



**SAPIENZA**  
UNIVERSITÀ DI ROMA

# Pena illegale: fenomenologia e problemi giuridici

**Facoltà di Giurisprudenza**  
**Dipartimento di Scienze Giuridiche**  
**Corso di laurea in Giurisprudenza**

**Riccardo Di Stefano**  
**Matricola 1757555**

Relatore  
Prof. Pasquale Bronzo

Correlatore  
Prof.ssa Maria Teresa Trapasso

A.A. 2020-2021

# INDICE

<b>INTRODUZIONE AL LAVORO: PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PENA ILLEGALE .....</b>	<b>1</b>
<b>ILLEGALITÀ DELLA PENA: I CASI.....</b>	<b>14</b>
<b>1. Illegalità ab origine della pena .....</b>	<b>15</b>
1.1. Pena illegale ab origine derivante da errore materiale: un dubbio interpretativo .....	15
1.2. Pena illegale ab origine derivante da un errore giuridico .....	24
<b>2. Illegalità sopravvenuta della pena.....</b>	<b>33</b>
2.1. Una distinzione doverosa .....	34
2.2. Abolitio criminis .....	38
2.3. Illegalità della pena per contrasto della norma incriminatrice con il diritto eurounitario .....	44
2.4. Illegalità della pena per pronuncia di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice .....	50
2.5. Illegittimità convenzionale della pena .....	64
2.6. Illegalità della pena a seguito di successione di leggi penali nel tempo .....	76
<b>3. Elencazione sintetica delle ipotesi di pena illegale individuate.....</b>	<b>84</b>

## ILLEGALITÀ DELLA PENA NEL GIUDIZIO DI COGNIZIONE

.....	86
<i>1. Premessa</i> .....	87
<i>2. Pena illegale e giudizio di cognizione: le coordinate entro cui si sviluppa la possibilità di rilevare d'ufficio la violazione del principio di legalità della pena</i> .....	88
<i>3. Illegalità della pena e impugnazione inammissibile</i> .....	93
<i>4. Rilevabilità d'ufficio dell'illegalità pro reo della pena</i> .....	105
<i>5. Poteri officiosi del giudice di cognizione oltre la pena illegale</i> .....	111
<i>6. Pena illegale e patteggiamento</i> .....	129
<i>6.1. Pena illegale e impugnazione della sentenza di patteggiamento</i> .....	129
<i>6.2. Incidenza dell'illegalità della pena sull'accordo di applicazione della pena e sul concordato in appello</i> .....	136
<b>PENA ILLEGALE E GIUDICATO</b> .....	144
<i>1. "Tramonto" del mito del giudicato sulla pena</i> .....	145
<i>1.1. Flessibilità del giudicato nel codice previgente</i> .....	146
<i>1.2. Flessibilità del giudicato nel codice vigente</i> .....	148
<i>2. Centralità del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione di una pena illegale</i> .....	153
<i>3. La "base legislativa" che permette al giudice dell'esecuzione di rimuovere una pena la cui illegalità derivi da una declaratoria di incostituzionalità: l'art. 30 l. n. 87 del 1953</i> .....	159

<i>4. La necessità di rideterminare in sede esecutiva la pena ab origine illegale: Sezioni Unite Butera e Sezioni Unite Basile.....</i>	<i>166</i>
<i>5. Il meccanismo esecutivo di rideterminazione della pena illegale .....</i>	<i>172</i>
<i>6. Poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena illegale.....</i>	<i>182</i>
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>198</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>211</b>

## Introduzione al lavoro

# PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PENA ILLEGALE

Questo lavoro tenta di ricostruire il concetto di “*pena illegale*” nell’ordinamento processuale italiano, alla luce dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ed esaminare lo statuto giuridico ad esso riconnesso, tanto nel giudizio di cognizione che in quello di esecuzione.

I punti di riferimento costituzionali che informano il concetto di pena e da cui trae origine l’istituto della pena illegale sono l’art. 25 comma 2 e l’art. 27 comma 3: la sanzione penale può essere irrogata solo in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, deve tendere alla rieducazione del reo e non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Dal principio di stretta legalità, enucleato dall’art. 25 comma 2 Cost., derivano i corollari del principio di irretroattività della sanzione penale<sup>1</sup>, del principio della riserva di legge, della necessaria determinatezza, chiarezza e tassatività del reato e della sanzione ad esso connessa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Questo principio ha addentellati normativi anche nel codice penale e in quello di rito. L’art. 2 comma 1 c.p. stabilisce che “nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”. L’art. 673 c.p.p. prescrive che, “nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna”. Di conseguenza, vi deve essere sempre una valida e perdurante “base legale” affinché possa essere comminata una pena e vi si possa dare esecuzione.

<sup>2</sup> Per approfondire, vedi FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 61 e ss.

Nella sentenza n. 15 del 1962 la Corte costituzionale ha esplicitato la copertura dell'art. 25 comma 2 Cost. anche in relazione alla pena:

«L'art. 25, secondo comma, della Costituzione, [...] affermando che nessuno può essere punito se non in forza di legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non soltanto proclama il principio della irretroattività della norma penale, ma dà fondamento legale alla potestà punitiva del giudice. E poiché questa potestà si esplica mediante l'applicazione di una pena adeguata al fatto ritenuto antiggiuridico, non si può contestare che pure la individualizzazione della sanzione da comminare risulta legata al comando della legge»<sup>3</sup>.

Questa affermazione sintetizza incisivamente la connessione tra i due “poli” costituzionali della pena: il principio di legalità della pena non impone solamente la predeterminazione legislativa e l'applicazione non retroattiva della sanzione penale, ma anche la sua concreta irrogazione da parte del giudice, che deve rispondere ad un criterio “individualizzante”. Di conseguenza, la direttiva costituzionale di “legalità della pena” non si traduce in un obbligo di “fissità” del trattamento sanzionatorio. Al contrario, il legislatore deve permettere al giudice l'adeguamento della pena alla gravità del reato e alla personalità del reo (c.d. individualizzazione della pena)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte cost., 12 marzo 1962, n. 15, par.1, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 163 e ss., con nota di CRISTIANI, *Sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie proporzionali*.

<sup>4</sup> Il divieto di automatismi legislativi nella determinazione giudiziale della pena è stato sancito dalla Corte costituzionale in numerose sentenze. *Ex multis*, vedi Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2374 e ss., con nota di GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost., dell'art. 62-bis comma 2 c.p., come sostituito dall'art. 1 comma 1 legge n. 251/2005, «nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato». Ancora, la Corte costituzionale ha giudicato

Tuttavia, ciò non vuol dire che il legislatore possa delegare integralmente la valutazione sul disvalore penale del fatto al giudice. Invero, la Corte costituzionale ha sanzionato con la declaratoria di illegittimità costituzionale disposizioni di legge che prevedevano pene indeterminate nel massimo o contemplavano un divario eccessivo fra minimo e massimo edittale, rendendo imperscrutabile la valutazione del legislatore circa l'effettivo disvalore di un reato<sup>5</sup>. È nel punto di equilibrio tra questi due "eccessi" che si realizza l'individualizzazione della risposta sanzionatoria, rendendo effettivi i principi della "personalità" della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.) e della finalità costituzionale della pena, individuata nella c.d. rieducazione del condannato (comma 3).

Il canone che permette al giudice di comminare una pena equa, "personalizzata" e "rieducativa" è quello di proporzionalità tra la sanzione e la gravità del fatto, ai sensi dell'art. 133 del codice penale. Il principio di proporzionalità, quale elemento di congiunzione tra le due finalità tipiche della pena, quella retributiva e di prevenzione speciale, svolge un ruolo importante nello sviluppo della casistica relativa alla pena illegale. Basti per ora, a titolo esemplificativo,

---

irragionevole il rigido automatismo per l'applicazione della recidiva in relazione a determinati reati che era previsto dall'art. 99 comma 5 c.p.; vedi Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, in *Giur. It.*, 2015, p. 2484 e ss., con nota di BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*.

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 1474 e ss., con nota di GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*. In questa sentenza la Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 122 cod. pen. mil., relativo al reato di violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata, per contrasto con l'art. 25 comma 2 della Costituzione. La disposizione censurata prevedeva infatti solo il minimo edittale di due anni ma lasciava indeterminato il massimo, il quale, per effetto del combinato disposto con l'art. l'art. 26 cod. pen. mil., poteva arrivare a ventiquattro anni di reclusione.

richiamare le Sezioni Unite Jazouli<sup>6</sup>: in questa sentenza i giudici di legittimità hanno affermato la necessità di rideterminare la pena illegale inflitta sulla base di una norma non incriminatrice dichiarata incostituzionale, facendo leva proprio sul «principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena»<sup>7</sup>.

È invece estraneo al dettato costituzionale in tema di legalità penale il principio di retroattività della legge penale favorevole, secondo un consolidato orientamento della Consulta<sup>8</sup>, che lo ricollega piuttosto al principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione. Il diverso aggancio costituzionale è giustificato alla luce del confronto tra il principio di retroattività della *lex mitior* e il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Quest'ultimo, infatti, «si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta»<sup>9</sup>; in altre parole, è strumentale alla libera autodeterminazione del cittadino ed è piena espressione della legalità costituzionale, con conseguente

---

<sup>6</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Foro It.*, 2015, p. 718 e ss., con nota di LO FORTE, *L'effetto domino della dichiarazione di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi: illegalità della pena e rilevanza d'ufficio anche in caso di ricorso inammissibile*. Per un'analisi più approfondita di questa pronuncia, vedi *infra*, Cap. I, par. 2.4.

<sup>7</sup> Nell'ottica delle Sezioni Unite, «la pena è costruita sulla gravità del fatto e giustificata da essa, nelle sue componenti oggettive (importanza del bene, modalità di aggressione, grado di anticipazione della tutela) e soggettive (grado di compenetrazione fatto-autore), come sua variabile dipendente: una distonia nel rapporto o addirittura uno iato tra i due fattori sarebbero costituzionalmente intollerabili» (Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 5, *ivi*).

<sup>8</sup> *Ex multis*, vedi Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 424 e ss., con nota di AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*; Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 467 e ss., con nota di GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*.

<sup>9</sup> Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, par. 6.4, *ivi*.

insuscettibilità di bilanciamento con altri valori costituzionali. Al contrario, «il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che [...] la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo»<sup>10</sup>. Dalle differenze individuate dalla Corte costituzionale discendono pregnanti conseguenze: una diversa base costituzionale dei due principi e una diversa “resistenza” di fronte alla possibilità di bilanciamenti e deroghe<sup>11</sup>. Si tratta di aspetti che incidono sulla configurazione dell'illegalità della pena derivante dalla mancata applicazione retroattiva/ultrattiva della *lex mitior*, come si vedrà più avanti nel dettaglio<sup>12</sup>.

Nell'integrazione della nozione interna di legalità penale, per il tramite dell'art. 117 comma 1 Cost., viene in rilievo il principio di legalità convenzionale, espresso dall'art. 7 par. 1 CEDU<sup>13</sup> e dalla sua autorevole interpretazione ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Tale disposizione sancisce il principio *nullum crimen*,

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Mentre non è possibile sacrificare l'irretroattività della norma penale sfavorevole di fronte ad alcuna esigenza, è invece possibile derogare al principio di retroattività della *lex mitior* in presenza di una sufficiente ragione giustificatrice. Del resto, si tratta di un principio riconosciuto espressamente solo dalla legge ordinaria (art. 2 commi 2 e ss. c.p.) e limitato dallo stesso legislatore ordinario. Ad esempio la retroattività della legge penale favorevole si arresta di fronte ad una sentenza irrevocabile (comma 4) e non si applica alle leggi eccezionali o temporanee (comma 5). Sul punto, vedi POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Riv. AIC*, 2012, pp. 1-11; SCACCIANOCE, *Pena “illegale”, giudicato, Corte europea*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di CHINNICI - GAITO, Wolters Kluwer, 2018, p. 389 e ss.

<sup>12</sup> Vedi *infra*, Cap. I, par. 2.6.

<sup>13</sup> Art. 7: “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

*nulla poena sine lege*, di cui la Corte si premura di affermare la «posizione preminente» nel sistema delle garanzie convenzionali e la conseguente necessità di garantirne una «protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie»<sup>14</sup>.

Riguardo al contenuto del principio di legalità convenzionale, questo non è limitato alla necessaria irretroattività della legge penale sfavorevole. L'art. 7 par. 1 impone anche il rispetto dei principi di tassatività, chiarezza e determinatezza dei reati, nonché di retroattività della legge penale favorevole<sup>15</sup>. Non tutela invece in termini assoluti il principio della riserva di legge: infatti il sistema convenzionale di tutela dei diritti deve misurarsi con ordinamenti molto diversi tra loro, sia di *civil law* che di *common law*. Dunque, nell'ottica antiformalistica della Corte, non conta che alla base di un reato e di una pena vi sia una «*statutory law*» piuttosto che una «*case-law*»; l'importante è che vi sia una «*legal provision which made that act punishable*»<sup>16</sup>, dotata dei requisiti di accessibilità e prevedibilità<sup>17</sup>. Questo non significa che solamente il legislatore

---

<sup>14</sup> «*The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 even in time of war or other public emergency threatening the life of the nation. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment*» (C. EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, n. 42750/09, par. 77, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 684 e ss., con nota di PROFITI, *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*). La Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale sembrano assolutamente allineate sul ruolo di spicco giocato dal principio di legalità nell'ordinamento convenzionale e italiano, in ambito penale.

<sup>15</sup> Sulla base dell'*overruling* giurisprudenziale compiuto dalla Grande Camera nella sentenza Scoppola c. Italia. Vedi *infra*, Cap. 1, par. 2.5.

<sup>16</sup> C. EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, n. 42750/09, par. 80, *ivi*.

<sup>17</sup> Il requisito dell'accessibilità impone una base legale non solo esistente, ma anche pubblicizzata adeguatamente. Il requisito della prevedibilità, invece, va ad incidere sulla "qualità" della base legale, che deve essere certa e determinata. Dunque il secondo requisito va dritto al cuore del *nulla poena sine lege* convenzionale, e ne rappresenta l'anima. Sul punto, vedi

debba mantenere una certa “qualità” delle proprie prescrizioni, in termini di certezza e determinatezza: la Corte EDU ha più volte riscontrato la violazione dell’art. 7, censurando una pena “illegale”, in presenza di un quadro giurisprudenziale contraddittorio, oppure quando la giurisprudenza “crea” un nuovo precetto in modo imprevedibile<sup>18</sup>. C’è inoltre la tendenza a considerare convenzionalmente illegittima la pena comminata all’esito di un procedimento penale non equo, celebrato in violazione dell’art. 6 CEDU; questo orientamento rende davvero estesa la nozione convenzionale di “pena illegale”, decisamente oltre i confini della nozione domestica<sup>19</sup>. Il concetto di “pena”, coerentemente con l’incisività e l’effettività perseguite dalla Corte EDU nell’interpretazione della Convenzione, non va inteso in senso

---

APRATI, *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 1402 e ss.

<sup>18</sup> È proprio su questo aspetto che è maturata la condanna dell’Italia nell’ambito della vicenda *Contrada*. Anche la Corte costituzionale biasima il caos interpretativo dei giudici penali, riconducendolo nell’ambito dell’errore di diritto scusabile ex art. 5 c.p. (sentenza n. 364 del 1988). Tuttavia, a differenza della Corte di Strasburgo, la Consulta riconduce la prevedibilità del diritto nell’ambito della colpevolezza e non della legalità. Cfr. APRATI, *op. cit.*; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, p. 346 e ss.

<sup>19</sup> Nella sentenza Della Fazio le Sezioni Unite hanno circoscritto in negativo il contenuto del principio di legalità della pena, escludendo che vi rientrino «la previsione di pene ingiuste o eccessive [...] e la legalità processuale che attiene al percorso che condurrà, eventualmente, all’applicazione della sanzione punitiva *ma non riguarda il tipo e la misura della medesima*» (corsivo aggiunto) (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 6, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 166 e ss., con nota di COSTANZI, *Il ricorso inammissibile o privo di censure sulla pena non preclude l’applicazione della lex mitior sopravvenuta nel giudizio di cassazione. Una pronuncia inattesa del giudice bricoleur*). Nella c.d. ordinanza Ercolano, le Sezioni Unite hanno tracciato la distinzione tra la pena comminata in violazione dell’art. 7 CEDU e quella comminata in violazione dell’art. 6 CEDU. La prima, in quanto viola il diritto del condannato all’applicazione retroattiva della legge penale sostanziale favorevole, è idonea a «porre in crisi il “dogma” del giudicato» e dunque deve essere corretta in sede esecutiva anche a vantaggio dei c.d. fratelli minori del ricorrente. La seconda, essendo conseguenza di *errores in procedendo*, può scalfire il giudicato solo caso per caso, «di fronte a un vincolante dictum della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie» (Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, par. 5, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 4003, e ss., con nota di MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*).

formale: è necessario verificare caso per caso se una certa sanzione possa definirsi “penale”, indipendentemente dal suo *nomen iuris* nazionale<sup>20</sup>. La Corte deve dunque valutare se la sanzione sia stata imposta a seguito di una condanna per una «*criminal offence*» e se si possa ritenere “penale” per la sua natura, i suoi scopi e la sua severità<sup>21</sup>.

Questa breve disamina sulla legalità della pena è importante per comprendere le coordinate entro le quali trae linfa la nozione di “pena illegale”.

In numerose sentenze la Corte di cassazione richiama infatti l’art. 25 comma 2 Cost. per escludere che una pena che non trovi fondamento in una disposizione di legge possa avere esecuzione, sancendo la sua illegalità ed estraneità all’ordinamento penale<sup>22</sup>. Le

---

<sup>20</sup> Anche la Corte costituzionale, di recente, ha deciso di sposare questa impostazione. Nella sentenza n. 63 del 2019 ha infatti stabilito che il principio della retroattività *in mitius* sia da ritenersi applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura “punitiva”. Si tratta di una novità importante, dato che in materia di sanzioni amministrative dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritenevano che si applicasse il principio *tempus regit actum*. Per approfondire, cfr. PROVENZANO, *Illecito amministrativo e retroattività in bonam partem: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca, Borsa, Tit. Cred.*, 2020, p. 52 e ss.

<sup>21</sup> C. EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750/09, par. 82, *ivi*. Seguendo questa impostazione antiformalistica, la Corte di cassazione ha affermato la sostanziale «connotazione punitiva» della riparazione pecuniaria ex art. 322-quater c.p., dato che deve essere applicata dal giudice a prescindere dal danno civilistico e dall’azione risarcitoria della parte civile. Di conseguenza, la sua applicazione «in assenza dei presupposti di legge» configura una “pena illegale”, censurabile davanti ai giudici di legittimità con riferimento ad una sentenza di patteggiamento, ex art. 448 comma 2-bis del codice di procedura penale. Sul punto, cfr. Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 12541, Ferraresi, in *C.E.D. Cass.*, n. 275925. Alla medesima conclusione, e sulla scorta delle sentenze *Sud Fondi c. Italia* (2007) e *Varvara c. Italia* (2013) della Corte EDU, è giunta la Corte di cassazione con riferimento alla confisca per equivalente, che costituisce pena illegale quando viene disposta «per un valore superiore al profitto del reato» (Sez. 2, 30 aprile 2019, n. 37590, Giulivi, par. 1, in *C.E.D. Cass.*, n. 277083). In senso conforme: Sez. 3, 28 marzo 2018, n. 46049, Carestia, in *C.E.D. Cass.*, n. 274697.

<sup>22</sup> *Ex multis*, Sez. 5, 29 aprile 1985, n. 809, Lattanzio, in *Mass. Pen. Cass.*, 1986, p. 158; Sez. 1, 6 luglio 2000, n. 4869, Colucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 216746; Sez. 1, 3 marzo 2009, n. 12453, Alfieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 243742; Sez. 1, 23 ottobre 2013, n. 38712, Villirillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 256879; Sez. 4, 16 maggio 2012, n. 26117, Toma, in *C.E.D. Cass.*, n. 253562; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*; Sez. 5, 30 settembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, in *C.E.D. Cass.*, n. 265529; Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2514 e ss., con nota di DI GERONIMO - GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di*

Sezioni Unite Basile hanno affermato che il principio di legalità della pena «informa tutto l'ordinamento giuridico penale», per cui «una pena inflitta extra o contra legem deve [...] essere rimossa non solo attraverso i rimedi previsti in sede di cognizione, ma anche, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, da parte del giudice dell'esecuzione»<sup>23</sup>.

L'esigenza di collegare l'illegalità della pena al principio costituzionale di legalità è spiegata dalla circostanza che il legislatore non disciplina il contenuto e le conseguenze dell'accertamento di una pena comminata “*extra o contra legem*”<sup>24</sup>. In altre parole, la “pena illegale” è un istituto giurisprudenziale che sopperisce alle lacune legislative in punto di rilevazione ed emenda di pene che si pongono al di fuori del sistema sanzionatorio penale. Dalla radicale e diretta incompatibilità tra l'art. 25 comma 2 e l'inflizione di una pena illegale la giurisprudenza ha ricavato diversi poteri del giudice di cognizione e del giudice di esecuzione<sup>25</sup>.

---

*intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*; Sez. 3, 4 aprile 2019, n. 28360, Argentiero, in *C.E.D. Cass.*, n. 276233; Sez. 1, 22 giugno 2020, n. 24615, non massimata.

<sup>23</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 5, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2578 e ss., con nota di COSTANTINI, *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni Unite*.

<sup>24</sup> L'illegalità della pena viene solamente menzionata (ma non definita) dall'art. 448 comma 2-bis c.p.p., inerente al patteggiamento e introdotto dalla c.d. riforma Orlando (l. 103/2017), che recita: “[i]l pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza”.

<sup>25</sup> Sul punto è particolarmente pregnante la massima espressa dalla sentenza n. 809 del 1985 della Cassazione: «[è] rilevabile anche in sede di esecuzione l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 cod. pen. ed implicitamente dall'art. 25, secondo comma, Cost. informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione. Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, 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

Come si vedrà in modo più approfondito nel Capitolo II, la Suprema Corte ha tratto dalla violazione del principio di legalità della pena il potere del giudice di cognizione di rilevare d'ufficio una pena illegale, anche in presenza di impugnazione inammissibile<sup>26</sup>.

Sul versante esecutivo, il potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare una pena illegale deriva, oltre che dall'attuazione del principio di legalità, dall'esigenza di garantire la funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.) e di giustificare costantemente la restrizione della libertà del condannato (art. 13 comma 2 Cost.)<sup>27</sup>. Il punto di forza di questo istituto non tipizzato dalla legge, di matrice giurisprudenziale, sta proprio nel saldo fondamento costituzionale individuato dai giudici di legittimità: in altri termini, la "necessità" della sua creazione pretoria è giustificata dall'esigenza di attuazione del dettato costituzionale in materia penale. Ed è proprio questa forza, sprigionata solo implicitamente dall'ordinamento penale, che ha portato le Sezioni Unite Ercolano ad affermazioni nette e potenti: su tutte, quelle per cui «l'istanza di legalità della pena [...] deve ritenersi costantemente sub iudice e non

---

esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato» (Sez. 5, 29 aprile 1985, n. 809, Lattanzio, *ibidem*). In senso conforme: Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, par. 7, Butera, *ivi*.

<sup>26</sup> Ad esempio, nella sentenza n. 44897 del 2015 la quinta Sezione della Cassazione ha ricavato dalla violazione del principio costituzionale di legalità il potere officioso, sia del giudice di legittimità che di merito, di «porre rimedio, anche d'ufficio, all'errore del giudice del grado precedente» (Sez. 5, 9 novembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, par. 2, *ibidem*).

<sup>27</sup> Secondo le Sezioni Unite Ercolano, la restrizione della libertà personale deve essere «legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, par. 7, Ercolano, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 65 e ss., con nota di GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*). Il nesso tra la legalità della pena e la restrizione della libertà dell'imputato è esplicitato da PAVICH: «la determinazione della pena, ossia le conseguenze che incidono sulla libertà dell'imputato, è il vero risultato del processo [perciò] è necessario che la pena, oltre a essere giusta, sia irrogata in conformità alla legge» (PAVICH, *Il calcolo della pena. Modalità pratiche*, Giuffrè, 2015, p. 10).

ostacolata dal dato formale della c.d. situazione esaurita» e «[i]l giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona»<sup>28</sup>. Aspetti, questi, che saranno approfonditi nel proseguo della trattazione.

In un'ottica classificatoria, è poi importante esaminare la dottrina che si è occupata dell'istituto della pena illegale, distinguendo tra illegalità *ab origine* e quella sopravvenuta<sup>29</sup>. Sullo stesso solco si è posta la giurisprudenza, anche di legittimità.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'illegalità *ab origine* fa riferimento ad una sanzione penale che non corrisponde, per specie ovvero per quantità, sia in difetto che in eccesso, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale<sup>30</sup>. In altre parole, l'illegalità della pena sarebbe frutto di una statuizione giudiziale di condanna, non necessariamente passata in giudicato<sup>31</sup>, contraria

---

<sup>28</sup> Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, par. 7, Ercolano, *ivi*. Sul punto, vedi anche Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, in *Dir. e Giust.*, 2016, p. 10 e ss., con nota di GRILLO, *Abolito criminis: il giudice dell'esecuzione può revocare la condanna*.

<sup>29</sup> Vedi APRATI, *op. cit.*; GAMBARDELLA, *Il danno da errore del legislatore. Il caso della sentenza n. 32/2014 e l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella legge Fini-Giovanardi*, in AA. VV., *La vittima del processo*, a cura di SPANGHER, Giappichelli, 2017, p. 419 ss.; TRINCI, *La pena illegale. Casi e rimedi*, Giuffrè, 2017 (Officina del diritto), p. 98 e ss.

<sup>30</sup> *Ex multis*, Sez. 6, 19 febbraio 2013, n. 22136, Nisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 255729; Sez. 2, 7 maggio 2013, n. 20275, Stagno, in *C.E.D. Cass.*, n. 255197; Sez. 6, 15 luglio 2014, n. 32243, Tanzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 260326; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*; Sez. 5, 30 settembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, *ibidem*; Sez. 5, 20 gennaio 2016, n. 8639, De Paola, in *C.E.D. Cass.*, n. 266080; Sez. 5, 20 febbraio 2019, n. 23911, non massimata; Sez. 6, 9 luglio 2020, n. 23517, in *Dir. e Giust.*, 6 novembre 2020. Logicamente in questa definizione rientra anche l'irrogazione di una pena di genere diverso da quello previsto dalla legge, come nel caso in cui sia irrogata una pena detentiva in luogo di quella pecuniaria.

<sup>31</sup> Al contrario RICCI, nel definire la pena illegale, fa riferimento ad una «sanzione detentiva o pecuniaria non conforme alla legge [...] per un errore nella determinazione verificatosi nel giudizio di cognizione e poi cristallizzato nella sentenza passata in giudicato» (corsivo aggiunto) (RICCI, *Punti fermi, o quasi, in tema di ricalcolo della pena illegale ab origine*

all'assetto normativo riferito strettamente alla pena e vigente al momento di consumazione del reato. Si tratta di una definizione valida solo in prima approssimazione, dato che alcune ipotesi di illegalità *ab origine* individuate dalla Cassazione non vi rientrano<sup>32</sup>. Le Sezioni Unite Butera includono tra le ipotesi di pena illegale anche quella frutto di «un errore [di calcolo] macroscopico non giustificabile e non di una argomentata, pur discutibile, valutazione»<sup>33</sup>.

Diversamente, l'illegalità sopravvenuta fa soprattutto riferimento ad una pena comminata sulla base di una norma penale sostanziale successivamente abrogata o dichiarata incostituzionale. Entro certi limiti, l'illegalità sopravvenuta della pena può derivare dall'accertamento della sua contrarietà al diritto eurounitario, al diritto convenzionale o dalla violazione della regola che prevede l'applicazione del trattamento sanzionatorio più favorevole, in caso di successione di leggi penali nel tempo.

---

*da parte del giudice dell'esecuzione*, in *Giur. Pen. Web*, 2019, p. 4). Non deve ritenersi opportuno limitare l'operatività della nozione di pena illegale alla fase esecutiva, *post res iudicata*. La rilevanza della pena illegale anche nel giudizio di cognizione è testimoniata sia da numerose pronunce della Cassazione che fissano il potere della stessa di rilevare d'ufficio la pena illegale, sia dal dettato codicistico. Infatti l'unica disposizione che fa riferimento alla pena illegale è l'art. 448 comma 2-bis c.p.p., il quale, nel limitare i motivi di impugnazione mediante ricorso per cassazione delle sentenze di patteggiamento, vi include "l'illegalità della pena". Collegando l'illegalità della pena alla fase di cognizione, è agevole dedurre che il legislatore considera rilevante una pena illegale anche prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

<sup>32</sup> Del resto anche le Sezioni Unite hanno espresso la necessità di ritenere la categoria dell'illegalità della pena come «più ampia di quella tradizionalmente accolta» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, par. 8.1, Della Fazia, *ivi*). Sul punto vedi *infra*, Cap. 1, par. 1.2 e 2.6.

<sup>33</sup> Le Sezioni Unite tracciano la distinzione tra la sanzione non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente il limite legale per specie o quantità, da un lato, e quella viziata da un errore di calcolo, dall'altro. In linea di massima l'errore di calcolo è censurabile solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione della sentenza, a meno che non sia macroscopico e non motivato; in tal caso si versa in un'ipotesi di illegalità della pena, emendabile anche *in executivis*. Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 7, *ivi*.

Per comodità espositiva è opportuno aderire alla bipartizione tra illegalità *ab origine* e illegalità sopravvenuta, anche se a rigore non sembra impeccabile<sup>34</sup>.

Al termine di questa introduzione, è facilmente intuibile lo sviluppo del lavoro: si procederà *in primis* a definire i casi e l'ambito di estensione della pena illegale, per poi concentrarsi sugli spazi operativi a disposizione del giudice di cognizione e del giudice di esecuzione per porvi rimedio. L'attenzione sarà rivolta, in altre parole, all'approfondimento delle situazioni in cui i giudici comminano pene illegali, e in secondo luogo ai rimedi approntati dal codice di procedura penale e dalla giurisprudenza stessa nei confronti di queste situazioni patologiche.

---

<sup>34</sup>Come notano le Sezioni Unite nella sentenza Jazouli, già richiamata, la particolarità della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale sta nella circostanza che quest'ultima viene espunta *ex tunc* dall'ordinamento. Di conseguenza, la pena "incostituzionale" inerisce ad un vizio originario della stessa, non sopravvenuto, dati gli effetti retroattivi della pronuncia di incostituzionalità. Sotto questo punto di vista, non c'è alcuna differenza tra una pena *ab origine* illegale e una pena la cui illegalità è sopravvenuta. La "sopravvenienza", dunque fa riferimento solo ad un "fatto" successivo, e cioè la pronuncia di incostituzionalità, ma non alla "qualità" del vizio riscontrato. Nonostante la differenza tra pena illegale *ab origine* e pena "incostituzionale" si attesti su questa linea, la giurisprudenza ha individuato un pregnante scarto di disciplina davanti al giudice dell'esecuzione. Sul punto vedi *infra*, Cap. III, par. 6.

## Capitolo I

### ILLEGALITÀ DELLA PENA: I CASI

**SOMMARIO:** 1. Illegalità *ab origine* della pena – 1.1 Pena illegale *ab origine* derivante da errore materiale: un dubbio interpretativo – 1.2 Pena illegale *ab origine* derivante da un errore giuridico – 2. Illegalità sopravvenuta della pena – 2.1 Una distinzione doverosa – 2.2 *Abolitio criminis* – 2.3 Illegalità della pena per contrasto della norma incriminatrice con il diritto eurounitario – 2.4 Illegalità della pena per pronuncia di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice – 2.5 Illegittimità convenzionale della pena – 2.6 Illegalità della pena a seguito di successione di leggi penali nel tempo – 3. Elencazione sintetica delle ipotesi di pena illegale individuate.

**Abstract.** La “pena illegale” è un istituto giurisprudenziale volto a permettere la rilevazione e la rideterminazione, sia in fase di cognizione che in fase di esecuzione, di pene che si pongono al di fuori del sistema sanzionatorio ideato dal legislatore in ambito penale. Questo Capitolo è dedicato all’individuazione e alla classificazione delle ipotesi di illegalità della pena formulate dalla giurisprudenza di legittimità. Dopo aver ipotizzato la configurabilità dell’illegalità della pena solo a seguito di un errore giuridico e non materiale del giudice di cognizione, il lavoro prosegue con la distinzione tra illegalità originaria e sopravvenuta della pena. Nella prima categoria vi rientrano le pene irrogate in violazione di alcune norme sostanziali e processuali che incidono sul trattamento sanzionatorio. La seconda categoria comprende invece le sanzioni penali la cui illegalità deriva da un fatto sopravvenuto rispetto alla commissione del reato, come la dichiarazione di incostituzionalità di una norma inerente al trattamento sanzionatorio o la successione nel tempo di leggi incidenti sulla pena da comminare.

