissione degli atti alle Sezioni Unite per dirimere il contrasto giurisprudenziale esistente".

La difesa ha, innanzitutto, evidenziato di avere rappresentato al Tribunale di sorveglianza che lo Zavettieri era detenuto ininterrottamente dal 22.4.1999, in virtù di provvedimento di esecuzione delle pene concorrenti n. 110/2010 SIEP del 20.9.2017 e che lo stesso aveva integralmente espiato la pena prevista per i reati ostativi, essendo attualmente ristretto per reati non ostativi (con fine pena fissato al 12.10.2023), come risultava: dalla lettura della sentenza che aveva giudicato i delitti in materia di armi, che aveva espressamente escluso la ricorrenza dell'aggravante di cui all'art. 7 della legge n. 203 del 1991; dal provvedimento di scorporo n. 827/2018 emesso dal Magistrato di sorveglianza di Cagliari il 12.2.2018 con l'adozione del metodo proporzionale; dal provvedimento di autorizzazione permanente alla fruizione di colloqui e telefonate previste per il regime di media sicurezza, cui lo Zavettieri era stato ammesso in seguito al già indicato provvedimento di scissione; dall'attestato rilasciato dalla Procura generale della Repubblica di Reggio Calabria.

Ha, quindi, sostenuto che il Tribunale di sorveglianza avrebbe omesso di prendere in considerazione l'indicato provvedimento di scissione del cumulo emesso dal Magistrato di sorveglianza di Cagliari il 12.2.2018, così "mortificando le aspettative del condannato e il criterio della progressione trattamentale, con lesione anche del principio di rieducazione della pena"; che, in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti che comprende anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, il Tribunale avrebbe dovuto - applicando un'interpretazione delle norme adottata dalla Magistratura di sorveglianza di vari distretti giudiziari e avallata dalla Corte di cassazione con la pronuncia n. 6013 del 19 dicembre 2016, Papalia e ribadita con quella resa in data 8 marzo 2019 n. 35794, Farina - individuare il titolo di reato effettivamente in espiazione, valutando mediante un'operazione algebrica in che proporzione il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. abbia inciso sulla pena complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta su

ciascun reato e imputando la frazione già espiata all'esecuzione dei reati ostativi; che non sarebbe condivisibile l'opposto orientamento giurisprudenziale, affermato con la sentenza n. 18239 del 26 marzo 2019, Di Mondo, dovendosi osservare che è principio consolidato, in tema di concessione di benefici penitenziari, quello secondo cui "le norme concernenti il cumulo non si possono mai risolvere in un danno per l'imputato o per il condannato; pertanto, ove determinati effetti penali negativi siano collegati alle singole pene e non siano altrimenti determinabili se non in rapporto a una loro autonoma e distinta valutazione, le stesse riacquistano la loro individualità, previo scioglimento temporaneo e parziale del cumulo".

Ha concluso che, qualora non si condividesse la "tesi più garantista", della questione dovrebbero essere investite le Sezioni Unite.

3. Con requisitoria scritta, il Procuratore generale di questa Corte, d.ssa Sabrina Passafiume, ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

4. In data 18 maggio 2022, il difensore del condannato ha depositato "note di replica" alla requisitoria del Procuratore generale, con le quali ha ribadito le censure formulate con l'atto di ricorso principale e ha sottolineato che: i principi generali in tema di scioglimento del cumulo fra reati ostativi e non sono ispirati al principio del *favor rei*, per consentire l'accesso del condannato alle misure alternative; l'esclusione della possibilità di operare la riduzione col metodo del calcolo algebrico proporzionale comporterebbe una disparità di trattamento fra detenuti condannati per reati tutti ostativi e detenuti condannati per reati ostativi e non; l'azzeramento degli effetti derivanti dal precedente provvedimento di scorporo effettuato dal Magistrato di sorveglianza il 12.2.2018 mortificherebbe il principio di progressione trattamentale e di rieducazione del condannato soprattutto nella fase finale del percorso detentivo.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Collegio osserva che il ricorso deve essere rimesso alle Sezioni Unite sussistendo un contrasto giurisprudenziale in ordine alla seguente questione: se, in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti che comprenda anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, ai fini dello scioglimento del cumulo, la pena relativa al reato ostativo vada considerata nella sua entità originaria, senza operare alcuna riduzione in conseguenza dell'applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. determinata dal superamento della soglia massima di anni trenta di reclusione, ovvero se, nella predetta circostanza, il giudice debba individuare il titolo di reato effettivamente in espiatione, valutando mediante un'operazione algebrica in che proporzione il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. abbia inciso sulla pena

complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta su ciascun reato e imputando la frazione già espiata all'esecuzione dei reati ostativi.

