

Penale Ord. Sez. 1 Num. 7367 Anno 2017

Presidente: DI TOMASSI MARIASTEFANIA

Relatore: MAGI RAFFAELLO

Data Udiienza: 17/01/2017

sul ricorso proposto da: SENTENZA / ORDINANZA

GARGIULO GIUSEPPE N. IL 13/04/1938

avverso l'ordinanza n. 406/2014 CORTE APPELLO di NAPOLI, del
06/05/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. RAFFAELLO MAGI;
lette/sentite le conclusioni del PG Dott. *Sante Spireci, che*
ha chiesto di dichiarare inammissibile il
ricorso;

Udit i difensor Avv.;

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di Appello di Napoli - quale giudice della esecuzione - con ordinanza emessa in data 6.5.2014 ha riconosciuto la sussistenza del medesimo disegno criminoso, ex art. 81 secondo comma cod.pen. e 671 cod.proc.pen., tra i fatti giudicati in due distinte decisioni definitive emesse a carico di Gargiulo Giuseppe (sentenza emessa dalla Corte di Appello Napoli il 13.2.2008, definitiva il 5.11.2010, e dal Tribunale di Napoli, Sezione distaccata di Pozzuoli il 25.9.2008, definitiva il 23.12.2008), provvedendo altresì a ricondurre tali violazioni al reato continuato, già ritenuto in rapporto a precedenti fatti analoghi, come da ordinanza emessa dal Tribunale di Napoli, Sezione Distaccata di Pozzuoli, in data 18 luglio 2013.

In effetti, con la decisione da ultimo citata era stata riconosciuta la continuazione in sede esecutiva tra le violazioni giudicate in altre, distinte, decisioni irrevocabili (in numero di undici) con determinazione della pena complessiva in quella di anni quattro e mesi sei di reclusione ed euro 3.098,73 di multa.

La Corte di Appello, giudice da ritenersi competente ex art. 665 in ragione dei contenuti del giudizio espresso in cognizione e della data di irrevocabilità della propria decisione (al 5.11.2010) ritiene, nel provvedimento qui impugnato, di rielaborare il precedente provvedimento esecutivo ex art. 671 cod.proc.pen. con riconoscimento della qualità di ulteriori reati-satellite alle due violazioni oggetto di nuova richiesta (in rapporto alla stretta contiguità temporale e omogeneità delle violazioni, tutte relative - come le altre già riunite - alla fattispecie di cui all'art. 171 *ter* l. n.633 del 1941 e succ.mod. nonchè, in taluni casi, al delitto di ricettazione di cui all'art.648 cod.pen.) .

Nel regolamentare gli effetti di tale statuizione, la Corte di Appello ritiene di individuare la violazione più grave in quella giudicata con sentenza emessa in data 5.10.2000 (già indicata come tale nel precedente provvedimento esecutivo, che non risulta impugnato), con pena pari ad anni uno e mesi sei di reclusione ed euro 1031,91 di multa.

Tale pena risulta aumentata fino al triplo nel precedente provvedimento esecutivo (come si è detto, con pena complessiva determinata in anni quattro e mesi sei di reclusione ed euro 3.098,73 di multa), il che tuttavia non impedisce - secondo la Corte territoriale - di apportare ulteriori aumenti per le due violazioni concorrenti, ora riconosciute come componenti del reato continuato.

Viene pertanto incrementata la sanzione complessiva per ulteriori mesi due di reclusione ed euro 400,00 di multa (in misura proporzionale per le due violazioni aggiunte) sì da raggiungere la determinazione complessiva di anni quattro, mesi otto di reclusione ed euro 3.498, 73 di multa.

27

Su tale risultato sanzionatorio viene ribadita l'applicabilità dell'indulto, nella misura prevista dalla legge n.241 del 2006.

2. Avverso detta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione - a mezzo del difensore - Gargiulo Giuseppe, deducendo erronea applicazione della disciplina regolatrice (artt. 81 cod.pen. e 671 cod.proc.pen.) e vizio di motivazione.

La complessiva rielaborazione del reato continuato, realizzata in sede esecutiva, con riconoscimento delle due violazioni ulteriori, non poteva - ad avviso del ricorrente - comportare il superamento della soglia massima legale della sanzione, rappresentata dal triplo della pena inflitta per la violazione più grave (anni uno e mesi sei di reclusione ed euro 1.031,91, con pena massima pari ad anni quattro mesi sei di reclusione ed euro 3.098,73 di multa).

La Corte di Appello nel realizzare il nuovo computo della sanzione supera consapevolmente tale quota massima, in ciò violando - ad avviso del ricorrente - la generale previsione di cui al comma 2 dell'art. 81, da ritenersi vincolante anche lì dove la continuazione venga riconosciuta in sede esecutiva ed anche nella ipotesi in cui ci si trovi di fronte a più provvedimenti emessi in sequenza, come nel caso in esame.

3. Il Procuratore generale presso questa Corte di Cassazione, con requisitoria scritta, ha chiesto dichiararsi inammissibile il ricorso. Risulta consentito, secondo il recente orientamento interpretativo di questa Corte di legittimità (si indica, tra le altre, Sez. 1 n. 45256/2013) il superamento - in sede esecutiva - del limite legale di entità della pena previsto per il reato continuato dall'art. 81 primo e secondo comma cod.pen., dato il carattere «specializzante» della diversa previsione normativa contenuta nell'art. 671 secondo comma cod.proc.pen. .

