

***La proporzionalità della pena
rispetto alla reale offensività del fatto, ancora una volta
all'attenzione della Corte costituzionale***

Ersilia Calvanese

La Corte di assise d'appello di Torino con ordinanza del 19 dicembre 2022 ha sollevato davanti alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui, con riferimento al reato di strage di cui all'art. 285 cod. pen., prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto di cui all'art. 311 cod. pen. sulla recidiva qualificata ai sensi dell'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Sommario : 1. *Il caso.*-2. *La questione di costituzionalità.*-3. *Osservazioni.*

1. Il caso.

La Corte di cassazione, con sentenza n. 38184 del 2022, aveva annullato la sentenza della Corte di assise d'appello di Torino, che aveva condannato, tra gli altri, alcuni degli imputati per il reato di strage "comune" ex art. 422 cod. proc. pen., ritenendo fondato il ricorso del Procuratore generale, che aveva chiesto una diversa qualificazione giuridica del fatto nella fattispecie di strage "politica" di cui all'art. 285 cod. pen. (secondo l'ipotesi accusatoria, gli imputati, al fine di attentare alla sicurezza dello Stato, mediante l'uccisione di un numero indeterminato di esponenti delle Forze dell'Ordine, avevano collocato due dispositivi ad alto potenziale esplosivo nei pressi dell'ingresso della Scuola Allievi dei Carabinieri di Fossano).

La Corte di cassazione aveva quindi rinviato gli atti al giudice di merito per la valutazione del trattamento sanzionatorio alla luce della nuova qualificazione giuridica del fatto.

In sede di giudizio di rinvio, le difese degli imputati avevano chiesto il riconoscimento della attenuante della lieve entità del fatto prevista dall'art. 311 cod. pen., in ragione del nuovo titolo di reato.

L'art. 311 cod. pen. prevede la speciale circostanza attenuante per i delitti previsti dal Titolo I (Delitti contro lo Stato) del fatto di "lieve entità". Poiché tale norma non stabilisce l'entità della diminuzione di pena (si stabilisce soltanto che la pena è "diminuita"), vengono in applicazione i criteri generali previsti dall'art. 65 cod. pen.

Nel caso in esame, essendo il reato di strage di cui all'art. 285 cod. pen. punito con l'unica pena principale dell'ergastolo, per effetto del riconoscimento dell'attenuante la pena poteva essere sostituita con quella della reclusione da venti a ventiquattro anni, come prevede l'art. 65, n. 2, cod. pen.

Secondo il giudice del rinvio, potevano ritenersi integrati i presupposti per l'applicazione della suddetta attenuante ma, per la posizione di uno degli imputati, già dichiarato recidivo reiterato (con valutazione oramai coperta dal giudicato della Corte di cassazione), tale diminuzione risultava sterilizzata dal divieto derivante dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.

Quest'ultima norma, introdotta con la legge n. 251 del 2005, stabilisce che non si possa far luogo al giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti in presenza della recidiva qualificata ai sensi del quarto comma dell'art. 99.

Quindi, anche in presenza di un fatto di lieve entità, per effetto del divieto normativo, la pena da applicare al recidivo reiterato restava pur sempre il solo ergastolo.

2. La questione di costituzionalità

In questa prospettiva, i Giudici del rinvio hanno ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 69, quarto comma, cod. pen.

La Corte territoriale ha richiamato a tal fine le numerose pronunce del Giudice delle leggi che hanno dichiarato la illegittimità costituzionale parziale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. in relazione al divieto di prevalenza di specifiche circostanze attenuanti rispetto all'aggravante della recidiva reiterata, con l'effetto di restituire al giudice la possibilità di modulare la pena all'effettiva gravità del fatto-reato.

