

Penale Sent. Sez. 1 Num. 15191 Anno 2023

Presidente: BONI MONICA

Relatore: RUSSO CARMINE

Data Udiienza: 31/01/2023

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

VIOLA MARCELLO nato a TAURIANOVA il 22/01/1959

avverso l'ordinanza del 15/07/2022 della CORTE ASSISE APPELLO di REGGIO CALABRIA

udita la relazione svolta dal Consigliere Carmine Russo;

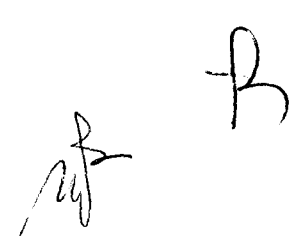
lette le conclusioni del PG, Piero Molino, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

lette le conclusioni scritte del difensore del ricorrente, avv. Marco Gemelli, che ha insistito per l'accoglimento del ricorso;

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 7 aprile 2022 la Corte di assise d'appello di Reggio Calabria, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha respinto l'istanza del condannato Marcello Viola volta ad ottenere:

1) l'esclusione dell'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen. dalla condanna per i reati di sequestro di persona, omicidio volontario ed occultamento del cadavere di Santo Barreca, fatti avvenuti il 31 agosto 1991, per cui il ricorrente è stato condannato con sentenza divenuta definitiva della Corte di assise di appello di Reggio Calabria del 5 marzo 2022 (capi 60, 61, 62 dell'originaria imputazione);



2) la dichiarazione di avvenuta estinzione delle pene temporanee che affiancavano la condanna all'ergastolo con due anni di isolamento diurno che il ricorrente ha riportato nella stessa sentenza della Corte di assise di appello di Reggio Calabria del 5 marzo 2022 per l'omicidio volontario di Giuseppe Grimaldi e Giovanni Grimaldi, fatto commesso il 3 maggio 1991, lo scorporo di tali pene temporanee, e la dichiarazione di non applicabilità dell'art. 4-bis ord. pen. alla condanna all'ergastolo, in quanto il fatto era stato commesso prima dell'entrata in vigore del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 e del d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

Il giudice dell'esecuzione, dopo aver precisato che Viola aveva in passato presentato una medesima istanza respinta con ordinanza del 19 novembre 2014, ha respinto anche questa nuova istanza, evidenziando nel percorso argomentativo della decisione che:

- la pronuncia delle Sezioni Unite n. 337 del 2008 ha ritenuto che l'aggravante dell'attuale art. 416-bis.1 cod. pen. sia applicabile anche a reati astrattamente punibili con la pena dell'ergastolo qualora venga inflitta una pena detentiva diversa dall'ergastolo, e sia comunque applicabile anche ai reati in concreto puniti con la pena dell'ergastolo perché in essi esplica i suoi effetti a fini diversi dalla determinazione della pena;
- l'orientamento espresso dalla pronuncia Sezioni Unite 18 dicembre 2008, n. 337 è stato ritenuto applicabile anche ai fatti pregressi perché l'applicazione retroattiva di una interpretazione giurisprudenziale è possibile quando il risultato interpretativo era ragionevolmente prevedibile;
- non inducono a mutare il giudizio né la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 13 giugno 2019, Viola c. Italia, che ha rilevato un problema strutturale nella presunzione assoluta di pericolosità fondata sull'assenza di collaborazione, né la sentenza della Corte Costituzionale 22 ottobre 2019, n. 53, che ha ritenuto che la presunzione di pericolosità del detenuto che non collabora non sia più assoluta ma relativa e possa essere vinta qualora vi siano elementi capaci di dimostrare il venir meno del vincolo imposto dal sodalizio criminale, e neanche la ordinanza della Corte Costituzionale 15 aprile 2021, n. 97 - che si è pronunciata su questione di costituzionalità proposta dalla Prima sezione penale della Corte di Cassazione con ordinanza 3 giugno 2020, che aveva ritenuto non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 4-bis nella parte in cui esclude che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo per delitto commesso con l'aggravante

dell'art. 416-bis.1 cod. pen. – in quanto tale ultima ordinanza rinvia in modo interlocutorio ad un intervento del legislatore circa la necessità di modifica dell'assetto normativo, ma fino al momento in cui tale assetto non viene modificato l'istanza del ricorrente non può essere accolta.

2. Avverso il predetto provvedimento ha proposto ricorso il condannato, per il tramite del difensore, con i seguenti motivi.

Con il primo motivo deduce violazione di norma processuale per errata applicazione dell'art. 416-bis.1 cod. pen. ad un fatto commesso il 31 agosto 1991, ovvero prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 306 del 1992 che ha previsto l'applicazione dell'art. 4-bis ord. pen. per i reati aggravati ex art. 416-bis.1 cod. pen., rilevando che la natura processuale della norma dell'art. 4-bis che ne aveva sempre giustificato l'applicazione retroattiva ormai non è più sostenibile dopo le sentenze della Corte Costituzionale n. 12 febbraio 2020, n. 32 e 21 luglio 2020, n. 193, che, pronunciandosi sulle modifiche all'art. 4-bis introdotte dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. spazzacorrotti) e dal d.l. 18 febbraio 2015 n. 7 (sull'immigrazione clandestina) ha ritenuto che il principio di irretroattività della norma più sfavorevole debba essere applicato anche alle norme in punto di esecuzione della pena quando esse comportino una radicale modifica della natura della pena inflitta.