Tale norma, infatti, lì dove la continuazione venga riconosciuta in sede esecutiva, fissa - in tesi - un diverso limite massimo di pena, rappresentato dalla «misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto». La Corte di Appello partenopea, pertanto, non sarebbe incorsa in alcuna violazione di legge.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che il quesito in diritto posto dal ricorrente non possa essere risolto attraverso l'adesione all'orientamento interpretativo citato nella requisitoria del sig. Procuratore Generale, orientamento da cui si esprime consapevole dissenso, sì da doversi disporre, per le ragioni che seguono, la

rimessione della decisione del ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 cod.proc.pen. .

2. Non vi è dubbio alcuno che, nel caso in esame, la pena per il reato continuato sia stata determinata - dal giudice della esecuzione - in misura superiore al triplo di quella inflitta per la violazione più grave.

Dunque il profilo in diritto, coltivato espressamente dal ricorrente, può essere così sintetizzato : *« se in sede di esecuzione, una volta ritenuta la sussistenza del medesimo disegno criminoso tra le violazioni oggetto di precedenti decisioni irrevocabili, il giudice sia tenuto o meno ad osservare, nella determinazione della pena per il reato continuato, il limite massimo indicato nell'art. 81 primo e secondo comma cod.pen. e consistente nel triplo della pena inflitta per la violazione più grave »* .

3. Su tale argomento si è sinora registrata, negli arresti di questa Corte, una difformità interpretativa diacronica.

3.1 Nella ricognizione dei contenuti precettivi della previsione normativa introdotta - con portata innovativa - dal legislatore delegato nel testo del nuovo codice di rito all'art. 671 co.1 cod.proc.pen. (norma che testualmente recita : il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione) si è registrato un primo orientamento teso ad affermare che il rinvio formale alla disciplina del concorso formale e del reato continuato comporta ineliminabile trasporto - nella sede esecutiva - del criterio legale di determinazione della pena espresso in detta norma e consistente in una particolare declinazione del cumulo giuridico (la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo) con il solo elemento differenziale rappresentato dalla necessità (ai sensi dell'art. 187 disp.att. cod.proc.pen.), per il giudice della esecuzione di prendere atto della base di calcolo (la violazione più grave) attraverso la comparazione tra le pene già inflitte in cognizione (assumendo come tale quella per la quale è stata inflitta la pena più grave).

A tale assetto interpretativo si è - nel tempo - contrapposto e consolidato (almeno tra le decisioni oggetto di massimazione) un orientamento diverso, che risulta attualmente non contraddetto da decisioni di segno diverso, citato dal Procuratore Generale nella sua requisitoria .

Secondo tale opzione il rinvio operato - ai sensi dell'art. 671 primo comma - alla disciplina della continuazione contenuta nel codice penale non ne importerebbe per intero le caratteristiche, dovendosi ritenere «specializzante» sul tema del trattamento sanzionatorio la previsione di cui al secondo comma dell'art. 671 cod.proc.pen., lì dove si prevede - in tesi - un diverso atteggiarsi della

operazione determinativa. Si afferma infatti che detta previsione (il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o con ciascun decreto) rappresenterebbe il solo parametro di determinazione della pena per il reato continuato riconosciuto in sede esecutiva, con specialità derogatoria rispetto alla generale previsione di cui all'art. 81 primo comma (per il concorso formale) espressamente richiamata (per la continuazione) dal comma secondo dell'art. 81 cod.pen. . In tal senso, il giudice della esecuzione potrebbe, - si sostiene - restando nell'ambito di un cumulo giuridico e non materiale, superare il limite di pena ordinario dell'istituto applicato (ossia il triplo della pena inflitta per la violazione più grave) e attenersi esclusivamente al diverso «tetto massimo» rappresentato dalla somma algebrica *quoad poenam* dei titoli esecutivi interessati dalla operazione unificante.

3.2 Risultano espressione del primo tra i citati orientamenti, tra le altre : Sez. 1 n. 4862 del 6.7.2000, *Basile*, rv 216752 (ove si afferma che nell'ipotesi di continuazione tra più reati ritenuta in sede di esecuzione, il giudice è vincolato dal giudicato solo per quanto concerne l'individuazione del reato più grave, dovendo egli procedere alla determinazione della pena attraverso un aumento di quella prevista per tale reato - ancorché nei limiti di cui agli artt. 81 cod. pen. e 671 cod. proc. pen., nonché previo ragguaglio tra le pene di genere diverso ai sensi dell'art. 135 cod. pen.-, perciò senza che, al suddetto fine, rilevi il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i cd. reati satellite, o l'eventuale diversa natura di esso rispetto a quello relativo alla violazione più grave); Sez. 1 n. 1663 del 26.2.1997, *Spinelli*, rv 207692 (ove si afferma che una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satelliti non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevi la qualità della pena per essi comminata. A tale criterio deve attenersi anche il giudice dell'esecuzione il quale, nella rideterminazione della pena in seguito all'applicazione della continuazione 'in executivis', non è vincolato dal giudicato se non nell'individuazione del reato più grave, che deve avvenire a norma dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., e deve solo rispettare i limiti di cui al comma primo dell'art. 81 cod. pen. e al comma secondo dell'art. 671 cod. proc. pen.) nonché, nel particolare caso della continuazione già riconosciuta in sede di cognizione con riconoscimento in sede esecutiva del solo reato-satellite aggiuntivo Sez. 1 n. 2565 del 8.4.1997, *Ruga*, rv 207702 (ove si afferma che in tema di applicazione della continuazione in fase esecutiva, quando nella fase di cognizione il singolo reato costituente la violazione più grave sia stato unificato, con il vincolo della continuazione, con altri, deve essere assunta come base la

