

## I poteri del giudice dell'esecuzione tra continua valorizzazione e necessità di limitazioni

di **Mauro Zollo**

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, ORDINANZA, 3 agosto 2016 (ud. 22 giugno 2016), n. 34205

VECCHIO *Presidente* – MINCHELLA *Relatore*

Con ordinanza n. 34205 del 2016 la prima sezione penale della Corte di cassazione rimette alle Sezioni Unite la problematica questione del “*se il giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena complessiva finale in dipendenza del riconoscimento della continuazione (...) possa quantificare l'aumento per un determinato reato satellite in misura superiore all'aumento originariamente applicato per quel reato*”.

Qualsiasi saranno le determinazioni che le Sezioni Unite prenderanno si manifesta ancora una volta l'attuale questione dei limiti dei poteri del giudice dell'esecuzione<sup>1</sup>. La questione rimessa alle Sezioni Unite è determinata dall'applicazione dell'art. 671 del codice di procedura penale.

Viene in rilievo il secondo comma di tale articolo, che impone il divieto, per il giudice dell'esecuzione, di superare l'entità della pena inflitta per mezzo di ciascuna sentenza, o decreto penale di condanna.

In giurisprudenza si è manifestata un tesi favorevole a consentire al giudice dell'esecuzione che l'aumento di pena per il singolo reato-satellite superi l'entità stabilita dal giudice della cognizione<sup>2</sup>.

Un tanto, in ragione di un duplice rilievo<sup>3</sup>.

*In primis*, l'art. 671 c.p.p. vieta letteralmente un aumento di pena rispetto alla decisione della cognizione commisurato non al singolo reato, bensì al complesso di pena (derivante anche da più reati) comminato in una sentenza o decreto penale.

Secondariamente, l'ordinanza di rimessione ricorda l'attuale tendenza a valorizzare il ruolo e l'intervento del giudice dell'esecuzione:

---

<sup>1</sup> Come meglio si vedrà nel prosieguo, tra le decisioni giurisprudenziali che recentemente hanno dichiaratamente valorizzato le funzioni del giudice dell'esecuzione meritano menzione: Cass, S.S.U.U., 46653/15 e Cass, S.S.U.U. 33040/15, relative alla materia della pena illegale e Cass., S.S.U.U., 26259/16, inerente al giudizio di esecuzione relativamente al rilievo di *lex mitior*.

<sup>2</sup> Tale tesi, che è poi quella sostenuta dalla sezione rimettente, è ripresa da Cass., III sez., 23949/15, Cass., I sez., 5832/11 e Cass., I sez., 31429/06.

<sup>3</sup> L'ordinanza di rimessione cita espressamente solo quello che è l'oggetto del primo rilievo che si va ad esporre. Tuttavia, pare calzante anche un riferimento alle maggiori prerogative che la giurisprudenza degli ultimi anni conferisce all'esecuzione penale.

Proprio quest'ultimo nodo argomentativo pare essere la chiave di volta risolutiva della questione in commento.

Si analizzerà, pertanto, se la valorizzazione del ruolo del giudice dell'esecuzione possa ritenersi fine a se stessa, o, piuttosto, orientata a un senso di tutela del condannato.

Come noto, l'art. 671 c.p.p. già di per sé, all'entrata in vigore del codice di procedura penale Vassalli, rappresentò un'innovativa valorizzazione dei poteri del giudice dell'esecuzione penale<sup>4</sup>.

La prerogativa di individuare una continuazione tra più fatti di reato definitivamente giudicati, con conseguente incidenza sul trattamento sanzionatorio solo teoricamente intangibile, veniva, nelle scelte del Legislatore, temperata da due limiti: l'istanza di parte (condannato o pubblico ministero) e la mancata esclusione, da parte del giudice della cognizione, della continuazione (primo comma dell'art. 671 c.p.p.).

Il complesso dell'art. 671 c.p.p. sembra riassumere il delicato equilibrio che regge il giudizio di esecuzione penale: d'un lato la salvaguardia del diritto del condannato ad un trattamento sanzionatorio quanto più parametrato sui fatti realmente commessi, dall'altro l'istanza sociale ad una condanna definitiva, inattaccabile, insomma a un giudicato intangibile<sup>5</sup>.

Negli ultimi anni la difficoltosa dialettica tra questi due poli caratterizzanti l'esecuzione penale sembra propendere decisamente in favore della tutela dei diritti del condannato<sup>6</sup>.

La materia dei delitti connessi alle sostanze stupefacenti, peraltro ad oggetto anche dell'ordinanza di remissione in commento, è emblematica al riguardo.

Proprio con riferimento all'istituto della continuazione, recentemente le Sezioni Unite<sup>7</sup> hanno affermato l'ammissibilità di una rivalutazione della pena comminata definitivamente per il reato continuato, ad opera del giudice dell'esecuzione, se la cornice edittale anche dei soli reati-satellite è afflitta dall'illegalità dichiarata con la nota sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale<sup>8</sup>.

