

Punti fermi, o quasi, in tema di ricalcolo della pena illegale *ab origine* da parte del giudice dell'esecuzione.

di Alessandro Ricci

Sommario: 1. La vicenda esecutiva. – 2. Premesse definitive: illegalità della pena e poteri di intervento. – 3. L'aspetto controverso della illegalità *ab origine*. – 4. I principi, di massima, favorevoli all'intervento emendativo *in executivis*. – 4.1. (*segue*) Un primo ordine di possibili preclusioni: il rispetto dei "limiti legali" e l'insindacabilità del "metodo di calcolo". – 4.2. (*segue*) Una seconda possibile preclusione: il limite derivante dal "precedente giudizio". – 5. Il tratto positivo dell'ordinanza in commento. – 5.1. (*segue*) Una diversa considerazione dei "limiti legali" e la sindacabilità del "metodo di calcolo". – 5.2. (*segue*) L'esatta portata del limite derivante dal "precedente giudizio". – 6. Un rilievo critico all'ordinanza in commento. – 7. Le fattispecie similari a quella in esame e la possibile estensione della soluzione adottata. – 8. Le auspicabili prospettive evolutive.

1. La vicenda esecutiva.

L'ordinanza che si annota ⁽¹⁾, con la quale il giudice dell'esecuzione ha rideterminato in 10 anni di reclusione una pena già definitiva di 12 anni, 2 mesi e 20 giorni, offre l'occasione per alcune osservazioni in tema di sindacabilità *in executivis* della pena illegale *ab origine*; il provvedimento è stato emesso in sede di giudizio di rinvio dopo l'annullamento da parte della corte di cassazione ⁽²⁾ di una precedente decisione di segno contrario ⁽³⁾,

La fisionomia della vicenda in esame rende di facile comprensione i termini del problema.

L'imputato era tratto a giudizio per rispondere del delitto previsto dall'art. 74, comma 2, d.p.r. n. 309/90, aggravato sia dalla recidiva reiterata *ex art.* 99, comma 4, c.p. nonché ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152/91 in ragione della finalità mafiosa della

* *Il contributo, redatto in forma di commento ad un'ordinanza vertente sul tema qui analizzato, ripropone i contenuti dell'intervento svolto dall'A. presso la Scuola Superiore della Magistratura nel quadro dell'incontro di studi tenutosi dal 30 gennaio al 1 febbraio 2019, dal titolo "Il giudicato penale: limiti di tenuta ed ipotesi di superamento".*

⁽¹⁾ Si tratta di Corte Appello Napoli, V Sezione Penale, ord. 19.04.2019.

⁽²⁾ La decisione di annullamento è stata emessa da Cass. Pen., Sez. I, n. 11890 del 01.02.2017, ric. Aruta.

⁽³⁾ Il primo rigetto è stato adottato da Corte Appello Napoli, III Sezione Penale, ord. 09.02.2016.

condotta ascritta; in esito a giudizio abbreviato veniva condannato a 14 anni di reclusione; in sede di appello la pena veniva rideterminata nella misura di 12 anni, 2 mesi e 20 giorni così quantificata: pena base 10 anni aumentata di 3 anni e 4 mesi (cioè a dire 1/3 della pena base) per l'aggravante mafiosa e quindi a 13 anni e 4 mesi, ed ulteriormente aumentata per la recidiva reiterata di 5 anni (dunque in una misura, quest'ultima, superiore ad 1/3 rispetto a 13 anni e 4 mesi, in effetti corrispondente a 4 anni, 5 mesi e 10 giorni) fino a 18 anni e 4 mesi; pena poi ridotta come sopra indicato per il rito alternativo prescelto; la corte di cassazione confermava infine la decisione d'appello ⁽⁴⁾.

Successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, il condannato proponeva incidente di esecuzione lamentando l'applicazione di una pena illegale *ab origine* poiché quantificata in violazione dell'art. 63, comma 4, c.p. a mente del quale «*se concorrono più circostanze aggravanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo [cioè a dire quelle a c.d. effetto speciale che, come noto, comportano un aumento di pena superiore alla misura ordinaria di 1/3], si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; ma il giudice può aumentarla*». In altre parole, a fronte di due circostanze aggravanti ad effetto speciale – quali, appunto, come nella vicenda in esame, la recidiva reiterata e l'aggravante della finalità o modalità mafiosa – il giudice non può applicare due volte l'aumento previsto in via ordinaria per queste aggravanti, ma solo un primo aumento obbligatorio per quella che ritenga in concreto più grave nella misura fissa o discrezionale prevista, al quale poi facoltativamente aggiungerne un altro ma comunque in misura non superiore ad 1/3, posto che, come noto, quando il legislatore prevede genericamente che il giudice può o deve “aumentare la pena” l'aggravamento sanzionatorio si calcola *ex art. 64 c.p.* in misura non superiore ad 1/3.

⁽⁴⁾ A scanso di equivoci, è necessaria una puntualizzazione che però non incide sulla specifica questione qui oggetto di analisi: la recidiva reiterata, comportando un aumento di 2/3 è circostanza più grave dell'aggravante c.d. mafiosa che comporta un aumento massimo di 1/2; nella vicenda in esame il giudice di primo grado aveva errato in tale valutazione applicando un primo aumento per l'aggravante mafiosa e poi per la recidiva (anziché il contrario); il giudice di appello si era avveduto dell'errore ritenendo però di non poter comunque procedere a rideterminare il primo aumento nella misura di 2/3 per il divieto di *reformatio in peius* in assenza di impugnazione del p.m.; l'ordinanza che si commenta da contezza di ciò: «*Agli effetti dell'art. 63 comma IV cp nel caso oggetto di esame la circostanza più grave è la recidiva perché è connotata dalla pena più alta nel massimo editale. Ed invero, la recidiva reiterata e specifica contestata al condannato determina un aumento di pena nella misura di due terzi. Occorre tuttavia rilevare che, come evidenziato dalla Corte di Appello in qualità di Giudice della cognizione, il Giudice di prime cure ha applicato un aumento di pena per tale aggravante in misura inferiore a quella prescritta dalla legge (e pari a due terzi). Ne consegue, per il principio del divieto di reformatio in peius, l'impossibilità anche in sede di esecuzione di calcolare l'aumento per la recidiva nella misura prescritta dalla legge*». Tale puntualizzazione riveste carattere di indubbio interesse – e per la verità sarebbe anche spunto per ulteriori riflessioni sui poteri del giudice dell'esecuzione – ma come detto non incide sul tema qui in esame dovendo discutere, ai sensi dell'art. 63, comma 4, c.p., solo dell'erronea quantificazione del “secondo aumento” a prescindere da quale tipo di aggravante ad effetto speciale sia stata presa in considerazione.

Il giudice dell'esecuzione investito della richiesta rigettava l'istanza di rideterminazione sul rilievo che «*tratta(vasi) di questione che apparteneva alla competenza del giudice della cognizione e non anche a quella del giudice dell'esecuzione*»⁽⁵⁾; dunque una sorta di mera declinatoria di competenza non implicante alcuna valutazione di merito sullo specifico oggetto della domanda devoluta. Proposto ricorso per cassazione questo veniva accolto sul rilievo che in effetti esistono spazi di intervento del giudice dell'esecuzione per la rimodulazione della pena, sebbene ormai definitiva, e che pertanto non si poteva in linea di principio pretermettere – praticamente *de plano* – la valutazione della domanda avanzata, salvo ovviamente valutarla nel merito come condivisibile o meno⁽⁶⁾; in sede di rinvio la vicenda trovava poi definitivo epilogo con il provvedimento qui in commento, pur a fronte di un parere contrario della procura generale⁽⁷⁾.

La pena è stata quindi rideterminata nella misura finale di 10 anni di reclusione, e non più 12 anni, 2 mesi e 20 giorni, così calcolata: pena base 10 anni di reclusione, aumentata per la prima aggravante nella misura di 3 anni e 4 mesi (cioè a dire 1/3 della pena base) e quindi a 13 anni e 4 mesi, ulteriormente aumentata *ex art. 63, comma 4, c.p.* nella misura di 1 anno e 6 mesi (cioè a dire in misura non superiore ad 1/3), e giungere quindi a 15 anni, poi ridotta nella sopra indicata misura finale per il rito prescelto. In particolare, il giudice dell'esecuzione, muovendo dalla stessa pena base e dallo stesso aumento per la prima aggravante secondo quanto già stabilito dal giudice di merito – non essendogli consentito sul punto alcun potere discrezionale di modifica – ha emendato l'errore “in eccesso” in cui era incorso quest'ultimo laddove l'aumento facoltativo per la seconda aggravante era stato invece quantificato in una misura superiore al limite normativo *ex art. 63, comma 4, c.p.*, che come detto deve corrispondere ad un aumento non superiore ad 1/3⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Così, appunto, si era espressa la prima decisione di rigetto indicata alla nota precedente.