2. E in vero, la Prima sezione penale, con decisione del 26 marzo 2019, n. 18239, Di Mondo Salvatore, Rv. 275670 - 01, ha affermato il principio di diritto così massimato: "in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti che comprenda anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari (nella specie, permesso-premio), ai fini dello scioglimento del cumulo, la pena relativa al reato ostativo va considerata nella sua entità originaria senza operare alcuna riduzione in conseguenza dell'eventuale applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. determinata dal superamento della soglia massima di anni trenta di pena detentiva".

La Corte, discostandosi in modo consapevole da altro orientamento (nella sentenza è stata citata la decisione della medesima Sezione del 19 dicembre 2016, dep. 2017, n. 6013, Papalia, non massimata), ai fini della concessione dei benefici penitenziari in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, che comprenda anche una condanna per reato ostativo ex art. 4-bis, l. 26/07/1975, n. 354, ha escluso la possibilità di operare lo scioglimento del cumulo al fine di imputare la parte di pena già scontata prioritariamente sul reato ostativo per verificare se il condannato abbia già espiato la pena inflitta che sarebbe ostativa alla concessione del beneficio.

A sostegno della decisione, ha richiamato il principio, già affermato dalla medesima sezione nella sentenza n. 35741 dell'8 giugno 2017, Bruzzaniti, secondo cui "una volta operato lo scioglimento del cumulo delle pene concorrenti, allo scopo di verificare se il condannato abbia espiato la pena per i reati ostativi al godimento dei benefici penitenziari, non si può tenere conto della riduzione di pena derivante dall'applicazione del criterio moderatore previsto dall'art. 78 cod. pen. Tale criterio, infatti, non comporta l'automatica riduzione proporzionale delle pene concorrenti [...]", nonché quello affermato dalla stessa Prima sezione nella decisione resa il 27 febbraio 1993, n. 837, Di Girolamo, Rv. 193632, alla stregua del quale "nel caso di espiazione di una pena unica cumulata [...] deve aversi riguardo, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza o meno della condizione costituita dall'avvenuta espiazione di almeno metà della pena (nella specie in funzione dell'ammissione alla semilibertà, ai sensi dell'art. 50 comma 2 dell'ordinamento penitenziario), alla intera pena da espiare, indipendentemente dalla circostanza che nell'effettuazione dei cumuli parziali abbia operato o meno il criterio moderatore di cui all'art. 78, comma primo, n. 1, cod. pen. [...]".

E l'ha giustificata sulla base della considerazione che l'applicazione del criterio di riduzione proporzionale condurrebbe a conseguenze definite "irragionevoli", atteso che "il dato percentuale di abbattimento dell'entità delle pene cumulate è tanto maggiore quanto più elevata è la risultante della loro sommatoria, sicché la riduzione proporzionale

delle pene da imputare al reato ostativo sarebbe maggiore nei casi di complessiva maggiore gravità, ossia di cumuli con un ammontare molto elevato e sarebbe, invece, minima nei casi di rilievo minore, di cumuli di poco superiori alla soglia dei trenta anni"; "il condannato per molti reati puniti con pena detentiva temporanea potrebbe fruire di una maggiore percentuale di riduzione della quota di pena imputabile al reato ostativo con un maggiore irragionevole beneficio rispetto al condannato, magari per lo stesso reato ostativo con irrogazione della stessa pena, il cui cumulo complessivo di pene detentive, pur esso ricondotto alla soglia massima legale di anni trenta, sia di assai minore entità".

3. Sempre la Prima sezione penale con pronuncia n. 35794 resa l'8 marzo 2019, Farina, Rv. 276723 - 01, ha affermato il contrastante principio di diritto che è stato così massimato: "in presenza di un provvedimento di unificazione di pene temporanee concorrenti, che comprenda anche una condanna per reato ostativo alla concessione di benefici penitenziari (nella specie, permesso premio), ai fini dello scioglimento del cumulo, è necessario individuare il titolo di reato effettivamente in espiatione, valutando mediante un'operazione algebrica in che proporzione il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. abbia inciso sulla pena complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta su ciascun reato, e imputando la frazione già espiata all'esecuzione dei reati ostativi".

A ragione della decisione, il Collegio ha, preliminarmente, osservato che, "per le pene temporanee, il codice penale ha abbandonato sia il sistema dell'assorbimento sia quello del cumulo giuridico, adottando, invece, secondo il principio *tot crimina tot poenae*, il criterio del cumulo materiale, sia pure temperato attraverso la fissazione di limiti massimi di pena, in assoluto o in rapporto alla pena più grave, ai sensi dell'art. 78 cod. pen., Ciò al fine di evitare le possibili esorbitanze derivanti dalla addizione aritmetica, ovvero la trasformazione in pena a durata illimitata e quindi di fatto perpetua, di pene che dovrebbero avere durata temporanea".