PM

relativa pena, prescindendo dall'aumento per i reati satelliti; e ciò al fine di consentire un controllo sul rispetto, nella nuova determinazione della pena in fase esecutiva, del limite di aumento posto dall'art. 81, comma primo, cod. pen.). In dette decisioni si affermava la natura giuridica unitaria dell'istituto della continuazione e si rappresentava la necessità - in sede esecutiva, una volta riconosciuta la identità del disegno criminoso - di individuare la singola violazione punita con pena più grave (art. 187 disp.att.) su cui applicare, nei diversi limiti di cui agli articoli 81 cod. pen. e 671 secondo comma cod.proc.pen. gli aumenti di pena derivanti dalla concorrenza delle violazioni-satellite (nei modi già indicati, in riferimento all'istituto della continuazione, da Sez. U n. 4901 del 27.03.1992, *Cardarilli*, rv 191129 per cui una volta riconosciuta la continuazione tra più reati il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati 'satelliti' non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevi la qualità della pena prevista per i reati satelliti, atteso che essi vanno a comporre una sostanziale unità, disciplinata e sanzionata diversamente mediante le regole dettate all'uopo dal legislatore, e da Sez. U n.15 del 26.11.1997, dep.3.2.1998, *Varnelli*, rv 209487).

3.3 A partire dall'anno 2001 si registra, come si è anticipato, l'opposto orientamento interpretativo generato da due decisioni coeve emesse da questa I Sezione penale : n. 5959 del 12.12.2001 (dep. 13.2.2002), *Franco*, rv 221100 e n.5637 del 14.12.2001 (dep. 12.2.2002), *Iodice*, rv 221101. In detti arresti si sostiene che la previsione di cui all'art. 671 secondo comma cod.proc.pen. ha natura, come si è detto, speciale e detta la regola unica di determinazione della pena per il reato continuato riconosciuto *in executivis*, dovendosi evitare che, già raggiunto il limite del triplo per una determinata fattispecie concreta, si determini impunità per ulteriori reati in occasione dei quali debba essere riconosciuta la pertinenza al medesimo disegno criminoso. In motivazione (sentenza *Iodice*), l'operazione interpretativa è così descritta : " [...] l'interpretazione logica e sistematica della normativa porta a riconoscere che la determinazione della pena in sede esecutiva è regolata unicamente dalla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 671 del codice di rito, e non dall' art.81 c.p., in quanto, essendo configurabile un concorso apparente di norme, la prevalenza della prima costituisce puntuale applicazione del principio di specialità enunciato dall' art.15 c.p. . Invero, pur riguardando le due disposizioni il medesimo oggetto, corrispondente alla determinazione della pena per il reato continuato, nella previsione dell'art. 671, comma 2, è presente l'elemento specializzante costituito dal fatto che la pena per i reati unificati per continuazione è applicata in sede esecutiva con riferimento ad una pluralità di sentenze di condanna passate in giudicato, in alcune delle quali il giudice della

cognizione potrebbe già avere riconosciuto la continuazione tra più reati ed avere già raggiunto il limite massimo del triplo della pena per la violazione più grave. Da quest'ultima circostanza traspare la palese ragione giustificativa della disposizione posta dall' art.671 co.2, che, non richiamando il limite del triplo di cui all' art.81 c.p. ma fissando la regola per cui la pena per il reato continuato non può essere superiore alla somma delle pene inflitte con ciascuna sentenza, intende proprio evitare che si formi una "sacca di impunità", come, invece, si verificherebbe se, una volta riconosciuta la continuazione e applicato il limite del triplo, fossero pronunciate nuove sentenze di condanna per ulteriori reati accomunati ai precedenti dal medesimo disegno criminoso. Ed invero se dovesse ritenersi operante il criterio di cui all' art.81 c.p. e non quello posto dall' art.671 co.2, il giudice dell'esecuzione si troverebbe di fronte ad un limite insuperabile e per gli ulteriori reati satelliti non potrebbe stabilire un aumento, neppure minimo, della pena complessiva fissata in occasione della continuazione anteriormente riconosciuta [...]"

La ricostruzione dell'istituto assume, pertanto, in tali decisioni (sostanzialmente replicate dalle successive Sez. 1 n. 24823 del 31.3.2005, *Tanzii*, rv 232000; Sez. 1 n. 39306 del 24.9.2008, *Cantori*, rv 241145; Sez. 1 n.45256 del 27.9.2013, *Costantini*, rv 257722; nonché da Sez. II n. 22561 del 8.5.2014, *Do Rosario Lopez*, rv 259349 che ne fa applicazione anche in sede di concorrenza tra reato giudicato in cognizione e reati già giudicati con decisioni irrevocabili) una connotazione sensibilmente diversa, in rapporto alla diversa fase processuale in cui si verifica l'intervento del giudice. Mentre in cognizione (ma si veda la citata Sez. II rv 259349 per il caso di situazione 'mista') andrebbe applicata la disciplina del particolare cumulo giuridico di cui all'art. 81, in sede esecutiva tale riferimento normativo sarebbe non già concorrente ma integralmente sostituito dalla previsione di cui all'art. 671 secondo comma (la somma delle pene inflitte con ciascuna sentenza).

La ragione espressa, tesa a valorizzare tale connotato di pretesa specialità derogatoria è essenzialmente di carattere specialpreventivo ed è correlata alla presa d'atto di un possibile «reato senza sanzione» lì dove la sequenza di provvedimenti (tra cognizione ed esecuzione o tra più ordinanze esecutive) ricognitivi del medesimo disegno criminoso tra le diverse violazioni abbia già «esaurito» il tetto massimo dell'incremento.

4. Il Collegio, per le ragioni che seguono, dissente da tale opzione interpretativa – affermatasi dal 2001 in avanti - ritenendo che la stessa muova da una non condivisibile assegnazione del carattere di specialità derogatoria alla previsione di legge di cui all'art. 671 secondo comma, finendo con disallinearsi dalle

RM

ricadute di alcuni principi costituzionali posti a base della modifica normativa realizzata nel 1988.