In particolare, la illegittimità parziale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. ha riguardato il bilanciamento con la (allora vigente) circostanza

attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (sentenza n. 251 del 2012); con la circostanza attenuante di cui all'art. 648, secondo comma, cod. pen. (sentenza n. 105 del 2014); con la circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis*, terzo comma, cod. pen. (sentenza 106 del 2014); con la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 7, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (sentenza n. 74 del 2016); con la circostanza attenuante di cui all'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (sentenza n. 205 del 2017); con la circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. (sentenza n. 73 del 2020); con la circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen. (sentenza n. 55 del 2021); con la circostanza attenuante del fatto di lieve entità in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 cod. pen. (sentenza n. 143 del 2021).

Ragionamento comune a tali pronunce è che le deroghe al regime ordinario del bilanciamento tra circostanze, come disciplinato dall'art. 69 cod. pen., sono costituzionalmente legittime e rientrano nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, sempre che non «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (sentenze n. 205 del 2017 e n. 68 del 2012; da ultimo sentenza n. 88 del 2019), non potendo in alcun caso giungere «a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale» (sentenze n. 73 del 2020 e n. 251 del 2012).

Nella maggior parte dei casi portati all'esame della Corte le dichiarazioni di illegittimità costituzionale hanno interessato circostanze ad effetto speciale, espressive di un minor disvalore della condotta dal punto di vista della sua portata offensiva, in quanto riferite alla minore gravità del fatto: così la «lieve entità» nel delitto di produzione e traffico illecito di stupefacenti (sentenza n. 251 del 2012); la «particolare tenuità» nel delitto di ricettazione (sentenza n. 105 del 2014); la «minore gravità» nel delitto di violenza sessuale (sentenza n. 106 del 2014); il «danno patrimoniale di speciale tenuità» nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito (sentenza n. 205 del 2017).

Con la più recente delle pronunce della Corte sull'art. 69, quarto comma, cod. pen. (sentenza n. 143 del 2021) è venuta in rilievo la

diminuente del fatto di lieve entità, disciplinata come circostanza attenuante ad effetto comune, con riferimento al sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.),

In tal caso la Corte ha rilevato che la previsione di tale attenuante era stata introdotta con pronuncia additiva di illegittimità costituzionale (sentenza n. 68 del 2012), proprio per consentire la «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» e mitigare la risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza, prevista da una legislazione emergenziale che aveva elevato notevolmente la pena per contrastare gravissimi fatti di criminalità organizzata, ricorrenti in passato, ma che aveva lasciato inalterata la definizione della fattispecie del reato con la conseguenza di ricomprendere anche condotte assai meno gravi.

Al pari delle altre attenuanti prese in considerazione dalla Corte, aventi ad oggetto fatti di minore gravità, anche quella dell'art. 630 cod. pen. rilevava marcatamente sul piano dell'offensività, in quanto presuppone una valutazione riferita al fatto nel suo complesso, in rapporto all'evento di per sé considerato e alla natura, specie, mezzi, modalità della condotta, nonché all'entità del danno o del pericolo per la persona sequestrata, avuto riguardo alle modalità della privazione della libertà personale e alla portata dell'ingiusto profitto perseguito dall'autore della condotta estorsiva.

Pertanto, a fronte della peculiarità del regime sanzionatorio editale previsto per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione - che vede una pena detentiva molto elevata, sia nel minimo (venticinque anni di reclusione), sia nel massimo (trenta anni), all'interno di una "forbice" ridotta a soli cinque anni - l'intervento demolitore della Corte veniva ad assicurare la necessaria funzione di riequilibrio della diminuente e la proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto. Queste esigenze di tutela dei principi costituzionali si impongono ancor più decisamente con riferimento alla fattispecie dell'art. 285 cod. pen.: come ha rilevato la Corte di assise, siamo in presenza di un reato punito in via principale con la massima pena detentiva prevista dal codice (l'ergastolo) e, proprio grazie alla diminuente dell'art. 311 cod. pen., viene consentito al giudice di assicurare una pena più adeguata e proporzionata alla differente gravità del fatto-reato.

Funzione questa vanificata dal previsto divieto di prevalenza della stessa sulla recidiva qualificata.

Proprio la natura “fissa” della pena non consente infatti di poter in nessun modo adeguare la pena al caso concreto.