⁽⁶⁾ Nella sentenza di annullamento Cass. Pen., Sez. I, n. 11890 del 01.02.2017, cit., si è precisato infatti che «*risulta errata l'argomentazione utilizzata dal giudice dell'esecuzione, che ha sostanzialmente declinato la propria competenza ritenendo che l'intera materia della rideterminazione della pena non appartenesse alla sua competenza. Al contrario, ritenendo assorbita ogni altra questione sollevata dal ricorrente e impregiudicato il merito dell'istanza, il tema indicato apparteneva all'ambito della fase esecutiva. Il provvedimento impugnato deve essere pertanto annullato e rinviato alla Corte di Appello di Napoli per nuovo esame*».

⁽⁷⁾ Il P.g. aveva espresso parere negativo motivandolo analogamente ai contenuti dell'ordinanza di rigetto, ritenendo trattarsi di errore, qualora sussistente, non più emendabile in fase di esecuzione.

⁽⁸⁾ Per completezza d'informazione – e ad integrazione di quanto già puntualizzato alla nota n. 4 – in base a quanto risultante dagli atti disponibili, la pena inflitta con la sentenza di primo grado non presentava profili di violazione dell'art. 63, comma 4, c.p., posto che l'originaria pena di 14 anni di reclusione, infatti, era stata così determinata: pena base 12 anni di reclusione, aumentata di 1/3 per l'aggravante della finalità mafiosa (quindi di 4 anni), ad anni 16 di reclusione, ulteriormente aumentata di 5 anni per la recidiva *ex art. 99, comma 4, c.p.*, quindi 21 anni (pertanto in una misura di poco inferiore ad 1/3 rispetto ai 16 anni derivanti dal primo aumento), poi definitivamente ridotta per il rito abbreviato; in questi termini, appunto, la pena non poteva dirsi violativa dell'art. art. 63, comma 4, c.p. in particolare

2. Premesse definitorie: illegalità della pena e poteri di intervento.

Al fine di delimitare il perimetro dell'indagine in rapporto ai contenuti del provvedimento che si commenta, conferendo così alla questione trattata un'autonomia tematica ed evitando erronei accostamenti o improprie sovrapposizioni con fattispecie finitime da analizzare caso per caso e delle quali si accennerà in seguito, s'impongono una serie di precisazioni preliminari.

Per pena illegale *ab origine* si intende la sanzione detentiva o pecuniaria non conforme alla legge – più precisamente, alle disposizioni che singolarmente e nel complesso concorrono alla sua quantificazione – per un errore nella determinazione verificatosi nel giudizio di cognizione e poi cristallizzato nella sentenza passata in giudicato.

In difetto di disposizioni disciplinanti il fenomeno, «*la categoria della sanzione emendabile in executivis è stata creata dalla giurisprudenza... e sebbene non esista alcuna norma codicistica che attribuisca al giudice dell'esecuzione il potere di riportare la pena illegale nei corretti parametri normativi, la cassazione ha chiarito che la fonte di legittimazione deve essere rintracciata direttamente nei principi costituzionali, in particolare nell'art. 25 Cost.*»⁽⁹⁾.

Secondo una definizione tradizionalmente ricorrente nella giurisprudenza di legittimità i «*casi classici di illegalità ab origine, (sono) costituiti, ad esempio, dalla determinazione in concreto di una pena diversa, per specie, da quella che la legge stabilisce per quel certo reato, ovvero inferiore o superiore, per quantità, ai relativi limiti edittali*»⁽¹⁰⁾; viene specificato, poi, «*che in sede esecutiva l'illegittimità della pena può essere rilevata solo quando la sanzione inflitta non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero quando, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale, ma non quando risulti errato il calcolo attraverso il quale essa è stata determinata – salvo che sia frutto di errore macroscopico – trattandosi in questo caso di errore censurabile solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione della sentenza. In buona sostanza la condanna a pena illegittima, contenuta in una sentenza non ritualmente impugnata, non può essere rettificata in sede esecutiva, salvo che sia configurabile un'ipotesi di assoluta abnormità della sanzione; la pena sia frutto di un errore macroscopico non giustificabile e non di una argomentata, pur discutibile, valutazione; la sanzione sia oggetto di palese errore di calcolo, in grado di comportarne la sostanziale illegalità*»⁽¹¹⁾.

perché il secondo aumento era stato, appunto, correttamente contenuto nel limite massimo normativamente fissato in 1/3.

⁽⁹⁾ Il rilievo è di NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Milano, 2017, 109.

⁽¹⁰⁾ Così, espressamente, Cass. Pen., Sez. Un., n. 33040 del 26.02.2015, ric. Jazouli; analogamente, sulla medesima linea, Cass. Pen., Sez. V, n. 23911 del 20.02.2019; Cass. Pen., Sez. V, n. 8639 del 20.01.2016; Cass. Pen., Sez. II, n. 22136 del 19.02.2013.

⁽¹¹⁾ Tale sintesi si deve a Cass. Pen., Sez. VII, n. 26780 del 14.03.2019, ric. Gravagna, richiamando espressamente quanto affermato da Cass. Pen., Sez. Un., n. 47766 del 26.06.2015, ric. Della Fazio.

Sebbene la descrizione del fenomeno della illegalità sanzionatoria originaria si rinvenga, nei termini anzidetti, anche in decisioni rese dalle sezioni unite della corte di cassazione, va tuttavia precisato che trattasi sempre di richiami incidentali nel contesto di decisioni relative al diverso fenomeno della illegalità sopravvenuta, o comunque non aventi direttamente ad oggetto quella originaria.

Il tratto caratteristico del potere di intervento *in executivis* che qui si analizza si identifica nel fatto che le anomalie originarie che possono integrare l'illegittimità della sanzione sono solo quelle derivanti dall'erronea applicazione di criteri, parametri o limiti di calcolo quantificati normativamente ed i cui effetti possono pertanto essere emendati, al fine di una riconduzione a legalità della sanzione, con un provvedimento a contenuto predeterminato non implicante alcuna valutazione discrezionale: *«il potere di rideterminare, in executivis, la pena illegale [originaria] è ammissibile nei limiti in cui non siano richiesti apprezzamenti discrezionali in ordine alla specie e durata della pena, atteso che ove il giudice dell'esecuzione potesse compiere le suddette scelte, la sua cognizione finirebbe per essere non dissimile da quella spettante al giudice della cognizione»* ⁽¹²⁾. In ciò, anzitutto, uno dei tratti distintivi con il diverso fenomeno – invero più conosciuto e approfondito proprio negli ultimi anni da giurisprudenza e dottrina – della pena illegale sopravvenuta, situazione in cui la sanzione, al contrario, nasce conforme alla legge ma per perdere poi tale caratteristica in un momento successivo a causa di un fattore sopravvenuto al giudicato ⁽¹³⁾. In tali situazioni è, invece, ormai pacifico il

⁽¹²⁾ Così F. DI GERONIMO, L. GIORDANO, *Principio di legalità della pena e ambito di azione del giudice dell'esecuzione*, in www.ufficialegiudiziario.eu, 307; analogamente, sulla natura di intervento a contenuto predeterminato che esclude qualsiasi possibilità di censurare la congruità della pena, NACAR, *Legalità della pena*, cit., 200: *«la pena incongrua, sebbene illegittima in quanto non proporzionata alla gravità del fatto, essendo espressione della valutazione discrezionale del giudice, non può rilevare in sede esecutiva, ma può essere sindacata solamente nel giudizio di impugnazione»*.

⁽¹³⁾ Per la sua vastità, il tema esula dalla presente indagine; basti solo ricordare che si tratta di pene legittimamente inflitte ma che, per un fatto sopravvenuto – in particolare la declaratoria di incostituzionalità di una norma diversa da quella incriminatrice – si rivelano solo successivamente illegittime, atteso che se quei reati fossero stati giudicati sin dall'inizio senza la norma dichiarata incostituzionale, le sanzioni sarebbero state meno afflittive. I noti casi di illegittimità sopravvenuta sono i seguenti: la previsione della circostanza aggravante della clandestinità prevista dall'art. 61 n. 11-*bis* c.p. (Corte Cost., sent. n. 249 del 2010); dell'omesso rilievo della circostanza attenuante della lieve entità in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (Corte Cost., sent. n. 68 del 2012); gli automatismi che impedivano il giudizio di prevalenza di alcune circostanze attenuanti (molte le decisioni sul tema: Corte Cost., sent. n. 251 del 2012, in relazione al divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.; Corte Cost., sent. n. 105 del 2014, sul divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.; Corte Cost., sent. n. 106 del 2014, sul divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis*, comma 3, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.; ed infine, Corte Cost., sent. n. 74 del 2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, c.p. come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73,

riconoscimento al giudice dell'esecuzione di un potere d'intervento per il ricalcolo della pena a contenuto discrezionale di fatto simile a quello del giudice della cognizione ⁽¹⁴⁾.