## ***1. Illegalità ab origine della pena***

Soffermandosi sull'illegalità *ab origine* della pena e sui casi in cui si manifesta, si presenta subito una questione: qualsiasi errore del giudice può determinare l'applicazione di una pena illegale? Più nello specifico, un errore materiale può causare l'applicazione di una pena illegale *ab origine*?

### ***1.1. Pena illegale ab origine derivante da errore materiale: un dubbio interpretativo***

Si è soliti distinguere gli errori del giudice in errori giuridici ed errori materiali<sup>35</sup>. I primi derivano dall'errata interpretazione e applicazione del diritto, i secondi sono invece frutto di una svista, di una disattenzione che determina una divergenza dal modello legale non produttiva di alcuna nullità (mera irregolarità) o una difformità

---

<sup>35</sup> In realtà il nostro ordinamento contempla anche l'errore di fatto all'art. 625-bis del codice di procedura penale, relativo al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. A differenza dell'errore materiale, che si sostanzia nella mancata corrispondenza tra volontà formata correttamente e la sua estrinsecazione grafica, l'errore di fatto consiste invece nella svista o equivoco che incide sugli atti interni al giudizio di cassazione. Corrisponde in sostanza ad un'erronea percezione nella lettura degli atti, che ha determinato una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza quell'errore incidente sul processo logico-formativo della volontà giudiziale. L'errore di fatto in ambito penale coincide, sul piano civilistico, con l'errore di fatto revocatorio, ravvisabile quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita (art. 395 c.p.c.). La differenza tra errore materiale ed errore di fatto si proietta anche sulla disciplina codicistica: ai sensi dell'art. 625-bis comma 3 c.p.p., l'errore materiale "può essere rilevato dalla corte di cassazione, d'ufficio, in ogni momento e senza formalità. L'errore di fatto può essere rilevato dalla corte di cassazione, d'ufficio, entro novanta giorni dalla deliberazione". Sul punto, vedi GALANTINI, *I mezzi straordinari d'impugnazione*, in AA. VV., *Procedura penale*, Giappichelli, 2020, pp. 918 e ss.

estriore tra il pensiero del giudice e la sua estrinsecazione formale non incidente sul contenuto essenziale dell'atto<sup>36</sup>.

In base alla definizione di pena illegale *ab origine* data dalla giurisprudenza, nulla osta in astratto a che una sanzione diversa per specie e/o quantità rispetto ai confini edittali fissati dalla legge possa essere applicata a causa di un errore materiale<sup>37</sup>. Anzi, un filone interpretativo autorevole include nella categoria dell'illegalità della pena anche la sanzione frutto di un errore di calcolo "macroscopico" e non giustificato dal giudice in motivazione; un errore presumibilmente nato da una svista, e dunque materiale<sup>38</sup>.

Tuttavia, se si considera la pena illegale come un istituto cui sono ricollegati poteri pregnanti del giudice di cognizione e soprattutto del giudice dell'esecuzione, occorre chiedersi se la differenza di disciplina tra errore giuridico ed errore materiale non sia ostativa alla configurazione di una pena illegale "comune".

L'errore giuridico, per poter essere emendato, richiede necessariamente una doglianza di parte e un nuovo grado di giudizio, a meno che non rientri tra le questioni rilevabili d'ufficio dal giudice

---

<sup>36</sup> Cfr. VARRASO, *Gli atti*, in AA. VV., *op. cit.*, pp. 204-205. La definizione di errore materiale è ricavabile anche dall'art. 130 comma 1 c.p.p., che fa riferimento ad "errori o omissioni che non determinano nullità e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto".

<sup>37</sup> Questa possibilità viene prospettata da TRINCI, *op. cit.*, p. 98.

<sup>38</sup> Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*. Sulla stessa linea si pone un'antecedente sentenza della quarta Sezione penale, la n. 26117 del 2012. In questa pronuncia, per giustificare la possibilità da parte del giudice dell'esecuzione di emendare un'errata riduzione di pena effettuata all'esito di un giudizio abbreviato, i giudici di legittimità affermano: «[d]eve operarsi una distinzione, in punto di deducibilità in sede di esecuzione di una pena che si assume illegale, tra la pena risultata illegale (nella specie e/o nella quantità) senza alcuna giustificazione rinvenibile nella sentenza (frutto, cioè, di mero ed esclusivo errore macroscopico), e quella cui si pervenga in esito ad un (per quanto discutibile o addirittura erroneo) apparato argomentativo; con la conseguenza che solo la prima ipotesi - chiaramente corrispondente al caso in esame - deve ritenersi riconducibile ad un errore che il sistema processuale non può consentire, dunque emendabile anche in *executivis*» (Sez. 4, 16 maggio 2012, n. 26117, Toma, *ibidem*).

di merito o di legittimità. Se l'errore giuridico viene dedotto davanti alla Corte di cassazione o rilevato da quest'ultima ex art. 609 comma 2 c.p.p., è necessaria una pronuncia di annullamento con o senza rinvio, a seconda dei casi e del rito adottato. Anche il giudice dell'esecuzione può emendare gli errori giuridici effettuati dal giudice di cognizione, purché non metta in discussione le statuizioni contenute nella sentenza emanata dallo stesso, ai sensi degli artt. 667-676 del codice di procedura penale.

Al contrario l'errore materiale è soggetto a regole molto più snelle, dal momento che lascia impregiudicata la volontà dell'organo giudicante. Tale errore viene dunque corretto in camera di consiglio<sup>39</sup>, ex artt. 127 e 130 c.p.p., anche d'ufficio dal giudice che ha emesso il provvedimento<sup>40</sup>. Se il provvedimento viziato da errore materiale viene impugnato e l'impugnazione non è dichiarata inammissibile, la correzione è disposta dal giudice dell'impugnazione. Una disciplina particolare è stata introdotta dalla c.d. legge Orlando (l. 103/2017) per l'errore materiale inerente alla specie e alla quantità della pena in una sentenza di patteggiamento: anche qui la correzione è disposta d'ufficio dal giudice che ha emanato il provvedimento, ma se questo è impugnato alla

---

<sup>39</sup> Nel caso in cui l'errore materiale consista nella discrepanza tra dispositivo e motivazione, di regola prevale il primo ai fini della correzione. Tuttavia, questa regola subisce una deroga nel caso in cui «l'esame della motivazione consenta di ricostruire chiaramente ed inequivocabilmente il procedimento seguito dal giudice per determinare la pena» (Sez. 3, 20 febbraio 2013, n. 19462, in *Riv. Pen.*, 2013, p. 1022). In senso conforme: Sez. 3, 25 settembre 2007, n. 38269, Tafuro, in *C.E.D. Cass.*, n. 237827; Sez. 4, 24 giugno 2008, n. 27976, in *C.E.D. Cass.*, n. 240379; Sez. 1, 7 ottobre 2010, n. 37536, in *C.E.D. Cass.*, n. 248543.

<sup>40</sup> Sul punto, un orientamento consolidato della Cassazione stabilisce che la correzione di errori materiali può essere disposta dal giudice che ha deliberato il provvedimento non solo nella pendenza dei termini per l'impugnazione, ma anche fino a quando gli atti non siano ancora materialmente pervenuti nella sfera del giudice "ad quem". Cfr. Sez. 4, 21 maggio 2015, n. 29807, in *C.E.D. Cass.*, n. 264111; Sez. 5, 11 settembre 2019, n. 47621, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 278036.

rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'art. 619 comma 2 (art. 130 comma 1-bis c.p.p.). In generale, nel caso in cui una sentenza sia oggetto di ricorso per cassazione e il giudice di legittimità si accorga della necessità di rettificare un errore materiale riguardante la quantità o specie della pena, vi provvede senza pronunciare annullamento (art. 619 comma 2 c.p.p.). Quando l'errore materiale è contenuto in una sentenza o in un'ordinanza della Corte di cassazione, questa può, in ogni momento, d'ufficio e senza formalità correggerlo e l'errore può esser fatto valere dalle parti entro centottanta giorni dal deposito del provvedimento, a pena di inammissibilità (art. 625-bis c.p.p.). Dunque anche l'errore materiale ha margini di correzione dopo il passaggio in giudicato dei provvedimenti del giudice di legittimità, attraverso il mezzo di gravame straordinario previsto dall'art. 625-bis.

Al termine di questa sommaria disamina della differenza di disciplina tra errore materiale e giuridico, è possibile finalmente capire se possa essere considerata pena "illegale" la pena comminata a causa di un errore materiale. In altre parole, bisogna comprendere se la differente natura dell'errore incida sulla possibilità di configurare una pena illegale, con tutte le conseguenze che ne derivano, o se rilevi solamente l'applicazione di una pena diversa per specie e/o quantità da quella prevista dalla legge, indipendentemente dal tipo di errore che l'ha generata.

Deve preferirsi la prima alternativa, alla stregua di due fattori strettamente intrecciati: il significato attribuito al concetto di "pena illegale" e il dato codicistico. Se si considera la pena illegale come un istituto giurisprudenziale cui sono ricollegati effetti riconoscibili sia in fase di cognizione che di esecuzione, volti a colmare un

“vuoto” di strumenti legislativi “ripristinatori” della legalità, si capisce come non possa lasciar indifferenti il dato del tipo di errore che vizia il trattamento sanzionatorio. Infatti la disciplina codicistica dell’errore materiale è più ricca e dettagliata di quella dell’errore giuridico che determina una pena illegale, oltre a comportare conseguenze processuali diverse.

A sostegno di questa conclusione è già dirimente la disciplina dell’errore materiale sulla specie o quantità della pena ex art. 619 comma 2: se il giudice di legittimità ravvede tale errore nella sentenza del giudice di merito, deve rettificarlo senza pronunciare annullamento. Al contrario, se si accorge anche d’ufficio ex art. 609 comma 2 dell’applicazione di una pena illegale da parte della sentenza impugnata, deve pronunciare una sentenza di annullamento<sup>41</sup>. Ancora, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di legittimità viziata da errore materiale, la Cassazione può rilevarlo e rettificarlo in ogni momento, d’ufficio e senza formalità (art. 625-bis comma 2). Se invece a passare in giudicato è una sentenza che applica una pena illegale, la sua rideterminazione è affidata al giudice dell’esecuzione su richiesta del p.m., del condannato o del difensore (art. 666 comma 1). L’accertamento e la rideterminazione di una pena illegale, mettendo in discussione la volontà del giudice che l’ha comminata, richiedono dunque procedimenti più approfonditi e lunghi di quelli previsti dal codice

---

<sup>41</sup> *Ex multis*, cfr. Sez. 5, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, in *C.E.D. Cass.*, n. 262108; Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*; Sez. 5, 7 luglio 2016, n. 552, Jomle, in *C.E.D. Cass.*, n. 268593; Sez. 4, 2 aprile 2019, n. 17221, in *C.E.D. Cass.*, n. 275714; Sez. 5, 30 gennaio 2020, n. 13787, Ottoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 279201.

per l'errore materiale, comprendenti anche attività probatorie in contraddittorio (artt. 627 comma 2 e 666 comma 5 c.p.p.).

Inoltre secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione l'esercizio del potere di cui all'art. 619 comma 2 presuppone la presentazione di un ricorso ammissibile<sup>42</sup>, con la conseguenza che una pena diversa per specie o quantità da quella prevista dalla legge non può essere corretta in caso di ricorso inammissibile. Una conclusione diametralmente opposta è invece condivisa dalla stessa giurisprudenza di legittimità con riferimento ad una pena illegale derivante da errore giuridico, in presenza di ricorso per cassazione inammissibile<sup>43</sup>.

Sulla configurabilità di una pena illegale derivante da errore materiale la giurisprudenza di legittimità è oscillante, ma tende ad ammetterla. In alcune decisioni afferma *tranchant* che «[c]ertamente nella nozione di pena illegale non rientrano ipotesi di mero errore materiale o di calcolo»<sup>44</sup>; in altre, addirittura, sembra aprire la possibilità di rideterminare una pena illegale solo se questa derivi da un errore materiale. Nella sentenza Basile le Sezioni Unite hanno formulato il seguente principio di diritto: «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

---

<sup>42</sup> Cfr. Sez. 6, 20 febbraio 2004, n. 12597, Fasciolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 229216; Sez. 7, 10 dicembre 2009, n. 1686, Frisoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 245421; Sez. 4, 17 gennaio 2014, n. 8013, in *C.E.D. Cass.*, n. 259281; Sez. 4, 10 gennaio 2014, n. 4114, in *C.E.D. Cass.*, n. 258187; Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*; Sez. 5, 11 settembre 2019, n. 47621, *ibidem*.

<sup>43</sup> Cfr. Sez. 5, 27 aprile 2012, n. 24128, Di Cristo, in *C.E.D. Cass.*, n. 253763; Sez. 1, 21 marzo 2013, n. 15944, Aida, in *C.E.D. Cass.*, n. 255684; Sez. 5, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, *ibidem*; Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*, con la precisazione che l'inammissibilità del ricorso per sua presentazione fuori termine impedisce la rilevabilità d'ufficio della pena illegale. Sul punto vedi *infra*, Cap. II, par. 3.

<sup>44</sup> Sez. 6, 9 luglio 2020, n. 23517, par. 6, *ibidem*.

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*» (corsivo aggiunto)<sup>45</sup>. Questa disomogeneità giurisprudenziale è per certi versi naturale conseguenza dell'assenza di disciplina legislativa sul punto. L'orientamento restrittivo espresso dalla sentenza Basile deve essere inquadrato nell'esigenza, avvertita dalle Sezioni Unite, di limitare i poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione di una pena *ab origine* illegale<sup>46</sup>; tuttavia, nella preoccupazione di contenere l'"espansione" della fase esecutiva i giudici di legittimità sembra si siano concentrati più sul dito che sulla luna, perdendo di vista la *ratio* dell'istituto della pena illegale.

Tale *ratio* coincide con l'esigenza di "rimediare" in sede giudiziale all'assenza di strumenti incisivi per rimuovere una pena contrastante con il principio costituzionale di legalità. Tuttavia l'errore materiale ha, a differenza dell'errore giuridico, una peculiare disciplina legislativa incompatibile con gli effetti dell'accertamento di una pena illegale, così come configurati dalla giurisprudenza di legittimità. Come si è visto l'incompatibilità riguarda soprattutto il ricorso per cassazione e la fase esecutiva, mentre è decisamente ridotta per il giudizio di merito, dato che il giudice dell'impugnazione può rilevare d'ufficio una pena viziata da errore materiale (purché il ricorso non sia inammissibile, ai sensi dell'art.

---

<sup>45</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 7, *ivi*. In conformità a questo orientamento si pongono, come già illustrato, Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*; Sez. 4, 16 maggio 2012, n. 26117, Toma, *ibidem*.

<sup>46</sup> Sulla stessa linea, vedi Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, *ivi*. Più nello specifico vedi *infra*, Cap. III, par. 6.

130 c.p.p.); lo stesso potere officioso è attivabile, secondo la Corte di cassazione, a fronte di una pena illegale.

La non configurabilità dell'illegalità della pena a seguito di errore materiale ha conseguenze inevitabili in sede esecutiva: davanti al giudice dell'esecuzione non potrà essere dedotto un errore materiale che ha inciso sulla pena comminata ormai passata in giudicato, anche se ne ha modificato la specie o la quantità prevista dalla legge. Ci si potrà rivolgere solo alla Corte di cassazione, purché l'errore derivi da un suo provvedimento e solo entro centottanta giorni dal deposito dello stesso (art. 625-bis comma 2).

Questa conclusione ha come naturale conseguenza l'affermazione di percorsi processuali differenziati e separati per l'errore materiale e quello giuridico, a nulla valendo la circostanza che determinino entrambi una pena illegale. In altre parole, se erratamente si deduce un errore materiale inerente al trattamento sanzionatorio mediante ricorso per cassazione ex art. 606 c.p.p., il ricorso deve essere considerato inammissibile. Tale impostazione, pur senza tirare in ballo espressamente l'illegalità della pena, è stata condivisa dalla Cassazione nella sentenza n. 47621 del 2019. Nel caso di specie il Procuratore generale aveva lamentato l'applicazione da parte del giudice di una pena pecuniaria inferiore al minimo edittale previsto dall'art. 24 del codice penale, e dunque di una pena astrattamente illegale. Pur essendo questo errore frutto di un'evidente svista<sup>47</sup>, la pubblica accusa non ha attivato il procedimento di cui all'art. 130 c.p.p., ma ha lamentato il vizio di violazione di legge per

---

<sup>47</sup> Il giudice aveva semplicemente sbagliato a riportare nel dispositivo della sentenza una pena pecuniaria calcolata correttamente in motivazione, pari a 300 euro. Nel dispositivo si è "dimenticato" di uno zero, fissando la pena pecuniaria a 30 euro.

errata applicazione dell'art. 24 c.p. e dell'art. 444 comma 1 c.p.p., trattandosi di pena patteggiata. La Corte di cassazione ha criticato fermamente il *modus operandi* del P.g., ritenuto «fuori del percorso legale» indicato dal codice di procedura nonché irrazionale, per aver “scomodato” una procedura di impugnazione quando si sarebbe potuto ottenere lo stesso risultato utilizzando l'art. 130 c.p.p.<sup>48</sup>; di conseguenza, ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso.

Chi ritiene che sia configurabile una pena illegale frutto di un errore materiale, potrebbe obiettare che, negando tale possibilità, si determini un'irragionevole disparità di trattamento tra coloro che subiscono la stessa pena causata però da errori diversi. Davanti a un possibile *vulnus* del principio di eguaglianza dei condannati dovuto alla differente “qualità” dell'errore che vizia la pena comminata, la soluzione preferibile non sembra però quella di estendere in via pretoria il regime della pena illegale anche all'errore materiale, bensì di estendere l'ambito di operatività del ricorso straordinario per errore materiale (art. 625-bis c.p.p.) con un intervento del legislatore.

In conclusione, ai fini dell'accertamento di una pena illegale, non rileva soltanto la sua diversità, per specie e/o per quantità, rispetto a quanto previsto dalla legge, ma anche l'errore che l'ha generata. Chiaramente la circostanza che la sanzione penale sia frutto di un errore giuridico è condizione necessaria ma non sufficiente per definirla “illegale”. È altresì fondamentale che questa si ponga «al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale»<sup>49</sup>, nelle modalità che si vedranno più avanti.

---

<sup>48</sup> Sez. 5, 11 settembre 2019, n. 47621, par. 1.2, *ibidem*.

<sup>49</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 4.2, *ivi*.

## ***1.2. Pena illegale ab origine derivante da un errore giuridico***

Alla luce di quanto appena detto, è possibile riformulare la definizione di pena illegale *ab origine* adottata dalla giurisprudenza di legittimità, con una piccola ma significativa aggiunta: tale pena consiste in una sanzione penale che non corrisponde, per specie ovvero per quantità, sia in difetto che in eccesso, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale *a causa di un errore giuridico del giudice che l'ha comminata*.

Sembra invece inevitabile esprimere dubbi nei confronti di quella giurisprudenza che include nell'alveo della pena illegale la sanzione viziata da un errore "palese" o "macroscopico": questo criterio di discernimento sembra troppo labile e di ostacolo nei confronti della prevedibilità delle ipotesi di pena illegale, a maggior ragione considerando i pregnanti effetti giuridici che ne derivano e il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione.

Occorre adesso capire in quali casi venga integrata la pena illegale, con l'ausilio della giurisprudenza della Corte di cassazione. Anzitutto i giudici di legittimità, nel valutare gli estremi dell'illegalità della pena, guardano solamente al "risultato" sanzionatorio: non è illegale la pena che risulti complessivamente legittima, «anche se frutto di un vizio del percorso argomentativo

attraverso il quale il giudice giunge alla conclusiva determinazione dell'entità della condanna»<sup>50</sup>. In altre parole il giudice deve tener conto solamente dei limiti edittali previsti in via generale e astratta dalla legge penale, senza che vengano in rilievo le norme incidenti sul trattamento sanzionatorio nel caso concreto per configurare una pena illegale<sup>51</sup>. Se così non fosse, «qualunque errore di diritto nel computo della pena dovrebbe essere corretto d'ufficio, il che finirebbe con lo snaturare il meccanismo stesso dell'impugnazione, retto dal principio devolutivo»<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*. In senso conforme, *ex multis*: Sez. 2, 19 febbraio 2013, n. 22136, Nisi, *ibidem*; Sez. 6, 7 maggio 2013, n. 20275, Stagno, *ibidem*; Sez. 5, 20 gennaio 2016, n. 8639, De Paola, *ibidem*; Sez. 2, 14 marzo 2017, n. 14307, Musumeci, in *C.E.D. Cass.*, n. 269748; Sez. 6, 9 luglio 2020, n. 23517, *ibidem*; Sez. 5, 20 novembre 2020, n. 1205, Magini, in *C.E.D. Cass.*, n. 280434. Con riferimento all'istituto del concordato in appello, vedi Sez. 3, 10 giugno 2020, n. 19106, non massimata.

<sup>51</sup> Lo stesso orientamento è consolidato in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti: la Cassazione ha più volte affermato l'irrelevanza degli errori commessi nel determinare la sanzione concordata e applicata dal giudice, purché il risultato finale non si traduca in una pena illegale. Cfr. Sez. 4, 17 novembre 2005, n. 1853, Federico, in *C.E.D. Cass.*, n. 233185; Sez. 6, 30 ottobre 2013, n. 44907, Marchisella, in *C.E.D. Cass.*, n. 257151; Sez. 1, 17 giugno 2014, n. 29668, Cannizzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 263217; Sez. 5, 12 ottobre 2016, n. 51736, Lopis, in *C.E.D. Cass.*, n. 268850; Sez. 5, 23 gennaio 2019, n. 18304, Rosettani, in *C.E.D. Cass.*, n. 275915; Sez. 3, 19 marzo 2019, n. 17562, non massimata. Lo stesso principio è stato stabilito recentemente da Sez. 5, 11 luglio 2019, n. 37201, Ruggieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 276852, in tema di reati fallimentari. Qui la Corte ha stabilito che la commisurazione delle pene accessorie previste dall'art. 216 ult. c. r.d. 16 n. 267 del 1942, operata dal giudice del merito ai sensi dell'art. 37 c.p., anziché ai sensi dell'art. 133 c.p., non dà luogo ad una pena illegale, trattandosi di pena comunque ricompresa nei limiti edittali risultanti dalla sentenza n. 222 del 2018 della Corte costituzionale; ne consegue che, in assenza di specifico motivo di ricorso, il vizio non può essere rilevato d'ufficio dalla Corte di cassazione. Dunque nemmeno l'utilizzo di un metodo di calcolo "automatico" della pena accessoria in luogo di un metodo discrezionale può giustificare la configurazione di una pena illegale.

<sup>52</sup> Sez. 2, 19 febbraio 2013, n. 12991, par. 1.7, Stagno, in *C.E.D. Cass.*, n. 255196. Per capire le ripercussioni di questo orientamento è illuminante un esempio riportato da RICCI, che si ritiene opportuno citare integralmente: «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

Questo orientamento, volto a restringere le ipotesi in cui è ravvisabile una pena illegale, non può essere accolto. Anche qui vengono in rilievo gli argomenti di natura costituzionale da cui trae forza l'istituto della pena illegale: il principio di legalità confligge con l'applicazione di una pena calcolata con criteri diversi da quelli previsti dalla legge<sup>53</sup>. Allo stesso tempo, un trattamento sanzionatorio formulato in modo scorretto ostacola il finalismo rieducativo della pena (art. 27 comma 3 Cost.). Una recente sentenza della terza Sezione penale va proprio nella direzione di mettere in discussione l'irrilevanza dei singoli passaggi interni di computo nella valutazione di legalità della pena, facendo leva sul dato testuale della disciplina del patteggiamento<sup>54</sup>. Infatti l'art. 444 comma 2 c.p.p. stabilisce che il giudice deve emanare sentenza di patteggiamento non solo se ritiene "congrua" la pena complessiva, ma anche "se ritiene corrette [...] l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti". Dunque, mentre della pena va valutata la congruità, dell'applicazione e comparazione di

---

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. 152/91 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» (RICCI, *op. cit.*, p. 9). In un caso limite come questo, in cui addirittura vengono violate due disposizioni sostanziali inerenti alla determinazione della pena in concreto, la pena complessiva non può dunque essere considerata "illegale". Al massimo potrà essere considerata "ingiusta", dato che rientra nel limite edittale massimo previsto dalla legge, con conseguente depotenziamento delle possibilità di incidervi sia in fase di cognizione che in fase di esecuzione. Infatti l'ingiustizia della pena, derivante da "inosservanza o erronea applicazione della legge penale" (art. 606 comma 1 lett. b c.p.p.), può giustificare solamente l'interesse ad impugnare la sentenza di condanna.

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Leg. Pen.*, 1987, p. 681 e ss., con nota di LAZZARONE, *Continuazione nel reato e res iudicata al vaglio della Corte costituzionale*.

<sup>54</sup> Cfr. Sez. 3, 10 ottobre 2018, n. 12691, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 8 e ss., con nota di GENTILE, *La pena patteggiata deve superare il vaglio di legalità anche in ordine al bilanciamento delle circostanze del reato*. Vedi anche RICCI, *op. cit.*, pp. 14 e 15.

circostanze occorre verificare la “correttezza”, e cioè la «conformità ai criteri legali»<sup>55</sup>. Sulla scorta di queste considerazioni la terza Sezione ha riscontrato nel caso di specie la scorrettezza del procedimento di computo, per cui ha annullato la sentenza impugnata senza rinvio e ha restituito gli atti al tribunale di Milano. Questa sentenza rappresenta un timido passo verso l’allargamento dell’ambito di operatività della pena illegale, in vista di un allineamento fra “ciò che non è legale”, e cioè non rispettoso della legge, e “ciò che è illegale”, ovvero riconducibile all’istituto dell’illegalità della pena e delle sue garanzie<sup>56</sup>.

Per quanto riguarda la casistica della pena *ab origine* illegale, la sua notevole ampiezza deriva dalla varietà di istituti che incidono sulla specie e quantità del trattamento sanzionatorio, rendendolo esorbitante rispetto al nostro ordinamento penale. È infatti raro che il giudice applichi solamente la pena-base nella sentenza di condanna; più spesso, il reo sarà recidivo (art. 99 c.p.) o il reato circostanziato (artt. 59-70 c.p.), con tutto quello che ne consegue in termini di tipologia di circostanza (aggravante o attenuante, comune o speciale, ad efficacia comune o speciale, ad effetto speciale, ecc.) e di bilanciamento tra le stesse. Ancora, è possibile che i reati per i quali viene emessa condanna siano più di uno o appartengano allo stesso

---

<sup>55</sup> I giudici di legittimità affermano testualmente: «il riferimento al giudizio di comparazione in termini di correttezza e non di congruità, come per la pena, determina la necessità di verificare la legalità (in tal senso dovendo intendersi il riferimento alla correttezza della applicazione) della applicazione delle circostanze e della loro comparazione, dunque non solo la loro configurabilità, ma anche la correttezza, cioè la conformità ai criteri legali, degli aumenti disposti per effetto della loro applicazione, anche se concordati dalle parti» (Sez. 3, 10 ottobre 2018, n. 12691, par. 2, *ivi*).

<sup>56</sup> Nella stessa direzione va Sez. 4, 13 dicembre 2018, n. 2321, non massimata. Qui la quarta Sezione penale ha qualificato come illegale la pena frutto dell’erronea applicazione di due aggravanti, senza che tuttavia fosse superato il massimo edittale previsto per il reato di guida in stato di ebbrezza ex art. 186, commi 2, 7 e 2-bis d.lgs. n. 285 del 1992.

disegno criminoso (art. 81 c.p.), il che attiva il problema del cumulo, materiale o giuridico, delle pene<sup>57</sup>. L'illegalità *ab origine* della pena è configurabile anche nell'ambito della cooperazione internazionale, e in particolare dell'extradizione. Se la concessione dell'extradizione per un reato punibile con l'ergastolo è condizionata all'applicazione di una pena detentiva solo temporanea, il mancato rispetto della condizione posta dallo Stato estradante «configura un'ipotesi di pena illegale che il giudice dell'esecuzione ha il potere di sostituire ai sensi dell'art. 670 c.p.p.»<sup>58</sup>. Infatti la condizione posta dallo Stato estero, accettata dal Ministro della giustizia e vincolante per l'autorità giudiziaria ex art. 720 comma 4 c.p.p., esclude che sia irrogabile in concreto la specie sanzionatoria dell'ergastolo, imponendo la specie

---

<sup>57</sup> Ad esempio, la pena della reclusione è illegale quando viene quantificata in una misura inferiore al minimo assoluto previsto dall'art. 23 del codice penale. (Sez. 5, 25 ottobre 2005, n. 46790, Grifantini, in *C.E.D. Cass.*, n. 233033; Sez. 5, 20 settembre 2004, n. 40840, Terzetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 230216). La pena è altresì illegale quando viene indicata come pena-base una pena inferiore a quella prevista come minimo edittale per il reato unito con il vincolo della continuazione (Sez. 5, 22 settembre 2006, n. 1411, Braidich, in *C.E.D. Cass.*, n. 236033; Sez. 3, 14 giugno 2007, n. 34302, Cotugno, in *C.E.D. Cass.*, n. 237124). Ancora, è illegale, in caso di applicazione dell'art. 81 c.p., la pena inferiore al minimo edittale fissato per il reato più grave tra quelli in continuazione (Sez. 6, 5 ottobre 2004, n. 44336, Mastrolorenzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 230252). Le sentenze appena richiamate fanno riferimento al rito del patteggiamento, ma esprimono conclusioni valide anche per il rito ordinario. Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 7, *ivi*; Sez. 6, 9 luglio 2020, n. 23517, par. 6, *ibidem*.

<sup>58</sup> Sez. Un., 25 marzo 2021, n. 30305, par. 3.1, in *Dir. e Giust.*, 2021, p. 4 e ss., con nota di LA MUSCATELLA, *Le Sezioni Unite stabiliscono che condizioni poste dallo Stato richiesto di estradizione suppletiva non possono riflettersi sulla prima consegna*. Le Sezioni Unite hanno peraltro stabilito che la necessaria commutazione dell'ergastolo «in attuazione di una condizione apposta in un provvedimento di estensione dell'extradizione, adottato da uno Stato estero il cui ordinamento non ammette la pena perpetua, esplica i suoi effetti soltanto in relazione alla pena oggetto della condizione, nell'ambito della relativa procedura di estensione, senza operare con riguardo ad altra pena dell'ergastolo - oggetto di cumulo con la prima - irrogata con una condanna per la cui esecuzione sia stato in precedenza emesso altro provvedimento di estradizione non condizionato» (Sez. Un., 25 marzo 2021, n. 30305, par. 10, *ivi*). Questa pronuncia si inserisce nel solco tracciato da: Sez. 1, 16 luglio 2014, n. 6278, Esposito, in *C.E.D. Cass.*, n. 262646; Sez. 1, 30 novembre 2017, n. 1776, Burzotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 272053.

della reclusione<sup>59</sup>; se viene violata è evidente la configurazione di una pena illegale, in base alla sua definizione tradizionale<sup>60</sup>.

Sul versante delle norme processuali la “classica” nozione di illegalità *ab origine* della pena adottata dalla Corte di cassazione, incentrata sulla violazione di norme penali sostanziali, mostra i suoi limiti, davanti alle sollecitazioni provenienti dalla prassi giudiziaria<sup>61</sup>. Una “spallata” particolarmente vigorosa a tale definizione è provenuta da quella parte della giurisprudenza che valorizza la natura sostanzialmente sanzionatoria di norme processuali. Secondo questo indirizzo, il mancato rispetto da parte del giudice di regole processuali che incidono sull’irrogazione ed esecuzione della pena comporta l’illegalità della pena inflitta.

L’insufficienza della nozione tradizionale di pena illegale *ab origine* è evidente nella sentenza n. 17119 del 2019<sup>62</sup> della sesta Sezione penale, che ha qualificato una pena illegittimamente sospesa

---

<sup>59</sup> Come spiega la prima Sezione nella sentenza n. 1776 del 2017, la condizione posta dallo Stato estero «integra, per il caso sottoposte a giudizio, il parametro normativo legale che fonda l'esercizio della potestà punitiva statale. Tale disposizione concorre, insieme alla norma incriminatrice interna, a delimitare, nella specie, la cornice edittale astratta del reato, che risulterà dalla combinazione della previsione di pena originariamente stabilita con gli adattamenti e le limitazioni che formano oggetto della condizione internazionalmente stabilita» (Sez. 1, 30 novembre 2017, n. 1776, Burzotta, par. 10, *ivi*).

<sup>60</sup> Per un elenco di ulteriori ipotesi che integrano l’illegalità *ab origine* della pena, senza pretese di esaustività, vedi RICCI, *op. cit.*, p. 17 e ss.

<sup>61</sup> Del resto la stessa Corte di cassazione, nel suo più autorevole consesso, ha affermato che la categoria dell’illegalità della pena deve ritenersi «più ampia di quella tradizionalmente accolta – che si rifà esclusivamente alla circostanza che la pena determinata in concreto superi o sia inferiore ai limiti stabiliti dalla legge o che sia stata applicata una pena che non poteva essere inflitta» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 8.1, *ivi*).