4.1 Una prima considerazione concerne la tecnica normativa utilizzata dal legislatore del 1988 e la stessa «storia» degli istituti del concorso formale e della continuazione.

La riforma realizzata con l'emanazione del d.l. n. 99 del 11.4.1974 (con possibile rilievo del medesimo disegno criminoso come presupposto per l'applicazione di un particolare cumulo giuridico anche nelle ipotesi di violazione di diversa disposizione di legge) ha il dichiarato fine primario di sottoporre ad un particolare cumulo giuridico di favore (la pena prevista per il reato più grave aumentata sino al massimo del triplo e sempre che ciò non comporti superamento del cumulo materiale e dei relativi criteri di determinazione, ai sensi del terzo comma dell'art. 81) il reato continuato, inteso come manifestazione di pericolosità soggettiva che, al di là del numero delle violazioni e della loro eterogeneità, sia da ritenersi espressiva di una deliberazione ideativa unitaria, necessariamente circoscritta nel fine.

Da qui la centralità del cumulo giuridico (e del limite quantitativo allo stesso correlato) come alternativa sanzionatoria legale – una volta riconosciuta l'identità del disegno criminoso – al cumulo materiale delle sanzioni ricollegabili alle singole violazioni, da ritenersi il dato che caratterizza l'intero istituto di matrice sostanziale. Sul punto è utile ricordare, tra i numerosi arresti, Sez. U 26.5.1984 *Falato*, (ove si afferma che il giudice di merito, dovendosi applicare necessariamente il cumulo giuridico, ha il dovere di stabilire, anche nelle ipotesi di concorso formale o continuazione, la pena che sarebbe stata applicabile per ciascuna delle violazioni, al fine di procedere alla comparazione in concreto tra i risultati del cumulo giuridico e quelli del cumulo materiale) nonché, in epoca più avanzata, Sez. U n. 47289 del 24.09.2003, *Petrella*, ove si afferma che qualora l'aumento per continuazione determinato in sede di merito superi il limite massimo del triplo della violazione inflitta per la violazione ritenuta più grave, la Corte di Cassazione è tenuta ad annullare senza rinvio il provvedimento, con diretta rideterminazione della sanzione fissando la stessa nel valore massimo legale del triplo di quella inflitta per il reato-base.

4.2 Va, pertanto, ricordato che la stessa possibilità di applicare *ex professo* la disciplina della continuazione in sede esecutiva rappresenta una rilevante novità normativa apportata dal legislatore del 1988 nel testo del codice di procedura penale attualmente vigente, a fronte di scenari interpretativi che, dopo la riforma dell'istituto derivante dalla emanazione del d.l. del 1974 n.99, avevano ampiamente evidenziato la forte tensione tra i principi costituzionali di eguaglianza, legalità penale e parità di trattamento da un lato e la pretesa

27

intangibilità del giudicato dall'altro, in ipotesi di definizione separata e (casualmente) temporalmente diversa di giudizi penali per fatti potenzialmente espressivi del medesimo disegno criminoso.

La impossibilità, vigente il codice del 1930, di riaprire una parentesi di cognizione *post-giudicato*, sia pure tesa alla sola verifica del presupposto unificante tra le diverse violazioni ed ai fini della applicazione del particolare cumulo giuridico, rendeva stridente detto conflitto. Sul punto, le soluzioni adottate in vigenza del codice Rocco tendevano a ritenere possibile il superamento del dubbio di legittimità costituzionale della disciplina attraverso la attribuzione al giudice della cognizione del potere di ritardare la conclusione del proprio giudizio - in attesa della irrevocabilità delle altre sentenze - sì da operare la unificazione *quoad poenam* dei fatti giudicati nelle concorrenti decisioni.

In tal senso si era ritenuto possibile - in una prima fase - tale 'rimedio operativo' esclusivamente con giudizio in corso sull'ipotesi di reato meno grave (sì da lasciare invariata la pena stabilita con sentenza irrevocabile sul reato più grave, in ossequio alla immodificabilità del giudicato) ma - in alcuni arresti - tale possibilità era stata ritenuta doverosa anche in ipotesi di giudizio in corso sull'ipotesi di maggiore gravità (con rideterminazione, in tal caso, della pena già inflitta per il reato satellite oggetto di previo giudizio) sì da garantire l'applicazione effettiva del novellato articolo 81 cod. pen. anche con incidenza sul giudicato (così Sez. 1 del 19.1.1985, *Fioroni* , con approdo autorevolmente convalidato da Sez. U 21.06.1986, *Nicolini* , rv 173419 per cui in tema di reato continuato la valutazione del giudice circa la identità del disegno criminoso costituisce il solo criterio per la unificazione fittizia *quoad poenam* della pluralità degli illeciti commessi dall'agente con una molteplicità di azioni, restandone escluso ogni fattore di carattere temporale. Pertanto al giudice del merito non è inibita l'applicazione del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 81, comma 1 e 2, c.p. quando sia stata già pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna nei confronti dell'imputato per fatto anche meno grave di quello sottoposto al suo giudizio. In siffatta ipotesi la pena complessiva va determinata sulla base di quella da infliggersi per il reato più grave sottoposto al giudizio in corso e va apportato l'aumento ritenuto equo in riferimento al reato meno grave già giudicato).

E' evidente, tuttavia, che tale soluzione, pur tesa a realizzare i valori costituzionali di legalità della pena e parità di trattamento - non potendosi imputare al condannato la diversa tempistica di trattazione dei giudizi sulle diverse azioni commesse - imponeva l'attribuzione del potere *de quo* al giudice di - almeno una - fase cognitiva ancora aperta (e rimasta tale solo per tale ragione), lì dove esigenze di razionalità sistematica e di piena tutela dei valori

RM

costituzionali coinvolti imponevano l'approdo ad una valutazione dei presupposti applicativi della norma di diritto sostanziale anche nella fase successiva al giudicato, su ogni violazione di legge potenzialmente incidente sulla applicazione di una norma di regolamentazione del *trattamento sanzionatorio*, quale è - in modo indiscutibile - quella di cui all'art. 81 cod.pen. (la sostituzione del cumulo materiale con il cumulo giuridico con fissazione di un limite massimo alla sanzione irrogabile).