Rispetto a tali estremi, si pone in una posizione anch'essa autonoma la situazione in cui la rimodulazione della pena che presenti una caratteristica di illegalità *ab origine* venga riscontrata prima del passaggio in giudicato della sentenza, cioè da parte dei giudici delle impugnazioni, appello e cassazione, a fronte di specifica impugnazione sul punto od anche per propria iniziativa d'ufficio del giudice del controllo ⁽¹⁵⁾.

Devesi infine evidenziare, salvo quanto si dirà poi per completezza nel corso dell'indagine, che i termini di rimodulazione della pena illegale *ab origine* di cui si tratta riguardano una pena finale inflitta dal giudice nell'ordinario esercizio del potere determinativo ed applicativo della sanzione, ragione per cui occorre evitare anche l'accostamento con le situazioni di pena illegale originaria applicata in sede di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., eventualità oggi disciplinata dall'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., che tipizza uno specifico motivo di ricorribilità per cassazione, da parte del P.m. e dell'imputato, avverso la sentenza di applicazione della pena su richiesta in caso, appunto, di "pena illegale" ⁽¹⁶⁾.

comma 7, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, c.p.); della norma che aggravava in via retroattiva la disciplina della sostituzione della pena dell'ergastolo assicurata dal rito abbreviato (c.d. "vicenda Scoppola" Corte Cost., sent. n. 210 del 2013); oppure di un'intera cornice edittale (Corte Cost., sent. n. 32 del 2014, in ordine alla equiparazione del trattamento sanzionatorio previsto per le condotte illecite legate alle droghe c.d. "leggere" e "pesanti"); delle ipotesi di applicazione obbligatoria della recidiva (Corte Cost., sent. n. 185 del 2015, sull'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 99, comma 5, cod. pen.); e da ultimo, in relazione al minimo edittale previsto dall'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90 laddove era previsto un minimo di 8 anni di reclusione e non di 6 (Corte Cost., sent. n. 40 del 2019).

⁽¹⁴⁾ L'attribuzione al giudice dell'esecuzione di ampi poteri discrezionali è chiaramente riconosciuta da Cass. Pen., Sez. Un., n. 42858 del 29.05.2014, ric. Gatto: «*la maggiore latitudine dei poteri di cui è stato dotato il giudice dell'esecuzione è stata recentemente ribadita dalla Corte costituzionale (nella più volte richiamata sentenza n. 210 del 2013), che, nell'esaminare la rilevanza della questione sollevata davanti ad essa dalle Sezioni Unite, ha condiviso l'individuazione dei possibili strumenti di intervento in executivis nelle disposizioni del codice di procedura penale che disciplinano i poteri del giudice dell'esecuzione, "che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)" ... la Corte di cassazione ha evidenziato che alla giurisdizione esecutiva sono riconosciuti "ampi margini di manovra", non circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma incidenti anche sul contenuto di esso, "allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano" ...*».

⁽¹⁵⁾ Per una efficace sintesi del tema relativo alla emendabilità della pena illegale *ab origine* da parte del giudice di cognizione v., per tutte, Cass. Pen., Sez. Un., n. 47766 del 26.06.2015, ric. Butera.

⁽¹⁶⁾ Basti qui solo evidenziare che in tema di patteggiamento il problema concerne il consenso delle parti, quindi anche del condannato, all'applicazione della una pena finale e che perciò, appunto, non è "imposta" dal giudice.

3.L'aspetto controverso della illegalità *ab origine*.

Che non sia questione di poco conto è fin troppo ovvio: «*la determinazione della pena, ossia le conseguenze che incidono sulla libertà dell'imputato, è il vero risultato del processo [quindi] è necessario che la pena, oltre a essere giusta, sia irrogata in conformità alla legge*»⁽¹⁷⁾.

Ed allora, nello scenario generale appena tratteggiato, i contenuti del provvedimento che si commenta rendono a questo punto necessario proporre il semplice interrogativo che identifica l'essenza del problema: ma è tutto così facile? in altri termini, è sufficiente il mero riscontro “matematico” *post rem iudicatam* della violazione di un parametro normativo di quantificazione o limitazione non discrezionale violato nella fase di cognizione per poter ottenere *in executivis* la rimodulazione di una sanzione definitiva oggettivamente sbagliata, eliminando così l'eccesso di pena quantitativamente ritenuto illegittimo e ricondurre a legalità il risultato del processo ?

Il dubbio s'impone posto che l'analisi della giurisprudenza formatasi sul tema sembrerebbe orientare l'interprete su percorsi forse un po' più articolati di quello utilizzato dal provvedimento in commento. Non a caso vi è chi ha giustamente osservato che nel variegato quadro sopra tratteggiato dei rapporti tra illegalità della pena e modelli di intervento correttivi, «*la tematica più controversa è la possibilità di emendare in sede esecutiva la sanzione... erroneamente comminata nel giudizio di merito*»⁽¹⁸⁾.

Le riflessioni qui sviluppate a commento del provvedimento esecutivo in esame e nel quadro della specificità della fattispecie da questo trattata, intendono proporre non tanto una critica radicale alla validità in sé dei citati principi, quanto uno stimolo ad una riflessione sulla possibile “attualizzazione” degli stessi, calibrandoli con la sempre più marcata tendenza verso la ricerca della veste legale della pena che specie negli ultimi anni ha comportato un ampliamento degli spazi di intervento riconosciuti al giudice dell'esecuzione nell'ottica della rinnovata considerazione del bilanciamento di valori che deve necessariamente far prevalere quello della libertà personale rispetto al “mito” – non più tale ormai – della non modificabilità della statuizione sanzionatoria definitiva.

4. I principi, di massima, favorevoli all'intervento emendativo *in executivis*.

La risposta al citato quesito potrebbe essere in linea di massima positiva ove ci si limiti alla cursoria considerazione di alcuni principi in tema di legalità della pena che si registrano di recente: «*la giurisprudenza di legittimità ammette pacificamente la*

⁽¹⁷⁾ L'efficace rilievo è di PAVICH, *Il calcolo della pena*, II ed., Milano 2015, 10, il quale sottolinea «*come sia necessario affrontare il momento del calcolo della pena con attenzione e scrupolo non inferiori a quelli necessari durante l'intero corso del giudizio, anche se quel momento arriva al termine di un processo che, in diversi casi, è lungo e faticoso, e di un altro processo (quello mentale, sotteso alla decisione) che spesso rischia di essere condizionato da un accumulo di tensione, di fatica, di sensazione di urgenza*».

⁽¹⁸⁾ L'osservazione è di NACAR, *Legalità della pena*, cit., 197.

possibilità che il giudice dell'esecuzione intervenga per rimuovere la pena principale ove la stessa sia stata inflitta in violazione dei parametri normativamente fissati»⁽¹⁹⁾; ed ancora, «il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 cod. pen. ed implicitamente dall'art. 25, comma secondo, Cost., informa di sé tutto il sistema penale [e] vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato»⁽²⁰⁾.

In altri termini, non sembrerebbero esserci ostacoli di principio ad un ricalcolo della pena in fase di esecuzione laddove, appunto, se ne riscontri la non conformità a legge venendo in discussione la lesione di un bene, quello della libertà personale, di diretta rilevanza costituzionale. Si è tra l'altro specificato, sempre in un'ottica di favore, che la pena detentiva originariamente illegale è emendabile dal giudice dell'esecuzione solo in prospettiva migliorativa e non in pregiudizio, posto che *«la possibilità di correggere in sede di legittimità la illegalità della pena, nella specie o quantità, è limitata all'ipotesi in cui l'errore sia avvenuto a danno e non in vantaggio dell'imputato, essendo anche in detta sede non superabile [in assenza di impugnazione del p.m.] il limite del divieto della reformatio in peius»*, e se ciò vale per il giudizio di cognizione, si conclude, *«a fortiori deve ritenersi che detta condizione – l'illegalità [originaria] in pregiudizio del condannato – sia indispensabile per la rideterminazione in sede di esecuzione della pena illegale inflitta dal giudice della cognizione con sentenza divenuta irrevocabile»⁽²¹⁾.*

4.1. (segue) Un primo ordine di possibili preclusioni: il rispetto dei “limiti legali” e l'insindacabilità del “metodo di calcolo”.