<sup>62</sup> Questa sentenza è stata originata da un ricorso per cassazione ad opera del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Brescia, che ha impugnato la sentenza del g.i.p. del tribunale di Bergamo deducendone l’illegalità ex art. 448 comma 2-bis del codice di procedura penale. Nel caso di specie, il g.i.p. aveva concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena in violazione dell’art. 164 c.p., comma 4 e art. 165 c.p., comma 2, che prevedono come obbligatoria la subordinazione di detto beneficio all’adempimento di uno degli obblighi previsti dall’art. 165 c.p., comma 1, quando la sospensione sia concessa a persona che ne ha già usufruito per una prima volta.

ex artt. 164 e 165 c.p. come pena illegale<sup>63</sup>. In altre parole, si avrebbe pena illegale quando la sospensione condizionale della pena viene concessa a chi ne abbia già usufruito senza subordinazione ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 comma 1 c.p., in violazione del comma 2. È agevole osservare come questa ipotesi di pena illegale *ab origine* non rientri affatto nella definizione tradizionale. Infatti la sospensione condizionale della pena è un beneficio, applicato direttamente dal giudice di merito, che incide sulla pena sia in fase esecuzione, sospendendola, che nel caso in cui il periodo di sospensione si concluda positivamente, estinguendo il reato (art. 167 c.p.). Non si tratta affatto di una “peculiare” specie di pena<sup>64</sup>, come ammettono anche i giudici della sesta Sezione, per cui l'ambito di operatività della pena illegale ne risulta notevolmente accresciuto. In questa sentenza, tirando le somme, si abbraccia una concezione ampia della legalità della pena, afferente non alla pena strettamente intesa ma alle ripercussioni sanzionatorie delle norme processuali<sup>65</sup>. Si aprono così le porte ad una radicale modifica dell'ambito di applicazione dell'istituto della pena illegale, esteso anche a «tutto ciò che incide sul trattamento punitivo»<sup>66</sup>, e cioè all'ambito latamente sanzionatorio.

---

<sup>63</sup> In senso conforme: Sez. 4, 6 novembre 2018, n. 5064, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 2990.

<sup>64</sup> Nonostante la sospensione condizionale della pena abbia un minimo contenuto afflittivo, rappresentato proprio dagli obblighi di cui all'art. 165 comma 1.

<sup>65</sup> Infatti, esplicita la Corte, «l'illegalità della pena ricorre non solo quando la pena non è conforme a quella stabilita in astratto dalla norma penale (ad es. superiore al massimo o inferiore al minimo edittale; pena relativa ad un reato abrogato, per *abolitio criminis* o per effetto della dichiarazione di incostituzionalità della norma penale, anche se relativa al solo trattamento sanzionatorio), rientrando nel concetto di pena illegale anche *tutto ciò che incide sul trattamento punitivo*, e quindi anche le norme che ne sospendono l'esecuzione, quando si tratti di istituti la cui applicazione viene decisa contestualmente alla pronuncia della sentenza all'esito del giudizio» (corsivo aggiunto) (Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17119, in *C.E.D. Cass.*, n. 275898).

<sup>66</sup> *Ibidem*.

Questa tendenza a considerare i risvolti sostanziali di norme processuali deve farsi risalire alla sentenza Scoppola c. Italia, con cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto natura sostanziale all'art. 442 comma 2 c.p.p. nella misura in cui incide sulla severità del trattamento sanzionatorio<sup>67</sup>. Seguendo la tipica impronta antiformalistica della Corte EDU, la Corte di cassazione ha fatto discendere l'illegalità della pena dalla violazione delle norme che disciplinano l'accesso ai riti premiali. Nella sentenza n. 54958 del 2017 la seconda Sezione della Cassazione, richiamando il precedente fornito da Sezioni Unite Ercolano e da Scoppola c. Italia, ha dedotto che «*l'accesso ad un rito nei casi non consentiti con conseguente applicazione del premio sanzionatorio connesso configura una situazione in cui viene applicata una pena illegale*» (corsivo aggiunto)<sup>68</sup>. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto essere illegale l'applicazione di una pena patteggiata superiore a due anni di reclusione a un recidivo reiterato, data la violazione dell'art. 444 comma 1-bis del codice di procedura penale<sup>69</sup>. Anche la terza

---

<sup>67</sup> L'art. 442 comma 2 c.p.p., al tempo in cui il ricorrente Scoppola aveva chiesto l'accesso al rito abbreviato, prevedeva la possibilità per chi fosse imputato per un reato punibile con l'ergastolo di commutare la pena in trenta anni di reclusione, con l'attivazione del rito premiale. Alla luce della capacità di questa disposizione di modificare la specie di pena irrogabile, la Corte EDU ha sancito la sua appartenenza al «diritto penale materiale» e la sua riconducibilità all'art. 7 CEDU. Cfr. C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ric. n. 10249/03, par. 110-113, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 841 e ss., con nota di ICHINO, *L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Sul punto vedi *infra*, Cap. I, par. 2.5.

<sup>68</sup> Sez. 2, 11 ottobre 2017, n. 54958, par. 2.2., D'Onofrio, in *C.E.D. Cass.*, n. 271526.

<sup>69</sup> In senso conforme: Sez. 2, 30 aprile 2019, n. 23548, in *C.E.D. Cass.*, n. 276120; Sez. 3, 3 aprile 2019, n. 20483, in *Guida Dir.*, 2019, p. 41; Sez. 6, 4 aprile 2017, n. 23052, Nahi.e al., in *C.E.D. Cass.*, n. 270489. Nella successiva sentenza n. 3828 del 2019, la sesta Sezione ha approfondito il presupposto dell'«accesso ad un rito nei casi non consentiti» per la configurazione della pena illegale, stabilendo che questo non fa riferimento ai criteri di ammissibilità «estrinseci» del rito speciale, bensì a quei criteri che «ineriscono al contenuto intrinseco dell'accordo e dunque alla pena applicata». Si tratta, in particolare, dei limiti della reclusione non superiore a cinque anni di cui all'art. 444 comma 1 e della reclusione non superiore a due anni di cui al comma 1-bis. Il superamento di questi limiti determina l'illegalità

Sezione, nella sentenza n. 552 del 2019, ha qualificato come “illegale” la pena determinata attraverso l’applicazione di una «diminuzione non consentita», per l’assenza di una delle condizioni richieste per accedere al patteggiamento<sup>70</sup>.

Appartiene a questo filone giurisprudenziale anche la sentenza n. 34088 del 2020, che ha sancito l’illegalità della pena applicata in violazione di una causa di preclusione del giudizio, il *ne bis in idem*, rilevabile d’ufficio dal giudice ai sensi dell’art. 129 del codice di procedura penale<sup>71</sup>. Sembra anche qui evidente la volontà di valorizzare le ripercussioni sostanziali dell’inosservanza di una causa di improcedibilità, avente carattere processuale, soprattutto per ragioni di opportunità<sup>72</sup>.

---

della pena patteggiata applicata, «in quanto non consentita nel quadro applicativo del rito speciale». Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi illegale l’applicazione di una pena superiore a due anni ad un recidivo reiterato, in violazione dell’art. 444 comma 1-bis (Sez. 6, 10 gennaio 2019, n. 3828, par. 6, Taha, in *C.E.D. Cass.*, n. 274981).

<sup>70</sup> In tal caso, specifica la Corte, si tratta di una pena «che per quantità non corrisponde a quella applicabile, a causa della assenza del presupposto previsto per l’accesso al rito alternativo e alla relativa diminuzione di pena». L’illegalità derivava dalla circostanza che il giudice di merito avesse violato l’art. 13-bis comma 2 d.lgs. n. 74 del 2000. Questo, per i delitti previsti dal relativo decreto, subordina l’accesso al patteggiamento all’estinzione integrale dei debiti tributari o al ravvedimento operoso (Sez. 3, 10 luglio 2019, n. 552, Bentivogli, in *C.E.D. Cass.*, n. 278014).

<sup>71</sup> Nel caso di specie il giudice di merito ha violato il principio del *ne bis in idem* inteso nella sua accezione più ampia, sganciata dal giudicato e messa in luce dalle Sezioni Unite Donati. Cfr. Sez. 5, 5 novembre 2020, n. 34088, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 2496. Le Sezioni Unite Donati hanno stabilito che non può essere nuovamente promossa l’azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente, anche se in fase o grado diversi, nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del Pubblico ministero. In sostanza hanno stabilito che il *ne bis in idem* è un principio generale dell’ordinamento a tutela dei diritti fondamentali dell’imputato, e non un mero effetto del giudicato. Cfr. Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 82.

<sup>72</sup> L’“opportunità” deriva dal fatto che l’inosservanza era avvenuta in relazione al rito premiale di patteggiamento, la cui sentenza ha un regime di impugnazione limitato e disciplinato dall’art. 448 comma 2-bis del codice di procedura penale. Ricondurre la violazione di una causa di preclusione all’esercizio dell’azione penale nell’ambito dell’illegalità della pena è la via più sicura per scongiurare l’inammissibilità del ricorso, che avrebbe sbarrato la strada all’utilizzo dei poteri officiosi previsti dall’art. 129. Ciò in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale sul rapporto tra poteri officiosi del giudice di cognizione e cause di inammissibilità. Sul punto vedi *infra*, Cap. II, par. 3.

Si conferma così la recente tendenza della Corte di cassazione ad ampliare le ipotesi di illegalità della pena, al fine di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale ignorate dal codice di rito<sup>73</sup>.

## ***2. Illegalità sopravvenuta della pena***

Per comprendere il *proprium* e le conseguenze derivanti da ogni ipotesi di illegalità sopravvenuta della pena, occorre tracciare la distinzione tra i fenomeni dell'abrogazione di norme incriminatrici, della successione nel tempo di norme penali e della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme penali. In secondo luogo, l'approfondimento sarà dedicato alle singole ipotesi di illegalità sopravvenuta della sanzione penale; si tratta, in particolare, dell'illegalità derivante dall'*abolitio criminis* e dal contrasto della norma incriminatrice con il diritto eurounitario, dell'illegalità per

---

<sup>73</sup> La tendenza a valorizzare le ripercussioni sostanziali di norme processuali non è tuttavia pacificamente accettata, nemmeno nell'ambito della stessa giurisprudenza di legittimità. Si registra ad esempio un contrasto nel qualificare come "pena illegale" la mancata applicazione della riduzione di pena, inerente al giudizio abbreviato, nella misura della metà anziché di un terzo per i reati contravvenzionali. Secondo un primo indirizzo, tale errore del giudice della cognizione si risolverebbe in una mera «errata applicazione di una legge processuale» (Sez. 4, 27 gennaio 2021, n. 6510, Di Maria, in *C.E.D. Cass.*, n. 280946); una simile conclusione sarebbe giustificata da una nozione restrittiva di pena illegale, in cui vi rientra «solo quella che si risolve in una pena diversa, per specie, da quella stabilita dalla legge ovvero quella quantificata in misura inferiore o superiore ai relativi limiti edittali» (Sez. 2, 25 giugno 2021, n. 28306, Perrella, par. 3, in *C.E.D. Cass.*, n. 281804). L'indirizzo più liberale, nel ritenere l'errata riduzione di rito una pena illegale, enfatizza invece i suoi effetti sostanziali: dal momento che la mancata applicazione della riduzione prevista dalla legge «incide sul trattamento sanzionatorio», il giudice di legittimità deve rilevarla d'ufficio ex art. 609 comma 2 c.p.p. e rideterminare la pena ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p., «divenuto strumento interno di attuazione del principio sovranazionale della retroattività della *lex mitior*» (Sez. 4, 18 maggio 2021, n. 24897, Bara, par. 5.2, in *C.E.D. Cass.*, n. 281488). Dato il «dissenso non inconsapevole» tra questi orientamenti, la quarta Sezione della Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite (Sez. 4, ord. 25 novembre 2021, n. 46024).

pronuncia di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice e dell'illegalità a seguito di successione di leggi penali nel tempo.

### ***2.1. Una distinzione doverosa***

L'abrogazione è disciplinata dall'art. 2 comma 2 c.p., a mente del quale “[n]essuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”. Questa disposizione risolve, attraverso un criterio cronologico, l'antinomia tra «due norme poste sullo stesso livello gerarchico, emanate in tempi diversi, che prevedono in relazione alla stessa fattispecie astratta [...] conseguenze giuridiche incompatibili (sanzione penale/non sanzione penale)»<sup>74</sup>. Si tratta di una c.d. antinomia di tipo assoluto: vi è totale incompatibilità tra una norma incriminatrice e una legge successiva che qualifica come penalmente lecita la medesima fattispecie (c.d. *abolitio criminis*).

Non si ha questa antinomia nel caso della successione di norme penali nel tempo<sup>75</sup>, che provoca una modifica di fattispecie criminose preesistenti disciplinata da un criterio di tipo oggettivo: si applica la norma penale più favorevole al reo (art. 2 comma 4 c.p.). L'art. 2

---

<sup>74</sup> GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 23.

<sup>75</sup> Non è peraltro detto che la successione possa essere solo cronologica: se viene abrogata una disposizione da cui si ricava una norma penale speciale ed esiste nell'ordinamento una norma generale che si “riespande”, senza che vi sia una riduzione dell'area del penalmente illecito, si ha la c.d. *abolitio sine abrogatione*, cui si applica l'art. 2 comma 4 del codice penale. *Ivi*, p. 14 e ss.

comma 4 rileva ad esempio quando vi è una modifica della cornice edittale di una certa fattispecie di reato, che non incide sul perimetro del penalmente illecito. Se la norma più favorevole è quella vigente al momento del giudizio, la sua applicazione è retroattiva; se la norma più favorevole è quella vigente al tempo della commissione del reato, poi modificata, si applica ultrattivamente<sup>76</sup>. Il limite invalicabile per questa tipologia di successione di leggi penali nel tempo coincide però con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Una deroga all'intangibilità del giudicato è contemplata dal comma 3, inserito dall'art. 14 l. n. 85/2006, nel caso in cui vi sia stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore preveda esclusivamente la pena pecuniaria.

A “metà” tra l'*abolitio criminis* e la successione di norme penali si pone la c.d. *abolitio criminis* parziale, consistente nella successione nel tempo di due norme incriminatrici poste in un rapporto di genere a specie: la norma speciale successiva restringe parzialmente l'ambito d'applicazione della norma generale preesistente. In tal caso la porzione normativa abrogata è disciplinata dall'art. 2 comma 2 c.p., con le inevitabili conseguenze sulle sentenze passate in giudicato, mentre la porzione vigente segue il dettato del comma 4.

Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale, infine, sono disciplinati dagli artt. 136, comma 1 Cost. e 30, commi 3 e 4, legge n. 87 del 1953 (Norme sulla costituzione e sul

---

<sup>76</sup> L'art. 2 comma 4 c.p. non si applica tuttavia alle leggi temporanee, e cioè con vigenza limitata nel tempo, o eccezionali, e cioè emanate in situazioni anomale (guerre, epidemie, ecc.), ex comma 5. In questi casi, la norma di riferimento è quella in vigore all'epoca della commissione del fatto di reato.

funzionamento della Corte costituzionale). In base a queste disposizioni, “[l]e norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” (art. 30 comma 3 l. 87 del 1953) e “[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali” (comma 4).

L’art. 673 comma 1 c.p.p., relativo all’esecuzione delle sentenze di condanna, detta una disciplina comune all’*abolitio criminis* e alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice, stabilendo che, in questi casi, “il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti”.

Nonostante questi incisivi effetti comuni sulle sentenze di condanna definitive, il fenomeno della declaratoria di incostituzionalità è molto diverso da quello dell’abrogazione, come stabilito da una giurisprudenza costituzionale risalente. Infatti l’invalidità della norma incostituzionale «inficia fin dall’origine (o fin dalla emanazione della Costituzione per leggi a questa anteriori) la disposizione impugnata»<sup>77</sup>. In altre parole, la declaratoria di illegittimità costituzionale determina la «cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto» e impedisce che tali norme, dopo la

---

<sup>77</sup> Corte cost., 5 maggio 1967, n. 58, in *Foro It.*, 1967, p. 1368 e ss., con nota di JEMOLO, *Ancora sulla natura delle sentenze della Corte costituzionale*. La Corte precisa, conseguentemente, che le pronunce di incostituzionalità «fanno sorgere l’obbligo per i giudici avanti ai quali si invocano le norme di legge dichiarate costituzionalmente illegittime di non applicarle, a meno che i rapporti cui esse si riferiscono debbano ritenersi ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, e conseguentemente non più suscettibili di alcuna azione o rimedio» (par. 3).

pubblicazione della sentenza, «siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo»<sup>78</sup>. La patologia consistente nell'incostituzionalità di una norma, quindi, porta l'effetto di annullamento della sentenza di accoglimento a retroagire fino al momento in cui è entrata in vigore la norma invalida, estirpandola dall'ordinamento.

Al contrario, l'abrogazione non estingue le norme ma «piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia», e quindi l'applicabilità, ai fatti accaduti fino all'entrata in vigore della legge abrogante. Mentre gli effetti della declaratoria di incostituzionalità esprimono una patologia dell'ordinamento, gli effetti dello *ius superveniens* rappresentano una modifica fisiologica, dettata dalle logiche di opportunità politica seguite dal legislatore<sup>79</sup>. Ne consegue, in generale, l'efficacia *ex nunc* dell'abrogazione<sup>80</sup>, nettamente diversa dall'efficacia *ex tunc* delle sentenze di illegittimità costituzionale<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Corte cost., 2 aprile 1970, n. 49, par. 2, in *Foro It.*, 1970, p. 1307 e ss., con nota di PIZZORUSSO, *Sull'efficacia nel tempo delle dichiarazioni di incostituzionalità*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Si precisa che questo discorso è valido in generale, ma poi assume diverse sfaccettature a seconda della branca dell'ordinamento in cui viene calato. In ambito penale, come già illustrato, la regola dell'efficacia *ex nunc* dell'abrogazione viene derogata con riferimento all'*abolitio criminis* e alla successione nel tempo di leggi penali (art. 2 commi 2 e 4 c.p.), in applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole. La distinzione tra abrogazione e declaratoria di illegittimità costituzionale ha rappresentato il primo passo per ammettere la possibilità di rideterminare in sede esecutiva una pena illegale, in quanto frutto dell'applicazione di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, dichiarata incostituzionale. Cfr. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, p. 1006 e ss., con nota di VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*.

<sup>81</sup> Seppur con diversi anni di ritardo, anche la Cassazione si è allineata all'orientamento della giurisprudenza costituzionale. Addirittura le Sezioni Unite Conti hanno ritenuto possibile il controllo di costituzionalità di una norma già abrogata, nel caso in cui ne resistano gli effetti. Cfr. Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 17179, Conti, in *C.E.D. Cass.*, n. 221403. Le Sezioni Unite Gatto, già richiamate, si esprimono in modo netto sulla peculiarità della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma: tale declaratoria «attesta che quella norma mai avrebbe

## 2.2. *Abolitio criminis*

È ormai assodato che l'abrogazione di una fattispecie incriminatrice determini la configurazione di una pena illegale, se questa è stata inflitta sulla base della norma abrogata. Non è tuttavia detto che l'illegittimità della pena sia sempre sopravvenuta: la qualificazione dell'illegalità come *ab origine* o sopravvenuta, la cui esigenza non è frutto di un capriccio descrittivo<sup>82</sup>, dipende dal momento in cui è avvenuta l'abrogazione della fattispecie penale rispetto alla consumazione del reato.

Se tale abrogazione è successiva rispetto al compimento dell'illecito penale, si configura una pena la cui illegalità è sopravvenuta<sup>83</sup>. Se, al contrario, l'*abolitio criminis* precede la

---

dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano, che è Stato costituzionale di diritto, ciò che implica il primato delle norme costituzionali, che non possono perciò essere violate dal legislatore ordinario» (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 5.2, *ivi*). Cfr. anche Sez. Un., 7 luglio 1984, n. 7232, Cunsolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 212334.

<sup>82</sup> Come già accennato, e come si vedrà approfonditamente nel Capitolo III, cambiano i poteri del giudice dell'esecuzione nell'accertare e rideterminare una pena illegale.

<sup>83</sup> Ad esempio, nella sentenza n. 40259 del 2017 la seconda Sezione penale della Cassazione ha annullato senza rinvio una sentenza di patteggiamento perché, nelle more del giudizio di cassazione, vi era stata abrogazione di uno dei reati (guida senza patente ex art. 116 c.d.s.) avvinti dal vincolo della continuazione su cui poggiava l'accordo delle parti. Di conseguenza, essendo la pena divenuta illegale, si è palesata la necessità di permettere una nuova valutazione delle parti. L'*abolitio criminis* di uno dei reati su cui si è formato l'accordo delle parti, dunque, travolge la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e il sottostante accordo. Infatti, per usare le parole dei giudici di legittimità, l'abolizione incide «in modo imprevedibile e significativo sull'accordo che è il frutto di valutazioni complessive sulle quali non può che avere influito anche la contestazione del fatto depenalizzato» (Sez. 2, 5 settembre 2017, n. 40259, par. 1.1, in *Arch. Giur. Circol. e Sinistri*, 2018, p. 139). In senso conforme: Sez. 4, 8 novembre 2012, n. 47287, Perugini, in *C.E.D. Cass.*, n. 253922; Sez. 3, 30 aprile 2015, n. 40522, Carcano, in *C.E.D. Cass.*, n. 265499. Secondo un diverso orientamento, invece, l'accordo mantiene la sua efficacia ma il giudice deve scomputarvi la pena applicata per il reato abrogato ex art. 610 comma 3, purché non siano necessari nuovi accertamenti di fatto.

commissione del fatto di reato, si ha una pena illegale *ab origine*. È questa la conclusione a cui sono arrivate le Sezioni unite nella sentenza Mraidi, in cui hanno dovuto sciogliere un nodo interpretativo: se fosse possibile al giudice dell'esecuzione revocare, ex art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, nel caso in cui l'*abolitio criminis* implicita non sia stata rilevata dal giudice di cognizione<sup>84</sup>. Inoltre, nel caso di specie, l'imputato non solo è stato condannato, ma ha commesso il fatto dopo l'entrata in vigore della legge che ha abolito parzialmente la contravvenzione di cui all'art. 6 comma 3, legge n. 286 del 1998.

Le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa al quesito che è stato loro posto, qualificando la pena priva di adeguata "base

---

Cfr. Sez. 5, 4 maggio 2016, n. 41676, Carletti, in *C.E.D. Cass.*, n. 268454; Sez. 6, 15 dicembre 1999, n. 356, El Quaret, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 3342.

<sup>84</sup> Cfr. Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, *ivi.*, La *quaestio iuris* su cui si è pronunciata la Corte deriva da un caso di abrogazione implicita di norma incriminatrice, e cioè dell'art. 6 comma 3 del d.lgs. n. 286 del 1998, che, nella sua versione originaria, puniva la mancata esibizione da parte dello straniero, senza giustificato motivo, del "passaporto o altro documento di identificazione, *ovvero* [del] permesso o [del]la carta di soggiorno" (corsivo aggiunto). Sulla base del dato letterale, si riteneva che il soggetto attivo di tale reato fosse lo straniero in generale, e dunque anche lo straniero che avesse fatto illegale ingresso nel territorio dello Stato. Infatti, nei confronti del c.d. immigrato clandestino, non poteva esigersi l'esibizione del permesso o della carta di soggiorno, ma ben poteva richiedersi il "passaporto o altro documento di identificazione", in quanto rientranti nella sfera di disponibilità dello straniero antecedente al suo ingresso nel territorio dello Stato. Sul punto, vedi Sez. Un., 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, in *C.E.D. Cass.*, n. 226102. La novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009, oltre ad aver modificato la condotta penalmente rilevante dalla "mancata esibizione" alla "mancata ottemperanza all'ordine di esibizione", ha sostituito l'oggetto materiale del reato. Si è dunque passati dalla "carta di soggiorno" ad "altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato". L'innovazione più rilevante, tuttavia, riguarda la congiunzione che lega le "coppie" di documenti la cui mancata esibizione integra reato: la congiunzione "e" ha sostituito la disgiuntiva "ovvero". Sulla base di questa modifica, di cui il legislatore non ha esplicitato conseguenze, le Sezioni Unite Alacev hanno ritenuto essere avvenuta una *abolitio criminis* parziale per i fatti commessi dagli stranieri irregolarmente soggiornanti. Cfr. Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 234 e ss., con nota di BRAZZI, *Lo straniero clandestino senza documenti non può essere condannato*.

legale” come illegale *ab origine*<sup>85</sup> e valorizzando le potenzialità interpretative dell’art. 673 del codice di procedura penale. Infatti questa disposizione, nel disporre la revoca della sentenza di condanna in caso di *abolitio criminis*, non differenzia l’operatività della revoca a seconda che l’abrogazione sia avvenuta prima o dopo il compimento del fatto di reato. Diversamente, l’art. 2 comma 2 c.p. impedisce la condanna solamente per un fatto anteriore all’*abolitio criminis*. È proprio nello scarto testuale tra l’art. 673 c.p.p. e l’art. 2 comma 2 c.p. che viene fissata la centralità del giudice dell’esecuzione nella tutela di un «principio fondamentale dell’ordinamento»: quello per cui «nessuna sanzione penale può essere eseguita in relazione ad una condotta per la quale è stata esclusa la rilevanza penale»<sup>86</sup>. Del resto, se è previsto che nessuno possa essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato, «ancor di più va tutelata la posizione di colui che sia stato condannato per un fatto che *già al momento della commissione non era reato* per essere precedentemente intervenuta l’*abolitio criminis*» (corsivo aggiunto)<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Testualmente: «[l]a tutela dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale alla libertà personale e il principio di legalità, deve infatti prevalere sull’intangibilità del giudicato, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 210 del 2013 e dalle Sezioni Unite a partire dalle sentenze Ercolano e Gatto, non potendo accettarsi “l’applicazione di una pena avulsa dal sistema” (Sez. U, Basile [...]) come quella inflitta con una sentenza di condanna pronunciata per un fatto che, al momento della sua commissione, non aveva rilievo penale e per questo era da ritenersi illegale *ab origine*» (corsivo aggiunto) (Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, par. 7, *ivi*). In senso conforme: Sez. 3, 10 luglio 2019, n. 552, Bentivogli, *ibidem*, che fa rientrare nella definizione di “pena illegale” quella «individuata in violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole» (par. 2).

<sup>86</sup> Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, par. 6.2, *ivi*. Sul punto, vedi anche Sez. 1, 6 dicembre 2011, n. 1000, Bolla Diope, non massimata; Sez. 1, 2 febbraio 2012, n. 6539, Jabir, non massimata.

<sup>87</sup> Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, par. 6.2, *ivi*.

Questa presa di posizione delle Sezioni Unite ha una conseguenza rilevante e una fonte riconoscibile. La conseguenza rilevante è la ricomprensione, nell'ambito di applicazione dell'art. 673 c.p.p., non solo del caso contemplato dall'art. 2 comma 2 c.p. ma anche dal comma 1 del medesimo articolo, espressione del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. La fonte riconoscibile, da cui i giudici di legittimità traggono la forza giuridica del loro discorso, va rinvenuta nel principio costituzionale di legalità, che si è già visto essere a fondamento dell'istituto della pena illegale nelle sentenze della Corte di cassazione.

La valorizzazione del ruolo del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione di una pena *ab origine* illegale, operata da questa sentenza, si inserisce peraltro nel solco di una sempre più accentuata "flessione" dell'intangibilità del giudicato<sup>88</sup>. Un limite all'intervento del giudice dell'esecuzione, tuttavia, viene individuato dalle Sezioni unite nella sussistenza di un "errore valutativo" del giudice di cognizione, quale causa della comminazione di una pena illegale. In tal caso il giudice dell'esecuzione non potrà rideterminare la pena *ab origine* illegale e dunque non potrà scalfire il giudicato, in conformità all'insegnamento delle Sezioni Unite Basile<sup>89</sup>. Si tratta di un orientamento che lascia piuttosto perplessi, non solo perché qui si ritiene essere illegale solamente la pena derivante da un errore giuridico, e dunque valutativo, del giudice di cognizione. Ma anche perché nella prassi non è sempre agevole capire se il giudice abbia o meno di prendere in considerazione la legge sopravvenuta,

---

<sup>88</sup> L'argomento sarà trattato *funditus* nel Cap. III. Su tutte, vedi Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*.

<sup>89</sup> Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, par. 4.3, *ivi*.

ignorandola, o abbia invece respinto implicitamente l'interpretazione volta a conferire alla novella una portata abrogatrice.

Dal momento che all'*abolitio criminis* è stretta a filo doppio l'illegalità della pena, occorre prendere atto di situazioni particolari in cui non è facile capire se c'è stato o meno un effetto abrogativo di una fattispecie incriminatrice. Infatti, secondo l'art. 15 Prel., le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore (c.d. abrogazione espressa), o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (c.d. abrogazione tacita). È proprio l'abrogazione tacita ad essere foriera di problemi ermeneutici, in quanto l'effetto abrogativo deve essere "riconosciuto" da un'attività interpretativa dei giudici che, nel caso concreto, può avvenire a distanza di tempo dall'entrata in vigore della legge abrogante e può essere confusa con una successione di interpretazioni giurisprudenziali sulla medesima legge. Al contrario della successione di leggi nel tempo che determina un'*abolitio criminis*, idonea a configurare una pena illegale e ad incidere sul giudicato, la successione di diverse interpretazioni sulla medesima legge non può avere questi effetti, come di recente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012<sup>90</sup>. Con questa pronuncia la Corte ha dichiarato infondata la questione di

---

<sup>90</sup> Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *archiviopenale.it*, 2013, con nota di FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*. La questione di costituzionalità alla base di questa sentenza è originata dalla medesima vicenda culminata con le Sezioni Unite Mraidi, riguardante la dubbia portata della legge n. 94 del 2009 sulla contravvenzione di omessa esibizione di documenti di cui all'art. 6 comma 3 del d.lgs. n. 286 del 1998 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). Tale questione, espressa nell'alternativa tra un'autentica *abolitio criminis* parziale e una mera successione di interpretazioni giurisprudenziali nel tempo, è stata risolta nel senso dell'*abolitio criminis* dalle Sezioni Unite Alacev, già richiamate.

costituzionalità dell'art. 673 c.p.p., «nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna [...], anche il “mutamento giurisprudenziale”, determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato»<sup>91</sup>. L'ordinanza di rimessione si basava, in sintesi, sulla sostanziale equiparazione tra la “*consecutio*” di linee interpretative giurisprudenziali e la successione di leggi nel tempo<sup>92</sup>.

In conformità al *dictum* della Corte costituzionale, che conferma l'estraneità del principio dello *stare decisis* al nostro ordinamento, deve escludersi che una mera successione di interpretazioni giurisprudenziali sulla medesima legge possa

---

<sup>91</sup> La questione di costituzionalità è stata motivata dal giudice rimettente sulla base di diversi parametri: l'art. 117 comma 1 Cost., “mediato” dall'art. 7 CEDU, e gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost.

<sup>92</sup> Si tratta di una questione che coinvolge, da un lato, il principio di legalità ex art. 25 comma 2 Cost. e, dall'altro, l'intangibilità del giudicato e il principio di certezza dei rapporti giuridici. Come spiega bene GAMBARDELLA, «[l]a posta in gioco è qui costituita soprattutto dal valore che bisogna assegnare al “precedente” delle Sezioni unite penali; nell'ambito del più ampio tema concernente la funzione meramente dichiarativa o creativa della giurisprudenza, e della sua potenziale inclusione tra le fonti del diritto» (GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., p. 234). La Corte costituzionale si è premurata di negare l'equiparazione tra una successione di interpretazioni giurisprudenziali sulla medesima legge e una successione di leggi nel tempo facendo leva soprattutto sul principio di legalità (art. 25 comma 2 Cost.), declinato nel principio della riserva di legge in materia penale, e sul principio di separazione dei poteri, che vede i giudici soggetti soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.). Infatti, usando le parole della Corte, «[a] pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può [...] dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore» (par. 11), in base al principio *eius est abrogare cuius est condere*. Del resto la massima espressione della funzione nomofilattica della Corte, e cioè la pronuncia a Sezioni unite, ha una valenza solo “persuasiva” e non obbligatoria: è ben possibile che tale pronuncia, a differenza di una legge con valenza abrogativa, sia disattesa dal giudice competente per un caso analogo, purché con adeguata motivazione. E, prosegue la Corte, se per assurdo si dovesse attribuire all'*overruling* giurisprudenziale la capacità di provocare la revoca di una sentenza definitiva, vi sarebbe una propria «sovversione di sistema». Si verrebbe a creare un rapporto gerarchico tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, i quali sarebbero costretti ad uniformarsi alla decisione *pro reo* delle prime anche se non fossero d'accordo, revocando il giudicato di condanna. Allo stesso tempo, i giudici di cognizione che si trovassero a giudicare *ex novo* un fatto analogo non sarebbero vincolati dalla pronuncia “nomofilattica”, e potrebbero disattenderla con adeguata motivazione (Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, par. 10, *ivi*).

configurare una pena illegale e legittimare l'applicazione dell'art. 673 c.p.p.<sup>93</sup>

### ***2.3. Illegalità della pena per contrasto della norma incriminatrice con il diritto eurounitario***

È opportuno ora vagliare la configurabilità dell'illegalità della pena derivante dall'incompatibilità tra il diritto penale domestico e l'ordinamento eurounitario. Sono infatti diverse le affermazioni da parte dei giudici di legittimità circa la possibilità di equiparare le situazioni che generano tale incompatibilità all'*abolitio criminis*<sup>94</sup>, che a sua volta può essere causa di illegalità della pena.