4.3 Va altresì evidenziato che questa Corte di Cassazione aveva sollevato, sul tema, questione di legittimità costituzionale della disciplina processuale allora vigente nella parte in cui non risultava ammissibile l'applicazione della disciplina del cumulo giuridico di cui all'art. 81 cod.pen. in caso di condanna irrevocabile per il fatto meno grave e successivo processo in corso per il fatto più grave (Sez. 3, 06/03/1985, *Ricci*, antecedente all'intervento regolatore realizzato da Sez.U *Nicolini*, prima citato).

Vale la pena, sul punto, riportare alcune delle argomentazioni contenute nella decisione num. 115 del 27 marzo 1987, con cui la Corte Costituzionale, investita della questione attraverso la citata decisione Sez.3 del 6.3.1985 ed altre sei ordinanze analoghe, tutte relative al limite di rilevabilità della disciplina della continuazione in ipotesi di previa definizione con sentenza irrevocabile del procedimento relativo al reato più grave, evidenziava le ragioni di evidente incostituzionalità della disciplina normativa all'epoca vigente, nella parte in cui impediva, in virtù della ritenuta immodificabilità del giudicato, l'applicazione dell'articolo 81 a fatti unificabili giudicati in tempi diversi : «*¶* [...]L'art. 81, secondo co., cod. pen., infatti, prevede un particolare trattamento sanzionatorio per colui che, con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge. Il codice non fa distinzioni, né pone altre condizioni se non quella concernente l'unicità del disegno criminoso di cui le singole violazioni si pongono come attuative. Si ritenga poi questa del reato continuato una nuova ed unitaria figura, oppure una speciale fattispecie complessa, é questione dogmatica che, comunque, non tocca il principio affermato nel secondo comma dell'art.81: secondo il quale, verificandosi la detta situazione, spetta all'imputato il particolare trattamento sanzionatorio previsto nella prima parte dell'articolo. [...] Tutto questo si é ricordato per rendere evidente quanto l'istituto sia fermamente radicato nell'ordinamento, sempre più orientato ad ovviare in ogni modo alle eccessività sanzionatorie derivanti dal concorso materiale di reati, specie nei confronti di un codice noto per il sostenuto rigore delle pene. Al punto da non sembrare azzardato il collegamento che l'ordinanza della Cassazione instaura con il principio di cui al secondo comma dell'art. 25

247
S

Cost., dato che la pena che la legge prevede per il reato continuato non può essere che quella predeterminata dal legislatore nell'art. 81, secondo co., cod.pen. Applicare una pena di misura diversa e con criteri diversi da quelli contemplati dalla legge non può, infatti, essere ritenuto conforme al principio di legalità. Mentre - come correttamente notano le ordinanze di rimessione - quando talune delle violazioni attuative dell'unico disegno criminoso sono già state oggetto di precedente giudicato, ed altre in ulteriore continuazione vengano successivamente all'esame del giudice, l'applicazione di pene distinte viene a vanificare la volontà del legislatore, e non perché l'ipotesi sia prevista da specifica eccezione normativa, ma soltanto perché le diverse violazioni si sono occasionalmente presentate all'esame dei giudici in tempi diversi. Ora, se si considera che è proprio il legislatore stesso ad avere previsto che la comminazione delle più violazioni avvenga "anche in tempi diversi", senza che per questo resti alterata la sostanza della fattispecie di reato continuato: ed, anzi, se si ritiene che proprio questo è l'elemento che oggi diversifica (oltre all'eventuale eterogeneità) il reato continuato dal concorso formale di reati, si deve convenire che appare quanto meno incoerente con tali premesse che una situazione processuale (giudizio in tempi diversi), ordinariamente corrispondente appunto a quella diversa commissione temporale dei fatti di reato, impedisca l'applicazione della pena nei sensi prescritti dalla legge. [...] ».

Dunque, in detta decisione, si prendeva atto della palese violazione dei principi costituzionali indicati nelle ordinanze di rimessione (in particolare degli articoli 3 e 25 Cost.) in rapporto al quadro normativo scrutinato (parzialmente impeditivo al riconoscimento della continuazione in presenza di decisione irrevocabile su un potenziale 'frammento' della medesima) e si sollecitava in modo espresso, nell'ambito delle diverse strade percorribili, l'intervento del legislatore attraverso la regolamentazione, già anticipata in alcune decisioni del giudice di legittimità (tra cui la citata Sez. U *Nicolini*), della possibile cedevolezza *in bonam partem* del giudicato, al fine di consentire l'applicazione - in presenza dei presupposti unificanti - del particolare cumulo giuridico previsto dalla disciplina di diritto sostanziale (art. 81 co.2 cod.pen.) : «[...] non esiste, infatti, un'unica soluzione costituzionalmente obbligata che la Corte possa indicare ma una ampia alternativa, peraltro collegata ad altre ipotesi sub-alternative [...] ».

Tra queste si indicava espressamente la possibilità di 'regolare la diseguaglianza nella fase esecutiva, attraverso norme di diritto processuale'.