Pur a fronte delle aperture di principio sopra richiamate, una più attenta analisi della giurisprudenza formatasi su specifici casi di possibile illegittimità originaria della pena devoluti all'attenzione del giudice dell'esecuzione, impone di dare contezza di alcune preclusioni operative che dovrebbero invece limitare il potere di intervento *in executivis*.

La prima di queste, di natura sostanziale e forse proprio la più incisiva riguardando per la sua generalità e portata tutti i possibili casi di illegalità originaria, si rapporta al risultato sanzionatorio finale dell'errore che può integrare in ipotesi la violazione

⁽¹⁹⁾ In questi termini, Cass. Pen., Sez. Unite, n. 47766 del 26.06.2015, ric. Butera.

⁽²⁰⁾ Sono sempre rilievi di Cass. Pen., Sez. Unite, n. 47766 del 26.06.2015, ric. Butera; analogo principio si rinviene in Cass. Pen., Sez. I, n. 14677 del 20.01.2014, ric. Medulla, espressamente richiamando, quest'ultima, quanto già affermato in un ormai lontano passato da Cass. Sez. V, n. 809 del 29.04.1985, ric. Lattanzio.

⁽²¹⁾ E' la conclusione a cui è giunta Cass. Pen., Sez. I, n. 19377 del 25.11.2016, ric. P.g. in c. Sabatino (devesi precisare che trattasi di decisione relativa ad un pena patteggiata ex art. 444 c.p.p. impugnata dal P.m. antecedentemente alla riforma dell'art. 448 c.p.p. del 2017 introduttiva del comma 2-bis che consente oggi la possibilità, per il P.m. e l'imputato, di ricorrere per cassazione contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti in caso, appunto, di “pena illegale”); nel senso della impossibilità di correggere d'ufficio in senso peggiorativo la pena illegale *ab origine* in difetto di impugnazione del P.m., v. Cass. Pen., Sez. VI, n. 49858, del 11.12.2013.

emendabile, dal momento che numerose decisioni identificano la pena illegale *ab origine* in quella che sia sì «...*eccedente il limite legale...*»⁽²²⁾, ma intendendo con ciò, od espressioni similari⁽²³⁾, esclusivamente i limiti legali stabiliti in astratto dalla singola norma incriminatrice in via edittale e non quelli di cui occorrerebbe in concreto tener conto in ogni singola vicenda e che concorrono, nella specificità di quella vicenda, alla determinazione della pena finale muovendo da quella base.

Un esempio rende di facile identificazione i termini della questione.

Si consideri il delitto *ex art. 648-bis c.p.*, per il quale è prevista una pena edittale da 4 a 12 anni di reclusione, ed un'imputazione che in concreto contesti anche due aggravanti ad effetto speciale quali la recidiva *ex art. 99, comma 4, c.p.* e quella del fine o metodo mafioso prevista dall'*art. 7 d.l. n. 152/91*; ciò posto, muovendo dalla pena base di 4 anni di reclusione ed applicando un primo aumento nella misura di 2/3 per la recidiva reiterata ritenuta in concreto circostanza più grave, e poi, in violazione dell'*art. 63, comma 4, c.p.*, un secondo aumento nella misura di 1/2 per l'aggravante mafiosa – come già specificato, quello errato sarebbe appunto solo quest'ultimo perché eccedente la misura di 1/3 – la sanzione finale si quantificherebbe in 10 anni di reclusione (4 anni + 2/3 = 6 anni e 8 mesi + 1/2 = 10 anni), cioè a dire una misura complessiva che comunque è inferiore al massimo edittale previsto dall'*art. 648-bis c.p.* fissato, come visto, in 12 anni di reclusione. Per assurdo potrebbe ipotizzarsi un errore ancor più incisivo: il secondo aumento potrebbe essere erroneamente quantificato nella misura di 2/3, violando così non solo l'*art. 63, comma 4, c.p.* ma anche l'*art. 7 d.l. 152/92* che appunto prevede un aumento massimo di 1/2, determinandosi con ciò una pena finale alla misura di 11 anni, 1 mese e 5 giorni (4 anni + 2/3 = 6 anni e 8 mesi + 2/3 = 11 anni, 1 mese e 5 giorni), che è però pur sempre inferiore al limite edittale sopra considerato.

In queste direttive, nella vicenda in esame si sarebbe dovuto allora considerare precluso l'intervento del giudice dell'esecuzione sul rilievo che la sanzione complessivamente inflitta pur in violazione dell'*art. 63, comma 4, c.p.* nella misura di 12 anni, 2 mesi e 20 giorni di reclusione, era comunque inferiore al limite massimo previsto dall'*art. 74, comma 2, d.p.r. n. 309/90* da quantificarsi in 24 anni di reclusione; tale norma incriminatrice, infatti, individua solo il minimo edittale stabilendo che «*chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a 10 anni*» e il massimo di quella applicabile si quantifica pertanto in 24 anni di reclusione ai sensi della regola generale prevista dall'*art. 23, comma 1, c.p.* Strettamente connessa alla preclusione in esame, perché anch'essa d'interesse per la determinazione dei “numeri”, vi è poi quella relativa alla ritenuta insindacabilità del meccanismo di calcolo che ha portato alla quantificazione finale della pena utilizzato dal giudice di merito; secondo i principi già sopra richiamati, infatti, «*in sede*

⁽²²⁾ Così, per tutte, Cass. Pen., Sez. VII, n. 26780 del 14.03.2019, ric. Gravagna.

⁽²³⁾ Espressioni come “*limiti legali*”, “*parametri normativamente fissati*”, “*sostanziale legalità*”, “*limiti normativi*”, sono quelle solitamente ricorrenti nella giurisprudenza al fine di evidenziare che il limite di cui tener conto è sempre quello astratto-edittale previsto dalla singola norma incriminatrice.

esecutiva l'illegittimità della pena può essere rilevata... [ma] non quando risulti errato il calcolo attraverso il quale essa è stata determinata... [ma salvo che] si tratti di palese errore di calcolo» ⁽²⁴⁾. In disparte quanto si dirà più specificamente anche in seguito, per il momento non può non lasciare perplessi il discrimine tra la non sindacabilità dell'errore di calcolo "non palese" e, al contrario, la sindacabilità di quello "palese". Un esempio: se rispetto ad una pena di 9 anni di reclusione si deve operare per obbligo o facoltà un aumento non superiore ad 1/3, venendosi così a determinare una forbice da 9 anni e 1 giorno a 12 anni, oppure un aumento proprio nella indicata misura fissa venendosi così a determinare il *quantum* finale di 12 anni, è chiaro che se la pena finale venisse invece quantificata in 18 anni o 12 anni e 1 mese, il superamento della soglia massima, grossolano nel primo caso o di poca misura che sia nel secondo, non può che ritenersi un errore oggettivo che viola regole di calcolo valide universalmente; e ciò a prescindere dalla sensibilità soggettiva di chi lo possa percepire come palese o meno.

Ed anche per tali motivi, ad ogni modo, nella vicenda in esame si sarebbe forse potuto discutere della possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione, magari sul rilievo che il superamento del limite massimo di pena giustamente applicabile non era poi – come in effetti si specificherà in seguito ⁽²⁵⁾ – così palese o grossolano.

4.2. (segue) Una seconda possibile preclusione: il limite derivante dal "precedente giudizio".

Il secondo possibile ostacolo concerne invece una sorta di clausola di riserva di natura più processuale rispetto alla precedente, attraverso la quale sembrerebbe volersi circoscrivere la competenza del giudice dell'esecuzione in un ambito residuale rispetto a quella primaria del giudice della cognizione e del controllo sulle sue decisioni, evitando così la creazione di uno strumento correttivo di un errore che vada oltre gli ordinari mezzi di impugnazione normalmente esperibili.

A partire sin dalle prime decisioni di legittimità che hanno affrontato casi simili ⁽²⁶⁾ si è infatti sempre affermato – per la verità in maniera tratteggiata e senza particolari approfondimenti rispetto alle specifiche caratteristiche di ogni singolo caso in valutazione – che un possibile intervento emendativo del giudice dell'esecuzione rispetto all'illegalità originaria della pena può ritenersi possibile «*purché l'errore nella determinazione non sia conseguenza di una argomentata valutazione, seppur discutibile*» ⁽²⁷⁾. In pratica si dovrebbe impedire al giudice dell'esecuzione la correzione dell'anomalia sanzionatoria laddove questa, pur pacificamente sussistente ed emendabile, in ipotesi, attraverso un mero ricalcolo della sanzione non

⁽²⁴⁾ In tal senso, per tutte, Cass. Pen., Sez. Un., n. 47766 del 26.06.2015, ric. Della Fazio.

⁽²⁵⁾ V. *infra* par. n. 6.