Inoltre, alla luce di tali sentenze si ripropone l'argomento che l'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen. sia stata applicata al reato commesso dal ricorrente in via estensiva ed analogica soltanto per effetto della interpretazione giurisprudenziale sposata dalla sentenza delle Sezioni Unite 18 dicembre 2008, n. 337 che ha ritenuto applicabile l'aggravante anche ai reati puniti con l'ergastolo con le precisazioni già riportate sopra.

Con il secondo motivo deduce violazione di norma penale perché il giudice dell'esecuzione, limitandosi a sostenere di essere in attesa delle determinazioni del legislatore, ha abdicato alla funzione giurisdizionale perché in questo modo non ha deciso sulla illegittima applicazione al caso in esame dell'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen.

Con il terzo motivo deduce violazione di norma processuale perché il giudice dell'esecuzione non si è pronunciato sulla richiesta di dichiarazione di avvenuta estinzione delle pene temporanee che affiancavano la condanna all'ergastolo con due anni di isolamento diurno e lo scorporo di tali pene temporanee (perché l'isolamento diurno è stato già scontato e con esso quindi tutte le pene temporanee devono essere ritenute ormai espiate), e la dichiarazione di non applicabilità dell'art. 4-bis ord. pen. alla condanna all'ergastolo per l'omicidio volontario di

Giuseppe Grimaldi e Giovanni Grimaldi perché il fatto è stato commesso il 3 maggio 1991, quindi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 152 del 1991.

3. Con requisitoria scritta il Procuratore Generale, Piero Molino, ha concluso per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato in quanto l'ordinanza è sostanzialmente elusiva dell'obbligo di motivazione.

Con memoria scritta contenente motivi aggiunti il difensore del ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso, ritenendo che esso debba essere pronunciato senza rinvio ed allegando una ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna che ha deciso in senso favorevole ad atro condannato la medesima questione.

Con ulteriore memoria scritta, pervenuta il 30 gennaio 2031, e quindi tardiva, il difensore del ricorrente ha trasmesso una comunicazione dell'11 gennaio 2023 della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa a ricorsi Santo Asciutto contro Italia, che hanno avuto ad oggetto il tema, comune all'odierno ricorso, dell'ergastolo ostativo.

Considerato in diritto

Il ricorso è in parte fondato ed in parte inammissibile, come si specifica meglio di seguito.

1. In particolare, il primo motivo di ricorso è inammissibile.

Esso aggredisce la motivazione della ordinanza del giudice dell'esecuzione nella parte in cui la stessa non ha accolto la richiesta di esclusione dell'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen. dalla condanna per i reati di sequestro di persona, omicidio volontario ed occultamento del cadavere di Santo Barreca, fatti avvenuti il 31 agosto 1991.

Il motivo è inammissibile, perché chiede al giudice dell'esecuzione di escludere una aggravante che è stata riconosciuta come sussistente dal giudice della cognizione con sentenza ormai divenuta irrevocabile.

Per quanto sia stato ammesso interpretativamente che il giudice dell'esecuzione abbia un ampio potere di intervento sul giudicato, ai sensi degli artt. 666 e 670 cod. proc. pen., atteso che lo strumento previsto «dall'art. 670 cod. proc. pen., pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto, che è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo,



ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo» (Sez. U, n. 34472 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 252933), nel caso in esame nessuna delle tre pronunce giurisprudenziali (Corte europea dei diritti dell'uomo 13 giugno 2019; Corte Costituzionale n. 53 del 2019; Corte Costituzionale n. 97 del 2021) che, secondo il percorso logico del ricorso, avrebbero giustificato la proposizione dell'istanza (o meglio, riproposizione perché l'istanza era già stata presentata al giudice dell'esecuzione e respinta con ordinanza del 19 novembre 2014, contro cui era stato presentato ricorso, dichiarato inammissibile dalla Corte di Cassazione, con sentenza sez. 1, 24 settembre 2015, n. 43790), ha inciso sull'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen., che non risulta esser stata dichiarata incostituzionale né incompatibile con il diritto della C.E.D.U.

La stessa circostanza sottoposta alla valutazione della Corte di legittimità nel ricorso per motivi aggiunti dell'intervento *medio tempore* di una decisione del Tribunale di sorveglianza di Bologna, che avallerebbe, a giudizio del ricorrente, la ricostruzione sostenuta in ricorso, conforta ulteriormente la tesi che si tratti di questione che non attiene al titolo esecutivo e che non doveva essere proposta al giudice dell'esecuzione.