Non è casuale che, pochi mesi fa, la Corte di cassazione abbia ricordato come l'intervento del giudice dell'esecuzione assuma un ruolo più spiccato rispetto a un tempo proprio al fine di evitare patenti lesioni del diritto umano a una pena giusta, rispettosa anche del vasto catalogo sovranazionale di dritti umani<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Per un'approfondita disamina dell'art. 671 c.p.p. si rinvia a DI RONZA, *Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario*, Padova, 2006, pp. 125 ss.

<sup>5</sup> Qui si fa ineludibile richiamo a LEONE, *Il mito del giudicato*, Napoli, 1956, intera opera.

<sup>6</sup> Interessanti, al riguardo, sono i richiami internazionali contenuti in ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro italiano*, 2006.

<sup>7</sup> Cass, S.S.U.U. 22741/15.

<sup>8</sup> Decisione per mezzo della quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per violazione dei principi inerenti alla decretazione d'urgenza, di talune norme del d.l. n. 272/05, facendo espressamente rivivere la cornice sanzionatoria, inerente al reato di cui all'art. 73 d.p.r. 309/90, previgente al 2005.

<sup>9</sup> Cass., S.S.U.U. 26259/16.

A modesto avviso di chi scrive, tali coordinate esegetiche dovrebbero ispirare anche l'interpretazione del primo capoverso dell'art. 671 c.p.p.

La riconducibilità di più reati all'insegna del vincolo della continuazione viene giustificata, a fronte di un giudicato teoricamente intangibile, in osservanza della funzione intima che la continuazione assolve.

Si tratta, cioè, di un istituto di favore, nei riguardi del reo<sup>10</sup>.

Storicamente, tale favore è stato peraltro crescente: a far data dal 1974 la continuazione è ravvisabile anche tra fattispecie diverse, circostanza prima inibita all'interprete<sup>11</sup>.

Tali argomentazioni inducono a riflettere se la *vis expansiva* che l'intervento del giudice dell'esecuzione sta conoscendo negli ultimi anni non debba limitarsi, appunto, alla tutela dei diritti del condannato; vale a dire, alle stesse ragioni che hanno sospinto tale incremento di prerogative, nel diritto vivente, a codice invariato. Nondimeno, il giudizio di esecuzione penale è concepito come celere, e si presta poco, quindi, alla rinnovazione del giudizio di cognizione.

A ben vedere, la giurisprudenza degli ultimi anni sembra aver preso contezza che l'accentuazione dei poteri del giudice dell'esecuzione deve conoscere precisi limiti. Basti considerare che persino di fronte alla situazione della pena incostituzionale, patologica e lesiva dei diritti umani, il giudice dell'esecuzione è tenuto ad intervenire solo su istanza di parte, ancorché nel caso specifico del ricorso per cassazione inammissibile<sup>12</sup>.

Tale principio giurisprudenziale sembra conscio delle potenziali distorsioni cui la valorizzazione dell'esecuzione penale può andare incontro.

In particolare, il rischio è rappresentato dall'oramai riconosciuta, per il giudice dell'esecuzione, applicabilità dei criteri di cui all'art. 133 c.p., al fine di rivalutare la pena<sup>13</sup>.

Tale prospettazione è suscettibile di trasformare il giudizio di esecuzione in un "quarto grado" a giudicato avvenuto.

E ciò, nonostante il giudice dell'esecuzione non detenga quei poteri istruttori che caratterizzano il giudizio di cognizione.

Ancora, il giudizio di esecuzione, nella sua disciplina anche piuttosto essenziale (libro X c.p.p.) manca di quei dettagli di pubblicità ed impugnabilità della decisione che sono propri del giudizio sul fatto.

In conclusione, il presente scritto ha vagliato criticamente l'orientamento maggioritario che ammette una riforma peggiorativa, da parte del giudice della esecuzione, della pena prevista per il singolo reato satellite in continuazione.

---

<sup>10</sup> FLORA, *Concorso formale e reato continuato*, 512.

<sup>11</sup> Infatti, prima delle modifiche introdotte con la l. n. 220/74 la continuazione poteva sussistere solo tra medesimi reati: MORSELLI, *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, 132.

<sup>12</sup> Così Cass., S.S.U.U. 33040/15.

<sup>13</sup> Cass., S.S.U.U. 37107/15.

Tale analisi si è ispirata a una interpretazione ulteriore rispetto alla lettera del secondo comma dell'art. 671 c.p.p., che ha voluto considerare la *ratio* intima del giudizio di esecuzione, quale rivalutazione penale favorevole al reo in misura sempre crescente negli ultimi anni.

Naturalmente, rispetto a tutte queste argomentazioni si attende la autorevole pronuncia delle Sezioni unite penali, che probabilmente faranno una ricognizione circa la fase attuale del percorso di valorizzazione del ruolo del giudice dell'esecuzione.