---

<sup>93</sup> Di conseguenza, la giurisprudenza si è dovuta ingegnare nella ricerca di un criterio di discernimento tra la successione "interpretativa" e quella "legislativa", individuato nella presenza o meno di un intervento normativo. In altre parole se cambia la lettera della fattispecie incriminatrice si ha successione di leggi nel tempo, mentre se non cambia ma allo stesso tempo ne muta il significato, si ha una successione "interpretativa". Cfr. Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, par. 6.1, *ivi*; Sez. Un. del 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, *ivi*. Chiaramente non è detto che ogni modifica legislativa della fattispecie di reato determini un effetto abolitivo di un reato, almeno parziale: è possibile che vi sia una semplice successione di leggi penali, anche avente i connotati della c.d. *abrogatio sine abolitione*.

<sup>94</sup> *Ex multis*, cfr. Sez. 7, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlaib, in *C.E.D. Cass.*, n. 239956; Sez. 6, 5 novembre 2010, n. 9028, Gargiulo, in *C.E.D. Cass.*, n. 249680; Sez. 1, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3769 e ss., con nota di DE AMICIS, *Osservazioni a Corte di Cassazione, 28 aprile 2011, n. 22105, sez. 1*; Sez. 1, 29 aprile 2011, n. 20130, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3763; Sez. 1, 5 ottobre 2011, n. 39566, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 250; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*. Sul punto, invece, la dottrina non è compatta. Alcuni tendono ad enfatizzare la differenza tra l'antinomia espressa dal fenomeno abrogativo, risolubile attraverso un criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*), e quella espressa dalla disapplicazione, risolubile attraverso il criterio della prevalenza della norma eurounitaria su quella nazionale (*lex superior derogat inferiori*). La disapplicazione della norma interna non ne implica l'invalidità o l'abrogazione, ma solamente uno stato di quiescenza: ne viene paralizzata l'operatività, per cui, se in futuro venisse meno la norma eurounitaria incompatibile con la norma nazionale, quest'ultima vedrebbe "riespansa" la sua originaria efficacia. La sostanziale diversità tra i fenomeni della disapplicazione e dell'*abolitio criminis* comporterebbe pertanto l'impossibilità di applicare indistintamente l'art. 2 comma 2 c.p.; nell'ipotesi di contrasto tra una norma eurounitaria avente effetti diretti e una norma interna, la conseguenza disapplicativa

Prima di entrare nel merito della questione, occorre delineare brevemente quali siano le possibili conseguenze del contrasto tra una norma incriminatrice e il diritto eurounitario. Si può anzitutto fare affidamento sul criterio dell'interpretazione conforme, nel caso in cui l'asimmetria tra la norma interna e quella "superiore" sia risolvibile in via interpretativa, escludendo però l'ipotesi in cui tale interpretazione abbia effetti *in malam partem*<sup>96</sup>. Nel caso in cui non sia possibile percorrere questa via e la norma eurounitaria sia dotata di efficacia diretta<sup>97</sup>, allora il giudice nazionale avrà il potere/dovere di disapplicare la norma interna contrastante<sup>98</sup>, fatto salvo il

---

andrebbe ricondotta al principio generale di retroattività della *lex mitior*, consacrato a livello europeo e internazionale. Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., p. 206 e ss. Secondo un diverso indirizzo, volto a valorizzare il tenore letterale dell'art. 2 comma 2 c.p., questa disposizione non richiama solo l'*abolitio criminis* ma «si riferisce in forma assai più lata a tutte le ipotesi in cui il fatto non costituisce reato secondo una legge posteriore: e dunque si presta ad essere applicato in tutti i casi in cui la norma incriminatrice resta in vigore, ma la sua efficacia nel caso concreto resta paralizzata» (VIGANÒ - MASERA, *Addio articolo 14: Nota alla sentenza El Dridi della Corte di giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Riv. AIC*, 2011, p. 15). Nonostante la diversa conclusione cui giungono questi due orientamenti circa la riconducibilità della disapplicazione all'art. 2 comma 2 c.p., il pensiero è sostanzialmente lo stesso, e va condiviso: la disapplicazione, fenomeno diverso dall'*abolitio criminis*, è espressione del principio di retroattività della *lex mitior*, il quale ha importanti addentellati a livello costituzionale e sovranazionale.

<sup>96</sup> Questo limite all'interpretazione conforme, se collegato ad una direttiva, ne impedisce la propagazione di effetti diretti. Infatti, per un consolidato orientamento della Corte di giustizia, le direttive possono avere effetti diretti solo se dalle stesse derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente. Gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale. Cfr., *ex plurimis*, Corte di giustizia, ordinanza 24 ottobre 2002, RAS, C-233/01; sentenza 29 aprile 2004, Beuttenmüller, in causa C-102/02; sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, C-387/02, C-391/02 e C-403/02; Sez. 3 Cass., 30 settembre 2009, n. 41839, Righi, in *C.E.D. Cass.*, n. 241422.

<sup>97</sup> Sono peraltro sempre più frequenti le decisioni della Corte di giustizia che attribuiscono effetti diretti ai diritti fondamentali contenuti nella c.d. Carta di Nizza. Si tratta di una tematica delicata e in via di sviluppo, coinvolgente la questione più generale della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali, "contesa" tra ambito nazionale, sovranazionale e convenzionale. In particolare, la Corte di giustizia ha attribuito il "crisma" dell'efficacia diretta, con conseguente possibilità di disapplicazione della norma interna contrastante, agli artt. 21 (non discriminazione), 47 (diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), 49 (principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) e 50 (diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato) Carta di Nizza. Sul punto, vedi MANES, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020, p. 16 e ss.

<sup>98</sup> Ciò accade quando il giudice nazionale è sicuro del conflitto e la norma eurounitaria non necessita di chiarimenti interpretativi. In caso contrario, il giudice deve sollevare rinvio

medesimo limite del risultato sfavorevole al reo. Se, infine, la norma eurounitaria è sprovvista di efficacia diretta, non sussistendo l'obbligo di disapplicazione, il giudice interno deve sollevare questione di costituzionalità della norma interna contrastante assumendo come parametri costituzionali di riferimento gli artt. 11 e 117<sup>99</sup>.

Appare dunque evidente come, in astratto, la contrarietà di una norma incriminatrice interna con il diritto eurounitario possa portare a due tipologie diverse di illegalità della pena, la prima scaturente dalla disapplicazione e la seconda dalla pronuncia di incostituzionalità. Mentre l'illegalità derivante dall'incostituzionalità della norma incriminatrice sarà analizzata compiutamente nel paragrafo successivo, ora è opportuno focalizzare l'attenzione sul potenziale inquadramento giuridico e sulle ripercussioni dell'illegalità derivante della disapplicazione.

Dato che a livello processuale gli effetti dell'obbligo di disapplicazione di una fattispecie incriminatrice sono molto simili a quelli dell'*abolitio criminis*, è plausibile ipotizzare l'illegalità della pena inflitta sulla base di una norma incriminatrice contrastante con il diritto eurounitario. Nonostante la giurisprudenza di legittimità non si sia mai espressa sul punto, si possono individuare due ordini di ragioni a sostegno di questa tesi. Anzitutto, gli istituti attivabili dal

---

pregiudiziale alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE. Se quest'ultima ravvisa l'incompatibilità tra la norma eurounitaria e quella interna, lo dichiara con una pronuncia avente efficacia *erga omnes* e i giudici penali nazionali devono disapplicare la norma incriminatrice contrastante. Sul punto, vedi TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2010, p. 347 e ss.

<sup>99</sup> Ciò è avvenuto con la citata sentenza n. 28 del 2010 della Corte costituzionale, che ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 183 comma 1 lett. n) d.lgs. n. 152/2006 ("Norme in materia ambientale") per contrasto con la direttiva 2006/12/CE, sprovvista di effetti diretti. Cfr. Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro It.*, 2010, p. 1114 e ss., con nota di ARMONE, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*.

giudice di cognizione e dell'esecuzione, nel caso in cui rilevino anche d'ufficio (il primo) o solo su istanza di parte (il secondo) la necessità di disapplicare la fattispecie di reato su cui si fonda l'ipotesi accusatoria o di condanna. Ma soprattutto la configurabilità dell'illegalità della pena deriva da una concezione "integrata" della legalità costituzionale espressa dall'art. 25 comma 2 Cost., arricchita, per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost., dalle "superiori" norme eurounitarie<sup>100</sup>.

Infatti, se la Corte di giustizia ravvisa un contrasto tra tali norme e una norma interna, imponendone la disapplicazione<sup>101</sup>, nei processi penali in corso i giudici nazionali devono applicare analogicamente l'art. 129 c.p.p. perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, nel caso in cui la condotta criminosa sia avvenuta prima del termine finale entro cui lo Stato membro può adeguarsi alla norma

---

<sup>100</sup> In un *obiter dictum* la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza n. 28/2010 la «cogenza» e la «sovraordinazione» delle «norme comunitarie» rispetto alle «leggi ordinarie», grazie agli artt. 11 e 117 della Costituzione. Cfr. Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, *ivi*.

<sup>101</sup> Ciò è avvenuto anzitutto con la sentenza 6 marzo 2007, Placanica, in cui la Corte ha affermato la contrarietà del reato che sanziona le attività di esercizio "abusivo" di raccolta del denaro per scommesse con i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi ex artt. 43 e 49 Trattato CE, nel caso in cui i soggetti colpiti dalla sanzione penale non abbiano potuto ottenere le relative concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto dello Stato membro, in violazione del diritto eurounitario. Ancora, nella già citata sentenza El Dridi, la Corte di giustizia ha sancito l'incompatibilità tra il reato di inottemperanza all'ordine di rimpatrio nei confronti dell'immigrato irregolare (art. 14 comma 5-ter T.U. immigrazione) e la direttiva 2008/15/CE. Più nello specifico, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'irrogazione di «una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale», rischia di frustrare il c.d. effetto utile della direttiva, e cioè «l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare» (par. 58-59), oltre che di violare i diritti fondamentali degli stranieri irregolari.

eurounitaria<sup>102</sup> provvista di effetti diretti<sup>103</sup>. Nel caso in cui la condotta criminosa sia successiva a tale termine deve essere sempre applicato l'art. 129 c.p.p., ma perché il fatto non sussiste<sup>104</sup>.

Quando viene invece in rilievo una sentenza di condanna irrevocabile pronunciata sulla base di una norma incriminatrice poi dichiarata in contrasto con il diritto eurounitario, il giudice dell'esecuzione dovrebbe preferibilmente applicare in via analogica l'art. 673 del codice di procedura penale<sup>105</sup>. In caso contrario, dovrebbe sollevare questione di costituzionalità con riferimento agli artt. 3, 11 e 117 Cost., interposto dall'art. 7 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo; solo attraverso una pronuncia di incostituzionalità si potrebbe infatti colmare la lacuna legislativa che non prevede la revoca della sentenza di condanna a fronte della sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice contrastante con il diritto eurounitario.

Non osta all'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. nemmeno la circostanza che la sentenza di condanna riguardi un fatto avvenuto

---

<sup>102</sup> Infatti la sentenza interpretativa della Corte di giustizia retroagisce al momento in cui la norma eurounitaria interpretata ha cominciato a dispiegare effetti diretti, e cioè, nel caso in cui tale norma sia una direttiva, quando è scaduto il termine della sua esecuzione. In altre parole, tale sentenza ha un'efficacia meramente dichiarativa.

<sup>103</sup> È questa la soluzione adottata da Sez. 1, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, *ivi*; Sez. 1, 29 aprile 2011, n. 18586, Sterian, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 159 e ss., con nota di DI GERONIMO, *Si alla sanatoria degli irregolari renitenti all'espulsione*.

<sup>104</sup> Cfr. Sez. 3, 28 marzo 2007, n. 16928, in *Guida Dir.*, 2007, p. 70; Sez. 3, 12 febbraio 2008, n. 13819, in *Guida Dir.*, 2008, p. 86. Sulla stessa linea, cfr. VIGANÒ - MASERA, *op. cit.*; GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., p. 217.

<sup>105</sup> Cfr. Sez. 7, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlaib, *ibidem*; Sez. 1, 29 aprile 2011, n. 20130, *ibidem*. Sez. 1, 12 aprile 2012, n. 14276, Khemiri, in *C.E.D. Cass.*, n. 252235. Vedi anche VIGANÒ - MASERA, *op. cit.*, p. 16. Secondo gli Autori, l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p. sarebbe giustificata dalla circostanza che l'istituto della revoca *in executivis* della sentenza di condanna si configuri quale espressione del principio generale di retroattività della norma più favorevole, ormai prevalente sul discusso dogma dell'intangibilità del giudicato. In altre parole, si tratterebbe di un istituto non eccezionale, e dunque non soggetto al divieto di analogia ex art. 14 Prel.

posteriormente alla data di dispiegamento degli effetti diretti della norma eurounitaria in contrasto con la fattispecie di reato interna. Come insegnano le Sezioni Unite Mraidi, infatti, l'art. 673 rimane indifferente alla circostanza che l'*abolitio criminis* sia avvenuta prima o dopo il compimento del fatto criminoso. Ragionando in termini analogici si può affermare che, ai fini della revoca della sentenza di condanna, è indifferente che l'inapplicabilità della norma incriminatrice si sia verificata prima della commissione del reato<sup>106</sup>. È ormai chiaro, in altre parole, che l'art. 673 ha un ambito d'applicazione più ampio dell'art. 2 comma 2 c.p., coinvolgente anche il principio di irretroattività della norma penale ex artt. 25 comma 2 Cost. e 2 comma 1 c.p.<sup>107</sup>

In conclusione, nelle ipotesi in cui una norma incriminatrice vada disapplicata perché contrastante con una norma eurounitaria avente effetti diretti, si deve ritenere configurabile una pena illegale, *ab origine* o sopravvenuta, a seconda della relazione temporale tra la commissione del fatto e l'inapplicabilità della norma penale interna.

---

<sup>106</sup> Al contrario, GAMBARDELLA ritiene che il presupposto di applicabilità dell'art. 673 c.p.p. sia un'innovazione legislativa, cui è assimilabile la scadenza del termine per applicare la direttiva, «interventiva dopo la commissione del reato» (GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., p. 220).

<sup>107</sup> Che il concetto di illegalità della pena “coprisse” anche l'ipotesi in cui fosse violato il principio di irretroattività della norma penale era già stato affermato da Sez. 1, 25 febbraio 2005, n. 9456, Pozzi, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2540. Qui i giudici di legittimità hanno precisato che l'illegalità della pena attiene ad ogni caso di irrogazione di una pena non prevista, per specie o entità, dalla norma ritenuta applicabile, ed altresì al caso che quest'ultima sia in realtà inesistente o inapplicabile in relazione al tempo del commesso reato.

## ***2.4. Illegalità della pena per pronuncia di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice***

L'illegittimità della pena derivante dalla declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice che la prevede non è mai stata messa in discussione<sup>108</sup>. A dissipare sul nascere qualsiasi dubbio, è dirimente quanto disposto dall'art. 673 comma 1 c.p.p.: la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice impone al giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna o il decreto penale, "dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato" e adottando i "provvedimenti conseguenti". Si tratta di una fattispecie in grado di travolgere *ex lege* il giudicato di condanna, che fa *pendant*, nel giudizio di cognizione, con l'art. 129. Infatti, se sopravviene la dichiarazione di incostituzionalità della norma penale incriminatrice il giudice di cognizione deve dichiarare d'ufficio che il fatto non è previsto dalla legge come reato<sup>109</sup>.

Data questa solida base normativa, la giurisprudenza di legittimità non ha sentito l'esigenza di includere una simile ipotesi nell'ambito della pena illegale; istituto, si ribadisce, volto a permettere al giudice di cognizione o dell'esecuzione di rilevare e

---

<sup>108</sup> Cfr. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 1121 e ss. Per una conferma giurisprudenziale, vedi Sez. 1, 2 ottobre 1996, n. 4873, Bruno, in *Giust. Pen.*, 1997, p. 377. Qui la Corte, escludendo che il giudice dell'esecuzione possa rideterminare una pena frutto dell'applicazione di una norma penale non incriminatrice incostituzionale, ha stabilito che «il giudice dell'esecuzione [...] può tenere conto di una dichiarazione di illegittimità costituzionale soltanto allorché concerne una norma incriminatrice (e tale non è quella riguardante l'ambito di applicabilità delle sanzioni sostitutive di pene brevi) e al solo fine di revocare la sentenza di condanna (art. 673 co.1 c.p.p.)».

<sup>109</sup> Questo stesso dovere è proprio anche della Corte di cassazione, ex art. 609 comma 2 c.p.p.

rideterminare una pena che, in via originaria o sopravvenuta, si pone al di fuori del sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento, in assenza di specifici rimedi legislativi.

Diverso è invece il discorso per la declaratoria di incostituzionalità di una norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice<sup>110</sup>. In tal caso «non viene meno la doverosità delle condanne e della loro esecuzione»<sup>111</sup>, ed è stato decisamente tortuoso il riconoscimento dell'illegalità della pena causata dall'applicazione di una norma penale non incriminatrice incostituzionale.

La giurisprudenza di legittimità ha a lungo negato la configurabilità di questa tipologia di pena illegale, facendo leva su un'indebita equiparazione tra il fenomeno della successione di leggi nel tempo e quello derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità. Nella sentenza n. 1375 del 1983 la prima Sezione della Cassazione, preso atto della sentenza n. 103 del 1982 della Corte costituzionale<sup>112</sup> ha escluso che possa essere applicato al caso di specie l'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953, che impone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali della sentenza di condanna pronunciata in

---

<sup>110</sup> Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite Gatto, per «norme penali sostanziali» si devono intendere «quelle che correlano la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento e che stabiliscono una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta» (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 5.2, *ivi*). In questa definizione rientrano non solo le norme penali incriminatrici, ma anche quelle che incidono sul trattamento sanzionatorio: nel caso specifico, si trattava della declaratoria di incostituzionalità di una circostanza aggravante. In senso conforme: Sez. 1, 25 febbraio 2012, n. 26899, Harizi, in *C.E.D. Cass.*, n. 253084.

<sup>111</sup> CANZIAN, *op. cit.*, p. 1122.

<sup>112</sup> Questa sentenza aveva dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 186 comma 2 ed ultimo, e 189 comma 1 cod. pen. mil. pace, nella parte relativa alle sanzioni penali ma senza incidere sul carattere criminoso dei fatti. Cfr. Corte cost., 27 maggio 1982, n. 103, in *Cass. Pen.*, 1982, p. 1902 e ss., con nota di SALAZAR, *La Corte costituzionale completa il suo intervento sui reati militari di insubordinazione*.

applicazione della norma dichiarata incostituzionale. Questa conclusione deriva dall'equiparazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice non tanto all'*abolitio criminis* (art. 2 comma 2 c.p.), che avrebbe legittimato l'applicazione dell'art. 30, quanto ad una successione di leggi nel tempo ex art. 2 comma 3 c.p. (oggi comma 4), che incontra il limite del giudicato<sup>113</sup>.

La differenza tra i fenomeni della dichiarazione di incostituzionalità e della successione di leggi penali nel tempo è stata invece affermata dalle Sezioni Unite nell'ordinanza Cunsolo, sul presupposto dell'efficacia «invalidante e non abrogativa» della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Quest'ultima, afferma la Corte nella sua più autorevole composizione, rileva «l'esistenza di un vizio che inficia sin dall'origine la norma in contrasto con il precetto costituzionale [...]. Essa pertanto esplica i suoi effetti non soltanto per il futuro, ma, entro certi limiti, anche retroattivamente, nei confronti di fatti o di rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma incostituzionale era vigente, con esclusione, ovviamente, delle situazioni giuridiche ormai consolidate, come tali insuscettibili di essere rimosse e modificate (c.d. rapporti esauriti)»<sup>114</sup>. È vero che

---

<sup>113</sup> Cfr. Sez. 1, 1 luglio 1983, n. 1375, Giacomelli, in *Pluris.it*. La stessa impostazione della sentenza Giacomelli è stata ripresa, sempre dalla prima Sezione, nella sentenza n. 4873 del 1996. Qui i giudici di legittimità hanno affermato che, a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale, «il principio dell'applicazione dello *jus novum* più favorevole [...] trova nel giudicato, per espresso dettato legislativo (art. 2 co. 3 c.p.), un limite invalicabile» (Sez. 1, 2 ottobre 1996, n. 4873, Bruno, par. 3, *ibidem*).

<sup>114</sup> Sez. Un., ord. 7 luglio 1984, n. 7232, Cunsolo, *ibidem*. Questa pronuncia, se da un lato inquadra correttamente la differenza tra abrogazione e sentenza costituzionale di accoglimento, dall'altro limita il concetto di "rapporto non esaurito", cui è applicabile la dichiarazione di illegittimità costituzionale, riferendolo ad ogni rapporto «ancora in via di svolgimento o comunque non produttivo di effetti giuridici definitivi». Con questa affermazione, la Corte sembra sottintendere l'impossibilità di portare l'efficacia retroattiva della decisione costituzionale oltre il limite invalicabile del giudicato. Si tratta di una posizione in linea con la

questa sentenza ha valutato gli effetti di una pronuncia di incostituzionalità riferita ad un ambito strettamente processuale<sup>115</sup>, ma le Sezioni Unite smentiscono espressamente che tali effetti siano limitabili a seconda che vengano in rilievo norme sostanziali o norme processuali.

Seguendo questa traccia la sesta Sezione della Corte di cassazione, nella sentenza n. 3577 del 1995, ha esplicitato la radicale differenza tra la dichiarazione di illegittimità costituzionale «coinvolgente non il precetto ma la sola sanzione» e il fenomeno abrogativo, seppur «relativamente ai processi non ancora definiti con sentenza passata in giudicato». Infatti la pronuncia della Corte costituzionale ha «immediata efficacia invalidante» e costituisce titolo per l'intervento correttivo della Corte Suprema ex art. 619 del codice di procedura penale<sup>116</sup>.

Il tema dell'illegalità della pena derivante dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice ha

---

coeva sentenza della Corte costituzionale n. 139 del 1984, con cui il giudice delle leggi ha stabilito che "l'esaurimento" del rapporto coincide con il passaggio in giudicato della sentenza, su cui non incide una successiva pronuncia di incostituzionalità. In realtà questa prospettiva è stata smentita successivamente dalla giurisprudenza di legittimità, che ha trovato il punto più alto di emersione nelle sentenze Ercolano e Gatto, già citate. Sul punto vedi *infra*, Cap. III, par. 3.

<sup>115</sup> Ha cioè valutato le ripercussioni della sentenza n. 224 del 1983, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 513 comma 2 c.p.p. nella parte in cui esclude il diritto dell'imputato di proporre appello avverso la sentenza del Tribunale e della Corte d'assise che lo abbia prosciolto per estinzione del reato per amnistia e prescrizione.

<sup>116</sup> Di conseguenza i giudici di legittimità, preso atto della sentenza n. 341 del 1994 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 341 1 comma, c.p., «nella parte in cui prevede come minimo edittale la reclusione per mesi sei», hanno rideterminato la «pena illegittima» applicando l'art. 23 c.p., dato che era stata comminata nel minimo ed era inequivocabile la valutazione di «limitata gravità» del fatto compiuta dal giudice di merito (Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1796 e ss., con nota di MAFFEO, *Sui poteri del giudice del riesame dei provvedimenti cautelari*). In senso conforme e con riferimento alla medesima pronuncia di incostituzionalità: Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3578, Sticco, in *Giur. It.*, 1996, p. 140; Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3587, Grasso, in *C.E.D. Cass.*, n. 200709; Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3793, Vercellin, in *C.E.D. Cass.*, n. 200710.

acquisito nuovo vigore quando la Corte costituzionale, a partire dal 2010, ha affrontato molteplici questioni di legittimità riguardanti il *quantum* sanzionatorio<sup>117</sup>.

In diverse pronunce si è cominciato ad affermare l'esigenza di garantire la «conformità a legge della pena [...] dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione»<sup>118</sup>. Infatti, il principio generale per il quale la declaratoria di incostituzionalità ha effetti retroattivi, salvo «il limite insuperabile del giudicato»<sup>119</sup>, trova la sua “eccezione” in materia penale, grazie all'art. 30 comma 4 l. n. 87 del

---

<sup>117</sup> Cfr. Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3017 e ss., con nota di VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p. (aggravante di clandestinità). Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 2393 e ss., con nota di SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, che ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevedeva che la pena da esso comminata diminuisse quando, per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risultasse di lieve entità. Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1755 e ss., con nota di NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui vietava la prevalenza dell'attenuante ex art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990 sull'aggravante della recidiva reiterata prevista dall'art. 99 comma 4 del codice penale. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 4388 e ss., con nota di APRILE, *Sulle pronunce della Consulta che hanno definito gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo sul "caso Scoppola"*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 7 comma 1 d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4. La disposizione censurata, di carattere fittiziamente interpretativo, stabiliva che nell'ambito del rito abbreviato l'espressione “pena dell'ergastolo” dovesse retroattivamente intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno. Corte cost., 18 aprile 2014 n. 106, in *Guida Dir.*, 2014, p. 88 e ss., con nota di AMATO, *L'effetto è che d'ora in poi il giudice potrà applicare una pena inferiore rispetto a quella dell'ipotesi base*, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui prevedeva il 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. Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *Guida Dir.*, 2014, p. 14 e ss., con nota di AMATO, *Dopo la bocciatura della Corte costituzionale via l'equiparazione tra droghe leggere e pesanti*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. artt. 4-bis e 4-vicies ter, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, legge 21 febbraio 2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi), la quale parificava il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73 del DPR 309/1990 (T.U. stupefacenti) nel caso di detenzione a fini di spaccio delle droghe c.d. pesanti e leggere.

<sup>118</sup> Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 9.2, *ivi*.

<sup>119</sup> Sez. 1, 25 maggio 2012, n. 26899, Harizi, par. 2.1, *ibidem*.

1953. Questa disposizione, se interpretata in conformità agli artt. 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost., impedisce l'esecuzione anche di una sola parte della sentenza irrevocabile, e cioè quella relativa alla porzione di pena irrogata in attuazione della norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima<sup>120</sup>.

Del resto, se si afferma che il giudice dell'esecuzione è il garante della legalità della pena in fase esecutiva, incaricato di esercitare certi poteri per ricondurre la pena inflitta a legittimità, è giocoforza ammettere la rilevanza della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice nella fase esecutiva. In questo senso è anche "ambiguo" fare riferimento agli effetti retroattivi delle pronunce costituzionali di accoglimento, perché la retroattività indica la capacità di produrre effetti nel passato; qui non viene in rilievo il passato bensì il presente, dal momento che il rapporto esecutivo è tutto meno che "esaurito" e ne deve essere garantita la perdurante legittimità<sup>121</sup>. Nel corso di alcuni decenni si è pertanto passati da un'interpretazione restrittiva dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953, sovrapponibile in sostanza all'ambito di operatività dell'art. 673 c.p.p., ad una sua interpretazione estensiva. Sullo sfondo, le direttrici di questa evoluzione sono state

---

<sup>120</sup> Cfr. Sez. 1, 25 maggio 2012, n. 26899, Harizi, *ibidem*. Quindi l'art. 30 comma 4 l. 87/1953 ha un ambito d'applicazione più esteso dell'art. 673 c.p.p., che prevede la possibilità di revocare la condanna *in executivis* solo con riferimento ad una norma incriminatrice incostituzionale. In senso conforme: Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 1664 e ss., con nota di GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*; Sez. 1, 24 febbraio 2012, n. 19361, Tete Assic, in *Guida Dir.*, 2012, p. 76; Sez. 1, 12 giugno 2012, n. 40464, Kabi, in *Riv. neldiritto.it*, 2013, p. 122; Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*. Sul punto vedi *infra*, Cap. III, par. 3.

<sup>121</sup> Sull'ambiguità dell'effetto retroattivo delle sentenze costituzionali di accoglimento, cfr. MARAZZITA, *Ma la Costituzione è "retroattiva"? Riflessioni a margine della sent. n. 12061/1998 della Corte di cassazione a sezioni unite*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 1396 e ss.; PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 16 e ss.

l'”integrazione” sovranazionale, la sempre più accentuata “flessibilizzazione” del giudicato a fronte della tutela dei diritti fondamentali della persona e la valorizzazione del principio costituzionale di legalità in ambito penale.

Tale assetto è stato consolidato nella sentenza Gatto dalle Sezioni Unite, a cui è stato chiesto di chiarire una volta per tutte se, una volta passata in giudicato la sentenza di condanna, «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, possa comportare la rideterminazione della pena in sede di esecuzione»<sup>122</sup>. I giudici di legittimità hanno dato risposta affermativa, basandosi sulla netta differenza tra la declaratoria di illegittimità costituzionale e la successione di leggi nel tempo, da un lato, e su una concezione “aperta” del giudicato, dall’altro. In questa sede non è importante ripercorrere l’*iter* motivazione della Suprema Corte, cui sarà dato ampio spazio in seguito. Ciò che conta è il risultato: se ad una sentenza irrevocabile di condanna sopravviene la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale, incidente *in melius* sul trattamento sanzionatorio, il giudice dell’esecuzione deve rideterminare la pena<sup>123</sup>.

Nella sentenza Gatto non si parla esplicitamente di “pena illegale”, ma si fa riferimento ad una pena «potenzialmente illegittima e ingiusta»<sup>124</sup>, derivante dalla perdurante applicazione di

---

<sup>122</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 1, *ivi*.

<sup>123</sup> Nel caso in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale riguardi una norma penale di favore, e dunque abbia effetti “peggiorativi” della situazione del singolo, non si applica ai fatti commessi «sotto l’impero della norma penale di favore», in virtù del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Sul punto, vedi Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, *ivi*.

<sup>124</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 14, *ivi*.

una norma di diritto penale sostanziale dichiarata costituzionalmente illegittima.

Questa scelta lessicale è stata superata dalla sentenza Jazouli, con la quale le Sezioni Unite si sono occupate di stabilire se la pena determinata sulla base delle norme dichiarate incostituzionali dalla sentenza n. 32 del 2014<sup>125</sup> possa definirsi “illegale”, anche qualora vengano formalmente rispettati i limiti edittali della disciplina in vigore. A “pesare” sulla valutazione della Corte su tale questione, che ha investito sia le sentenze di condanna che quelle di applicazione concordata della pena, la netta differenza edittale per gli illeciti concernenti le droghe leggere *pre* (pena della reclusione da sei a venti anni) e *post* (pena della reclusione da due a sei anni) intervento costituzionale. Le Sezioni Unite hanno anzitutto compiuto un vaglio della giurisprudenza delle Sezioni semplici, le quali si sono

---

<sup>125</sup> La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. n. 272 del 2005, inseriti nella legge di convenzione n. 49 del 2006. Queste disposizioni avevano uniformato il trattamento sanzionatorio, in precedenza differenziato, previsto dal d.P.R. n. 309 del 1990 per i reati aventi ad oggetto le c.d. droghe leggere e per quelli concernenti le c.d. droghe pesanti. Per effetto di tali modifiche le sanzioni per i reati concernenti le droghe leggere e, in particolare, i derivati dalla cannabis, precedentemente stabilite nell'intervallo edittale della pena della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 5.164 ad euro 77.468, sono state elevate, prevedendosi la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 26.000 ad euro 260.000. La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme impugnate per contrasto con l'art. 77 Cost., in quanto non omogenee, e quindi prive di nesso funzionale, con le disposizioni del decreto-legge in cui erano inserite. In particolare, l'art. 4 del decreto conteneva norme di natura processuale, attinenti alle modalità di esecuzione della pena, il cui fine è quello di impedire l'interruzione dei programmi di recupero del tossicodipendente. Le disposizioni impugnate si riferivano invece agli stupefacenti e non alla persona del tossicodipendente ed erano a connotazione sostanziale. Si trattava, quindi, di fattispecie diverse per materia e finalità rispetto a quelle contemplate dal decreto-legge. La declaratoria di incostituzionalità ha determinato la reviviscenza della precedente normativa in materia di stupefacenti, dato che le norme impugnate, frutto della novella del 2006, non l'hanno mai validamente abrogata. Tale reviviscenza, se ha determinato un trattamento sanzionatorio più mite per i reati relativi alle droghe leggere, puniti con la pena della reclusione da due a sei anni, ha invece inasprito le conseguenze penali per gli illeciti inerenti alle droghe pesanti, puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni (anziché con quella da sei a venti anni).

dovute misurare con la novità apportata dalla sentenza n. 32 del 2014 immediatamente dopo la sua pubblicazione.