4.4 Da qui, in attuazione di quanto previsto dalla legge-delega n.81 del 1987, al punto n.97, la previsione normativa attualmente vigente che, come precisato nella Relazione al Progetto Preliminare in GU n.250 del 24 ottobre 1988

supplemento n.2 « consente l'applicazione dell'art. 81 c.p. in sede esecutiva, sempre che, ovviamente, la stessa non sia stata esclusa in sede di cognizione» . Si trattava, pertanto, di una delle ipotesi espressamente indicate dal giudice delle leggi per rimediare alla violazione dei contenuti delle norme costituzionali e non anticipata - in via diretta - esclusivamente per eccesso di creatività dell'intervento additivo. Va notato, peraltro, che il testo della suddetta Relazione, così prosegue « ..si è precisato che la pena da irrogare per effetto della continuazione deve essere non superiore a quella risultante dal cumulo materiale..» in ciò esprimendo la *ratio* della previsione contenuta nell'attuale co.2 dell'art. 671 cod.proc.pen. .

4.5 La *voluntas legis* espressa dal legislatore del 1988 appare di assoluta chiarezza , attesa la necessità di risolvere le aporie sistematiche rilevate dopo il 1974 sul terreno della 'casuale definizione anticipata' di uno dei giudizi relativi ad un frammento della ipotetica continuazione (e i relativi dubbi di costituzionalità, dichiarati espressamente fondati da Corte Cost. n.115/1987), attraverso la cedevolezza del giudicato e l'applicazione in sede esecutiva di «quel» trattamento sanzionatorio (il cumulo giuridico di cui all'art. 81 cod.pen.) previsto sino a tale momento come irrogabile solo in cognizione o in particolare condizione «mista» (cognizione su uno dei reati coinvolti nella operazione).

Giova ritornare ai contenuti della decisione del giudice delle leggi, in precedenza riportati, per la rilevanza della affermazione : «la pena che la legge prevede per il reato continuato non può essere che quella predeterminata dal legislatore nell'art. 81, secondo co., cod.pen. Applicare una pena di misura diversa e con criteri diversi da quelli contemplati dalla legge non può, infatti, essere ritenuto conforme al principio di legalità».

4. 6 Da ciò deriva che non può ritenersi ragionevole una interpretazione delle norme, come quella proposta dall' orientamento da cui si dissente, che finisce con ridimensionare la portata dell'intervento normativo del 1988, sino a svuotarla di effettivi contenuti precettivi, introducendo nel sistema una mutazione genetica dell'istituto tale da alternarne i caratteri identificativi.

A ben vedere, tale opzione attribuisce alla previsione dell'articolo 671 comma 2 una portata specializzante che non corrisponde alla complessiva *ratio* dell'intervento, né alla tecnica utilizzata dal legislatore al dichiarato scopo di rendere applicabile - senza limite di fasi processuali - la disciplina prevista dalle norme regolatrici di diritto sostanziale.

Il rinvio alla 'disciplina della continuazione' operato dal legislatore all'art. 671 co.1 ne importa, ad avviso del Collegio, integralmente i contenuti , anche in virtù della tecnica utilizzata (il rinvio formale) come in tutti i casi di incorporazione espressa della disciplina di una norma in un'altra (si vedano, a mò di esempio, i

l
RM
l

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

numerosi casi di rinvio formale contenuti nella disciplina processuale, su cui di recente Sez. U n. 13426 del 25.03.2010, rv 246272 in tema di misure di prevenzione, nonché in tema di applicabilità della disciplina limitativa di cui all'art. 4 *bis* legge n.354 del 1975 all'istituto della liberazione condizionale Sez. 1, 25.01.1994, *Porcu*).

In effetti, l'unica condizione applicativa richiesta dalla norma processuale - art. 671 co.1 - è che la sussistenza della continuazione non sia stata esclusa in cognizione, per l'ovvia natura non impugnatoria della sede esecutiva, con immodificabilità di una eventuale statuizione negativa sui presupposti .

4.7 Ciò posto, la ragione di *precisare* (come ribadito nella Relazione al testo preliminare del codice di rito, prima citata al par. 3.1, la cui lettura fuga in verità ogni dubbio) che la pena da irrogare per effetto della continuazione deve essere non superiore a quella risultante dal cumulo materiale (evidente il riferimento alla previsione del comma 2 dell'art. 671) altro non è che la proiezione, in sede esecutiva, dell'ulteriore limite espresso in via generale dall'art. 81 co.3 cod.pen. (norma che rende applicabile, come limite ulteriore la disciplina sul concorso di pene ordinario, regolamentata negli articoli precedenti) come espresso in modo chiaro e puntuale in dottrina sin dai primi commenti alla nuova codificazione processuale.

Si tratta, pertanto, di una precisazione niente affatto 'specializzante' ma necessaria al fine di riprodurre in modo conforme (tra cognizione ed esecuzione) la disciplina dell'art. 81 cod.pen. così assicurando la 'corrispondenza di risultato' tra i due momenti processuali in cui può venire in rilievo l'accertamento del medesimo disegno criminoso.

Si integra, pertanto, la disciplina con la clausola di salvezza relativa all'ulteriore limite del cumulo materiale (e non giuridico, come indicato in alcune delle decisioni da cui si dissente) che il legislatore, pur in un istituto di favore come innegabilmente è la continuazione, ritiene opportuno ribadire allo scopo di evitare che lì dove la quantificazione della pena per la violazione più grave risulti particolarmente consistente (ad esempio 15 anni) l'istituto del cumulo giuridico con potenziale moltiplicatore del triplo ex art. 81 co.1 (nell'esempio 45 anni, inevitabilmente da moderare attraverso la previsione dell'art.78 cod.pen.) porti al superamento della somma algebrica delle pene inflitte in cognizione, con risultati aberranti e difformi dalla *ratio legis* .