La Corte di assise ha ricordato come in una risalente pronuncia di legittimità sia stata ritenuta la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art 285 cod. pen. in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, proprio in ragione della possibilità riservata al giudice di far luogo alla pena della reclusione in luogo di quella dell'ergastolo, mediante l'applicazione delle attenuanti comuni o generiche (Cass. Sez. 1, n. 1538 del 15/11/1978, dep. 1979, Rv. 141120).

In tale prospettiva, secondo la Corte di assise, la diminvente dell'art. 311 cod. pen. viene ad assumere una decisiva funzione riequilibratrice di una pena, altrimenti in contrasto con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione.

Come è stato osservato dal Giudice delle leggi, il criterio generale di comparazione tra circostanze eterogenee è lo strumento che consente al giudice di “valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la *quantitas delicti*, oppure soltanto di quelle che la diminuiscono“ (sentenza n. 38 del 1985).

Tale istituto è stato oggetto di interventi normativi “correttivi” per impedire il bilanciamento della circostanza c.d. privilegiata, di regola un'aggravante, o per limitarlo, in modo da escludere la soccombenza di tale circostanza nella comparazione con le attenuanti.

Nei casi, oggetto delle pronunce di incostituzionalità, l'applicazione di questo correttivo aveva determinato un effetto distorto e irragionevole. Si era infatti in presenza di reati puniti con una pena principale notevolmente più grave rispetto a quella prevista per fatti di minima offensività, sicché il divieto di prevalenza veniva a comportare un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva qualificata, a detrimento delle componenti oggettive del reato.

Secondo il Giudice delle leggi, gli aspetti della colpevolezza e della pericolosità, insiti nell'istituto della recidiva qualificata, pur essendo pertinenti al reato, non possono 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 (sentenza n. 251 del 2012).

Né il divieto in esame può giustificarsi con la previsione di trattamenti differenziati per il recidivo, quando essi assumano un carattere palesemente sproporzionato.

Nel caso del reato di cui all'art. 285 cod. pen. l'effetto mitigatore del trattamento attenuato ai sensi dell'art. 311 cod. pen. per fatti di lieve entità si giustifica ancor più per la massima severità e fissità della pena principale, che, come osservato dalla Corte di assise, trova sporadiche applicazioni nel panorama codicistico (artt. 242, 276, 284, 286, 438), risultando piuttosto l'ergastolo la pena prevista per ipotesi determina di reato aggravato.

3. Osservazioni

Per quel che si è finora osservato, la questione di legittimità sollevata dai Giudici di Torino appare destinata ad essere accolta dalla Corte costituzionale.

Resta a margine da osservare piuttosto se nel caso in esame il giudice del rinvio abbia travalicato i limiti derivanti dal giudicato parziale formatosi a seguito della sentenza di annullamento della Corte di cassazione.

Dalla lettura di tale sentenza emerge chiaramente come la ricostruzione del fatto, cristallizzata dall'accertamento già compiuto in sede di merito, sia connotata in termini certamente di non lievità del fatto.

Nella giurisprudenza della Corte di legittimità, il parametro di valutazione ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante *ex art.* 311 cod. pen. è costituito dalla effettiva gravità del fatto-reato, con riguardo alle caratteristiche oggettive dell'azione criminosa (Cass. Sez.

1, n. 14724 del 20/10/1986, Rv. 174743), sicché essa è esclusa quando manchi tale requisito o in rapporto all'evento o anche solo per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze della condotta ovvero in rapporto all'entità del danno o del pericolo (Cass. Sez. 1, n. 4938 del 29/11/1985, dep., Lionello, Rv. 172982).

Ebbene, nel caso in esame i Giudici di merito avevano definito “estremamente pericolosa” l'azione e intrinsecamente grave il ricorso degli imputati a forme violente e di marca terroristica per l'attacco ad una importante articolazione dei pubblici poteri; avevano rilevato la “notevolissima potenzialità offensiva” dell'attentato, che solo per mera causalità non aveva provocato vittime umane; avevano accertato la volontà degli autori di uccidere non uno ma tanti giovani allievi dei Carabinieri.