Tendenzialmente, questa giurisprudenza si è mostrata favorevole alla configurazione dell'illegalità sopravvenuta della pena nell'ambito dei processi ancora in corso, non ancora conclusi da una sentenza definitiva<sup>126</sup>. E lo ha fatto non solo con riferimento ad una pena-base superiore a sei anni di reclusione<sup>127</sup>, e cioè al massimo edittale «così come rivissuto a seguito della sentenza di incostituzionalità»<sup>128</sup>, ma anche con riferimento ad una pena-base ricompresa nei nuovi limiti edittali<sup>129</sup>.

Non mancano tuttavia pronunce in cui è stata esclusa la configurazione dell'illegalità sopravvenuta della pena, in presenza di una «valutazione di adeguatezza [della pena] che tiene conto dell'entità dello stupefacente sequestrato»<sup>130</sup>. In questa ottica i giudici di legittimità sembrano formulare una causa ostativa alla rilevazione di una pena illegale, consistente in una motivazione del giudice di merito congrua<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> *Ex multis*, cfr. Sez. 6, 5 marzo 2014, n. 14984, Costanzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 259355; Sez. 6, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, in *C.E.D. Cass.*, n. 259254; Sez. 4, 14 maggio 2014, n. 21064, Napoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 259382; Sez. 3, 21 maggio 2014, n. 25176, Amato, in *C.E.D. Cass.*, n. 259396; Sez. 3., 25 marzo 2014, n. 26340, Di Maggio, in *C.E.D. Cass.*, 260058; Sez. 6, 23 settembre 2014, n. 39924, Grisorio, in *C.E.D. Cass.*, n. 260711.

<sup>127</sup> Cfr. Sez. 6, 5 marzo 2014, n. 14984, Costanzo, *ibidem*.

<sup>128</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 3.1, *ivi*.

<sup>129</sup> Cfr. Sez. 6, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, *ibidem*. In questa sentenza, i giudici di legittimità hanno constatato che «la pena inflitta al ricorrente è stata determinata dai giudici di merito alla stregua di parametri normativi (pena edittale detentiva) divenuti oggi costituzionalmente illegittimi. Evenienza che rende necessaria una rivisitazione del trattamento sanzionatorio. Ciò sebbene la pena detentiva inflitta all'imputato [...] non possa di per sé definirsi formalmente e sostanzialmente illegittima, oggi come al momento della pronuncia della sentenza di appello, perché compatibile con la scala sanzionatoria delle due norme incriminatrici succedutesi per effetto della sentenza costituzionale n. 32/2014» (par. 5.3).

<sup>130</sup> Sez. 3, 12 giugno 2014, n. 27957, Tirocchi, par. 4, in *C.E.D. Cass.*, n. 259401. In senso conforme: Sez. 4, 25 settembre 2014, n. 47278, Bronzino, in *C.E.D. Cass.*, n. 260734.

<sup>131</sup> Questa traccia, seppur minoritaria, è stata ripresa dalle Sezioni Unite Butera con riferimento alla pena *ab origine* illegale, escludendo che possa essere rideterminata dal giudice

In tema di patteggiamento, inerente in modo più stretto alla vicenda Jazouli, è particolarmente importante la sentenza n. 21259 del 2014, con cui la terza Sezione ha valutato l'incidenza della sentenza n. 32 del 2014 sulla pronuncia di applicazione della pena su richiesta delle parti. Preliminarmente, la Corte definisce la distinzione tra «il ripristino della legge [penale] che vigeva prima della introduzione di una legge incostituzionale» e la successione di leggi nel tempo. Nel primo caso non si ha infatti una successione normativa fisiologica, bensì «un avvicendamento di origine patologica per violazione della gerarchia delle fonti», il quale non è «ontologicamente distante» dalla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice<sup>132</sup>. Ne deriva la sostanziale equiparazione, sotto il profilo dell'incidenza sul giudicato sostanziale, della dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice e la dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio. Tenendo conto della natura premiale del patteggiamento<sup>133</sup>, il giudicato sull'accordo negoziale non può rimanere insensibile alla «mitigazione del trattamento sanzionatorio» derivante dall'accertamento di

---

dell'esecuzione qualora sia frutto di «un'argomentata valutazione» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 7, *ivi*).

<sup>132</sup> Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, par. 6, in *C.E.D. Cass.*, n. 259384.

<sup>133</sup> La Corte identifica il *proprium* di questo rito in un «negozio processuale tra imputato e PM», assimilabile ad un «rapporto bilaterale a prestazioni corrispettive: da un lato, la parte pubblica che viene esonerata dall'onere probatorio in ordine alla colpevolezza dell'imputato, estromessa dall'oggetto di accertamento (permanendo soltanto, nei limiti della verifica "sulla base degli atti", il controllo sulla sussistenza dell'inverso, cioè delle cause di punibilità ex art. 129 c.p.p.), [...]; dall'altro, l'imputato [...], che rinuncia a esigere l'accertamento della sua responsabilità quale presupposto dell'applicazione della pena e ne consegue due benefici: la possibilità di codeterminazione della pena con la controparte e la diminuzione del rito». In sostanza si insiste molto sulla natura premiale di questo rito, con la conseguenza che va prestata particolare attenzione alla tutela dell'interesse dell'imputato ad ottenere «la più mite delle sanzioni» (Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, par. 8, *ibidem*).

un'illegitimità costituzionale, «quanto meno se l'imputato manifesta [...] la volontà di fruire [...] di un trattamento che gli era stato negato da una norma incostituzionale». Tale manifestazione di volontà non integra tuttavia il recesso unilaterale dal negozio stipulato, possibile solo nel caso in cui l'accordo sia *contra legem* e per mezzo della sua impugnazione, ma il «dispiegamento del totale effetto ripristinatorio dell'accertamento della incostituzionalità»<sup>134</sup>.

Viene dunque teorizzata compiutamente la differenza tra successione di leggi nel tempo e pronuncia di incostituzionalità, con la conseguenza che solo quest'ultima è in grado di incidere sul rapporto esecutivo in corso, in vista della "*restitutio in integrum*" del condannato.

Il passaggio successivo, e cioè l'esplicitazione dell'illegalità della pena comminata come conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità di norma non incriminatrice, viene compiuto dalle Sezioni Unite Jazouli. La "chiave" per effettuare questo collegamento viene individuata nella finalità della sanzione penale, che deve esprimere e misurare il giudizio di responsabilità per un certo fatto illecito: deve sempre sussistere un «rapporto di proporzione tra illecito e sanzione», al fine di garantire l'eguaglianza dei consociati e la finalità rieducativa della pena<sup>135</sup>. In quest'ottica il principio di proporzionalità rappresenta una "nuova" fonte di legittimazione costituzionale dell'istituto dell'illegalità della pena, accanto al tradizionale principio di legalità ex artt. 25 comma 2 e 7

---

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> Cfr. Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1711 e ss., con nota di COCO, *Costituzionalità e incostituzionalità del diritto penale militare*; Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro It.*, 1990, p. 2385 e ss., con nota di FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*.

CEDU. Detto altrimenti, «[l]e nuove comminatorie [scaturite dalla pronuncia di incostituzionalità] impongono necessariamente di riconsiderare la pena in attuazione del principio di proporzionalità, altrimenti verrebbe legittimata l'applicazione di una pena al di sopra della misura di colpevolezza»<sup>136</sup>, e cioè di una pena *illegale*.

Le Sezioni Unite si chiedono anche se incida sulla valutazione di illegalità della pena a seguito della pronuncia di incostituzionalità, la circostanza che la pena sia determinata entro la cornice edittale della normativa ripristinata. La risposta è coerentemente negativa, in quanto il «diverso esercizio del principio di proporzione da parte del legislatore» nella disciplina “rivissuta” e in quella incostituzionale incide «sulla funzione retributiva e rieducativa della pena inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale, anche nel caso in cui essa rientri nella nuova cornice edittale». Una simile divergenza sanzionatoria finisce senz'altro per incidere sulla commisurazione giudiziale della pena e sulla valutazione di colpevolezza del reo, dato che il massimo edittale della normativa ripristinata corrisponde al minimo della normativa incostituzionale. Ne deriva la “sopravvenuta” alterazione del giudizio di gravità del reato<sup>137</sup>, basato su un compasso sanzionatorio incostituzionale, e il venir meno della legalità della cornice edittale; un risultato che vanifica completamente l'esigenza costituzionale di individualizzazione del trattamento sanzionatorio<sup>138</sup>. E qui arriva il passaggio fondamentale

---

<sup>136</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 5, *ivi*.

<sup>137</sup> Come già precedentemente affermato non si tratta di un'alterazione sopravvenuta, in quanto la cornice edittale incostituzionale non si sarebbe mai dovuta applicare. Si tratta di un vizio originario e radicale, che non riguarda semplicemente una dosimetria della pena non più attuale, ma una sanzione che non avrebbe mai dovuto essere applicata.

<sup>138</sup> Nella coeva sentenza Marcon, le Sezioni Unite hanno compiuto il passo successivo, affermando la necessità di rideterminare la pena applicata con la sentenza di patteggiamento

dell'*iter* logico-giuridico seguito dalla Corte: questa «successione patologica di norme» determina l'illegalità della pena calcolata sulla scorta di criteri incostituzionali, indipendentemente dal fatto che sia compatibile o meno con la disciplina penale vigente<sup>139</sup>.

Le Sezioni Unite specificano che questa nuova fattispecie di illegalità sopravvenuta della pena è «particolare», molto diversa dall'illegalità *ab origine*, già in precedenza riconosciuta dalla giurisprudenza. Qui ad essere illegale «non è la sanzione in sé, quanto l'intero procedimento di commisurazione giudiziale, che si è basato su criteri edittali incostituzionali e quindi mai esistiti»<sup>140</sup>.

---

divenuta irrevocabile prima della sentenza n. 32 del 2014, in quanto pena illegale. Per giustificare questa scelta, i giudici di legittimità si sono "appoggiati" ai loro autorevoli precedenti. Si sono in particolare rifatti alla sentenza Jazouli per la ricostruzione della nozione di pena illegale ivi contenuta, mentre hanno richiamato le sentenze Ercolano e Gatto per giustificare il "superamento" del giudicato davanti ad una pena la cui illegittimità è sopravvenuta. Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 1195 e ss., con nota di CONZ, *La volontà negoziale dell'imputato nel comporre la pena e la peculiare natura della sentenza irrevocabile di patteggiamento: confutazioni al principio espresso dalle Sezioni Unite*. Da questo orientamento è stata peraltro dedotta la facoltà del giudice del rinvio di applicare la sospensione condizionale della pena. In generale, in sede di rinvio la sospensione condizionale della pena può essere concessa solo se la stessa ha formato oggetto di specifico motivo dell'appello. Sul punto, vedi Sez. 5, 26 marzo 1991, n. 5162, Zappalà, in *C.E.D. Cass.*, n. 187340. Questa regola non vale quando la pena irrogata risulta successivamente illegale a seguito di dichiarazione di incostituzionalità di norma inerente al trattamento sanzionatorio. Dato che nel giudizio d'appello non sarebbe possibile formulare un motivo relativo alla sospensione condizionale, questa facoltà viene recuperata nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della sentenza di appello limitatamente al trattamento sanzionatorio. Cfr. Sez. 3, 16 giugno 2017, n. 46468, Boiki, in *C.E.D. Cass.*, n. 271800.

<sup>139</sup> Per una prospettiva diversa, cfr. Sez. 6, 2 dicembre 2014, n. 1409, Minardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 262403. Qui la Corte ha criticato la «spinta a superare la mera logica della retroattività, attraverso un più radicale giudizio di illegalità della pena in precedenza inflitta, quand'anche la stessa risulti compatibile coi valori edittali sopravvenuti»; spinta che «sembra almeno in parte ispirata dalla necessità di assicurare esigenze di carattere pratico ed equitativo» (par. 2). In quest'ottica la pena è illegale solo nel caso in cui non sia più compatibile con la cornice edittale "ripristinata", mentre, nel caso in cui sia compatibile, si ha un mero vizio della sentenza. In tale seconda ipotesi il vizio della sentenza riguarda una difettosa valutazione di congruità della pena (per il patteggiamento), sindacabile sotto il profilo motivazionale con gli ordinari mezzi di impugnazione.

<sup>140</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 5, *ivi*. In continuità con la sentenza Marku Irido, le riflessioni di ordine generale compiute dalle Sezioni Unite sull'illegalità sopravvenuta della pena sono estese al rito premiale del patteggiamento. La differenza tra la sentenza di condanna dibattimentale e la sentenza di patteggiamento deriva proprio dalla regola di giudizio da applicare: nel patteggiamento non è richiesto un accertamento positivo della

L'orientamento fatto proprio dalla Corte di cassazione, che configura come illegale la pena comminata sulla base di una disciplina dichiarata incostituzionale, si è poi consolidato nel tempo, con il susseguirsi di pronunce "confermative". Ne è un esempio il successivo sviluppo della "saga" relativa al trattamento sanzionatorio degli illeciti penali in materia di stupefacenti<sup>141</sup>. Infatti la sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019 ha dichiarato illegittimo il minimo edittale previsto per il delitto di cui all'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990, che incrimina i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le c.d. droghe pesanti, «nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni»<sup>142</sup>. A seguito di questa pronuncia la Cassazione

---

responsabilità penale, «ma solo un accertamento negativo della non punibilità, attraverso la constatazione delle cause di proscioglimento di cui all'art. 129 comma 1 c.p.p.» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 6, *ivi*). A questo accertamento negativo se ne affianca tuttavia uno positivo, riguardante la correttezza della qualificazione giuridica, l'applicazione delle circostanze e la congruità della pena. È proprio nell'ambito dell'accertamento positivo che può essere rilevata, su impulso di parte o d'ufficio, l'illegalità della pena, anche sopravvenuta.

<sup>141</sup> Un altro esempio è costituito dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena accessoria prevista dall'art. 216 ult. c. legge fallimentare, dovuta al fatto che legislatore obbligava il giudice penale a disporla in una misura fissa di dieci anni anziché graduarla «fino a dieci anni» in base alle circostanze del caso concreto (Corte cost., n. 222 del 2018). A seguito di questa pronuncia la Cassazione ha affermato l'illegalità della pena accessoria irrogata in base al criterio incostituzionale, stabilendo l'annullamento con rinvio della relativa sentenza e imponendo al giudice del rinvio la rideterminazione della pena accessoria. Cfr. Sez. 5, 4 marzo 2019, n. 38879, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 3 e ss., con nota di GENTILE, *È rilevabile d'ufficio e in ogni grado e stato del procedimento l'illegalità della pena accessoria*.

<sup>142</sup> In questa pronuncia l'incostituzionalità ruota attorno al principio di proporzionalità della pena, il quale viene tuttavia riferito non tanto al suo risvolto sulla commisurazione giudiziale, quanto sulla determinazione legislativa. Infatti vi era un'importante divaricazione trattamentale tra il minimo previsto per i fatti non lievi riguardanti le droghe pesanti (otto anni) ed il massimo previsto dal comma 5 dell'art. 73, così come modificato dal d.l. 36 del 2014, per i fatti lievi (quattro anni). Ebbene, la Corte ha stabilito che questa distanza sanzionatoria rappresenta un'"anomalia" in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.), oltre che con il principio di rieducazione della pena (art. 27 Cost.). Uno iato così vasto e sproporzionato condiziona, infatti, «la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto, con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte». La paura di «sperequazioni punitive» deriva dal confine non proprio netto tra le due fattispecie di reato, costituente una "zona grigia" foriera di instabilità. La parte più "critica" della sentenza riguarda l'individuazione di un minimo edittale

ha dunque rilevato d'ufficio «l'illegalità della pena applicata all'imputato per effetto della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale»<sup>143</sup>.

## ***2.5. Illegittimità convenzionale della pena***

Appare ora necessario ripercorrere le soluzioni individuate dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale per rimediare all'accertamento “convenzionale” dell'illegalità della pena inflitta da un giudice nazionale. Si tratta di un tema strettamente connesso a

---

alternativo a quello giudicato incostituzionale: la Corte costituzionale, una volta ribadito che la soluzione ordinamentale all'incostituzionalità non deve essere «obbligata» ma solo «adeguata» e «non arbitraria» (Corte cost., n. 236 del 2016 e 222 del 2018), identifica tale minimo in sei anni di reclusione. Ciò in virtù dell'art. 4-bis d.l. 272 del 2005, «che ancora conserva viva traccia nell'ordinamento in considerazione degli effetti non retroattivi della sentenza n. 32 del 2014» (par. 5.3). Si tratta tuttavia di una scelta criticabile, in quanto tale disposizione è stata giudicata incostituzionale nella sentenza n. 32 del 2014. Cfr. Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, p. 967 e ss., con nota di BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*.

<sup>143</sup> Sez. 3, 19 marzo 2019, n. 16790, par. 4, in *Guida dir.*, 2019, p. 81. Anche in questo caso, come per la sentenza Jazouli, era stata impugnata una sentenza di patteggiamento, il cui accordo sottostante era stato ratificato sulla base della disciplina sanzionatoria dichiarata incostituzionale; accordo che, nella prospettiva dei giudici di legittimità, ha comportato l'applicazione di una pena illegale e la conseguente necessità di annullare senza rinvio la sentenza impugnata, con trasmissione degli atti al giudice di merito competente. Una diversa soluzione è stata invece adottata dalla sesta Sezione nella sentenza n. 35809 del 2019, che ha rideterminato direttamente la pena “incostituzionale” ai sensi dell'art. 620 lett. l) del codice di procedura penale. Nel caso di specie, infatti, sia il giudice di primo grado che quello di appello avevano applicato la pena nel minimo edittale, per cui la Corte di cassazione ha ritenuto possibile operare un mero calcolo aritmetico sulla base del nuovo limite inferiore di pena risultante dalla sentenza n. 40 del 2019. In altre parole, la Corte di cassazione ha ritenuto superflui nuovi accertamenti di fatto. Cfr. Sez. 6, 11 luglio 2019, n. 35809, Ruggiero, in *C.E.D. Cass.*, n. 277198. In senso conforme: Sez. 4, 24 luglio 2019, n. 33252, Vilardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 276298. In generale, sull'illegalità della pena derivante dalla pronuncia n. 40 del 2019, vedi Sez. 5, 30 maggio 2019, n. 27666, Nirta, in *C.E.D. Cass.*, n. 276520; Sez. 1, 12 novembre 2019, n. 3280, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 2474. Nella sentenza n. 27666 del 2019, la Corte di cassazione ha specificato come debba ritenersi illegale la pena inflitta sulla base della cornice sanzionatoria previgente, quand'anche questa sia stata in concreto fissata in una misura compatibile con la forbice edittale attualmente in vigore, in armonia con quanto stabilito dalle Sezioni Unite Jazouli.

quello dell'illegalità sopravvenuta della pena per declaratoria di incostituzionalità, dato che questa viene considerata dalla giurisprudenza il "giusto" tramite giuridico per permettere la correzione in sede esecutiva di una pena illegale inflitta sulla base di una legge convenzionalmente e costituzionalmente illegittima.

Il problema si è posto con la sentenza Scoppola c. Italia della Grande Camera, che ha valutato la compatibilità alla CEDU delle modifiche legislative riguardanti il giudizio abbreviato, così come applicate dai giudici nazionali<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, *ivi*. La questione investiva in particolar modo l'art. 442 comma 2 c.p.p., che, in base all'art. 30 della c.d. legge Carotti (n. 479 del 1999), ammetteva l'accesso al rito abbreviato per i condannati all'ergastolo, disponendo la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta senza differenziazioni tra ergastolo semplice ed ergastolo con isolamento diurno. Successivamente il legislatore ha eliminato questa equiparazione con una «legge di interpretazione autentica», e cioè il d.l. n. 341 del 2000, che retroattivamente ha precisato come l'espressione "pena dell'ergastolo" di cui all'art. 442 comma 2 c.p.p. debba «intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno» (art. 7). Ciò non tanto per risolvere un problema interpretativo, quanto per «rimediare all'irragionevole appiattimento verso il basso della sanzione applicabile in caso di concorso di reati o di reato continuato che era stato provocato dal nuovo dettato normativo immesso dalla l. n. 479/1999» (SCACCIANOCE, *Voce "giudizio abbreviato" [dir. proc. pen.]*, in *treccani.it*). In altre parole, la stortura cui si è voluto rimediare con la l. n. 341 del 2000 riguarda l'equiparazione del trattamento sanzionatorio applicabile ad un solo delitto punito con l'ergastolo rispetto a quello relativo ad una serie, virtualmente illimitata, di delitti punibili con l'ergastolo. Il signor Scoppola, imputato per omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e porto d'arma proibita, aveva domandato e ottenuto di essere sottoposto a rito abbreviato nella vigenza della legge n. 479 del 1999. Il 24 novembre 2000 il g.u.p. stabilì che Scoppola avrebbe dovuto essere condannato all'ergastolo, fissando la pena in trenta anni di reclusione in virtù dell'abbreviato. Il p.m. propose ricorso per cassazione, sostenendo che il g.u.p. avrebbe dovuto applicare l'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, in quanto norma procedurale entrata in vigore il giorno stesso in cui era stata pronunciata sentenza di condanna (principio del *tempus regit actum*). Il ricorso per cassazione fu convertito in appello e la Corte d'assise d'appello di Roma accolse la ricostruzione dell'accusa, precisando peraltro che il ricorrente avrebbe potuto ritirare la sua richiesta di giudizio abbreviato e farsi giudicare secondo la procedura ordinaria, ai sensi dell'art. 8 d.l. n. 341 del 2000. Successivamente l'imputato propose ricorso ordinario e straordinario per cassazione, i quali furono entrambi respinti. Una volta esaurite le vie interne di ricorso Scoppola adì la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione dell'art. 7 CEDU per l'applicazione retroattiva di una norma penale sostanziale e sfavorevole, e cioè l'art. 442 comma 2 c.p.p. così come modificato dall'art. 7 d.l. n. 341 del 2000. Secondo il ricorrente questa disposizione, entrando in vigore il pomeriggio del 24 novembre 2000, non avrebbe potuto essere né applicata né conosciuta dal g.u.p., dato che l'udienza in cui ha applicato la pena della reclusione di trenta anni era cominciata la mattina. Così facendo la Corte d'assise d'appello avrebbe violato l'art. 7 CEDU, il quale, lungi dal contenere solamente il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, garantirebbe

La decisione della Grande Camera si articola su due piani diversi, il primo riguardante il contenuto della norma convenzionale invocata dal ricorrente e il secondo riguardante la natura della modifica apportata dall'art. 7 d.l. n. 341 del 2000 all'art. 442 comma 2 del codice di procedura penale. Con riferimento al primo punto la Corte effettua un'*overruling* giurisprudenziale, includendo il «diritto all'applicazione di una legge penale più favorevole» nell'ambito di operatività dell'art. 7 CEDU. Infatti, se è vero che la Commissione europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia X. c. Germania (1978) aveva escluso questo collegamento, nel corso del tempo si è formato un «consenso a livello europeo e internazionale» sulla configurazione dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* quale «principio fondamentale del diritto penale»<sup>145</sup>. Di conseguenza, anche se tale principio non è espressamente menzionato dall'art. 7 CEDU, vi deve essere ricondotto implicitamente. Per ammissione della stessa Corte, tuttavia, non si tratta di un principio che deve essere applicato incondizionatamente: nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori siano diverse, il giudice può applicare le disposizioni più favorevoli purché entrate in vigore «prima della pronuncia di una sentenza definitiva». Questa affermazione non significa che la violazione della norma convenzionale possa essere dedotta davanti al giudice interno solo fino alla sentenza definitiva, ma solo che l'art.

---

anche il principio di applicazione retroattiva della *lex mitior*, nell'ipotesi in cui la legge in vigore al momento in cui è stato commesso il reato e le leggi successive siano diverse.

<sup>145</sup> C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, par. 106, *ivi*.

7 CEDU viene in rilievo con una successione di leggi nel tempo avvenuta prima della condanna definitiva<sup>146</sup>.

Per capire se il principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, sia applicabile al caso di specie occorre stabilire se l'art. 442 comma 2 contenga o meno disposizioni di diritto penale materiale; in altre parole, la Corte arriva al secondo punto della sua decisione, riguardante la natura della disposizione nazionale "sospetta". Si è già visto all'inizio della trattazione che la Corte adotta una nozione antiformalistica di sanzione penale, potendosi ritenere tale solo quella che sia "penale" per la sua natura, i suoi scopi e la sua severità, imposta a seguito di una condanna per una «*criminal offence*». Sulla scorta di questi criteri, i giudici europei arrivano ad affermare «senza alcun dubbio» che le sanzioni previste dall'art. 442 comma 2 c.p.p. siano state imposte «a seguito di una condanna per un "reato"», che fossero «definite "penali" nel diritto interno» ed avessero «uno scopo al tempo stesso repressivo e dissuasivo. Inoltre, esse costituivano la "pena" inflitta per i fatti ascritti all'imputato, e non delle misure riguardanti l'"esecuzione" o l'"applicazione" di quest'ultima»<sup>147</sup>. Sulla base di tali sintetiche (ma incisive) considerazioni, i giudici di Strasburgo hanno ricompreso l'art. 442 comma 2 c.p.p. nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU<sup>148</sup>, riscontrando la violazione del

---

<sup>146</sup> Sul punto, vedi Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, *ivi*.

<sup>147</sup> C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, par. 112, *ivi*.

<sup>148</sup> Accogliendo la ricostruzione dell'imputato la Corte di Strasburgo si è anche soffermata sull'insostenibilità della tesi difensiva del Governo, incentrata sulla natura "interpretativa" dell'art. 7 d.l. 341 del 2000. A riguardo la Corte osserva che l'art. 442 comma 2 c.p.p., così come modificato dall'art. 30 l. 479 del 1999, non presentava «alcuna ambiguità particolare» e non ha determinato alcun conflitto giurisprudenziale.

diritto dell'imputato all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole<sup>149</sup>.

In conclusione, una volta accertata la violazione della Convenzione, la Corte ha dato indicazioni allo Stato convenuto circa la *restitutio in integrum* del ricorrente, imponendogli di sostituire la pena dell'ergastolo con una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta<sup>150</sup>.

Il problema della pena convenzionalmente illegittima e della sua correzione si è posto con i c.d. "fratelli minori" di Scoppola<sup>151</sup>, e cioè coloro che si trovavano nella sua stessa condizione ma senza aver proposto ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>152</sup>. La questione è

---

<sup>149</sup> La Corte EDU ha inoltre censurato l'iter processuale del signor Scoppola anche sotto il profilo dell'art. 6 CEDU, considerandolo «iniquo». Infatti l'imputato, in cambio dello sconto di pena di un terzo ottenuto con l'accesso al rito abbreviato, ha rinunciato a fondamentali garanzie processuali offerte dal diritto interno, soprattutto dal punto di vista probatorio. Di conseguenza, l'art. 6 CEDU tutela non solo tali garanzie processuali, ma anche la «legittima aspettativa» del ricorrente ad ottenere i benefici promessi dalla legge a fronte della loro rinuncia. Aspettativa decisamente delusa dallo Stato convenuto, che con l'art. 7 d.l. 341 del 2000 ha negato unilateralmente e retroattivamente i vantaggi derivanti dalla rinuncia. Così facendo ha agito in violazione dei principi di sicurezza giuridica e di tutela della «fiducia legittima», modificando un «elemento fondamentale» dell'accordo con l'imputato sottostante al giudizio abbreviato senza il suo consenso.

<sup>150</sup> Il *dictum* della Corte EDU è stato eseguito dalla quinta Sezione della cassazione, adita da Scoppola mediante ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.*, utilizzato impropriamente per l'assenza di un mezzo tipico che consenta di rimediare alle violazioni di diritti convenzionali sancite dalla Corte EDU. In questa pronuncia la Corte di cassazione ha giustificato la propria opera di rideterminazione diretta della pena facendo leva su due argomenti: la mera necessità di sostituire la pena dell'ergastolo con la pena della reclusione di anni trenta, senza mettere in discussione l'accertamento della responsabilità penale e la qualificazione giuridica dei fatti, e l'impossibilità per il giudice dell'esecuzione di compiere tale operazione, per assenza di attribuzioni legislative. Cfr. Sez. 5, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 208 e ss., con nota di MUSIO, *Il "caso Scoppola" dalla Corte europea alla Corte di cassazione*.

<sup>151</sup> Sul punto, vedi CANTARINI, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in *archiviopenale.it*, 2013; PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 2942 e ss.; ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 16 aprile 2012; VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 10 settembre 2012.

<sup>152</sup> Si tratta, secondo la Corte di cassazione, di coloro che hanno effettuato richiesta di rito abbreviato nella vigenza dell'art. 442 comma 2 così come modificato dalla l. 479 del 1999, ma

arrivata presto alle Sezioni Unite<sup>153</sup>, che hanno dovuto valutare la possibilità per il giudice dell'esecuzione di attuare il *dictum* della sentenza Scoppola con riferimento ai “fratelli minori”, sostituendo la pena dell'ergastolo con la pena di trenta anni di reclusione e incidendo il giudicato.

La più autorevole composizione della Corte di cassazione ha deciso anzitutto di valorizzare un certo connotato delle sentenze dei giudici di Strasburgo, e cioè l'efficacia sempre più generalizzata. In altre parole, si è manifestata in modo via via più accentuato una «funzione para-costituzionale di tutela dell'interesse generale», di cui sono espressione le c.d. sentenze pilota<sup>154</sup>. La sentenza Scoppola

---

comunque prima dell'entrata in vigore del d.l. 341 del 2000. Con riferimento ai fratelli minori di Scoppola si può dunque parlare di una ultrattività della norma penale favorevole “temperata”, dato che trova il suo punto di arresto non nella sentenza definitiva ma nella pubblicazione della l. 341 del 2000. Infatti, nel caso in cui l'imputato faccia richiesta di rito abbreviato dopo l'entrata in vigore del d.l. 341 del 2000, è consapevole dei risvolti sanzionatori meno favorevoli introdotti dalla novella legislativa. Questo discorso non viene scalfito dalla circostanza che vi sia stata una successione di leggi nel tempo tra la commissione del reato e la sentenza definitiva, e che dunque sia astrattamente applicabile il principio di retroattività della *lex mitior* così come configurato dalla Corte di Strasburgo. Questo dato, «di per sé neutro», va coordinato «con i tempi di accesso al rito speciale, da cui direttamente deriva, in base alla legge vigente, il trattamento sanzionatorio da applicare»; in altre parole, tale dato va integrato dalle «peculiarità del rito speciale alternativo» (Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34233, Giannone, par. 5, in *Dir. e Giust.*, 2012, p. 681 e ss., con nota di DE FRANCESCO, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a risolvere una delicata questione giuridica e precisamente "se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte CEDU con la sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola vs Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole"*). Cfr. anche Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*.

<sup>153</sup> Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, *ivi*.

<sup>154</sup> È una particolare procedura di emanazione delle sentenze della Corte EDU, non disciplinata positivamente ma frutto della prassi giudiziale. Spesso le sentenze pilota traggono origine dalla presentazione di numerosi ricorsi c.d. fotocopia, dovuti ad un «contesto interno di carattere generale (in quanto coinvolgente una pluralità di persone) in contrasto con la CEDU, e mettono in evidenza un problema di carattere strutturale dell'ordinamento dello Stato convenuto» (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.2, *ivi*). La loro caratteristica più importante consiste nel fatto che non si limitano ad individuare un problema, ma si spingono ad indicare le misure più idonee per risolverlo. In altre parole, tali sentenze vanno oltre la concretezza del caso specifico, per segnalare la presenza di problemi sistematici e strutturali dell'ordinamento nazionale e per imporre allo Stato convenuto la loro risoluzione. Nella sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale ha stabilito che «[s]olo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto

non è una vera e propria sentenza pilota, in quanto non indica allo Stato convenuto misure generali da adottare per rimuovere la violazione strutturale, ma è piuttosto una «sentenza pilota sostanziale»<sup>155</sup>, perché afferma comunque la generale incompatibilità tra la CEDU e l'art. 7 d.l. 341 del 2000<sup>156</sup>.

La Corte di cassazione compie dunque un'affermazione molto rilevante, che si ritiene opportuno riportare integralmente:

«Di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona»<sup>157</sup>.

---

consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale» (Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, par. 7, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2204 e ss., con nota di MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*).

<sup>155</sup> BOCCHI, *In (non) claris fit interpretatio: gli effetti delle sentenze pilota sul diritto a un equo processo, tra revisione del giudicato e rideterminazione della pena*, in *Arch. Pen.*, 2017, p. 4.

<sup>156</sup> Le Sezioni Unite hanno trovato la conferma della portata generale della sentenza Scoppola nel provvedimento 8 giugno 2011 del Comitato dei Ministri, relativo alla procedura di sorveglianza sull'esecuzione della sentenza. Con questo atto è stata dichiarata infatti chiusa la procedura, dato che i Tribunali italiani hanno “offerto” l'incidente di esecuzione a «coloro che si trovino in situazioni uguali a quella del richiedente nel caso in esame» (Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, par. 4, *ivi*). Da queste parole si evince la spiccata sensibilità “europea” dei giudici di merito nazionali, che hanno tracciato la strada della “flessibilizzazione” del giudicato ancor prima della Corte di cassazione.

<sup>157</sup> Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, par. 2, *ivi*.