D'altronde, l'aggravante era stata introdotta dall'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, e quindi era già in vigore alla data di commissione del reato. La pronuncia n. 337 del 2018 delle Sezioni Unite citata in ricorso si era limitata ad avallare un indirizzo giurisprudenziale che era già stato espresso ripetutamente dalle Sezioni semplici (v. Sez. 1, 10 gennaio 2002 n. 20499, Ferraioli, rv. 221443; Sez. 1, 17 gennaio 2006, n. 5651, La Fratta, rv. 234054; Sez. 1, 22 dicembre 2006, dep. 2007, n. 1811, P.G. in proc. Masciopinto, rv. 236072; Sez. 5, 24 ottobre 2006, n. 41332, Lupo, cit.; Sez. 1, 4 marzo 2008 n. 14623, Abbrescia, rv. 240115; Sez. 2, 13 marzo 2008 n. 13492, Angelino, rv. 239759), come già ricordato al ricorrente nella precedente pronuncia di questa Corte n. 43790 del 2015, secondo cui "la suddetta interpretazione giurisprudenziale, lungi dal presentare i connotati creativi o "manipolativi" evocati dal ricorrente, frutto (in tesi) di un'evoluzione ermeneutica originariamente non prevedibile sulla base della lettura testuale della norma, si è dunque limitata a chiarire il reale significato del riferimento ai "delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo" in essa contenuto, in termini conformi a quelli concretamente applicati nel processo definito con la sentenza pronunciata il 5.03.2002 della Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria oggetto dell'incidente di esecuzione promosso dal Viola, che muove proprio dal presupposto dell'avvenuta contestazione dell'aggravante di cui all'art. 7 legge n. 203 del 1991 in relazione (anche) a un reato - di omicidio - punibile (e punito) con l'ergastolo per effetto della concorrenza di altre circostanze aggravanti".

Sempre nella stessa pronuncia 43790 del 2015 era stato ricordato al ricorrente, e lo si ripropone in questa sede, che "proprio il dato rappresentato dalla contestazione nel processo di cognizione dell'aggravante in questione, anche per il delitto punito con l'ergastolo, assume una rilevanza dirimente agli effetti del giudizio di radicale inammissibilità delle doglianze che il ricorrente non era legittimato a proporre, per la prima volta, in sede esecutiva. Il Viola doveva infatti far valere le proprie lagnanze, dirette a censurare i presupposti, non solo in fatto ma anche in diritto, per la contestazione dell'aggravante ex art. 7 legge n. 203 del 1991 con riferimento all'omicidio a lui ascritto, in sede di cognizione, anche mediante l'esperimento degli ordinari mezzi di impugnazione: una volta contestata e ritenuta la sussistenza dell'aggravante per il delitto di omicidio, con sentenza definitiva, nel processo di cognizione, essa è legittimata ad esplicitare tutti i propri effetti, anche per quanto riguarda le modalità esecutive della pena e le regole trattamentali del detenuto, che ne conseguono, senza che tali effetti possano essere rimessi in discussione in sede di esecuzione mediante una richiesta di esclusione dell'aggravante che andrebbe ad intaccare il giudicato formatosi sul punto".

La questione dell'asserita applicazione retroattiva di norma sfavorevole doveva, pertanto, essere sollevata in fase di cognizione, essendone noti integralmente i presupposti di fatto e di diritto in riferimento alle disposizioni dell'art. 2 cod. pen., e non essendoci sopravvenienze idonee a legittimare l'intervento sul titolo esecutivo del giudice dell'esecuzione.

2. E' conseguentemente inammissibile anche il secondo motivo, che era dedicato ancora alla illegittima applicazione al caso in esame dell'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen. sotto il profilo del difetto o mancanza di motivazione.

3. E' fondato, invece, il terzo motivo, in cui si deduce che il giudice dell'esecuzione non si è pronunciato sulla richiesta di dichiarazione di avvenuta estinzione delle pene temporanee che affiancavano la condanna all'ergastolo con due anni di isolamento diurno e lo scorporo di tali pene temporanee.

Si tratta di questione che nella ordinanza impugnata si rinviene citata a pag. 7 della motivazione, nella parte in cui si riepilogano in fatto le istanze introdotte dal ricorrente con l'istanza originaria e con la memoria aggiuntiva, ma che poi non trova risposta in alcun passaggio della successiva motivazione in diritto, che da pag. 7 a pag. 12 si sofferma sull'aggravante dell'art. 416-bis.1 cod. pen., e da pag. 12 a pag. 19 all'art. 4-bis ord. pen.

Handwritten signature and initials, possibly 'LR' and a stylized signature below it.

La domanda posta dalla parte nell'incidente di esecuzione è, pertanto, rimasta senza una risposta, e sul punto la ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo giudizio.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata limitatamente all'estinzione delle pene temporanee con rinvio per nuovo giudizio sul punto alla Corte di assise di appello di Reggio Calabria. Dichiara inammissibile il ricorso nel resto.

Così deciso in Roma, il 31 gennaio 2023.