Alla luce di questo accertamento, oramai irrevocabile, appare alquanto distonica (e a dire il vero anche apodittica) l'affermazione della Corte di assise di appello che ha ritenuto integrati tutti i presupposti della circostanza attenuante dell'art. 311 cod. pen.

Sembra piuttosto che, attraverso la via oramai già arata delle criticità dell'art. 69, quarto comma cod. pen., i giudici di rinvio abbiano in realtà inteso porre rimedio, in modo indiretto, alle frizioni costituzionali derivanti dal dover fare applicazione nel caso in esame di una pena “fissa” destinata a punire con il massimo rigore una varia gamma di fatti. Il reato di strage politica è, infatti, strutturato come reato di pericolo e solo eventualmente di danno (essendo indifferente per la consumazione del reato che la strage si sia o meno verificata).

Sul tema sono da ricordare le considerazioni della Corte costituzionale sul ricorso da parte del legislatore a pene “fisse”.

La determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato normalmente è affidata dal legislatore al giudice, con la previsione di un minimo e un massimo, e alla vasta gamma di circostanze indicate negli artt. 133 e 133-*bis* cod. pen., in modo da assicurare che la pena risulti una risposta - oltre che non sproporzionata - il più possibile "individualizzata", e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost.

Come ha affermato la Corte costituzionale, l'esigenza di «mobilità» (sentenza n. 67 del 1963) o «individualizzazione» (sentenza n. 104 del 1968), della pena - e la conseguente attribuzione al giudice, nella sua determinazione in concreto, di una certa discrezionalità - costituisce la «naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale» (sentenza n. 50 del 1980), rispetto ai quali «l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità» (sentenza n. 104 del 1968). Con la rilevante conseguenza, che *«[i]n linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il "volto costituzionale" del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»* (sentenza n. 50 del 1980).

Pertanto, secondo la Corte, ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo "indiziata" di illegittimità, e tale indizio potrà essere smentito soltanto in seguito a un controllo strutturale della fattispecie di reato che viene in considerazione, attraverso la puntuale dimostrazione che la peculiare struttura della fattispecie la renda "proporzionata" all'intera gamma dei comportamenti tipizzati.

Come si è già in precedenza osservato, resterebbe comunque aperta l'applicazione delle attenuanti comuni e di quelle generiche, con la possibilità di considerare, ai fini dell'adeguamento della sanzione, qualsiasi profilo, oggettivo e soggettivo, che appaia meritevole di considerazione (e suscettibile di considerazione come attenuante generica) al fine di meglio proporzionare la pena nella prospettiva di limite della potestà punitiva.

La Corte costituzionale, in una risalente pronuncia, ha osservato che lo strumento più idoneo al conseguimento della finalità di regolare la sanzione penale sia quello della mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo; esso tuttavia non può

ritenersi il solo, potendo l'esigenza della adeguazione della pena essere soddisfatta attraverso altri meccanismi, come avviene attraverso l'applicazione di circostanze, e in particolare di quelle generiche *ex art. 62-bis*, allorché il giudice ritenga di dover diminuire la pena (sentenza n. 67 del 1963).

Soluzione, questa, che, secondo la dottrina, non verrebbe a sottrarre l'ergastolo, quale unica pena fissa, a profili di incostituzionalità, in quanto il gioco incrociato delle circostanze del reato verrebbe a valorizzare situazioni esterne alla dosimetria sanzionatoria, meramente eventuali e talvolta anche paralizzate per legge.

Nel caso in esame, infatti, l'automatismo e la fissità dell'ergastolo non sembrano superabili per le preclusioni derivanti sia dal giudicato parziale formatosi a seguito del giudizio di cassazione (là dove le circostanze attenuanti "comuni" o quelle generiche non siano state riconosciute, come sembra, nel giudizio di merito) sia dal divieto dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. con la conseguenza di escludere alcun meccanismo modulatore della pena "a rime obbligate".