Dunque, così come in cognizione, una volta riconosciuta la medesimezza del disegno, mai potrebbero superarsi i criteri legali di determinazione del cumulo materiale, in esecuzione non può - in ogni caso - superarsi, per l'appunto, il cumulo materiale rappresentato dalla somma delle diverse pene irrogate nei titoli definitivi, nonché, secondo quanto di recente precisato dalle stesse Sezioni Unite

RT

di questa Corte con decisione emessa in data 24.11.2016 nel procedimento n.38045/2015, in corso di deposito (per come risulta dalla informazione provvisoria n.29 del 2016) l'entità della pena inflitta in cognizione per ogni reato satellite concorrente.

5. Quanto sinora affermato esclude - ad avviso del Collegio - che si possa parlare, nel rapporto tra disciplina sostanziale e disciplina processuale della continuazione, di specialità derogatoria (a proposito dei contenuti dell'art. 671 secondo comma cod.proc.pen.) finendo in tal modo per cancellare dall'istituto della continuazione - ove riconosciuto in sede esecutiva - il criterio determinativo della pena del cumulo giuridico di cui all'art. 81, criterio da ritenersi espressamente richiamato dal comma 1 dell'art. 671 (come ribadito nella citata Relazione al Progetto Preliminare).

Oltre agli argomenti già esposti, sul punto, va osservato sul piano sistematico che tale natura di specialità derogatoria sarebbe stata assegnata, secondo le decisioni da cui si dissente, dal legislatore, ad una norma processuale. Ma tale attribuzione di significato - ad avviso del Collegio - si scontra con la logica del sistema, atteso che una norma processuale mai potrebbe incidere sulla fisionomia di un istituto penalistico di carattere sostanziale, dovendo, per logica generale, il codice di rito realizzare le condizioni di applicazione - o meno - delle norme sostanziali, siano esse incriminatrici in senso stretto o di regolamentazione in via generale e astratta del trattamento sanzionatorio (non risultano in giurisprudenza altri casi similari, nel senso che - tranne per l'ipotesi qui considerata - mai si è affermata la natura specializzante ex art. 15 cod.pen. di una norma contenuta nell'ordinamento processuale).

Inoltre, la tesi della specialità derogatoria, pur volendola ritenere - in tale unico caso- applicabile al rapporto tra diritto sostanziale e processo, implica - per essere riconosciuta - che i tratti fondanti della disciplina siano trasferiti integralmente nella norma con caratteri specializzanti (tra le molte Sez. U n. 1963 del 28.10.2010, *Di Lorenzo*, rv 248722) il che non soltanto si scontra con la stessa fisionomia dell'istituto richiamato (la continuazione impone, per essere definita tale, l'approdo al cumulo giuridico di cui all'art.81 cod.pen.) ma appare in contraddizione con lo stesso obiettivo perseguito nelle decisioni da cui si dissente. Più che di specialità, si dovrebbe ipotizzare l'avvenuta 'sostituzione' da parte del legislatore, per la sola sede esecutiva, del criterio legale di determinazione della pena previsto in sede sostanziale, pacificamente applicabile in cognizione (la pena correlata alla violazione più grave aumentata sino al triplo) con un criterio del tutto diverso e pienamente discrezionale che finisce con importare il solo limite massimo del cumulo materiale (tale essendo la somma algebrica dei singoli titoli che concorrono alla operazione). Dunque il richiamo

127

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

alla disciplina della continuazione, contenuto nell'art. 671 primo comma avrebbe l'effetto di aprire una fase determinativa del tutto diversa, caratterizzata dall'assenza di un obbligo di commisurazione corrispondente al particolare cumulo giuridico richiamato.

Ciò altera la finalità complessiva dell'intervento legislativo operato nel 1988, finendo con il riproporre, ove fosse accolta, i medesimi vizi di legittimità costituzionale – in rapporto alla violazione del principio di legalità - espressi chiaramente dalla Corte Costituzionale nella più volte citata decisione n. 115 del 1987 .

5.1 Appare necessario ribadire, secondo la prospettiva qui coltivata, che la possibile collocazione dell'istituto della continuazione in sede esecutiva, al di là del necessario adattamento sistematico imposto dalla avvenuta commisurazione della pena in cognizione per il reato più grave (come espresso nell'art. 187 disp.att.) non presenta caratteri differenziali rispetto alla disciplina generale prevista in cognizione, come appare – invero – riconosciuto, ancora una volta, dalla Corte Costituzionale nella decisione numero 183 del 9 luglio 2013, con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 34 e 623 co.1 lett. a cod.proc.pen. nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671.

In tale decisione, invero, il giudice delle leggi – anche richiamando la *ratio* delle proprie precedenti decisioni in punto di eguaglianza e parità di trattamento ha preso atto della natura di «parentesi cognitiva» che la domanda di applicazione dell'istituto della continuazione apre in sede esecutiva, con poteri di apprezzamento di caratteristiche intrinseche del fatto, al fine di riconoscere o meno la medesimezza del disegno criminoso, del tutto assimilabili ad un «giudizio» in senso proprio, sì da richiedere in caso di annullamento con rinvio la alterità del soggetto giudicante : « [...] Recando, per corrente notazione, una delle novità più rilevanti del vigente codice di rito in punto di oggetto della competenza del giudice dell'esecuzione, la disposizione in parola [art.671 c.p.p.p, *nde*] abilita quest'ultimo ad applicare, su richiesta del condannato o del pubblico ministero, la disciplina del concorso formale e del reato continuato in relazione ai fatti giudicati con più sentenze o decreti penali irrevocabili, pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona. [...] L'applicabilità della continuazione in sede esecutiva consente tuttora di evitare irragionevoli sperequazioni dovute a fattori meramente casuali, per effetto dei quali i reati in continuazione (o in concorso formale) siano stati giudicati nell'ambito di processi distinti, anziché in un unico processo cumulativo. Ma se l'esigenza di ripristinare