È sufficiente che la Corte di Strasburgo metta in luce una «violazione di carattere oggettivo e generale», anche al di fuori della procedura della sentenza pilota, per fondare una pretesa giuridica di ripristino della legalità convenzionale anche al di fuori dello specifico ricorso. La posizione adottata è chiara: sia il giudice di cognizione che quello dell'esecuzione devono fare in modo di riassorbire lo «stigma dell'ingiustizia»<sup>158</sup> derivante dalla violazione della Convenzione, al fine di tutelare il diritto fondamentale alla salvaguardia della libertà personale. Di conseguenza occorre che gli effetti della decisione Scoppola siano estesi a coloro che si trovano in una situazione identica a quella del ricorrente, anche per evitare la violazione del principio di parità di trattamento tra condannati a fronte di una violazione generalizzata della Convenzione<sup>159</sup>.

Un ostacolo giuridico all'estensione “diretta” del *dictum* europeo è tuttavia rappresentato dal rango delle norme convenzionali, così come interpretate dalla Corte EDU, all'interno del nostro ordinamento. Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, infatti, tali norme integrano l'art. 117 comma 1 Cost. alla stregua di norme interposte, non legittimando la disapplicazione delle norme interne contrastanti<sup>160</sup>. In assenza della praticabilità di

---

<sup>158</sup> Tale «stigma» deriva dalla circostanza che l'art. 7 d.l. 341 del 2000 non opera veramente un'interpretazione autentica dell'art. 442 comma 2 c.p.p., il quale nell'ottica delle Sezioni Unite non presenta alcuna ambiguità interpretativa. L'etichetta “interpretativa” data dal legislatore rappresenta un *escamotage* politico-giuridico per applicare retroattivamente una norma penale di sfavore.

<sup>159</sup> Questo discorso non vale invece per le violazioni dell'equità processuale di cui all'art. 6 CEDU, in quanto non hanno connotazione sostanziale ed implicano una valutazione casistica.

<sup>160</sup> *Ex multis*, cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, p. 50 e ss., con nota di GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*; Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *forumcostituzionale.it*, con nota di MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost.*

un'interpretazione convenzionalmente orientata della norma interna, l'unica soluzione per far valere l'illegittimità convenzionale della pena è quella di proporre questione di costituzionalità della disciplina dettata dal d.l. n. 341 del 2000 per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., con riferimento all'art. 7 CEDU.

Strada, questa, effettivamente percorsa dalle Sezioni Unite, le quali hanno posto risalto alla saldatura tra illegittimità convenzionale e costituzionale della pena per raggiungere il risultato utile della *restitutio in integrum* dei “fratelli minori” di Scoppola<sup>161</sup>.

La Corte costituzionale si è occupata della questione sollevata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 210 del 2013. Nello specifico, il giudice *a quo* ha dubitato della costituzionalità dell'art. 7, e di riflesso dell'art. 8<sup>162</sup>, d.l. 341 del 2000, con riferimento all'art. 117 comma 1 Cost. e alla norma interposta contenuta nell'art. 7 CEDU. Infatti la sentenza Scoppola avrebbe “arricchito” in via interpretativa la tutela della legalità convenzionale ex art. 7 CEDU, ormai non più limitata all'irretroattività della legge penale più severa ma estesa al

---

*n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?;* Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 4679 e ss., con nota di MASSA, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*; Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. It.*, 2011, p. 537 e ss., con nota di BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 1542 e ss., con nota di UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*.

<sup>161</sup> In particolare le Sezioni Unite hanno aderito a quell'indirizzo giurisprudenziale che ammette la rideterminazione *in executivis* della pena illegale a causa della dichiarazione di incostituzionalità della norma penale non incriminatrice, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 30 comma 4 l. 87 del 1953. Sul punto, vedi Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, *ivi*; Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*.

<sup>162</sup> L'art. 8 d.l. 341 del 2000 dettava una disciplina transitoria per i processi in corso, confermando l'efficacia retroattiva dell'art. 7. In particolare riconosceva la facoltà dell'imputato, sia nel corso dell'udienza preliminare che in sede dibattimentale, di revocare la richiesta di giudizio abbreviato nelle ipotesi in cui fosse applicabile o applicata la pena dell'ergastolo con isolamento diurno. In assenza di revoca, avrebbe dovuto essere applicato dal giudice l'art. 7.

principio di retroattività o ultrattività della *lex mitior*. Con questa “novità” interpretativa contrasterebbe l’applicazione retroattiva nel giudizio di cognizione della norma penale sfavorevole contenuta nell’art. 7 d.l. 341 del 2000, provocando una «permanente lesione dei diritti fondamentali»<sup>163</sup> dell’imputato. Un altro profilo di incostituzionalità riguarderebbe l’art. 3 Cost., in quanto le disposizioni impugnate determinerebbero ingiustificate disparità di trattamento a seconda dei diversi “tempi processuali”, tradirebbero l’affidamento dell’imputato e compierebbero una finta interpretazione autentica dell’art. 442 comma 2 c.p.p.

Dopo aver dichiarato l’inammissibilità della questione di costituzionalità dell’art. 8 per assenza di motivazione in punto di rilevanza, la Corte costituzionale si è concentrata sulla possibilità di estendere le indicazioni contenute nella sentenza Scoppola, che ha accertato l’illegittimità convenzionale dell’art. 7 d.l. 341 del 2000, anche ai suoi “fratelli minori”. Sul punto, viene accolta la ricostruzione delle Sezioni Unite nell’ordinanza di rimessione: il *proprium* delle sentenze pilota, che ne permette l’esecuzione ai sensi dell’art. 46 CEDU, non è tanto l’indicazione da parte della Corte EDU di misure generali che lo Stato convenuto deve adottare per “riassorbire” la violazione della Convenzione, quanto l’individuazione di un problema strutturale dell’ordinamento nazionale. In altre parole, si può affermare che la sussistenza di una violazione strutturale della Convenzione da parte della legge nazionale sia condizione “necessaria e sufficiente” per qualificare

---

<sup>163</sup> Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, par. 5, *ivi*.

una sentenza della Corte di Strasburgo come “pilota”, sia pure “atipicamente”<sup>164</sup>.

Bisogna però sgomberare il campo da un possibile equivoco: ammettere l'estensione del dispositivo della sentenza Scoppola a tutti i condannati che si trovano nella medesima situazione del ricorrente non significa equipararne gli effetti. Scoppola ha infatti potuto usufruire dell'esecuzione diretta del *dictum* europeo con la procedura del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., mentre i suoi “fratelli minori” necessitano di una pronuncia di incostituzionalità della norma interna convenzionalmente illegittima prima di poter chiedere al giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena<sup>165</sup>.

Una volta ammessa la rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 7 comma 1 d.l. 341 del 2000 con riferimento agli artt. 117 comma 1 Cost. e 7 CEDU, diretta conseguenza dell'efficacia “generalizzata” della sentenza Scoppola, la Corte costituzionale ne ha stabilito la fondatezza. Uniformandosi anche qui all'orientamento della Corte di Strasburgo e della Corte di cassazione, il giudice delle leggi ha rilevato la pretestuosità dell'etichetta interpretativa assegnata all'art. 7 comma 1 d.l. 341 del 2000, applicato retroattivamente in violazione dell'art. 7 CEDU.

È chiaro, in conclusione, il meccanismo ideato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità per rideterminare una

---

<sup>164</sup> Il riferimento all'atipicità serve solo per rendere l'idea, per cui non va inteso nella sua accezione tecnica. Sarebbe paradossale parlare di un'atipicità nell'atipicità, dato che le sentenze pilota non hanno una disciplina positiva.

<sup>165</sup> È questa la chiara indicazione della Corte costituzionale: «nel caso in esame, in cui rispetto al ricorrente manca una pronuncia specifica della Corte EDU, è da ritenere che occorra sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma convenzionalmente illegittima, come appunto hanno fatto le sezioni unite della Corte di cassazione» (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8, *ivi*).

pena illegale in quanto contraria “strutturalmente” alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il ricorrente uscito vittorioso dal giudizio davanti alla Corte di Strasburgo può adire direttamente il giudice dell’esecuzione, il quale «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»<sup>166</sup>. In sostanza, qui la sentenza di accoglimento della Corte di Strasburgo costituisce titolo diretto per la richiesta di rimodulazione della pena al giudice dell’esecuzione. Il condannato che si trovi in situazione analoga a quella del ricorrente deve, invece, sollecitare il giudice dell’esecuzione a sollevare questione di costituzionalità avente come parametri di riferimento l’art. 117 Cost. e la norma convenzionale interposta. In questo differente caso l’illegittimità convenzionale della norma interna si “appiattisce” sulla declaratoria illegittimità costituzionale; di conseguenza, affinché possa configurarsi una pena illegale emendabile *in executivis* ai sensi dell’art. 30 comma 4 l. 87 del 1953, la sua comminazione deve poggiare su una norma convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. L’esigenza di un simile *modus operandi* deriva, da un lato, dall’integrazione tra ordinamento nazionale e convenzionale così come delineato dalla Corte costituzionale e, dall’altro, dalla recessività del giudicato rispetto all’esigenza di mantenere costantemente *sub iudice* l’istanza di legalità della pena<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8, *ivi*. L’*iter* corretto non è dunque quello seguito nella vicenda Scoppola, che ha snaturato l’ambito di applicazione dell’art. 625-bis c.p.p.

<sup>167</sup> Cfr. Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 7, *ivi*.

## ***2.6. Illegalità della pena a seguito di successione di leggi penali nel tempo***

Quando si succedono nel tempo norme penali incidenti sul trattamento sanzionatorio, viene in rilievo il principio di retroattività/ultrattività della legge penale più favorevole, disciplinato dall'art. 2 comma 4 del codice penale. Si è visto che la Corte costituzionale non riconduce tale principio alla legalità costituzionale espressa dall'art. 25 comma 2 Cost., ma lo ricollega piuttosto al canone di eguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3. Ciò comporta la possibilità di derogare all'applicazione retroattiva o ultrattiva della legge penale più favorevole tutte le volte in cui sussista una valida ragione giustificatrice, al contrario di quanto accade per il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Il legislatore ne ha pertanto individuato un limite generale nella pronuncia di una "sentenza irrevocabile" (art. 2 comma 4 c.p.).

Nonostante la formale estraneità del principio di applicazione retroattiva della *lex mitior* all'ambito della legalità costituzionale, un orientamento risalente della Corte di cassazione afferma essere illegale la pena irrogata in virtù del trattamento sanzionatorio meno favorevole al reo, tra quelli che si sono succeduti dopo la commissione del reato<sup>168</sup>. L'illegalità della pena inflitta *in malam*

---

<sup>168</sup> Nella sentenza n. 24926 del 2003, la quinta Sezione ha sancito l'illegalità della pena di due mesi di reclusione per il reato di lesioni lievissime, comminata dalla Corte d'appello senza tenere conto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 274 del 2000. Lo *ius superveniens*, infatti, ha stabilito che tale reato rientra nella competenza del giudice di pace e deve essere punito con la multa, non con la reclusione. Cfr. Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, in *C.E.D. Cass.*,

*partem* deve dunque essere rilevata d'ufficio dal giudice di legittimità anche in assenza di doglianze sul punto, in ossequio all'art. 25 comma 2 Cost. e in base al combinato disposto degli artt. 2 comma 4 c.p. e 609 comma 2 c.p.p.<sup>169</sup>. L'illegalità della pena derivante da una successione di leggi penali nel tempo non può tuttavia essere rilevata d'ufficio in presenza di ricorso inammissibile, sempre in virtù del principio di legalità e in base ad un orientamento risalente della Corte di cassazione<sup>170</sup>. Il passaggio in giudicato della sentenza di condanna rimane un limite, di conseguenza, all'emendabilità in sede esecutiva della pena illegale irrogata dal giudice di cognizione che non ha applicato la legge penale più favorevole tra quelle che si sono succedute prima della sentenza irrevocabile.

Una "spinta" alla messa di discussione di questo assetto è provenuta dalla sentenza Scoppola c. Italia, in cui la Corte EDU ha affermato che «l'applicazione della legge penale che prevede una

---

n. 229812. In senso conforme: Sez. 4, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, in *C.E.D. Cass.*, n. 225693; Sez. 5, 13 novembre 2002, n. 3945, De Salvo, in *C.E.D. Cass.*, n. 224220; Sez. 4, 20 aprile 2004 n. 24661, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1674. In quest'ultima sentenza la Corte ha qualificato come illegale la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda irrogata dal Tribunale di Torino per la contravvenzione di cui all'art. 187 Codice della strada, dato che la novella legislativa di cui al d.lgs. 274 del 2000, ignorata dal giudice di merito, prevede per questo reato la pena pecuniaria. Secondo i giudici di legittimità l'«applicazione di una pena non più prevista dall'ordinamento costituisce questione rilevabile di ufficio ex art. 609 comma 2 C.P.P., dovendo operare l'art. 2, comma 3, C.P., [...] il cui limite è costituito solo dalla pronuncia di sentenza irrevocabile, ancora non verificatasi nell'ipotesi in esame».

<sup>169</sup> Al contrario, in virtù del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius*, qualora la pena sia stata inflitta in misura illegale e «in bonam partem, il giudice non può rettificarla né annullare la statuizione, senza violare il divieto della *reformatio in peius* se il pubblico ministero non abbia impugnato la decisione o non l'abbia aggredita nei capi o punti presi in considerazione per la determinazione della sanzione» (Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, par. 2, *ibidem*).

<sup>170</sup> Tale principio «comporta soltanto la rilevabilità di ufficio della illegittimità, per specie o quantità della sanzione inflitta ma non il superamento della preclusione processuale derivante dall'inammissibilità del gravame che impedisce il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio e inibisce la cognizione della questione e la rivisitazione del decisum per la formazione del giudicato interno» (*Ibidem*).

pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale»<sup>171</sup>. È vero che il principio di retroattività/ultrattività della legge penale più favorevole trova un limite nella sentenza definitiva, ma nell’ottica dei giudici di Strasburgo ciò non impedisce la possibilità di far valere il relativo diritto dell’imputato in sede esecutiva: il passaggio in giudicato della sentenza segna solo il limite temporale della rilevanza di una successione di leggi nell’ambito del processo, non un ostacolo alla deducibilità di una successione di leggi penali avvenuta anteriormente<sup>172</sup>. Quindi la Corte non impedisce che la violazione del diritto “fondamentale” all’applicazione della legge penale meno severa sia fatta valere in sede esecutiva, ma al tempo stesso dà la possibilità agli Stati membri di disciplinare autonomamente la preclusione del giudicato. Possibilità che sembra essere stata sfruttata restrittivamente dal legislatore italiano, in base alla lettera dell’art. 2 comma 4 c.p. e all’assenza, nella disciplina processuale della fase esecutiva, di una disposizione che dia al giudice dell’esecuzione la possibilità di rideterminare la pena inflitta sulla base della norma penale più sfavorevole<sup>173</sup>. Si è altresì visto nell’ambito della vicenda Ercolano che la mancata applicazione della legge penale più favorevole in relazione a quelle che si sono succedute tra la

---

<sup>171</sup> C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, par. 106, *ivi*.

<sup>172</sup> È questa l’interpretazione delle parole della Corte EDU proposta dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione e fatta propria dalle Sezioni Unite nella già citata ordinanza Ercolano. Cfr. Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, *ivi*.

<sup>173</sup> Queste conclusioni non hanno valore assoluto, perché quando vuole il legislatore permette l’incisione del giudicato per applicare la legge penale più favorevole. Ad esempio, l’art. 2 comma 3 c.p., in deroga al successivo comma, stabilisce che: “[s]e vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135”.

commissione del reato e la sentenza definitiva determina l'illegalità della pena e può essere fatta valere in sede esecutiva, ma solo mediante una declaratoria di illegittimità costituzionale. In altri termini la mancata applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p. non determina direttamente l'emendabilità della pena illegale *in executivis*. Tale effetto può conseguire, eventualmente, in via indiretta, e cioè nell'ipotesi in cui venga dichiarata l'incostituzionalità della norma che costituiva il fondamento della pena applicata.

Le Sezioni Unite Della Fazio hanno innovato questo quadro, interrogandosi sulla legalità della pena irrogata a fronte di una successiva modifica legislativa della cornice edittale in senso favorevole al reo, anche nel caso in cui tale pena rientri nella nuova cornice edittale e in presenza di ricorso inammissibile. Nel caso di specie vi era stata una condanna per diverse condotte relative alle c.d. "droghe pesanti", sulle quali era dunque ininfluenza la pronuncia n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. Nelle more del ricorso per cassazione si erano verificate due modifiche legislative favorevoli al reo: alla fattispecie attenuata di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 era stata attribuita natura di reato autonomo, con conseguente sottrazione dal giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., e di tale nuova fattispecie furono ridotti i limiti edittali, passando da un anno a sei mesi di minimo e da cinque anni a quattro anni di massimo. L'inammissibilità per manifesta infondatezza del ricorso per cassazione, il quale non censurava il trattamento

sanzionatorio subito, impediva tuttavia alla terza Sezione di applicare l'art. 2 comma 4 c.p., e cioè lo *ius superveniens* favorevole<sup>174</sup>.

Ispirandosi alle Sezioni Unite Jazouli, che avevano riconosciuto l'illegalità della pena determinata sulla base di una norma non incriminatrice incostituzionale e il relativo potere d'ufficio del giudice di legittimità di rilevare l'illegalità della pena anche nell'ipotesi di ricorso inammissibile (purché tempestivo) ex art. 609 comma 2 c.p.p., la terza Sezione ha “chiesto” alle Sezioni Unite se queste conclusioni si potessero estendere al caso in esame, indipendentemente dalla circostanza che la pena inflitta possa considerarsi illegale. In altre parole il giudice *a quo* ha chiesto alle Sezioni Unite se si possa raggiungere il risultato della rilevanza d'ufficio della mancata applicazione dello *ius superveniens* favorevole in presenza di ricorso inammissibile e a prescindere dal mezzo utilizzato, e cioè dell'illegalità o meno della pena, dato che le modifiche legislative intervenute «hanno sostanzialmente scompaginato ed in misura rilevante l'originario assetto sanzionatorio con riferimento alla fattispecie attenuata disciplinata dal novellato comma 5»<sup>175</sup>.

Le Sezioni Unite hanno riconosciuto che, in presenza di una successione di leggi nel tempo favorevole al reo, si verifica una «sfasatura tra la pena irrogata e quella che dovrebbe essere inflitta». Ma ciò non comporta automaticamente l'illegalità della pena, data anche la diversità tra la “fisiologica” successione legislativa e la

---

<sup>174</sup> Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 8.1, *ivi*.

<sup>175</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 4, *ivi*. Cfr. anche Sez. 3, ord. 17 marzo 2015, n. 14961, in *Dir. e Giust.*, 2015, p. 32 e ss., con nota di GRILLO, *Fini-Giovanardi: il 'settantatré quinto comma' va all'esame delle Sezioni Unite*.

“patologica” dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale.

È dunque necessario distinguere tra due ipotesi basilari di successione *in melius* di leggi penali nel tempo, a seconda dell'intensità della modifica legislativa<sup>176</sup>. Non si configura pena illegale quando la modifica non intacca significativamente il disvalore penale di un certo fatto o quando la pena è commisurabile, in astratto o in concreto, alla “nuova” gravità del fatto. In questi casi, secondo la Corte di cassazione, la pena potrebbe essere ritenuta «ingiusta» ma non “illegale” perché il giudice di cognizione potrebbe legittimamente infliggerla ex art. 133 c.p. anche nel vigore della nuova normativa. In presenza di un ricorso ammissibile e di uno *ius superveniens* intervenuto nelle sue more, la Corte di cassazione può pacificamente rilevare la nuova dosimetria, annullando con rinvio la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio. La mera attenuazione del trattamento sanzionatorio dovuta ad una novella legislativa, di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p. da parte del giudice di cognizione (anche di legittimità), non porta invece la pena “ingiusta” a divenire “illegale”. Di conseguenza l'imputato non ha diritto ad ottenere una riduzione automatica della pena inflitta a fronte di una modifica legislativa favorevole, ma solo il rinvio della «questione sanzionatoria» al giudice di merito per una nuova valutazione sul punto. Usando un paragone civilistico, si può dire che l'“ingiustizia” della pena sia “risolutivamente condizionata” all'annullamento con rinvio della sentenza impugnata. Il giudice di rinvio, pertanto, può senz'altro «riconfermare la pena inflitta, ove la ritenesse adeguata anche al

---

<sup>176</sup> In questi termini, cfr. COSTANZI, *op. cit.*, p. 168 e ss.

nuovo assetto sanzionatorio»<sup>177</sup>, eliminando comunque la pregressa condizione di “ingiustizia”.

È invece illegale la pena che, pur rimanendo nei margini edittali della disciplina più favorevole, «ne stravolga i parametri di riferimento - in particolare il principio di proporzionalità - e sia applicata in modo incompatibile con la disciplina normativa successiva»<sup>178</sup>. Per far comprendere in cosa consista questa nuova ipotesi di illegalità della pena, derivante da una successione di leggi nel tempo, i giudici richiamano la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’equiparazione sanzionatoria tra droghe leggere e pesanti. Se l’effetto *pro reo* della nuova differenziazione derivasse da un’iniziativa legislativa, «non potrebbe essere ritenuta legale una pena determinata nel minimo della precedente normativa quando quel minimo è divenuto oggi, per le droghe "leggere", il massimo previsto dalla nuova disciplina». Ciò che determina l’illegalità della pena, indipendentemente dalla sua astratta compatibilità con la nuova cornice edittale, è dunque lo stravolgimento del disvalore penale del fatto illecito, cui la pena irrogata non è più proporzionata<sup>179</sup>. In questa ipotesi, sostanzialmente identica a quella che ha generato la sentenza

---

<sup>177</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 8.2, *ivi*.

<sup>178</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 8.1, *ivi*.

<sup>179</sup> In senso conforme: Sez. 6, 10 febbraio 2016, n. 10169, Tamburini, in *C.E.D. Cass.*, n. 266513. Qui la Corte ha affermato, richiamando espressamente le Sezioni Unite Della Fazio, che «la pena deve [...] ritenersi illegale anche quando sia stata determinata nell'ambito dell'intervallo edittale, dal momento che i parametri normativamente previsti per la sua determinazione non solo non risultano adeguati e proporzionati rispetto al nuovo trattamento sanzionatorio ma risultano completamente stravolti; inoltre la gravità del fatto - che costituisce il principale criterio di orientamento per il giudice nella determinazione della pena - perderebbe completamente questa sua primaria funzione e il principio di proporzionalità verrebbe applicato con criteri incompatibili rispetto a quelli che ne disciplinano l'applicazione e che dovrebbero ispirare la decisione» (par. 7).

Jazouli, sarebbe giustificabile la rilevabilità d'ufficio dello *ius superveniens* favorevole da parte della Corte di cassazione in caso di ricorso inammissibile<sup>180</sup>.

L'illegalità della pena scaturente da una novità legislativa che scompagina il trattamento sanzionatorio di un certo reato, nonostante sia ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, è tuttavia “monca” quanto a conseguenze giuridiche. Rimane infatti fermo l'insuperabile ostacolo del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Al contrario della disciplina della dichiarazione di incostituzionalità della norma sanzionatoria, che permette di applicare il «nuovo trattamento» anche al giudice dell'esecuzione<sup>181</sup>, la sopravvenuta modifica normativa non può giustificare un simile effetto a causa della nota differenza tra abrogazione e declaratoria di illegittimità costituzionale. In conclusione, l'illegalità della pena derivante da uno *jus superveniens* favorevole al reo non risulta emendabile in sede esecutiva attraverso l'art. 673 c.p.p. o l'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953.

---

<sup>180</sup> In discontinuità con quanto affermato nelle precedenti sentenze che hanno riconosciuto l'illegalità della pena derivante da una successione di leggi nel tempo. Cfr. Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, *ibidem*; Sez. 4, 20 aprile 2004, n. 24661, *ibidem*.

<sup>181</sup> Cfr. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*.

### ***3. Elencazione sintetica delle ipotesi di pena illegale individuate***

Per semplificare il discorso appare utile elencare tutte le “pene illegali” riscontrate dalla giurisprudenza e dedotte dal sistema processuale, distinguendole a seconda che l’illegalità sia originaria o sopravvenuta<sup>182</sup>.

Pene illegali *ab origine*:

- Pena che, per genere, specie o quantità, non corrisponde a quella astrattamente prevista dalla norma incriminatrice.
- Pena frutto di un errore di calcolo macroscopico e non giustificabile.
- Pena irrogata in violazione di norme processuali che incidono sul trattamento sanzionatorio. Rientrano in questa categoria le pene illegittimamente sospese in contrasto con gli artt. 164 e 165 c.p., le sanzioni determinate in violazione dei presupposti di accesso ai riti alternativi premiali (ad es. patteggiamento) e quelle applicate in violazione di una causa di preclusione del giudizio (es. *ne bis in idem*).

---

<sup>182</sup> Una definizione “ampia” di pena illegale la fornisce la sentenza n. 552 del 2019: è illegale «la pena che, per specie ovvero per quantità, non corrisponde a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale, o che, comunque, è stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una cornice edittale inapplicabile, perché dichiarata costituzionalmente illegittima o perché individuata in violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, anche la pena determinata attraverso l'applicazione di una diminuzione non consentita, per l'assenza di una delle condizioni richieste per accedere al rito alternativo, va considerata illegale, in quanto determinata mediante l'applicazione di una diminuzione priva del presupposto espressamente previsto per l'accesso al rito alternativo e, quindi, per la sua applicabilità» (Sez. 3, 10 luglio 2019, n. 552, par. 2, Bentivogli, *ibidem*).

- Pena inflitta con una sentenza di condanna pronunciata per un fatto che, al momento della sua commissione, non aveva rilevanza penale.
- Pena applicata sulla base di una norma incriminatrice che avrebbe dovuto essere disapplicata perché contrastante con una norma eurounitaria avente “effetti diretti”, acquisiti prima della commissione del fatto di reato.

Pene la cui illegalità è sopravvenuta:

- Pena inflitta sulla base di una norma incriminatrice che viene abrogata dal legislatore dopo la commissione del fatto di reato.
- Pena applicata sulla base di una norma incriminatrice che avrebbe dovuto essere disapplicata perché contrastante con una norma eurounitaria avente effetti diretti, acquisiti dopo la commissione del fatto di reato.
- Pena irrogata sulla base di una cornice edittale dichiarata incostituzionale. Quando una norma viene dichiarata convenzionalmente illegittima dalla Corte EDU, si configura l’illegalità della pena comminata in sua applicazione solo se di tale norma viene dichiarata anche l’incostituzionalità.
- Pena irrogata in virtù del trattamento sanzionatorio meno favorevole al reo tra quelli che si sono succeduti dopo la commissione del reato, purché vi sia sproporzione tra la pena inflitta e la *lex mitior*.

## Capitolo II

# ILLEGALITÀ DELLA PENA NEL GIUDIZIO DI COGNIZIONE

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Pena illegale e giudizio di cognizione: le coordinate entro cui si sviluppa la possibilità di rilevare d’ufficio la violazione del principio di legalità della pena – 3. Illegalità della pena e impugnazione inammissibile – 4. Rilevabilità d’ufficio dell’illegalità *pro reo* della pena – 5. Poteri officiosi del giudice di cognizione oltre la pena illegale – 6. Pena illegale e patteggiamento – 6.1 Pena illegale e impugnazione della sentenza di patteggiamento – 6.2 Incidenza dell’illegalità della pena sull’accordo di applicazione della pena e sul concordato in appello.

**Abstract.** L’illegalità della pena comminata dal giudice di merito apre a importanti conseguenze processuali nell’ambito del giudizio di cognizione, cui è dedicato il presente Capitolo. La Corte di cassazione ha infatti ammesso la rilevabilità d’ufficio di una pena illegale, in base al combinato disposto degli artt. 129 e 609 comma 2 del codice di procedura penale e in ossequio ai principi costituzionali inerenti alla sanzione penale. Non osta a tale facoltà/obbligo del giudice di legittimità l’inammissibilità dell’impugnazione, a meno che l’inammissibilità scaturisca dalla tardività del ricorso. La rilevabilità officiosa di una pena irrogata in violazione del principio di legalità è preclusa anche nell’ipotesi in cui l’illegalità sia favorevole all’imputato, in assenza di doglianze del pubblico ministero. In due sentenze la Corte di cassazione ha ritenuto poi di andare “oltre” la pena illegale, ammettendo la rilevabilità d’ufficio di una pena “ingiusta” e di una confisca disposta in violazione delle indicazioni della Corte EDU. La parte finale della trattazione è dedicata alle ripercussioni dell’accertamento di una pena illegale sul rito patteggiato, declinate in termini di “ampia” ricorribilità per cassazione nei confronti della sentenza di patteggiamento e di nullità dell’accordo sotteso a tale sentenza.

## ***1. Premessa***

In questo capitolo saranno approfondite le conseguenze dell'accertamento di una pena illegale nel giudizio di cognizione.

Appare opportuno trattare separatamente le ripercussioni dell'illegalità della pena nel giudizio di cognizione, aventi validità generale, e le ripercussioni dell'illegalità della pena nel rito patteggiato. Questa organizzazione espositiva è giustificata dalla natura negoziale del patteggiamento, che determina lo spostamento del baricentro processuale dalla funzione giudicante al «negozio processuale tra imputato e p.m.»<sup>183</sup>. Alla luce di tale peculiarità, si dovranno indagare le conseguenze dell'accertamento di una pena illegale sulla validità dell'accordo sotteso alla sentenza di patteggiamento. Ancora, non si può sottovalutare che l'unica ipotesi di menzione codicistica dell'"illegalità della pena" riguarda la disciplina di ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento<sup>184</sup>.

Data la somiglianza tra i due istituti, le questioni relative al patteggiamento e al concordato in appello saranno trattate congiuntamente.

---

<sup>183</sup> Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, *ibidem*.

<sup>184</sup> L'art. 448 comma 2-bis c.p.p. stabilisce che "[i]l pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e *all'illegalità della pena* o della misura di sicurezza" (corsivo aggiunto).

## ***2. Pena illegale e giudizio di cognizione: le coordinate entro cui si sviluppa la possibilità di rilevare d'ufficio la violazione del principio di legalità della pena***

Già nel vigore del codice di procedura penale del 1930 la giurisprudenza ha elaborato un'interpretazione analogica *in bonam partem* dell'obbligo del giudice di "immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità", ex art. 152 c.p.p.

Nella sentenza Taormina la Corte di cassazione ha affermato la possibilità per il «giudice superiore», anche di legittimità, di modificare o annullare la sentenza con la quale sia stata irrogata una pena illegale, pure in mancanza dell'impugnazione dell'imputato<sup>185</sup>. Il mezzo giuridico per compiere questa operazione è proprio l'art. 152, la cui applicazione analogica è giustificata dalla necessità di garantire l'osservanza del principio di legalità della pena sancito dall'art. 1 del codice penale. Dunque, in ogni stato e grado del processo, il giudice deve rilevare la nullità della sentenza che ha applicato pene non contemplate dal sistema sanzionatorio penale al momento della commissione del reato<sup>186</sup>.

Lo stesso principio è stato affermato in seguito all'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 con riferimento al

---

<sup>185</sup> Sez. 5, 22 maggio 1980, Taormina, in *Riv. Pen.*, 1981, p. 82. In senso conforme: Sez. 5, 6 ottobre 1982, n. 79, Feriello, in *Giust. Pen.*, 1984, III, p. 17.

<sup>186</sup> Sul punto, vedi Sez. 5, 21 marzo 1985, De Negri, in *Riv. Pen.*, 1986, p. 456.

nuovo art. 129, che ha preso il posto del previgente art. 152<sup>187</sup>. In base al combinato disposto dell'art. 129, interpretato analogicamente, e dell'art. 609 comma 2, i giudici di legittimità devono rilevare l'irrogazione di una pena superiore ai limiti edittali o più grave per genere o specie rispetto a quella prevista dalla legge<sup>188</sup>. Se non possono rideterminare direttamente la pena illegale, in quanto sono necessari nuovi accertamenti di fatto, devono annullare la pronuncia impugnata con rinvio; in caso contrario, rideterminano la pena e la annullano senza rinvio<sup>189</sup>. L'esercizio del potere officioso del giudice di legittimità o di merito nella rilevazione dell'illegalità della pena è condizionato dal divieto di *reformatio in peius*; in altre parole, il giudice non può rilevare l'illegalità della pena favorevole al reo in assenza dell'impugnazione del pubblico ministero.

In ossequio al principio del *favor rei*, si è inoltre stabilito che il giudice dell'impugnazione debba rilevare d'ufficio la "violazione del principio di legalità della pena", anche quando questa derivi dall'inosservanza di una modifica legislativa favorevole al reo che

---

<sup>187</sup> L'art. 129 ribadisce la regola per la quale il giudice, accertati i presupposti per pronunciare una decisione di proscioglimento, deve emettere d'ufficio il provvedimento liberatorio. In questo modo vengono soddisfatte due esigenze: da un lato quella di economia processuale, dall'altro la tutela del *favor rei*. Cfr. DANIELE, sub *art. 129*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di ILLUMINATI - CONSO, Cedam, 2015, p. 428 e ss.