⁽²⁶⁾ Le prime decisioni sul tema risalgono agli anni '80 del secolo scorso: Cass. Pen., Sez. III, 24.06.1980, ric. Sanseverino; Cass. Pen., Sez. I, n. 1436 del 25.06.1982, ric. Carbone; Cass. Pen., Sez. V, n. 809 del 29.04.1985, ric. Lattanzio, per poi proseguire con richiami tratteggiati nel corso degli anni a seguire con, tra le altre, Cass. Pen., Sez. I, n. 4869 del 06.07.2000 ric. Colucci; Cass. Pen., Sez. I, n. 12453 del 03.03.2009, ric. Alfieri.

⁽²⁷⁾ In tal senso, da ultimo, Cass. Pen., Sez. Un., n. 47766 del 26.06.2015, ric. Butera.

implicante nessuna valutazione discrezionale, non sia il frutto di una svista incolpevole ma sia stata già oggetto di apposita valutazione nel giudizio di merito, ad esempio perché proposta con apposita censura in sede di impugnazione, sebbene risolta in maniera, appunto, “discutibile”.

Siffatta preclusione, che richiama la nota distinzione tra errore percettivo, materiale o di fatto, ed errore valutativo ⁽²⁸⁾, sembrerebbe assimilabile a quella normativizzata dall’art. 671, comma 1, c.p.p. che, come noto, consente al giudice dell’esecuzione di valutare la sussistenza della continuazione o del concorso formale tra reati oggetto di accertamento in distinti giudizi ed eventualmente applicare il più favorevole trattamento sanzionatorio del cumulo giuridico rispetto a quello materiale, «*sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione*», ritagliando così in maniera netta una competenza di carattere espressamente residuale ⁽²⁹⁾. Per la verità il tema non è nuovo: anche a prescindere da una previsione normativa infatti, un’analoga preclusione sempre in tema di interventi correttivi del giudice dell’esecuzione, si registra ad esempio in merito alla possibilità di rideterminazione del *tempus commissi delicti* – a prescindere dagli effetti che ciò può comportare ⁽³⁰⁾ – potere anche questo pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza al giudice dell’esecuzione ma a condizione che non ci sia stata in precedenza, sul punto, espressa valutazione da parte di quello della cognizione ⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Non a caso, per rimanere sempre nel campo della esecuzione penale, la distinzione in argomento è espressamente richiamata da Cass. Pen., Sez. Un., n. 6240 del 27.11.2014, ric. Basile, in tema di possibile correzione da parte del giudice dell’esecuzione dell’erronea applicazione da parte del giudice di cognizione di una pena accessoria; il principio di diritto affermato così recita, infatti: «*l’applicazione di una pena accessoria extra o contra legem da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell’esecuzione, purché essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione*».

⁽²⁹⁾ Evidenziano tale assimilazione F. DI GERONIMO, L. GIORDANO, *Principio di legalità*, cit., 307.

⁽³⁰⁾ Le ragioni per cui può esservi un interesse concreto a richiedere *in executivis* la determinazione esatta del *tempus commissi delicti* sono varie; qualche esempio: lo spostamento in avanti del momento consumativo del reato istantaneo o dell’inizio della consumazione di quello permanente potrebbe comportare la sua collocazione oltre il quinquennio entro il quale l’eventuale consumazione dello stesso determini la revoca della sospensione condizionale della pena o dell’indulto precedentemente concessi; ed ancora, la rideterminazione dell’esatto *dies ad quem* di cessazione del reato permanente, dunque lo spostamento a ritroso dello stesso, potrebbe evitare l’incidenza di modifiche normative peggiorative quanto ai limiti edittali minimi della pena (come verificatosi più volte, tra i vari casi, per il delitto *ex art. 416-bis c.p.*, da ultimo nel 2015 con aumento del minimo edittale previsto dal comma 1 da 7 a 10 anni di reclusione); analoga situazione anche per il reato istantaneo la cui esatta collocazione, anche un giorno precedente a quello considerato in imputazione e sentenza, potrebbe evitare l’incidenza della modifica peggiorativa (come ad esempio verificatosi per il delitto *ex art. 628 c.p.*, da ultimo nel 2017 con aumento del minimo edittale previsto dal comma 1 da 3 a 4 anni).

⁽³¹⁾ Sul punto v. Cass. Pen., Sez. I, n. 45160 del 10.10.2014, ric. Cirelli, che richiama, in pari senso, Cass. Sez. I, n. 25745 del 12.06.2008, ric. Labate; Cass. Pen., Sez. I, n. 4076 del 06.07.1999, n. 4076, ric. Mastrosanti: «...rientra tra i poteri del giudice dell’esecuzione

Ed anche in ragione di ciò, quindi, nella vicenda in esame si sarebbe forse dovuto considerare precluso l'intervento del giudice dell'esecuzione posto che il provvedimento che si commenta – per la verità nei limiti delle informazioni che da questo si traggono – mette espressamente in evidenza che la rimodulazione della pena, con determinazione di quella poi divenuta definitiva e considerata illegale, avvenne nel corso del giudizio di appello e quindi, deve presumersi, per effetto di una espressa valutazione critica rispetto a quella di primo grado ⁽³²⁾ e pertanto per effetto di quella “argomentata valutazione” che “seppur discutibile” avrebbe dovuto costituire oggetto di censura con gli ordinari mezzi di impugnazione e quindi precludere l'intervento del giudice dell'esecuzione.

5. Il tratto positivo dell'ordinanza in commento.

Pur a fronte delle possibili preclusioni sopra analizzate – anzi, malgrado queste – la conclusione alla quale è giunta l'ordinanza in commento appare invece condivisibile, salvo un appunto finale di cui si dirà poi.

Ciò non solo, ovviamente, in un'ottica di esclusiva considerazione del risultato comunque favorevole alle aspettative dell'interessato, che ad ogni modo concretizza un ripristino di legalità direttamente incidente su un valore di diretta rilevanza costituzionale quale la libertà personale – e già questo, forse, basterebbe a giustificare la soluzione adottata – ma perché tutto sommato l'idea di fondo che parrebbe sorreggerne la motivazione, sebbene non compiutamente esternata, appare conformarsi all'evoluzione interpretativa sopra ricordata circa i sempre maggiori spazi di intervento del giudice dell'esecuzione a scapito della certezza del giudicato. Si vuole dire, in altri termini, che pur dovendo prendere atto dei “correttivi” interpretativi elaborati dalla giurisprudenza la cui singola considerazione può rappresentare un limite alla rimodulazione in fase di esecuzione della pena *ab origine* illegale e dei quali si è data in precedenza contezza, non può per altro verso negarsi che questi, tratteggiati e richiamati senza mai particolari approfondimenti, trovino la loro genesi negli anni '80 ⁽³³⁾ cioè a dire in periodo in cui la considerazione del giudicato è ormai più poco conciliabile con la rinnovata sensibilità che caratterizza i sempre più ampliati poteri del giudice dell'esecuzione, in un'ottica di rinnovata considerazione del bilanciamento di valori che deve necessariamente far prevalere, in particolare, quello della libertà personale.

l'accertamento dell'effettiva data di consumazione del reato non indicato in modo preciso nel capo di imputazione, ... e non oggetto di specifica valutazione e puntualizzazione nel giudizio di cognizione».

⁽³²⁾ Come già visto, v. *supra* nota n. 8, la pena inflitta in primo grado non presentava profili di illegittimità *ab origine*.

⁽³³⁾ V. *supra* nota n. 26.

5.1. (segue) Una diversa considerazione dei “limiti legali” e la sindacabilità del “metodo di calcolo”.

A supporto della soluzione adottata dall’ordinanza in commento, si considerino infatti i seguenti rilievi.

In merito al superamento del limite determinato dai parametri normativamente predeterminati questi andrebbero individuati, come visto ⁽³⁴⁾, in quelli fissati dalla singola norma incriminatrice che venga in rilievo, quasi che la cornice edittale determinata dal legislatore in via generale ed astratta rappresenti l’unico parametro di valutazione della legalità sostanziale di una pena, in una sorta di correttezza in astratto predeterminata indistintamente per tutti che non ammette la considerazione di altri parametri.