l'eguaglianza vale in rapporto alla determinazione del trattamento sanzionatorio (applicazione del cumulo giuridico delle pene, in luogo del cumulo materiale), essa non può non valere anche in relazione all'applicazione della disciplina sull'incompatibilità del giudice, posta a presidio della sua imparzialità. [...] La soluzione offerta dal legislatore al problema del ripristino dell'eguaglianza - quella, appunto, di demandare al giudice dell'esecuzione la 'sintesi' delle condotte giudicate separatamente, determinandone le conseguenze ai sensi dell'art. 81 del codice penale - comporta una evidente "frattura" dell'ordinario *discrimen* tra fase cognitiva e fase esecutiva, sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, il giudice dell'esecuzione si vede investito di un accertamento che non attiene affatto all'esecuzione (sia pure *lato sensu* intesa) delle pronunce di condanna delle quali si discute, quanto piuttosto al merito delle imputazioni. Al riguardo, si è icasticamente parlato di un frammento di cognizione inserito nella fase di esecuzione penale. [...]L'apprezzamento demandato al giudice dell'esecuzione presenta, dunque, tutte le caratteristiche del «giudizio», quali delineate dalla giurisprudenza di questa Corte ai fini dell'identificazione del secondo termine della relazione di incompatibilità costituzionalmente rilevante [...]

Si tratta, ad avviso del Collegio, di ulteriore conferma circa l'aspetto qui proposto, rappresentato dal fatto che l'istituto della continuazione, nei suoi tratti normativi essenziali, non può atteggiarsi in maniera diversa in ragione della 'localizzazione processuale' della sua verifica e riconoscimento, sia essa in cognizione o in esecuzione, pena la violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. e della parità di trattamento di situazioni analoghe di cui all'art. 3 Cost., con la conseguenza di escludere in radice la validità della opzione interpretativa 'specializzante' richiamata dall'orientamento interpretativo qui contrastato . La irrilevanza assoluta della sede processuale, in altre parole, nel cui ambito si colloca l'operazione determinativa è aspetto che contraddice, sul piano logico e giuridico, la pretesa specialità derogatoria della previsione di cui all'art. 671 secondo comma (tesa, come si è detto, a replicare in tal sede la previsione dell'art. 81 comma 3, così incrementando il tasso di unitarietà della disciplina complessiva).

5.2 Resta, pertanto, da valutare l'argomento utilizzato negli arresti da cui si dissente, per cui l'applicazione del particolare cumulo giuridico - anche in sede esecutiva - può determinare l'assenza di sanzione per la violazione che va ad aggiungersi ad una continuazione già, in parte riconosciuta, lì dove - come nel caso qui in esame - sia stato già raggiunto (nel precedente provvedimento, emesso in cognizione o in esecuzione) il limite massimo di pena ai sensi dell'art. 81 cod.pen. .

a

PM

L'argomento, di marcata impronta prasseologica (teso a contrastare, in tutta evidenza, prassi largheggianti nella verifica in positivo dei presupposti di riconoscibilità, il cui rimedio, tuttavia, andrebbe trovato nella stabilizzazione interpretativa dei parametri di identificazione del medesimo disegno criminoso), evita di confrontarsi - per il vero - con la ricorrente affermazione giurisprudenziale (resa sin da Sez. 1 15.10.1982, *Pineri Trimarc*) per cui l'applicazione dell'art.81 cod.pen. è anch'essa realizzazione di un criterio legale di determinazione della pena (similmente a quanto accade in ipotesi applicativa del generale criterio moderatore di cui all'art. 78 co.1 cod.pen.) .

Ne consegue che detta applicazione, frutto di un criterio legale di trattamento, non porta all'elisione totale o parziale della pena prevista per il reato meno grave, ma alla sostituzione *ex lege* di detta sanzione con una sanzione diversa cui si perviene attraverso una riduzione proporzionale della incidenza già commisurata per i reati concorrenti (nell'ambito della nuova operazione di rideterminazione), con mantenimento della misura massima della pena prevista dalla legge.

Ciò posto, vero è che in sede esecutiva al giudice è inibita la diversa e più grave quantificazione della base di calcolo, rappresentata dalla pena più grave - già inflitta in cognizione- tra quelle concorrenti (v.art. 187 disp.att. cod.proc.pen.).

Ma tale regola da un lato ha senso solo ove, come qui ricostruito, di una base di calcolo ci sia bisogno per l'operazione tesa a realizzare il cumulo giuridico di cui all'art. 81 cod.pen., (ed è dunque ulteriormente confermativa, sul piano logico, del primo tra gli orientamenti interpretativi scrutinati), dall'altro appare il frutto ineliminabile (salva questione di legittimità costituzionale tesa a invalidarne il presupposto, di cui non si ravvisa il fondamento) della collocazione dell'intervento in sede esecutiva, il che comporta la impossibilità sistematica di realizzare una modifica peggiorativa, in tal sede, del giudicato.

6. Per le dette ragioni, il Collegio ritiene necessario rimettere la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite, formulando il seguente quesito in diritto : *se il giudice della esecuzione, in caso di riconoscimento della continuazione - ex art. 671 cod.proc.pen. - tra più violazioni di legge giudicate in distinte decisioni irrevocabili sia tenuto, in sede di determinazione della pena, al rispetto del limite del triplo della pena inflitta per la violazione più grave (art. 81 co.1 e co.2 cod.pen.) o se in tale sede trovi applicazione esclusivamente la disposizione di cui all'art. 671 co.2 cod.proc.pen. (limite rappresentato dalla somma delle pene inflitte in ciascuna decisione irrevocabile).*

RT

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

P.Q.M.

Visto l'art. 618 c.p.p. rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso il 17 gennaio 2017