<sup>188</sup> Altre sentenze, invece, hanno giustificato l'obbligo del giudice di rilevare d'ufficio l'illegalità della pena non in base all'applicazione analogica dell'art. 129 c.p.p., bensì alla luce del combinato disposto dell'art. 2 comma 4 c.p. e dell'art. 609 comma 2 del codice di procedura penale. Questa "variante" è giustificata dalla tipologia di illegalità riscontrata nel caso di specie, dovuta alla mancata applicazione da parte del giudice di merito della regola della retroattività della legge penale più favorevole, espressa appunto dall'art. 2 comma 4. Cfr. Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, *ibidem*; Sez. 4, 20 aprile 2004, n. 24661, *ibidem*.

<sup>189</sup> Cfr. DE MATTEIS, sub *art. 129*, in AA. VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di APRATI - ARIOLLI - DE MATTEIS - GAMBARDELLA, Vol. II, Giuffrè, 2012, p. 341-342.

incide sul trattamento sanzionatorio<sup>190</sup>. Nell'ambito del filone di sentenze che ha dichiarato l'illegalità delle pene irrogate in quanto contrastanti con la nuova disciplina dei reati di competenza del giudice di pace, ve ne sono alcune che hanno ribadito e ampliato le ragioni della rilevabilità d'ufficio della pena illegale<sup>191</sup>. Rispetto alla loro giurisprudenza più risalente, i giudici di legittimità hanno esplicitato l'addentellato costituzionale dell'applicazione analogica dell'art. 129. La rilevabilità officiosa della pena illegale si deve far discendere non solo dall'art. 25 comma 2 Cost., ma anche dall'art. 27 comma 3, che fissa il principio della funzione rieducativa della pena<sup>192</sup>. Tale rilevabilità è sostenuta inoltre dal principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., dato che le Sezioni Unite hanno stabilito il dovere del giudice dell'esecuzione di emendare una pena illegale<sup>193</sup>. Sarebbe dunque irragionevole rinviare la determinazione della pena al giudice dell'esecuzione e non

---

<sup>190</sup> Nella sentenza n. 39631 del 2002, la quarta Sezione ha annullato la sentenza d'appello che, in seguito alla riforma della competenza penale del giudice di pace apportata dal d.lgs. n. 274 del 2000, non aveva rilevato d'ufficio l'applicabilità del più favorevole trattamento sanzionatorio sopravvenuto. Cfr. Sez. 4, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, *ibidem*. In senso conforme: Sez. 5, 13 novembre 2002, n. 3945, De Salvo, *ibidem*. Qui la Corte ha ritenuto essere illegale la sanzione applicata per il delitto di lesioni personali, in quanto il d.lgs. n. 274 del 2000 ne ha fissato la competenza del giudice di pace e la possibilità di comminare il solo genere della pena pecuniaria, con efficacia retroattiva. Sul punto, vedi anche PIATTOLI, sub *art. 609*, in AA. VV., *op. cit.*, a cura di ILLUMINATI - CONSO, p. 2720 e ss.

<sup>191</sup> Cfr. Sez. 5, 30 settembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, *ibidem*; Sez. 5, 12 ottobre 2016, n. 51726, Sale, in *C.E.D. Cass.*, n. 268639.

<sup>192</sup> Questo principio è stato ritenuto dalle Sezioni Unite Ercolano essere «in opposizione all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, pure successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima». Di conseguenza, può «pacificamente ritenersi che la illegalità della pena inflitta, dipendente da una statuizione ab origine contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato - come verificatosi nel caso di specie - debba essere rilevata prima della formazione del giudicato, anche prescindendo dalla articolazione di un corrispondente motivo di impugnazione» (Sez. 5, 30 settembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, par. 2, *ibidem*).

<sup>193</sup> Cfr. Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*.

ammettere la possibilità per gli stessi giudici di legittimità di rilevarla ed eventualmente rideterminarla.

Si pone peraltro la questione della concomitanza di altre “cause di non punibilità” con l’illegalità della pena. Secondo una giurisprudenza consolidata, l’art. 129 stabilisce un ordine progressivo tra le diverse cause di non punibilità, in base all’interesse dell’imputato di ottenere la pronuncia più favorevole. Le cause di proscioglimento nel merito con formula liberatoria prevalgono dunque sulle cause di improcedibilità e sulle cause di estinzione del reato. La “collocazione” della pena illegale in questa scala progressiva non è agevole, in quanto, come detto, rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 129 solamente in via analogica. Tuttavia, in base ad un ragionamento logico-giuridico, si deve ritenere che la pena illegale occupi il gradino più basso della scala. L’accertamento dell’illegalità della pena non esclude la punibilità, né in rito né in merito; segnala solamente che la comminatoria di una pena, per sue caratteristiche originarie o sopravvenute, è incompatibile con il sistema sanzionatorio ideato dal legislatore. Di conseguenza, la sussistenza di una qualsiasi causa di non punibilità prevista dall’art. 129 “scavalca” l’accertamento di una pena illegale.

Il fatto che l’art. 129 sia applicabile solo in via analogica nell’ipotesi di una pena illegale fa perdere interesse anche alla questione della formula di proscioglimento da utilizzare: l’illegalità della pena genera l’esigenza della sua rideterminazione da parte del giudice di merito o di legittimità, senza toccare il profilo della punibilità del reo. L’applicazione analogica dell’art. 129 è un mero espediente per rilevare d’ufficio una pena in contrasto con il principio

costituzionale di legalità e per correggerla, senza determinare il diritto dell'imputato al proscioglimento.

La cornice giuridica entro la quale si è sviluppata maggiormente l'elaborazione giurisprudenziale sulla rilevanza d'ufficio dell'illegalità della pena coincide con l'art. 609 comma 2 del codice di procedura penale. Questa disposizione, nel disciplinare le eccezioni all'operatività del principio devolutivo nel ricorso per cassazione, non vi include espressamente l'accertamento di una pena illegale; stabilisce genericamente la cognizione dei giudici di legittimità sulle "questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo" e sulle questioni "che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello".

Sia la dottrina che la giurisprudenza si sono dunque misurate con l'esigenza di interpretare queste formule, ricollegandovi numerose facoltà: tra le tante, quella di valutare le questioni relative all'incompetenza per materia (art. 21 c.p.p.), alla sussistenza di cause di nullità assolute (art. 179 c.p.p.) o alla legittimità costituzionale della norma rilevante per il giudizio. Ma, in particolare, si è affermato che l'art. 609 comma 2 fonda la possibilità di dichiarare in sede di legittimità le cause di non punibilità di cui all'art. 129<sup>194</sup>. Di conseguenza la Cassazione ha affermato la rilevanza d'ufficio ex art. 609 comma 2 della violazione del «principio di legalità della

---

<sup>194</sup> FOLLIERI, sub *art. 609*, in AA. VV., a cura di APRATI - ARIOLLI - DE MATTEIS - GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 995. La Corte di cassazione ha tuttavia precisato di poter rilevare la sussistenza dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 129 solo se dalla sentenza impugnata emergano elementi che depongano in maniera evidente in tal senso. In generale, vedi DANIELE, sub *art. 129*, in AA. VV., *Conso-Grevi Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, a cura di ILLUMINATI - GIULIANI, Cedam, 2019, p. 407 e ss.

pena», e cioè dell'illegitima applicazione di una pena ormai estranea al regime sanzionatorio delineato dal legislatore<sup>195</sup>.

### ***3. Illegalità della pena e impugnazione inammissibile***

La questione della rilevabilità ai sensi dell'art. 609 comma 2 di una pena illegale in presenza di un ricorso inammissibile è stata ampiamente dibattuta in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Tale questione si inserisce nella più ampia problematica del rapporto tra proscioglimento anticipato ex art. 129 e inammissibilità dell'impugnazione<sup>196</sup>. Un primo orientamento, espresso dalle Sezioni Unite Cresci, distingue a seconda che l'inammissibilità sia originaria o sopravvenuta. Nel primo caso, relativo alla circostanza che l'atto di impugnazione non presenti tutti i requisiti indicati dall'art. 581 c.p.p., non è possibile rilevare e dichiarare eventuali cause di non punibilità, in quanto l'atto di impugnazione è di per sé inidoneo ad introdurre il nuovo grado di giudizio. L'inammissibilità originaria attiene ai requisiti formali dell'atto di impugnazione o ai presupposti previsti dalla legge per il valido esercizio del diritto di impugnazione, senza «involgere un giudizio di merito». Dunque la decisione che la rileva è semplicemente dichiarativa della mancata instaurazione di

---

<sup>195</sup> Cfr. Sez. 4, 20 aprile 2004, n. 24661, *ibidem*; Sez. 5, 9 luglio 2004, n. 36293, Raimo, in *C.E.D. Cass.*, n. 230636.

<sup>196</sup> Le Sezioni Unite Jazouli distinguono sul punto due schieramenti contrapposti. Secondo lo schieramento “rigorista” la decisione sull'inammissibilità precede sempre l'accertamento delle cause di non punibilità, mentre secondo la tesi “liberale” è doveroso il contrario, per esigenze di giustizia sostanziale. Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*. Per una trattazione esauriente a riguardo, vedi DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 295 e ss.

un valido rapporto processuale, che determina un mero «simulacro» di gravame. Invece l'inammissibilità sopravvenuta, che ricomprende tutte le cause di inammissibilità diverse da quelle originarie<sup>197</sup>, non osta all'applicazione dell'art. 129<sup>198</sup>. Questa situazione comporta la distinzione tra giudicato sostanziale e giudicato formale: il primo si concretizza «allo scadere dei termini per proporre impugnazione sia in caso di mancanza o di irrituale presentazione di essa sia in caso di gravame invalido»<sup>199</sup>; in altri termini, si determina con l'insorgere della causa di inammissibilità. Il secondo si forma successivamente, con l'emanazione della declaratoria di inammissibilità, ai sensi dell'art. 648 comma 2 c.p.p.

Successivamente la distinzione tra inammissibilità originaria e sopravvenuta è cominciata a sfumare, con il sostegno di un'evoluzione giurisprudenziale che ha trovato il suo compimento nella Sezioni Unite De Luca<sup>200</sup>. Analizzando la giurisprudenza pregressa, la più autorevole composizione della Corte di cassazione ha rilevato la «progressiva erosione» degli spazi applicativi riservati all'art. 129. Tale erosione è condivisa e completata dalla pronuncia

---

<sup>197</sup> Ad esempio inammissibilità per manifesta infondatezza dei motivi o inammissibilità per motivi non consentiti o non dedotti in appello.

<sup>198</sup> Cfr. Sez. Un., 20 luglio 1994, n. 21, Cresci, in *Foro It.*, 1995, pp. 445-454. In senso conforme, *ex multis*: Sez. 1, 22 aprile 1997, n. 5044, Pace, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1151; Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 11493, Verga, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1998, p. 827; Sez. 1, 12 novembre 1998, n. 13665, Scarsi, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3481.

<sup>199</sup> Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, par. 17, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2988 e ss., con nota di CIAVOLA, *Le Sezioni unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*.

<sup>200</sup> Per un passaggio intermedio, cfr. Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 15, Piepoli, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1534 e ss., con nota di MARANDOLA, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*. In quest'ultima sentenza le Sezioni Unite hanno ricompreso nell'ambito dell'inammissibilità originaria le ipotesi in cui l'atto di gravame contenga motivi non consentiti o denunci violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello; in sostanza, hanno ricondotto anche gli artt. 591 e 606 comma 3 c.p.p. nell'alveo dell'inammissibilità originaria.

in questione, che ha ricondotto l'inammissibilità per manifesta infondatezza nell'ambito delle inammissibilità preclusive all'attivazione del potere officioso del giudice, negando così la validità della distinzione tra inammissibilità originarie e sopravvenute<sup>201</sup>. In altri termini la Corte ha stabilito che ogni causa di inammissibilità prevista dalla legge impedisce la valida formazione di un rapporto processuale, con formazione del giudicato sostanziale e inevitabile inapplicabilità dell'art. 129<sup>202</sup>. Le cause di inammissibilità sono state dunque assoggettate ad un «regime unitario», che produce il risultato di non consentire la trattazione nel merito dell'impugnazione<sup>203</sup>.

Una simile “reazione” ad un uso pretestuoso delle impugnazioni non ha tuttavia esaurito il potere officioso del giudice di cognizione nel rilevare cause di non punibilità. Esistono infatti casi in cui l'inammissibilità dell'impugnazione non condiziona l'accertamento del giudice di cognizione, data «[l]'eccezionale possibilità di incidere in executivis sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del

---

<sup>201</sup> Questa conclusione, secondo i giudici di legittimità, è inevitabile alla luce del meccanismo legislativo di impugnazione, caratterizzato dal *favor impugnationis*. A questo principio «fa da rigoroso contrappunto la precisa esigenza di conformare l'atto di impugnazione ai requisiti prescritti dalla legge; così da assegnare all'attributo "manifesta" la significazione di palese inconsistenza delle censure e da tracciare un limite invalicabile all'impiego di moduli volti ad eludere lo schema del giudizio di legittimità il cui accesso resta comunque subordinato all'osservanza del precetto del comma 1 dell'art. 606» (Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, par. 20, *ivi*). La Corte critica apertamente il criterio quantitativo di discernimento tra inammissibilità originaria e sopravvenuta, consistente nella necessità o meno di un'indagine di merito approfondita per dichiarare l'inammissibilità. Infatti si tratta di un criterio privo di saldo ancoraggio normativo e irragionevole, in quanto la manifesta infondatezza «è sovente di più agevole constatazione, proprio per essere l'infondatezza, per definizione, chiara ed incontrovertibile» (par. 22).

<sup>202</sup> Questa posizione si è consolidata nelle successive pronunce di legittimità. *Ex multis*, cfr. Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, *ibidem*; Sez. 4, 20 gennaio 2004, n. 18641, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3387; Sez. 1, 4 giugno 2008, n. 24688, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3921; Sez. 3, 8 ottobre 2009, n. 42839, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 664; Sez. 6, 4 luglio 2011, n. 32872, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3485.

<sup>203</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 3, *ivi*.

giudicato formale»<sup>204</sup>. Si tratta in particolare delle ipotesi di *abolitio criminis* e dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, in grado di determinare la revoca della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p., e dell'estinzione del reato per morte del reo ex art. 150 del codice penale<sup>205</sup>. Per queste ipotesi l'irrelevanza di una causa di inammissibilità è giustificata proprio dagli incisivi poteri di cui è dotato il giudice dell'esecuzione in relazione alla sentenza di condanna; sarebbe inutile e controproducente, considerato il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., permettere ad una causa di inammissibilità di sbarrare le porte all'applicazione dell'art. 129 c.p.p., con il solo effetto di rinviare la questione alla fase esecutiva. Recentemente è stato riconosciuto che il giudicato sostanziale non può coprire nemmeno l'ipotesi dell'incompatibilità tra la norma incriminatrice interna e il diritto eurounitario<sup>206</sup>.

Si è assistito in sostanza ad una modifica del criterio di valutazione dell'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. in presenza di un ricorso inammissibile: non si distingue più a seconda del tipo di inammissibilità rilevante, ciò che conta è se la causa di non punibilità si possa far valere o meno dopo il passaggio in giudicato della

---

<sup>204</sup> Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, par. 14, *ivi*.

<sup>205</sup> Cfr. Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, *ivi*. In senso conforme: Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 33542, Cavalera, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 92 e ss., con nota di MONASTERO, *Inammissibilità delle impugnazioni e applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di legittimità*; Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 58 e ss., con nota di ORLANDI, *Se la condanna è per un reato prescritto*. Le Sezioni Unite Butera, riferendosi a queste pronunce, parlano di «una giurisprudenza che ha sviluppato una visione sostanzialistica della dinamica impugnatoria e delle relative conseguenze sul piano delle preclusioni processuali» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 3, *ivi*).

<sup>206</sup> Cfr. Sez. 7, 26 giugno 2008, n. 36254, non massimata; Sez. 1, 5 ottobre 2011, n. 39566, *ibidem*; Sez. 4, 6 maggio 2011, n. 32131, Nolfo, in *C.E.D. Cass.*, n. 251096; Sez. 1, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, *ivi*; Sez. 6, 5 novembre 2010, n. 9028, Gargiulo, *ibidem*.

sentenza<sup>207</sup>. L'esercizio del potere officioso del giudice in relazione alle cause di non punibilità è tuttavia precluso in ogni caso, quando il gravame viene proposto tardivamente<sup>208</sup>. Questa è l'unica ipotesi in cui una causa di inammissibilità è ancora in grado di influenzare la possibilità di applicare l'art. 129, in quanto trasforma immediatamente il giudicato sostanziale in giudicato formale ai sensi dell'art. 648 comma 2 c.p.p., rendendo la sentenza di condanna irrevocabile<sup>209</sup>.

In relazione alla specifica tematica della rilevabilità officiosa dell'illegalità della pena nonostante l'impugnazione sia inammissibile, è riscontrabile un approccio non uniforme della Corte di cassazione.

Con riferimento all'illegalità della pena in generale, un primo orientamento esclude la sua rilevabilità officiosa<sup>210</sup>. Secondo un

---

<sup>207</sup> In questi termini, cfr. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 300.

<sup>208</sup> Cfr. Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, *ivi*; Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, *ivi*; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*. Le Sezioni Unite Jazouli hanno affermato che l'inammissibilità per ricorso tardivamente proposto è una «speciale causa di inammissibilità, [...] preclusiva di un'eventuale rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche dinanzi alla declaratoria di incostituzionalità della pena» (par. 12).

<sup>209</sup> Sul punto il dato testuale è effettivamente chiaro: «la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per [proporre l'impugnazione]» (art. 648 comma 2 c.p.p.). È dunque inevitabile che l'impugnazione tardiva faccia «scattare» l'irrevocabilità della sentenza, e cioè il giudicato formale.

<sup>210</sup> Si è già visto che nella sentenza n. 24926 del 2003 la quinta Sezione ha ritenuto essere illegale la pena che, per il reato di lesioni c.d. lievissime, infligge la specie della reclusione e non della multa, senza osservare il sopravvenuto dettato del d.lgs. n. 274 del 2000. Inserendosi nel solco tracciato dalle Sezioni Unite De Luca, che ha parificato le cause di inammissibilità originarie e sopravvenute nella preclusione alla formazione di un valido rapporto di impugnazione, la quinta Sezione ha stabilito che la regola della rilevabilità d'ufficio della pena illegale «incontra un limite [...] nella inammissibilità dell'impugnazione, che preclude l'esercizio del potere di cognizione» (Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, par. 2, *ibidem*). In senso conforme: Sez. 5, 9 luglio 2004, n. 36293, Raimo, *ibidem*; Sez. 2, 8 luglio 2013, n. 44667, Aversano, in *C.E.D. Cass.*, n. 257612. In quest'ultima sentenza la Corte ha individuato tale limite alla rilevabilità officiosa della pena illegale in «negativo». Ha infatti stabilito che «la dedotta violazione del principio di legalità della pena, pur non costituendo oggetto del ricorso principale che riguarda capi e punti della decisione non aventi ad oggetto il trattamento sanzionatorio, è rilevabile d'ufficio anche nell'ambito del giudizio di Cassazione, non essendo il

diverso indirizzo non può essere di ostacolo alla rilevazione officiosa e alla conseguente rideterminazione della pena illegale «la intrinseca inammissibilità delle censure (esplicitamente) formulate, atteso che il principio di legalità ex art. 1 c.p. e la funzione della pena, come concepita dall'art. 27 Cost., non appaiono conciliabili con la applicazione di una sanzione non prevista dall'ordinamento»<sup>211</sup>. Si tratta di un'ulteriore conferma degli argomenti utilizzati dalla Corte per giustificare l'ampiezza del proprio potere officioso: la diretta e profonda incompatibilità della pena comminata con i principi costituzionali, *in primis* con quello di legalità, permette al giudice di legittimità di ricondurre a legittimità la sanzione penale<sup>212</sup>.

Contrasti giurisprudenziali si sono verificati anche in punto di rilevabilità d'ufficio, in presenza di ricorso inammissibile, dell'illegalità della pena determinata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma non incriminatrice. Alcune

---

ricorso inammissibile e non comportando l'esame della questione rappresentata accertamenti in fatto o valutazioni di merito incompatibili con i limiti del giudizio di legittimità».

<sup>211</sup> Sez. 5, 27 aprile 2012, n. 24128, Di Cristo, *ibidem*.

<sup>212</sup> La stessa impostazione si rinviene nella sentenza n. 15944 del 2013, Aida, in cui la prima Sezione ha affermato che l'inammissibilità del ricorso per la genericità delle censure proposte «non impedisce alla Corte di Cassazione di procedere al necessario annullamento della sentenza impugnata nella parte in cui abbia provveduto ad irrogare una pena illegale» (Sez. 1, 21 marzo 2013, n. 15944, Aida, par. 1, *ibidem*). In senso conforme: Sez. 1, 21 gennaio 2009, n. 8405, Porreca, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 2324; Sez. 5, 12 ottobre 2016, n. 51726, Sale, *ibidem*. In un'altra sentenza la quinta Sezione ha giustificato la necessità di rilevare e rideterminare la pena *ab origine* illegale, pur in presenza di una causa di inammissibilità, richiamando le Sezioni Unite Ercolano. Questa pronuncia ha infatti chiarito che la funzione rieducativa della pena ex art. 27 comma 3 Cost. si oppone all'esecuzione di una sanzione penale «rivelatasi, pure successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima». Di conseguenza sarebbe irragionevole escludere che l'illegalità della pena venga rilevata dal giudice di cognizione, «prima della formazione del giudicato ed a prescindere dalla articolazione di un corrispondente motivo di impugnazione, pure in presenza di un ricorso caratterizzato da inammissibilità» (Sez. 5, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, *ibidem*). In senso conforme: Sez. 4, 2 aprile 2019, n. 17221, *ibidem*. Da ultima, la sentenza n. 13787 del 2020 ha stabilito che l'inammissibilità del ricorso perché presentato per motivi non consentiti sia assimilabile non tanto all'inammissibilità per tardività dell'impugnazione, quanto alle «inammissibilità in generale» che non precludono la rilevazione della pena illegale *ab origine* (Sez. 5, 30 gennaio 2020, n. 13787, *ibidem*).

pronunce hanno stabilito che l'inammissibilità del ricorso per cassazione non è d'ostacolo alla rilevazione officiosa della «nullità sopravvenuta della sentenza impugnata nel punto relativo alla determinazione del trattamento sanzionatorio in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma attinente alla determinazione della pena»<sup>213</sup>.

Secondo un altro filone interpretativo, la rilevabilità officiosa di una pena la cui illegalità scaturisce da una pronuncia di incostituzionalità è condizionata dalla proposizione di «motivi originari del gravame» che investono la Corte di cassazione del «controllo della motivazione»<sup>214</sup>. Si tratta di una posizione che, a ben

---

<sup>213</sup> Sez. 4, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori, par. 9, in *C.E.D. Cass.*, n. 259363. Nel caso di specie i giudici di legittimità dovevano valutare l'incidenza sui giudizi in corso "viziati" da ricorsi inammissibili della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. Questa pronuncia della Corte di cassazione sembra tuttavia presentare la già censurata confusione tra il fenomeno abrogativo e quello della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale, nella parte in cui giustifica il risultato della rilevabilità officiosa della pena illegale «alla luce dei principi relativi alla successione di leggi nel tempo dettati dall'art. 25 Cost., 7, par. 1, Convenzione Europea sui diritti dell'Uomo e 2 codice penale». La stessa impostazione si rinviene in: Sez. 4, 15 maggio 2014, n. 22293, Kure, in *C.E.D. Cass.*, n. 259383; Sez. 6, 6 marzo 2014, n. 12727, Rubino, in *C.E.D. Cass.*, n. 258778. La sentenza Marku Irido è giunta alla medesima conclusione, ma con un percorso logico-giuridico differente: se la declaratoria di incostituzionalità di norma non incriminatrice fosse ricondotta nell'ambito della successione di leggi nel tempo, non potrebbe contrastare «l'effetto cristallizzante dell'inammissibilità del ricorso». Si tratta tuttavia di un fenomeno diverso, avente natura patologica, e per questo idoneo a incidere sul giudicato sostanziale (Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, par. 6, *ibidem*).

<sup>214</sup> Sez. 6, 26 marzo 2014, n. 14995, Lampugnano, par. 8, in *C.E.D. Cass.*, n. 259359. Questa pronuncia riprende la posizione espressa in precedenza dalla sentenza n. 37102 del 2012, che si è misurata non con gli effetti sui giudizi in corso della sentenza n. 32 del 2014, bensì con gli effetti della sentenza n. 68 del 2012 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede la diminuzione della pena quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione il fatto risulti di particolare tenuità. Qui la Corte di cassazione ha stabilito che la pubblicazione in epoca successiva alla presentazione del ricorso di una sentenza della Corte costituzionale di accoglimento, con contenuto additivo, consente al ricorrente di giovarsene senza presentare motivi aggiunti, essendo sufficiente anche depositare una semplice memoria difensiva, purché con i motivi originari il giudice di legittimità sia stato investito del controllo della motivazione della sentenza di merito sul punto su cui è intervenuta la declaratoria di incostituzionalità. Cfr. Sez. 6, 19 luglio 2012, n. 37102, Checcucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 253471. Ancora, nella sentenza n. 24606 del 2014 la quarta Sezione osserva che il ricorso «dovrebbe essere dichiarato inammissibile», ma a questa conclusione ostano gli effetti "retroattivi" della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, che ha reso le norme annullate *tamquam non fuisset*. Di

vedere, non è radicalmente incompatibile con quella che ammette un'incondizionata rilevanza officiosa della pena illegale. Entrambe concordano sul fatto che gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità sui processi in corso siano così pregnanti da “superare” l'eventuale inammissibilità del ricorso e il giudicato sostanziale. Tuttavia, questa linea di pensiero appone una condizione all'esercizio dei poteri officiosi del giudice di legittimità, consistente nella proposizione di motivi inerenti alla motivazione della sentenza impugnata.

Le Sezioni Unite Jazouli sono intervenute sulla questione, ammettendo la possibilità di rilevare d'ufficio l'illegalità della pena conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità della norma non incriminatrice su cui si fonda, anche in caso di inammissibilità del ricorso e senza alcuna condizione. Vi sono due ragioni che depongono a favore di questa conclusione. Anzitutto, la “contiguità” tra l'illegalità della pena derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità di norma incriminatrice e quella derivante dall'incostituzionalità di norma incidente sul trattamento sanzionatorio. Aderendo alla posizione espressa dalla sentenza Marku Irido, le Sezioni Unite hanno stabilito che il reato deve essere inteso nella sua dimensione globale, considerando tutti gli elementi normativi che lo conformano. Infatti il principio del *favor rei* non

---

conseguenza la nuova disciplina risultante dall'intervento della Corte costituzionale si può applicare ai ricorsi pendenti davanti ai giudici di legittimità, ma a condizione che «i motivi originari abbiano investito il giudice di legittimità del controllo della motivazione». (Sez. 4, 12 marzo 2014, n. 24606, Rispoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 259366). In senso conforme: Sez. 6, 8 aprile 2014, n. 18828, Renna, non massimata; Sez. 6, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, *ibidem*. Quest'ultima sentenza, nonostante si inserisca perfettamente nel solco interpretativo tracciato dalle altre pronunce citate, si caratterizza per non mettere in risalto la peculiarità “retroattiva” degli effetti della sentenza n. 32 del 2014, affermando che l'applicazione officiosa della disciplina “rivissuta” deriva dall'art. 2 comma 4 c.p.

può essere confinato al precetto, ma deve essere esteso anche all'aspetto sanzionatorio, in considerazione della "gravità" della patologia espressa dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma non incriminatrice. Tale patologia, ontologicamente non inferiore a quella relativa alla norma incriminatrice, incide sul reato «globalmente inteso», per cui il giudice non può ignorarla e anteporvi una causa di inammissibilità. Di conseguenza, dal momento che l'illegittimità costituzionale estirpa una norma attinente al trattamento sanzionatorio con efficacia *ex tunc*, in modo irreversibile e definitivo, deve ritenersi che anche l'illegittimità costituzionale limitata alla sola sanzione sia «destinata ad incidere sul giudicato sostanziale»<sup>215</sup>. Detto altrimenti, il giudice deve rilevare l'illegalità sopravvenuta della pena indipendentemente dall'ammissibilità dell'impugnazione, provvedendo a ripristinare una sanzione legale ispirata alla cornice edittale "rivissuta" a seguito della pronuncia di incostituzionalità.

In secondo luogo, riprendendo la *ratio* espressa dalle Sezioni Unite De Luca e Bracale, le Sezioni Unite Jazouli hanno ribadito questa posizione osservando che «lo stesso intervento [di rideterminazione della pena illegale] può essere posto in sede di esecuzione»<sup>216</sup>. Viene qui nuovamente in rilievo, anche se solo implicitamente, il principio di ragionevole durata del processo, che vieta di negare al giudice di cognizione facoltà proprie del giudice dell'esecuzione. Si tratterebbe infatti di una preclusione inutile, che

---

<sup>215</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 11, *ivi*.

<sup>216</sup> *Ibidem*. Infatti la stessa giurisprudenza di legittimità aveva da poco stabilito che, a fronte di una declaratoria di incostituzionalità di una norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, il giudice dell'esecuzione fosse tenuto a rideterminare la pena in favore del condannato. Cfr. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*.

avrebbe l'unico effetto di allungare le vicende giudiziarie e di sottrarre energie al sistema penale.

Sempre in linea con le sentenze De Luca e Bracale, le Sezioni Unite Jazouli sono state ferme nel negare la rilevabilità officiosa dell'illegalità della pena determinata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma non incriminatrice, in presenza di ricorso tardivo. Ciò in quanto l'inammissibilità per ricorso tardivamente proposto è una «speciale causa di inammissibilità», in grado di determinare immediatamente il giudicato formale della sentenza<sup>217</sup>. Le successive Sezioni Unite Butera hanno tuttavia precisato che la preclusione alla rilevazione officiosa dell'illegalità della pena, causata dall'impugnazione tardiva, non impedisce al giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena illegale. Una simile conclusione sembra inevitabile alla Corte, alla luce della progressiva

---

<sup>217</sup> Anche le Sezioni Unite Butera hanno confermato questa preclusione, con riferimento all'illegalità *ab origine* della pena e in base alla lettera dell'art. 648 comma 2 del codice di procedura penale. Questa disposizione stabilisce che la sentenza contro la quale è ammessa l'impugnazione è irrevocabile "quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile". Una certa giurisprudenza ritiene che, nel caso di impugnazione tardiva, non sia applicabile la condizione dell'inutile decorso del termine per proporre impugnazione per configurare il giudicato formale, affermando piuttosto la necessità dell'infruttuoso decorso del termine per proporre impugnazione avverso la pronuncia che dichiara la inammissibilità. Posta in questi termini, l'impugnazione tardiva non determinerebbe l'irrevocabilità della sentenza e permetterebbe al giudice di cognizione di applicare l'art. 129. Le Sezioni Unite rigettano questa interpretazione, valorizzando la particella "o" che separa le due ipotesi che sanciscono l'irrevocabilità della sentenza ai sensi dell'art. 648 comma 2. Dunque la sentenza deve ritenersi irrevocabile, in caso di impugnazione tardiva, quando è inutilmente decorso il termine per proporre impugnazione. Oltre che dal dato testuale, questa opzione ermeneutica è sostenuta da ragioni pratiche: evita che la presentazione di un atto di impugnazione fuori dal termine previsto sia sempre sufficiente per impedire la formazione del giudicato formale, comportando l'obbligo di sospensione dell'esecuzione di una sentenza da tempo ormai definitiva. Del resto, affermano le Sezioni Unite, «il legislatore avrebbe usato una formula diversa, se avesse voluto stabilire l'inapplicabilità della prima ipotesi (quella dell'inutile decorso del termine per proporre impugnazione) nel caso di un'impugnazione, anche tardiva» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 4, *ivi*). Ne deriva il seguente principio di diritto: «[i]n presenza di ricorso inammissibile perché presentato fuori termine non è rilevabile d'ufficio, in sede di legittimità, l'illegalità della pena» (par. 5).

erosione del giudicato in nome dei diritti «primari» della persona<sup>218</sup>. Si tratterebbe inoltre di una soluzione in linea con il principio di legalità ex art. 1 c.p. e con la funzione costituzionale della pena (art. 27 Cost.), oltre che con «le coordinate fondamentali del nostro sistema processuale»<sup>219</sup>.

Questo indirizzo sembra discostarsi dal ragionamento giuridico condiviso dalle precedenti pronunce delle Sezioni Unite<sup>220</sup>, per il quale al giudice di cognizione non sono precluse le facoltà esercitabili dal giudice dell'esecuzione. Infatti le Sezioni Unite Butera affermano che la tardività dell'impugnazione impedisce al giudice di cognizione di rilevare e correggere la pena illegale, ma che la stessa possibilità non è preclusa al giudice dell'esecuzione. Si determina così una discrepanza che, da un lato, si pone in tensione con il principio di ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost.: la tardività del ricorso determina l'irrevocabilità della sentenza di condanna e apre la fase esecutiva, con il rischio che possa chiudersi a causa dell'illegalità della pena rilevata dal giudice

---

<sup>218</sup> Cfr. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, *ivi*; Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*. Sul punto vedi *infra*, Cap. III, par. 1.