Diversamente da ciò si tratta invece di considerare la legalità “in concreto”, cioè quella calibrata sul caso singolo che tenga conto senza alcuna possibilità di rivalutazione nel merito, come già ribadito, di tutti i fattori oggettivi e soggettivi già determinati dal giudice della cognizione – e quindi, essenzialmente, pena base e circostanze – sempre sulla linea di una mera operazione di ri-calcolo matematico scevra da valutazioni discrezionali. A parità di fattori si tratta, in altri termini, di tener conto non solo dei limiti della singola norma incriminatrice ma del complesso delle disposizioni che in quel singolo caso concorrono tutte alla determinazione legale della pena “giusta” e che si ritiene essere state oggetto, appunto, di violazione. E proprio in quest’ottica, al fine di stimolare una nuova riflessione propositiva rispetto al dettato giurisprudenziale di genesi ormai ultra quarantennale, meritano attenzione i recenti richiami della giurisprudenza di legittimità ⁽³⁵⁾ sia a quanto già affermato anni addietro da quella costituzionale, secondo la quale «*applicare una pena di misura diversa o con criteri diversi da quelli contemplati dalla legge non può essere ritenuto conforme al principio di legalità*» ⁽³⁶⁾, sia alla necessità «*che l’illegalità [della pena] deve essere più in generale valutata con riguardo a tutti i limiti che presiedono alla sua concreta determinazione, tali per cui l’eventuale superamento debba ritenersi contra legem*» ⁽³⁷⁾. L’attenzione va posta, quindi, non solo alle determinazioni edittali ma a tutte le misure, limiti sostanziali e processuali, e soprattutto ai criteri che concorrono complessivamente alla determinazione della sanzione nel caso concreto.

⁽³⁴⁾ V. *supra* par. n. 4.1.

⁽³⁵⁾ Il richiamo si rinviene in Cass. Pen., Sez. Un., n. 42858 del 29.05.2014, ric. Gatto.

⁽³⁶⁾ La puntualizzazione si deve a Corte Cost., sent. n. 115 del 1987, che espressamente aderiva ad analoga affermazione dell’ordinanza con cui la corte di cassazione aveva sollevato l’incidente di costituzionalità degli art. 81 cpv. c.p. e 90 c.p.p. del 1930, nella parte in cui escludevano la possibilità di effettuare il giudizio di continuazioni tra reati, qualora per quelli meno gravi vi fosse già stata condanna passata in giudicato, rispetto a quelli più gravi per i quali fosse ancora in corso il giudizio.

⁽³⁷⁾ Così Cass. Pen., Sez. VI, n. 3828 del 10.01.2019, ric. P.m. in c. Taha; fattispecie relativa allo scrutinio *ex art.* 448, comma 2-*bis*, c.p.p. di una pena frutto di un “patteggiamento allargato” applicata ad un recidivo reiterato, in violazione, quindi, dell’art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p.

Oltre a trovare riferimento costituzionale, com'è ovvio che sia, negli artt. 1 c.p. e 25 Cost., la conclusione operativa qui sostenuta, che ritiene di dover dare rilevanza a tutti i criteri e limiti che concorrono a determinare e limitare la sanzione applicabile al caso concreto, ben può dirsi che trova rilievo anche nel finalismo rieducativo della sanzione previsto dall'art. 27 Cost. specie considerando proprio i rilievi della giurisprudenza costituzionale sul tema, laddove si specifica che il "senso costituzionale" della pena, non sul mero piano astratto ma proprio su quello concreto di ogni singola situazione che impone di determinare una pena giusta, è rispettato attraverso la quantificazione di una pena che sia anzitutto "concretamente corretta" e quindi scevra da errori e proprio perché tale apprezzata dal destinatario nella sua giustezza⁽³⁸⁾. Non a caso, richiami alla portata dell'art. 27 Cost. nei termini appena ricordati si rinvencono proprio nelle principali decisioni di legittimità che hanno affrontato il tema della rimodulazione *in executivis* della pena illegale sopravvenuta⁽³⁹⁾, a dimostrazione che la legalità non prescinde anche dal ricordato canone costituzionale.

Da ciò, poi, un'ulteriore conseguenza. La necessità di non tenere conto esclusivamente del solo limite edittale astratto, ma di quello che in concreto verrebbe in considerazione nel caso singolo – fermi restando, si ribadisce, i "paletti" già fissati dal giudice della cognizione nell'esercizio della sua discrezionalità, cioè pena base e quali circostanze applicabili – consente di superare anche quei rilievi preclusivi che vorrebbero impedire di sindacare in fase di esecuzione il meccanismo di calcolo (erroneo) utilizzato dal giudice di merito, secondo i principi in precedenza ricordati per i quali «*in sede esecutiva l'illegittimità della pena può essere rilevata... [ma] non quando risulti errato il calcolo attraverso il quale essa è stata determinata... [salvo che] si tratti di palese errore di calcolo*»⁽⁴⁰⁾. A prescindere, come visto, da cosa si debba intendere per palese o meno⁽⁴¹⁾, deve però segnalare che proprio in questa direzione, sebbene nel quadro di uno scrutinio di una pena illegale *ab origine* patteggiata ed ancora *sub iudice*, si è di recente affermata da parte della giurisprudenza di legittimità la necessaria verifica della legalità della pena non solo come risultato finale, ma «*anche nella parte relativa al procedimento di computo, nel senso che la necessità della verifica della correttezza della applicazione e comparazione delle circostanze... determina anche l'obbligo di verificare che i*

⁽³⁸⁾ Il riferimento è all'insegnamento di Corte Cost., sent. n. 313 del 1990: «*se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in fase normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto... il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie*».

⁽³⁹⁾ Sul punto v. Cass. Pen., Sez. Un., n. 42858 del 29.05.2014, ric. Gatto.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, per tutte, Cass. Pen., Sez. Un., n. 47766 del 26.06.2015, ric. Della Fazia.

⁽⁴¹⁾ Sul punto si rinvia a quanto già illustrato al par. n. 4.1.

corrispondenti aumenti e diminuzioni di pena siano conformi ai criteri legali» ⁽⁴²⁾; quindi, anche la sindacabilità del procedimento di calcolo non corretto degli aumenti per le circostanze, esattamente come nel caso in esame.

5.2. (segue) L'esatta portata del limite derivante dal "precedente giudicato".

Quanto, poi, alla clausola di riserva del «*purché l'errore nella determinazione non sia conseguenza di una argomentata valutazione, seppur discutibile*» ⁽⁴³⁾, che come detto si propone il fine di evitare la creazione di uno strumento correttivo oltre gli ordinari mezzi di impugnazione, non sembra del tutto impossibile superare anche tale limite operativo imposto al giudice dell'esecuzione ove si inquadri l'anomalia "contabile" riscontrata – il modello di riferimento è quella che ha caratterizzato la vicenda in esame – come palese errore di calcolo o errore macroscopico che da sempre sono ritenuti pacificamente emendabili senza particolari limiti ⁽⁴⁴⁾, salvo quello della "complessiva illegittimità" del quale però si è già detto.

Lo si dica chiaramente, con un esempio già utilizzato: se rispetto ad una pena di 9 anni di reclusione si deve operare per obbligo o facoltà un aumento non superiore ad 1/3 venendosi così a determinare una forbice da 9 anni e 1 giorno a 12 anni, oppure un aumento in tale misura fissa predeterminandosi il limite massimo di 12 anni, è chiaro che se la pena finale venisse invece quantificata in 18 anni o 12 anni e 1 mese, il superamento della soglia massima, grossolano nel primo caso o di poca misura che sia nel secondo, non può che ritenersi un errore oggettivo che viola regole matematiche di calcolo valide universalmente a prescindere e non giustificabile da qualsivoglia "argomentata valutazione" che può essere stata esternata dal giudice della cognizione e non corretta in fase di cognizione.

E sempre che questa valutazione, si badi, sia stata in effetti utilizzata, o meglio resa conoscibile. Siffatto rilievo s'impone, invero, in ragione del fatto che l'analisi dei provvedimenti resi in materia non lascia mai emergere le ragioni testuali che hanno portato il decidente di merito ad errare nella quantificazione matematica della pena, annidandosi spesso l'anomalia sanzionatoria finale in un mero errore numerico di calcolo a monte non accompagnato da una giustificazione testuale – cioè a dire da una motivazione vera e propria – che impedisce pertanto di capire se l'errore sia o meno frutto di qualsivoglia "argomentata valutazione".

⁽⁴²⁾ Così Cass. Pen., Sez. III, n. 12691 del 10.10.2018, ric. Lighezan; nella specie si trattava, come detto, dello scrutinio di una sentenza di patteggiamento che aveva applicato una pena finale di 2 anni di reclusione, determinata muovendo dalla pena base di 2 anni, aumentata per una aggravante comune a 3 anni (anziché a 2 anni e 8 mesi, poiché l'aumento di 1/3 della pena di 2 anni corrisponde, appunto, a 8 mesi) poi ridotta a 2 anni per la riduzione premiale.

⁽⁴³⁾ V. *supra* par. n. 4.2.