Ha, quindi, osservato che: nel caso in cui la stessa persona sia stata condannata con più sentenze o decreti penali per reati diversi e non si sia provveduto con le sentenze di merito, il pubblico ministero deve determinare la pena da eseguire in fase esecutiva emettendo, ex art. 663 cod. proc. pen., un provvedimento di cumulo materiale; per ragioni di uguaglianza, qualora si pronunci condanna per reati diversi con una sola sentenza o con diverse sentenze, ai fini penali ed esecutivi, si deve conseguire pari trattamento, a prescindere dal momento in cui si rilevi l'esistenza di condanne per fatti diversi da eseguire; solamente in questo modo si può evitare che si produca disparità dipendenti esclusivamente dalla casualità del momento in cui interviene il giudicato o l'esecuzione (fermo, naturalmente, il principio che la pena non può in nessun caso

precedere il delitto e che, perciò, il momento cui occorre riferirsi per la formazione del cumulo va fissato esclusivamente in riferimento alla data di consumazione dell'ultimo reato commesso prima dell'inizio dell'esecuzione di una qualsiasi delle pene considerate ai fini dell'esecuzione); conseguentemente, "la regola secondo cui le pene della stessa specie, concorrenti a norma dell'art. 73 cod. pen., si considerano come pena unica per ogni effetto giuridico (art. 76, comma 1), non può in nessun caso condurre a ingiustificate diversità di trattamento a seconda dell'eventualità, del tutto casuale, di un rapporto esecutivo unico, conseguente alla formazione di un cumulo materiale ai sensi dell'art. 663 cod. proc. pen., anziché di distinte esecuzioni dipendenti dai titoli che scaturiscono dalle differenti condanne"; "sarebbe davvero irragionevole, infatti, che chi è stato condannato per più reati, ostativi e non ostativi ai benefici penitenziari, si trovasse a dovere patire in relazione alle condanne per i reati non ostativi, di un trattamento equivalente a coloro i quali sono stati condannati per reati ostativi e di un trattamento peggiore rispetto a chi, avendo solo riportato analoghe condanne sia per delitti ostativi che per reati non ostativi, ha tempestivamente e separatamente scontato ciascuna delle pene a lui inflitte con sentenze divenute irrevocabili e poste in esecuzione più tempestivamente".

Ha di seguito affermato che: il rischio di una irragionevole diversità di trattamento in sede esecutiva, collegata a circostanze meramente casuali, è stato, d'altronde, già segnalato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 361 del 1994 che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis Ord. Pen. nella parte in cui rendeva la condanna per i delitti ivi indicati ostativa alla concessione di misura alternativa, aveva "posto a base della propria decisione il rilievo che, diversamente da quanto affermato in talune sentenze della Cassazione, che individuano la *ratio* del divieto di scioglimento del cumulo nella valutazione di *pericolosità soggettiva* del detenuto derivante dalla condanna per un reato *ostativo*, «non si rinvergono dati normativi per sostenere che la nuova disciplina recata dall'art. 4-bis abbia creato una sorta di *status* di "detenuto pericoloso" che permei di sé l'intero rapporto esecutivo a prescindere dal titolo specifico di condanna»; e che, al contrario, proprio l'articolazione della disciplina sulle misure alternative, «in termini diversi in relazione alla tipologia dei reati per i quali è stata pronunciata condanna la cui pena è in esecuzione», impone di valorizzare il tradizionale insegnamento giurisprudenziale «della necessità dello scioglimento del cumulo in presenza di istituti che, ai fini della loro applicabilità, richiedano la separata considerazione dei titoli di condanna e delle relative pene». Una prospettiva quest'ultima che la successiva giurisprudenza di questa Corte ha fatto propria affermando che "lo scioglimento virtuale del cumulo adottato in presenza di pene concorrenti, finalizzato a verificare se il condannato abbia espiato la pena inflitta per i reati ostativi alla concessione dei benefici previsti dall'art. 4-bis Ord. Pen. non può realizzarsi imputando

alla parte di pena ancora da espiare la frazione sanzionatoria riferibile a detti reati ostativi, bensì imputando per prima al periodo già sofferto la frazione riferibile a tali reati”.

Ha, quindi, concluso che consegue “alla riportata prospettiva ricostruttiva che, quando [...] sia stato applicato al cumulo materiale delle pene il criterio moderatore dell’art. 78 cod. pen., è necessario mediante una operazione algebrica valutare in che proporzione detto criterio abbia inciso sulla pena complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta sui reati ostativi e su quelli non ostativi”, “fermo restando che nel caso di cumulo materiale di pene concorrenti, deve intendersi scontata per prima quella più gravosa per il reo, con la conseguenza che, ove si debba espiare una pena inflitta anche per un reato ostativo alla fruizione di benefici penitenziari, la pena espiata va imputata innanzi tutto a essa”.

4. Poiché siffatto contrasto può dar luogo ad applicazioni difformi dei giudici del merito, appare opportuno, in una materia così delicata, rimettere – ai sensi dell’articolo 618 cod. proc. pen. – il ricorso alle Sezioni Unite di questa Corte.

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso, il 3 giugno 2022

Il Consigliere estensore

Il Presidente