⁽⁴⁴⁾ Sia sufficiente il richiamo a Cass. Pen., Sez. Un., n. 47766 del 26.06.2015, ric. Della Fazio: «*la condanna a pena illegittima, contenuta in una sentenza non ritualmente impugnata, non può essere rettificata in sede esecutiva, salvo che sia configurabile un'ipotesi di assoluta abnormità della sanzione; la pena sia frutto di un errore macroscopico non giustificabile... la sanzione sia oggetto di palese errore di calcolo, in grado di comportarne la sostanziale illegalità*»; a favore della diretta emendabilità del "mero errore di calcolo", F. DI GERONIMO, L. GIORDANO, *Principio di legalità*, cit., 306.

Si aggiunga un'ulteriore considerazione. Come detto in precedenza la preclusione qui in esame richiamerebbe quella dell'art. 671, comma 1, c.p.p., ma tale accostamento, con le conseguenze che ne possono derivare, rischia però di essere sviante ove appena si consideri che quello previsto in tema di continuazione *in executivis* è un tipico potere di giudizio discrezionale al pari di quello reso in fase di cognizione tale essendo la valutazione sulla sussistenza o meno della continuazione e della eventuale rimodulazione delle pene necessariamente da esternare tramite motivazione; è pertanto giusto evitare la replicazione in sede di esecuzione del medesimo potere valutativo discrezionale già consumato nella sede propria della cognizione e che se non condivisibile nel merito e nel risultato poteva essere sottoposto agli ordinari controlli tramite impugnazioni. Diverso è, invece, il potere di correzione dell'errore che qui si analizza che appunto, come più volte ricordato, si muove su una linea di calcolo di un aumento di pena predeterminato o limitato nel massimo – e, quindi, di eventuale ricalcolo successivo – e non è l'effetto di un nuovo giudizio discrezionale sul medesimo oggetto.

Ben si potrebbe dire, in altri termini, che in questi casi si è spesso di fronte ad un problema di mera applicazione di un effetto predeterminato *ex lege* e non di una indebita intrusione nella sfera di esclusiva competenza del giudice della cognizione, esercitandosi un potere di correzione di un errore simile a quello consentito *ex art.* 130 c.p.p.

6. Un rilievo critico all'ordinanza in commento.

Pur condividendo la soluzione di principio adottata dall'ordinanza in commento – che, appunto, si ipotizza essersi ispirata a quanto appena sostenuto – la stessa evidenza, però, un errore in concreto che sebbene produttivo di un risultato *in favor* deve, per ragioni di chiarezza, essere evidenziato.

Come più volte ricordato, le anomalie sanzionatorie originarie che possono integrare l'illegittimità che viene in rilievo nella fase di esecuzione e qui emendabili sono solo quelle la cui correzione non implichi alcuna valutazione discrezionale, potendosi operare, eliminandole, solo su parti di pena matematicamente eccedenti le predeterminazioni normative.

In quest'ottica, a fronte dell'oggettivo riscontro contabile che il secondo aumento *ex art.* 63, comma 4, c.p. eccedeva erroneamente la misura di 1/3 rispetto alla pena di 13 anni e 4 mesi (aumento, infatti, quantificato in 5 anni di reclusione, anziché 4 anni, 5 mesi e 10 giorni tale essendo la misura di 1/3 di 13 anni e 4 mesi), il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto soltanto limitarsi ad eliminare la parte di pena eccedente tale limite, cioè quella di 6 mesi e 20 giorni, e non invece, come risulta dalla lettura del provvedimento, argomentare con una valutazione di merito tipicamente discrezionale sul perché il condannato abbia meritato un secondo aumento limitato alla misura di 1 anno e 6 mesi di reclusione, quindi di gran lunga inferiore al tetto massimo di 1/3.

7. Le fattispecie simili a quella in esame e la possibile estensione della soluzione adottata.

Le osservazioni sin qui sviluppate sono ritagliate in linea con i contenuti del provvedimento che si commenta e non se ne può pertanto patrocinare – qualora condivise, ovviamente – una loro automatica adattabilità generalizzata *in executivis* a tutti quei casi di anomalia contabile nella determinazione della sanzione che si intendano inquadrare nel fenomeno della illegalità originaria della pena, perché magari non presentano sempre tratti di identità o similitudine – o, per meglio dire, perché presentano una differente matrice dell'errore – tali da poterli correttamente trattare sul medesimo piano critico e risolutivo.

Le situazioni in cui la violazione di parametri di quantificazione e limiti non discrezionali comporta l'applicazione di un *surplus* di pena tale da inficiare la corretta applicazione al caso concreto della pena corretta, non sembrano essere poche e di scarsa significatività, considerando anche la possibile combinazione dei vari parametri.

Oltre a quella, infatti, delineata dall'art. 63, comma 4, c.p. sopra esaminata ed assunta a modello di riferimento ⁽⁴⁵⁾, parametri di determinazione legali relativi a criteri moderatori in tema di applicazione delle circostanze aggravanti, o comunque più in generale limiti alla applicazione di *surplus* sanzionatori, si rivengono in numerose disposizioni. L'analisi della giurisprudenza e la ricognizione normativa, evidenziano infatti come casi di qualificazione di illegalità sanzionatoria *ab origine* possano ipotizzarsi in molteplici situazioni:

- a) nella violazione degli artt. 66 e 67 c.p., quanto ai limiti degli aumenti o diminuzioni di pena nel caso di concorso di più circostanze aggravanti o attenuanti, nonché nell'art. 68 c.p. sui limiti al concorso di circostanze ⁽⁴⁶⁾;
- b) in relazione alla determinazione di un *surplus* sanzionatorio per effetto della violazione dell'ultimo comma dell'art. 99 c.p. laddove questo si pone un limite massimo all'aumento di pena applicabile derivante dal cumulo delle pene già inflitte in precedenza ⁽⁴⁷⁾;

⁽⁴⁵⁾ Vale la pena ricordare che i casi di sussistenza e concorso di circostanze ad effetto speciale da ricondurre alla portata mitigatrice dell'art. 63, comma 4, c.p. si presentano particolarmente numerosi, posto che il sistema penale nel suo complesso ne tipizza numerose previsioni, sia nel codice, sia nelle leggi speciali (in materia doganale, stupefacenti, mafia); per un'efficace sintesi v. PAVICH, *Il calcolo della pena*, cit., 222.

⁽⁴⁶⁾ Quanto al concorso di plurime aggravanti di diversa natura ed effetto, v. Cass. Pen., Sez. V, n. 1928 del 21.12.2017, ric. Boettcher, relativa ad un episodio di lesioni aggravato da due circostanze ad effetto speciale e quattro ad effetto comune.

⁽⁴⁷⁾ Come noto, infatti, l'art. 99, comma 6, c.p. stabilisce che «*in nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo*»; ad esempio: rispetto ad una pena base di 9 anni l'eventuale aumento per la recidiva reiterata nella misura di 2/3 consentirebbe in astratto l'applicazione di un aumento di 6 anni, ma se il cumulo delle pene già riportate dal condannato fosse inferiore, ad esempio 4 anni, solo quest'ultimo sarà l'aumento massimo applicabile; sul punto, anche per le interessanti implicazioni in tema di prescrizione, v. Cass. Pen., Sez. VI, n. 51049 del 07.07.2015, ric. Volpe.

- c) nell'applicazione di un aumento nella misura prevista per la recidiva reiterata, e quindi di 2/3, a fronte della pacifica sussistenza della sola recidiva infraquinquennale, o comunque di altra forma meno grave di quella specifica, comportante al massimo un aumento di pena di 1/2 ⁽⁴⁸⁾; od oanche, più in generale, nell'applicazione di un aggravamento in misura superiore rispetto a quello previsto dalla circostanza aggravante rilevante nel caso singolo;
- d) per l'applicazione di un qualsiasi aumento di recidiva riscontrandosi poi, solo dopo la definitività della sentenza di condanna, l'insussistenza dei presupposti "da certificato" del casellario per non aver mai l'interessato riportato condanne definitive prima della commissione del nuovo reato ⁽⁴⁹⁾, o magari per non aver riportato condanne per delitti dolosi, ma solo colposi o contravvenzioni;
- e) nell'ipotesi di impossibilità *ab origine* di una sua contestazione per pregressa espiazione di pena nelle forme dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 o.p. ⁽⁵⁰⁾;
- f) nel caso di erroneo calcolo della riduzione *ex art.* 442 c.p.p ⁽⁵¹⁾;
- g) in quello di contestazione di aggravanti rispetto a fattispecie di reato (base) per la quale non è prevista la possibilità di contestazione delle stesse ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ Simile fattispecie è analizzata da Cass. Pen., Sez. III, n. 17562 del 19.03.2019, ric. Sambuco, in cui, appunto, a fronte della contestazione della sola recidiva specifica ed infraquinquennale, comportante un aumento di pena di 1/2, la pena finale è stata determinata considerando un aumento di 2/3 che è quello previsto per la recidiva reiterata (devesi segnalare che il sindacato richiesto riguardava una pena patteggiata).

⁽⁴⁹⁾ E' proprio la fattispecie analizzata da Cass. Pen., Sez. I, n. 38712 del 23.01.2013, ric. Villirillo; si legge in sentenza: «*il calcolo con il quale il tribunale ha inflitto per il delitto di ricettazione la pena di anni 2, mesi 8 di reclusione ed euro 668,00 di multa è errato, poiché dalla motivazione si evince che è stato apportato un aumento di pena per la contestata recidiva, nonostante l'insussistenza della predetta aggravante, essendo l'imputato ancora incensurato all'epoca in cui aveva commesso il reato di ricettazione. Tuttavia la pena inflitta per il reato di cui all'art. 648 c.p. rientra per specie e quantità nei limite della pena edittalmente prevista per il suddetto reato, e quindi non può essere considerata illegale*».

⁽⁵⁰⁾ Si tratta della preclusione alla contestazione della recidiva sancita da Cass. Pen., Sez. Un., n. 5859 del 27.10.2011, ric. Marciandò, secondo cui l'estinzione di qualsiasi effetto penale conseguente all'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47, comma 12, o.p., comporta che della relativa condanna non si possa tener conto agli effetti della recidiva. Il provvedimento del tribunale di sorveglianza che certifica l'esito positivo dell'affidamento in prova, potrebbe, in ipotesi, non essere stato ancora tempestivamente reso noto al momento della contestazione imputativa del successivo delitto (si ipotizzi un ritardo nell'aggiornamento del casellario giudiziale).

⁽⁵¹⁾ Per questo tipo di errore, v. Cass. Pen., Sez. IV, n. 26117 del 16.05.2012, ric. Toma, in fattispecie in cui rispetto ad una pena di 12 anni, la riduzione di 1/3 era stata calcolata in 3 anni (con pena finale di 9 anni) e non, invece, in 4 anni (con pena finale di 8 anni).

⁽⁵²⁾ Caso particolare trattato da Cass. Pen., Sez. IV, n. 2321 del 13.12.2018, ric. Vennarucci, con la quale è stata dichiarata "pena illegale" quella inflitta per la contravvenzione di "rifiuto di accertamento" ai sensi dell'art. 186, comma 7, c.d.s. con aumento di pena per l'aggravante dell'ora notturna e di quella di aver provocato un incidente, aggravanti però applicabili alla sola contravvenzione della guida in stato di ebbrezza; secondo la decisione «*il principio di legalità ex art. 1 cod. pen. e la funzione della pena, come concepita dall'art. 27 Cost., non appaiono conciliabili con l'applicazione di una sanzione non prevista dall'ordinamento*».

L'elencazione non è certamente esaustiva, ma il tratto comune è essenzialmente rappresentato dalla erronea applicazione di un *surplus* sanzionatorio erroneo, sebbene sia invece predeterminato dalle norme che nel complesso – e quindi non solo quella strettamente incriminatrice – concorrono, se correttamente applicate, alla determinazione della pena.

Alcune osservazioni comunque s'impongono a riprova che quella della pena illegale *ab origine* emendabile dal giudice dell'esecuzione è categoria dalla cornice flessibile.

Nelle fattispecie sopra riportate *sub* a), b) c) ed f), oltre a quella trattata dall'ordinanza in commento – od altre similari, potendo gli esempi aumentare – è innegabile che il *surplus* sanzionatorio da eliminare è frutto di un mero errore di calcolo a monte e verrebbe quindi da dire che tanto è matematica la ragione dell'errore, quanto lo è la soluzione da adottare; e come già accennato, difficilmente potrebbe porsi come ostacolo alla rimodulazione della pena errata la clausola della “argomentata motivazione, seppur erronea” ben potendosi sostanzialmente inquadrare simili errori nella categoria di quelli matematici, di mero calcolo o macroscopici ai quali solitamente non si affianca alcuna motivazione testuale.

Nelle fattispecie indicate *sub* d), e) e g), invece, pur essendo l'erronea determinazione della sanzione facilmente percepibile dal punto vista quantitativo, in quanto contrastante con dati documentali oggettivi, ed in ipotesi eliminabile con una altrettanto facile operazione matematica non implicante valutazioni di ricalcolo discrezionali, qui la genesi dell'errore potrebbe risiedere nella ritenuta sussistenza di un fattore – che invece è oggettivamente inesistente – derivante in effetti da un possibile giudizio valutativo caratterizzato da discrezionalità che poi, *ex post*, si manifesta sì certamente erroneo ma comunque non di natura meramente contabile.

8. Le auspicabili prospettive evolutive.

Il dettato giurisprudenziale che tradizionalmente regola la materia trova genesi in un'epoca in cui l'idea del giudicato, del suo mito e della sua immodificabilità è ormai più poco compatibile con i sempre maggiori spazi di intervento riconosciuti al giudice dell'esecuzione, ragione per cui necessita inevitabilmente di un'attualizzazione nell'ottica della rinnovata considerazione del bilanciamento di valori che deve far prevalere quello della libertà personale rispetto alla non modificabilità della statuizione sanzionatoria definitiva.

Ciò può avvenire, come visto, sia valorizzando la considerazione – si passi l'espressione – della “legalità del caso concreto” e non solo quella semplicemente “astratta-edittale”, ed al tempo stesso riflettendo sulla possibilità di ampliare il più possibile la riconducibilità degli errori di quantificazione del tipo qui analizzato nella categoria di quelli matematici, di mero calcolo, a prescindere dall'essere questi palesi o macroscopici. E senza poter escludere, in una prospettiva di tipo normativo e non più solo di rinnovata esegesi, la previsione di una disposizione *ad hoc* di carattere generale sulla falsariga di quella oggi prevista dall'art. 130, comma 1-*bis*, c.p.p. che per le sole sentenze di patteggiamento consente di rettificare «*la specie e la quantità*

della pena per errore di denominazione o di computo» attraverso il procedimento di correzione dell'errore materiale. Del resto, come già ricordato, nelle fattispecie qui in analisi si è sovente di fronte ad un problema di mera applicazione di un effetto predeterminato *ex lege* e non di una indebita intrusione nella sfera di esclusiva competenza del giudice della cognizione, richiedendosi l'esercizio di un potere correttivo di un errore simile a quello consentito, appunto, dall'art. 130 c.p.p. In questo scenario, pur nella specificità di ogni singola situazione d'illegalità *ab origine* che va ricercata essenzialmente nella matrice dell'errore, è innegabile il positivo rilievo che l'ordinanza commentata assume sul tema, specie ove si consideri che in relazione a casi analoghi si registrano, invero, due precedenti di legittimità di segno contrario⁽⁵³⁾.

E' auspicabile, quindi, che le sensibili aperture degli ultimi anni a favore di una sempre più precisa determinazione della veste legale della pena, per quanto manifestatesi maggiormente nel settore della illegalità sopravvenuta, possano determinare una maggiore attenzione anche al finitimo tema della illegalità originaria che a tutt'oggi sembra ancora regolato da criteri interpretativi di antica genesi ed inclini eccessivamente a relegare solo nell'ambito del processo di cognizione la più ampia correzione, financo d'ufficio, della illegittimità *ab origine* a detrimento di analogo potere d'intervento da parte del giudice dell'esecuzione.

Per dirla conclusivamente, con efficace sintesi: *«la emenda del trattamento punitivo dovrebbe essere sempre riconosciuta in tutti i casi di errore, siano essi determinati da ignoranza, siano essi consapevoli, frutto di una svista, di un calcolo errato, dell'aver individuato preclusioni oggettive in realtà inesistenti... laddove la patologia abbia prodotto una pena non conforme al principio costituzionale – e convenzionale – di legalità, il giudice deve poter ricalcolare la sanzione indipendentemente dal motivo per il quale si è giunti a quel risultato»*⁽⁵⁴⁾.

E ciò non foss'altro per un'evidente esigenza di innegabile giustizia ove appena si consideri che una pena *ab origine* illegale è essenzialmente il frutto di due errori: quello del giudice che l'ha applicata e quello della difesa che nella fase di merito non si è avveduta dell'errore chiedendone la correzione almeno con gli ordinari mezzi di impugnazione; e che di ciò ne debba subire le conseguenze il condannato appare sostanzialmente ingiusto.

⁽⁵³⁾ Si tratta di Cass. Pen., Sez. VII, n. 252 del 12.07.2018, ric. Imbriani, e di Cass. Pen., Sez. I, n. 20476 del 24.04.2014, ric. Preziosi; merita però di essere segnalata in senso favorevole alla decisione commentata, in fattispecie identica, G.i.p. Caltanissetta, ord. del 31.01.2015, ric. A. (inedita).

⁽⁵⁴⁾ Così NACAR, *Legalità della pena*, cit., 200, 204.