<sup>219</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 9, *ivi*. La stessa posizione è stata condivisa dalla prima Sezione nella sentenza n. 24850 del 2018, riguardante un ricorso contro l'ordinanza di non luogo a procedere del giudice dell'esecuzione che si rifiutava di rideterminare la pena della reclusione nella specie della multa per il delitto di lesioni personali lievissime. Ciò è avvenuto nonostante la Corte di cassazione avesse riconosciuto l'illegalità della pena inflitta, ma non fosse riuscita a intervenire a causa della tardività del ricorso. Qui la Corte ha ammesso la facoltà di intervento del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p., ma a condizione che la sentenza di cognizione contenga gli «apprezzamenti necessari» per ricondurre a legalità la pena «anche in sede esecutiva». In altre parole è necessario che il giudice dell'esecuzione non ridetermini discrezionalmente la pena con una valutazione del tutto eccentrica rispetto al proprio ambito di intervento, ma si attenga alle valutazioni del giudice di cognizione, le quali devono essere sufficientemente precise per escludere ogni discrezionalità in sede esecutiva (Sez. 1, 9 maggio 2018, n. 24850, in *Dir. e Giust.*, 4 giugno 2018). Sul punto, vedi anche Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 10, *ivi*.

<sup>220</sup> Cfr. Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, *ivi*; Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, *ivi*; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*.

dell'esecuzione. Si provoca un inutile spreco di “energie giudiziarie”, a causa di una situazione, l'illegalità della pena, a cui si sarebbe potuto porre agevole rimedio nella fase di cognizione. Dall'altro lato questa asimmetria è giustificata dalla necessità di delimitare con precisione le fasi di cognizione e di esecuzione, mediante la formazione del giudicato e l'intangibilità dell'accertamento processuale. Come si è già illustrato, se si ammettesse che il decorso del termine per proporre impugnazione non fosse di per sé sufficiente a determinare l'irrevocabilità della sentenza, l'impugnazione tardiva potrebbe metterla in discussione in qualsiasi momento. In questo modo si pregiudicherebbero l'esigenza di certezza e stabilità giuridica e quella di evitare impugnazioni pretestuose. La lesione del principio di ragionevole durata del processo è peraltro stemperata dalla circostanza che il giudice dell'esecuzione non sempre può rideterminare la pena illegale, ma solo quando non debba esercitare poteri discrezionali<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> Questa affermazione non vale sempre, ma solo con riferimento alla pena *ab origine* illegale. Come si vedrà in modo più approfondito nel Capitolo III, la Corte di cassazione ha ammesso una diversa “profondità” dei poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena illegale, a seconda che l'illegalità sia *ab origine* (assenza di discrezionalità) o derivi da una pronuncia di incostituzionalità (presenza di discrezionalità).

#### ***4. Rilevabilità d'ufficio dell'illegalità pro reo della pena***

Oltre al caso di tardività dell'impugnazione, la giurisprudenza di legittimità è ferma nell'individuazione di un altro limite al potere officioso di rilevazione dell'illegalità della pena: il giudice, in assenza di impugnazione del pubblico ministero, non può modificare la sentenza che ha irrogato una pena illegale di favore all'imputato<sup>222</sup>. Osta a tale facoltà il divieto di *reformatio in peius*, il quale viene «enunciato espressamente per il giudizio di appello, ma [è] espressione di un principio generale, valevole anche per il giudizio di cassazione»<sup>223</sup>. All'illegalità *pro reo* della pena non può dunque porsi riparo «né con le formalità di cui agli artt. 130 e 619 c.p.p., perché si versa in ipotesi di errore di giudizio e non di errore materiale del computo aritmetico della pena; né in osservanza dell'art. 1 cod. pen. ed in forza del compito istituzionale proprio della Corte di cassazione di correggere le deviazioni da tale disposizione»<sup>224</sup>. In altri termini il divieto di *reformatio in peius* permette la correzione dell'illegalità della pena, se inflitta in senso favorevole all'imputato, solo in presenza di specifico gravame del pubblico ministero.

---

<sup>222</sup> *Ex multis*, cfr. Sez. 1, 7 marzo 1995, n. 1413, Casella, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 845; Sez. 5, 15 febbraio 2000, n. 771, Bosco, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 1298; Sez. 6, 20 novembre 2013, n. 49858, G., in *C.E.D. Cass.*, n. 257672; Sez. 4, 21 novembre 2013, n. 49404, Colombini, in *C.E.D. Cass.*, n. 258128; Sez. 5, 30 settembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, *ibidem*; Sez. 3, 7 giugno 2018, n. 34139, Xhixha, in *C.E.D. Cass.*, n. 273677; Sez. 5, 9 maggio 2019, n. 44088, Dzemaili, in *C.E.D. Cass.*, n. 277845.

<sup>223</sup> Sez. 2, 10 settembre 2020, n. 30198, Di Mauro, par. 1.1, in *C.E.D. Cass.*, n. 279905.

<sup>224</sup> Sez. 6, 20 novembre 2013, n. 49858, par. 7, G., *ibidem*.

Un problema interpretativo ha riguardato la doverosità o meno dell'applicazione da parte del giudice d'appello di un effetto sanzionatorio favorevole all'imputato derivante dall'accoglimento delle sue doglianze, qualora la pena inflitta in primo grado sia illegale perché inferiore al minimo edittale. Il contrasto giurisprudenziale si è formato in relazione all'ambito di operatività dell'art. 597 comma 4 c.p.p., che impone al giudice di diminuire la pena irrogata "se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti".

Secondo un primo orientamento, l'obbligo del giudice di diminuire la pena ai sensi dell'art. 597 comma 4 presuppone che la pena sia stata irrogata nel rispetto dei limiti di legge. In assenza di questo presupposto l'accoglimento della domanda di parte non farebbe altro che aggravare la condizione di illegalità della pena, con l'effetto paradossale che «la correzione di un errore finirebbe per aggravare le conseguenze di un altro»<sup>225</sup>. E se è vero che il mancato appello del p.m. impedisce la correzione *in malam partem* della pena illegale, non si giustifica tuttavia l'aggravamento della condizione di illegalità<sup>226</sup>. La necessità di rimediare allo «stigma dell'ingiustizia» determinato dall'illegalità della pena giustificerebbe dunque la

---

<sup>225</sup> Sez. 1, 30 settembre 2020, ord. n. 448, par. 6, non massimata.

<sup>226</sup> In tal senso, cfr. Sez. 3, 25 gennaio 2007, n. 7306, Bougataya Assan, non massimata; Sez. 3, 3 ottobre 2007, n. 39882, Costanzo, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 640; Sez. 4, 20 novembre 2012, n. 6966, Martinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 254538; Sez. 5, 17 ottobre 2017, n. 51615, Pala, in *C.E.D. Cass.*, n. 271604. In quest'ultima sentenza la Corte ha ritenuto non violato il divieto di *reformatio in peius* in un caso in cui il giudice d'appello, nel giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione ai fini della rideterminazione della pena del reato continuato conseguente alla prescrizione di alcuni reati posti in continuazione, non aveva ridotto la pena complessivamente inflitta, in quanto la stessa era stata illegalmente determinata a vantaggio dell'imputato in misura inferiore al minimo edittale.

“compensazione” individuata nel limite all’operatività dell’art. 597 comma 4<sup>227</sup>.

Una diversa impostazione ritiene che tale compensazione costituisca una violazione della legge, dal momento che l’art. 597 comma 4 non menziona il presupposto applicativo della conformità ai limiti edittali della pena irrogata in primo grado<sup>228</sup>. La limitazione “pretoria” all’applicazione di questa disposizione sarebbe inoltre contrastante con il principio di intangibilità della pena illegale favorevole all’imputato, considerata da decenni un punto fermo della giurisprudenza di legittimità<sup>229</sup>. In altre parole si aggirerebbe il divieto di *reformatio in peius*, che a sua volta costituisce il fondamento della non rilevabilità officiosa dell’illegalità *pro reo* della pena.

Si tratta di una questione che a ben vedere ne tocca un’altra, e cioè l’estensione del divieto di *reformatio in peius* in assenza di impugnazione del pubblico ministero. La giurisprudenza si è chiesta

---

<sup>227</sup> Questo indirizzo risalta le numerose pronunce delle Sezioni Unite che hanno affermato l’assoluta necessità di rimediare all’illegalità della pena inflitta sia in fase di cognizione che in sede esecutiva, per tutelare il diritto fondamentale alla libertà personale. Cfr. Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*; Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*; Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, *ivi*; Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*. Come specificato da una recente pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, il richiamo ai propri precedenti in materia di illegalità della pena non sarebbe pertinente. Questi fanno infatti riferimento a casi in cui l’illegalità della pena sia sfavorevole al reo, o per la specie più grave di quella prevista dalla norma astratta, o per una quantificazione superiore ai limiti edittali, e non favorevole. Sul punto, vedi Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 1964 e ss., con nota di TODARO, *Giudizio abbreviato, diminuente del rito, pena illegale, principio devolutivo, divieto di reformatio in peius: le Sezioni Unite e il composito mosaico della legalità*.

<sup>228</sup> Cfr. Sez. 5, 9 maggio 2019, n. 44088, Dzemaili, *ibidem*. Qui la Corte ha ritenuto essere illegittima, in una fattispecie di declaratoria di estinzione per prescrizione, in secondo grado, di due reati contravvenzionali già ritenuti satelliti nell’ambito di una continuazione, la conferma della pena irrogata in primo grado. Il giudice non aveva infatti provveduto alla decurtazione degli aumenti corrispondenti ai reati prescritti, giustificandosi con il mancato rispetto del minimo edittale previsto per il reato più grave.

<sup>229</sup> Cfr. Sez. 3, 7 giugno 2018, n. 34139, Xhixha, *ibidem*; Sez. 2, 10 settembre 2020, n. 30198, Di Mauro, *ibidem*.

se la rilevanza del divieto sia limitata all'entità complessiva della pena o si estenda anche agli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione. Nel primo caso il giudice potrebbe compensare la riduzione della pena dovuta all'illegalità favorevole all'imputato, mentre nel secondo caso no. Sul punto le Sezioni Unite Morales hanno riconosciuto che il divieto di *reformatio in peius*, enunciato dall'art. 597 comma 3 c.p.p., viene confermato e rafforzato dal successivo comma 4, introdotto nel codice di rito con uno scopo preciso: contrastare quell'indirizzo giurisprudenziale per il quale, in presenza della sola impugnazione dell'imputato, il Giudice d'appello poteva confermare la pena complessiva irrogata in primo grado, nonostante l'applicazione di circostanze attenuanti o l'eliminazione di circostanze aggravanti o reati concorrenti. Deve ritenersi dunque che l'art. 597 comma 4 dia autonomia, ai fini dell'applicazione del divieto di *reformatio in peius* e rispetto alla pena complessiva, alle circostanze e al vincolo della continuazione. Conseguenza di questa autonomia non è solo l'obbligatoria diminuzione della pena complessiva, ma anche «l'impossibilità di elevare la pena comminata, per detti singoli elementi, pur risultando diminuita quella complessiva a seguito dell'accoglimento dell'appello proposto con riferimento non alle circostanze o al concorso di reati, ma per altri motivi»<sup>230</sup>.

Queste conclusioni hanno acquisito portata generale con una recente pronuncia delle Sezioni Unite, chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale relativo all'obbligo del giudice d'appello

---

<sup>230</sup> Sez. Un., 27 settembre 2005, n. 40910, Morales, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 48 e ss., con nota di CREMONESI, *Reformatio in peius, vince il garantismo*.

di ridurre una pena illegale *pro reo*, nel caso in cui l'impugnazione del solo imputato sia fondata. Nonostante al caso di specie non fosse applicabile l'art. 597 comma 4<sup>231</sup>, la Corte ha enfatizzato il suo ruolo rafforzativo della norma di cui al precedente comma 3, a sua volta espressiva del principio generale del divieto di *reformatio*. La Corte riconosce che il divieto di *reformatio* è norma «eccezionale» rispetto al principio costituzionale di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.), ma allo stesso tempo afferma che «tale principio deve essere posto in bilanciamento con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., la cui pienezza ed effettività trova espressione (tra l'altro) nel diritto di proporre impugnazione»<sup>232</sup>. Di conseguenza l'accoglimento delle doglianze validamente sollevate dall'imputato, concernenti la violazione di legge in ordine ad una delle componenti del trattamento sanzionatorio, «non può essere neutralizzato da improprie forme di compensazione con altro punto ad esso inerente, quale l'erronea individuazione della pena in violazione dei limiti edittali, non

---

<sup>231</sup> Le Sezioni Unite si sono pronunciate sull'applicabilità della diminuzione del rito abbreviato ad una pena illegale in senso favorevole all'imputato, che è questione diversa dall'applicazione degli effetti sanzionatori favorevoli per l'imputato derivanti dall'accoglimento dell'appello che abbia comportato l'esclusione di reati concorrenti o di circostanze aggravanti, ovvero il riconoscimento di circostanze attenuanti. Alla massima composizione della Corte è stato chiesto «se il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per un reato contravvenzionale, lamenti l'illegittimità della riduzione operata ai sensi dell'art. 442 cod. proc. pen. nella misura di un terzo invece che della metà, debba applicare la diminuzione nella misura di legge pur quando la pena inflitta dal giudice di primo grado sia illegale, perché in violazione delle previsioni edittali, e di favore per l'imputato» (Sez. 1, 30 settembre 2020, ord. n. 448, par. 12, non massimata). In sostanza l'imputato era stato condannato in primo grado, nel corso di un giudizio abbreviato, per la contravvenzione di cui all'art. 699 comma 2 c.p. (porto abusivo di armi per cui non è ammessa la licenza). Tuttavia il giudice aveva applicato la pena inferiore prevista dal primo comma della disposizione, causando l'irrogazione di una pena illegale; aveva poi errato nell'applicare la diminuzione propria del giudizio abbreviato, riducendo la pena solo di un terzo e non della metà. La corte di appello, investita dell'impugnazione del solo imputato, pur riconoscendo l'errore ai sensi dell'art. 442 c.p.p, non riteneva, in concreto, di dover applicare la corretta diminuzione, in quanto la pena complessiva risultava comunque favorevole all'impugnante. Cfr. Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, *ivi*.

<sup>232</sup> Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, par. 8, *ivi*.

devoluto alla cognizione del giudice»<sup>233</sup>. La Corte afferma chiaramente che la logica compensatoria lede il diritto costituzionale di difesa dell'imputato, il quale non può contare su un rimedio giudiziale effettivo per le censure sollevate.

La posizione assunta dalla Corte è giustificata anche dall'importanza del principio devolutivo enunciato dall'art. 597 comma 1 c.p.p., in base al quale la cognizione del giudice d'appello riguarda solamente "i punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti". Questo principio ha una duplice dimensione, sia negativa che positiva. La dimensione negativa fa riferimento al divieto di estendere la cognizione del giudice di appello a punti diversi da quelli oggetto dei motivi di impugnazione proposti. Quella positiva coincide con l'obbligo del giudice di provvedere sul contenuto del gravame. In conformità al principio devolutivo il giudice di secondo grado, una volta accertata l'illegittima applicazione della diminuzione denunciata dall'imputato, deve limitarsi ad applicare la corretta riduzione della pena, anche se questa è stata irrogata in una misura inferiore al minimo edittale dal giudice di primo grado. Al contrario, si verificherebbe un'indebita estensione della cognizione del giudice d'appello se questo, in seguito all'accertamento dell'illegalità della pena-base in senso favorevole all'imputato, decidesse di mantenere la pena finale «nella dimensione stabilita con la sentenza appellata»<sup>234</sup>. Si creerebbe infatti, per effetto della compensazione, un «indiretto effetto di

---

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, par. 5, *ivi*.

aumento della pena-base», con violazione del principio devolutivo e del divieto di *reformatio*<sup>235</sup>.

### ***5. Poteri officiosi del giudice di cognizione oltre la pena illegale***

Si è appena visto che la Corte di cassazione ammette la rilevabilità d'ufficio di una pena illegale, anche in presenza di un ricorso inammissibile (purché non tardivo), in base al combinato disposto degli artt. 129 e 609 comma 2 del codice di procedura penale.

Nella sentenza Della Fazia le Sezioni Unite sono andate oltre, stabilendo che la Corte può rilevare d'ufficio, con conseguente annullamento sul punto, anche una pena “ingiusta” (e non illegale) in quanto applicata prima di una successione di leggi che hanno modificato il trattamento sanzionatorio in senso favorevole all'imputato, nelle more del ricorso per cassazione<sup>236</sup>. E può farlo

---

<sup>235</sup> In applicazione di questo ragionamento, la Corte ha formulato il seguente principio di diritto: «[i]l giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per reato contravvenzionale, lamenti l'illegittima riduzione della pena ai sensi dell'art. 442 c.p.p., nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminuzione nella misura di legge, pur quando la pena irrogata dal giudice di primo grado non rispetti le previsioni edittali, e sia di favore per l'imputato» (Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, par. 10, *ivi*).

<sup>236</sup> Il caso di specie riguardava una condanna per alcuni episodi di cessione di c.d. droghe pesanti, riconducibili alla fattispecie di lieve entità prevista dall'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990. In pendenza del ricorso per cassazione il legislatore ha trasformato la circostanza attenuante riferita ai fatti di lieve entità di cui all' art. 73 comma 5 in reato autonomo e ne ha ridotto la cornice edittale, contraendola tra uno e cinque anni di reclusione e tra 3000 euro e 26000 di multa. La terza Sezione, assegnataria del ricorso, lo ha rimesso alle Sezioni Unite, chiedendole se «siano rilevabili di ufficio in sede di legittimità, anche in presenza di ricorso manifestamente infondato e privo di censure in ordine al trattamento sanzionatorio, gli effetti

nonostante la pena inflitta rientri nella cornice edittale sopravvenuta, il ricorso sia inammissibile e non vengano proposti motivi riguardanti il trattamento sanzionatorio.

Anzitutto la Corte constata che non vi è sempre illegalità della pena nell'ipotesi di «sfasatura tra la pena irrogata e quella che dovrebbe essere inflitta in esito al nuovo trattamento sanzionatorio entrato in vigore successivamente»<sup>237</sup>. Nel caso in cui la modifica normativa non intacchi significativamente la proporzionalità della sanzione irrogata, quest'ultima non si può definire "illegale" ma solamente «ingiusta»<sup>238</sup>. Se il ricorso è ammissibile la pena ingiusta deve essere emendata anche d'ufficio dal giudice di cognizione ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p., che risolve l'antinomia provocata dalla diversità tra la legge del «tempo in cui fu commesso il reato» e le «posteriori» stabilendo l'applicazione della *lex mitior*, con il limite del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

La questione circa l'applicabilità officiosa del «trattamento che [il giudice] accerti essere più favorevole al reo»<sup>239</sup> è senz'altro più complessa nell'ipotesi in cui il ricorso per cassazione sia inammissibile, perché entra in gioco l'ostacolo del giudicato, che «dovrebbe conseguire all'inammissibilità dell'impugnazione»<sup>240</sup>. In realtà questo non è sempre vero: in base all'art. 648 comma 2 c.p.p.

---

delle modifiche normative sopravvenute in termini di attenuazione della pena, anche nel caso in cui la pena inflitta rientri nella cornice edittale recata dalla nuova disciplina» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 1, *ivi*).

<sup>237</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 8.1, *ivi*.

<sup>238</sup> Sul punto vedi *infra*, Cap. I, par. 2.6.

<sup>239</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 10.2, *ivi*. Come è stato in precedenza osservato, l'applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p. in sede di legittimità non genera peraltro automaticamente l'attenuazione del trattamento sanzionatorio. È infatti possibile che il giudice del rinvio confermi la pena precedentemente irrogata, con adeguata motivazione. Dunque l'"ingiustizia" della pena perdura sino alla celebrazione del nuovo giudizio.

<sup>240</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 11, *ivi*.

il giudicato formale si forma immediatamente solo nel caso di impugnazione tardiva, mentre negli altri casi richiede l'inutile decorso del termine per impugnare l'ordinanza o la sentenza che dichiara l'impugnazione inammissibile. Questo significa che l'art. 2 comma 4 c.p. è ancora applicabile dal giudice di cognizione che rilevi l'inammissibilità dell'impugnazione, perché non è ancora divenuta irrevocabile la sentenza di condanna. Le Sezioni Unite decidono tuttavia di prendere come punto di riferimento delle proprie argomentazioni non tanto il giudicato formale di cui agli artt. 2 comma 4 c.p. e 648 comma 2 c.p.p., quanto il giudicato sostanziale sulla pena che consegue al ricorso inammissibile.

È proprio l'analisi diacronica del "valore" e della funzione del giudicato che fornisce alla Corte la forza giuridica delle proprie argomentazioni. Tale istituto, da «principio assoluto di tutela dell'autorità dello Stato (totalitario)», con l'entrata in vigore della Costituzione ha mutato la propria funzione, ora consistente nel garantire la «razionalità dell'ordinamento»<sup>241</sup>, e in particolare la ragionevole durata del processo. Questa trasformazione si è inserita in un movimento più ampio del processo penale e della giurisdizione, il cui scopo ultimo non è quello di garantire decisioni stabili e veloci, bensì di tutelare i diritti fondamentali della persona<sup>242</sup>. In tal senso depongono l'art. 2 Cost., che tutela i diritti inviolabili dell'uomo, l'art. 24 comma 4 Cost., che afferma la necessità di emendare errori giudiziari incidenti sulla stabilità della condanna, e l'art. 27 comma

---

<sup>241</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 11.1, *ivi*.

<sup>242</sup> Questa affermazione è argomentata dalla Corte tenendo conto dell'assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale dell'intangibilità del giudicato. Solo l'art. 27 comma 2 Cost. presuppone implicitamente l'intangibilità del giudicato, stabilendo che l'imputato non può considerarsi colpevole sino a sentenza definitiva.

3 Cost., che afferma il principio della funzione rieducativa della pena. Entro queste coordinate si è sviluppato un «percorso erosivo dell'intangibilità del giudicato», dovuto alla pressante esigenza di rimediare alle lesioni dei diritti e delle garanzie fondamentali delle persone, di natura sia sostanziale che processuale<sup>243</sup>.

Le Sezioni Unite Della Fazio compiono questo *excursus* per affermare che, a fronte di una violazione di un diritto fondamentale dell'imputato o del condannato, l'intangibilità del giudicato debba trovare delle limitazioni, «non tutte ipotizzabili preventivamente»<sup>244</sup>. Il cambio di prospettiva è evidente ed esplicitato dalla Corte: il problema «non è dunque quello della formazione del giudicato, ma quello di verificare se si sia realizzata una lesione di un diritto o di

---

<sup>243</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 12, *ivi*. Con riferimento al principio di applicazione retroattiva della *lex mitior*, la “flessibilizzazione” del giudicato è stata accentuata dalla sentenza Ercolano; qui le Sezioni Unite hanno stabilito che la preclusione del giudicato «non può operare allorché risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 7.1, *ivi*). Per evidenziare il processo giurisprudenziale di erosione del giudicato la Corte richiama la sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, che ha introdotto in via pretoria una nuova ipotesi di revisione del processo quando si tratti di conformare la sentenza di condanna alle sentenze definitive della Corte EDU. La Consulta ha esplicitato il suo obbligo di porre rimedio ad un *vulnus* costituzionale riguardante i diritti fondamentali; nel caso in cui la lesione sia rimediabile in via interpretativa, devono essere i giudici comuni ad eliminare la violazione. Ancora, da un punto di vista legislativo sono sempre di più le ipotesi di flessione del giudicato: nella fase esecutiva può applicarsi la disciplina del concorso formale e della continuazione (art. 671 c.p.p.), il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-bis c.p.p.), l'ampliata disciplina della restituzione nel termine (art. 175 c.p.p.) e la rescissione del giudicato (art. 625-ter c.p.p.). Da un punto di vista processuale, i giudici di legittimità hanno stabilito che il giudice dell'esecuzione deve dichiarare ai sensi dell'art. 670 c.p.p. «l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea» (Sez. 1, 1 dicembre 2006, n. 2800, Dorigo, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1448 e ss., con nota di DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso “Dorigo”*). Nella stessa direzione va: Sez. 6, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1465 e ss., con nota di CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Questa pronuncia ha affermato la possibilità di rimediare ad una violazione del diritto di difesa avvenuta in una sentenza di legittimità passata in giudicato mediante l'applicazione dell'art. 625-bis c.p.p.

<sup>244</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 14, *ivi*.

una garanzia fondamentale della persona che giustifichi una limitazione della sua intangibilità»<sup>245</sup>. In presenza di una lesione di un diritto fondamentale dell'imputato, dunque, la formazione del giudicato sostanziale non è di per sé sufficiente ad impedire l'esercizio di poteri officiosi del giudice di cognizione. Si tratta di un approccio estremamente casistico, che rischia di creare non poca incertezza e imprevedibilità nelle pronunce della Suprema Corte.

Le Sezioni Unite riconducono nell'ambito dell'eterogenea categoria della «violazione di un diritto fondamentale» la circostanza che una persona sia stata giudicata, in un processo non chiuso con sentenza irrevocabile, in relazione ad «un quadro normativo nel frattempo modificato a seguito di una evidente variazione del giudizio di disvalore della condotta da parte del legislatore indipendentemente dalla circostanza che ci si trovi o meno in presenza di una vera e propria illegalità della pena»<sup>246</sup>. La motivazione di una simile scelta ruota attorno alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità: facendo un raffronto tra la legge in base alla quale è stato giudicato l'imputato e la legge successiva più favorevole, è evidente che la pena sia stata misurata in base a criteri più gravi e ormai sproporzionati alla valutazione astratta del legislatore. In altre parole, la pena non “aggiornata” al mutato quadro normativo si pone in tensione con il principio di individualizzazione del trattamento sanzionatorio e con la funzione

---

<sup>245</sup> *Ibidem*. Sembra evidente, in queste parole, l'influenza delle Sezioni Unite Ercolano, che hanno affermato la recessività del giudicato «di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 7.1, *ivi*).

<sup>246</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 14, *ivi*.

rieducativa della pena. La conclusione a cui giunge la Corte merita di essere riportata integralmente:

«Queste argomentazioni sono da sole sufficienti per pervenire all'affermazione dell'esistenza di un obbligo, per il giudice della cognizione, di rimuovere la situazione di violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento quale è certamente il diritto dell'imputato di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo salvo che il legislatore [...] non abbia inteso derogare al principio della retroattività della *lex mitior*»<sup>247</sup>.

È evidente l'influenza della Corte EDU in questa affermazione, la quale nella sentenza Scoppola ha considerato l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, alla stregua di un «principio fondamentale del diritto penale»<sup>248</sup>. Le Sezioni Unite si inseriscono dunque nel solco tracciato dalla giurisprudenza europea per valorizzare il principio di retroattività della *lex mitior*. Da un lato i giudici di legittimità ribadiscono il fondamento costituzionale di tale principio così come delineato dalla Corte costituzionale, coincidente con l'art. 3 Cost., in relazione al principio di uguaglianza<sup>249</sup>. Dall'altro arricchiscono la sua copertura

---

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, par. 106, *ivi*.

<sup>249</sup> Infatti il principio di uguaglianza impone, in linea di massima, l'equiparazione del trattamento sanzionatorio relativo ai medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che questi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto la modifica mitigatrice. In altre parole, non sarebbe ragionevole continuare a punire più gravemente una persona se la legge posteriore, per lo stesso fatto, prevede una pena più lieve. Sul punto, vedi Corte cost., n. 236 del 2011, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 3047 e ss., con nota di PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*. La Corte costituzionale ha invece escluso che il principio di retroattività della legge penale più favorevole possa essere

costituzionale, collegandolo al principio della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.) e al conseguente principio di proporzionalità della pena, che impone la parametrizzazione del trattamento sanzionatorio alla gravità del fatto indicata dal legislatore. Secondo le Sezioni Unite, del resto, l'obbligo per il giudice di rimediare all'obsolescenza della legge penale più sfavorevole «non incontra limiti»<sup>250</sup> ed è pienamente in linea con il processo di erosione del giudicato in atto.

Ne deriva un vero e proprio diritto fondamentale dell'imputato all'applicazione da parte del giudice di cognizione della legge «che ha mutato *in melius* il disvalore della condotta da lui tenuta»<sup>251</sup>. Trattandosi di un diritto fondamentale, la sua garanzia deve essere attuata indipendentemente dalle carenze nella difesa personale o tecnica dell'imputato. Di conseguenza, la lesione del diritto in questione deve essere rilevata e corretta d'ufficio dal giudice di cognizione, a prescindere dalla «formale proposizione di motivi riguardanti questo aspetto della responsabilità» e dalla inammissibilità del ricorso proposto<sup>252</sup>. Nel caso di specie, la

---

ricondotto nell'ambito di tutela dell'art. 25 comma 2 Cost., che “copre” solo il principio di irretroattività dei reati e delle pene.

<sup>250</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 16, *ivi*. Si tratta di un'affermazione in apparente contrasto con l'orientamento consolidato della Corte costituzionale in materia di retroattività della legge penale favorevole, che può subire limitazioni se «sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi [...] contrapposti, di analogo rilievo» (Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, par. 10, *ivi*). In realtà, come specificano le Sezioni Unite, solo nel caso in cui la novella legislativa non abbia previsto un «limite alla retroattività *in mitius* della disciplina sanzionatoria sopravvenuta» al principio di retroattività della legge penale favorevole deve essere attribuita «la massima estensione». Estensione che in ogni caso non tocca direttamente la fase esecutiva della sentenza di condanna, dato il limite generale ed eccezionale, nell'ottica della Cassazione, previsto dall'art. 2 comma 4 c.p.

<sup>251</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 16.1, *ivi*.

<sup>252</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 16, *ivi*. Del resto, osservano le Sezioni Unite, altre pronunce dei giudici di legittimità hanno “sacrificato” l'ostacolo dell'inammissibilità del ricorso davanti all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali della

mancata applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* rientra nell'ambito di operatività dell'art. 609 comma 2 c.p.p., e in particolare nelle questioni “che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello”. Infatti la sentenza impugnata è stata pronunciata prima che entrasse in vigore il trattamento sanzionatorio più favorevole, e anche la proposizione del ricorso è anteriore alla novella legislativa. È peraltro indifferente che la modifica legislativa *pro reo* avvenga prima o dopo la presentazione del ricorso o di altri motivi aggiunti, data la particolare urgenza di salvaguardare i diritti fondamentali dell'imputato anche d'ufficio.

La Corte ha dunque disposto ai sensi dell'art. 609 comma 2 c.p.p. l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, demandando al giudice di merito la valutazione circa la rideterminazione della pena ingiusta, a nulla rilevando l'inammissibilità del ricorso, l'assenza di motivi inerenti al trattamento sanzionatorio e l'assenza di memorie ex art. 585 comma 4 c.p.p.<sup>253</sup>

Con la sentenza Della Fazia le Sezioni Unite hanno attribuito al giudice di cognizione ampi poteri officiosi a tutela dei diritti fondamentali, in grado di comprimere il principio devolutivo e di scalfire il giudicato sostanziale conseguente all'inammissibilità del

---

persona. Oltre alla sentenza Jazouli, vengono citate: Sez. 3, 6 novembre 2014, n. 52031, Rahman, in *C.E.D. Cass.*, n. 271709; Sez. 4, 13 marzo 2014, n. 27600, Buonocore, in *C.E.D. Cass.*, n. 259368. Nella prima, la Corte ha annullato la sentenza di appello per avvenuta prescrizione del reato e malgrado l'inammissibilità del ricorso, perché la modifica del trattamento sanzionatorio, successiva alla sentenza impugnata, aveva avuto come conseguenza la riduzione dei termini di prescrizione. Nella seconda, una successione di leggi penali nel tempo ha reso necessario rivedere, in presenza di ricorso inammissibile, il giudizio di comparazione delle circostanze, dato che il legislatore ha trasformato la circostanza aggravante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 in un'ipotesi autonoma di reato. Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, par. 16.2, *ivi*.

<sup>253</sup> COSTANZI, *op. cit.*, p. 170.

ricorso proposto<sup>254</sup>. Questa pronuncia è solo apparentemente in linea con le Sezioni Unite De Luca, Bracale e Jazouli, le quali hanno riconosciuto uno spazio di operatività all'intervento officioso del giudice di cognizione sul presupposto che il giudice dell'esecuzione avesse successivamente la facoltà di rideterminare la pena, in relazione a certe ipotesi e in presenza di un ricorso inammissibile. Nella sentenza Della Fazia viene infatti stabilito che il giudice di legittimità ha poteri officiosi ulteriori e distinti da quelli del giudice dell'esecuzione, riconducibili alla possibilità di rilevare una pena "ingiusta" e di annullare la sentenza impugnata sul punto.

Peraltro i presupposti che permettono la rilevazione ex art. 609 comma 2 c.p.p. di una pena "ingiusta" sono gli stessi della pena illegale: entrambe possono essere accertate d'ufficio dal giudice di legittimità, anche se sono compatibili con il quadro legislativo sopravvenuto, in presenza di un ricorso inammissibile e in assenza di censure inerenti al trattamento sanzionatorio. Da questo punto di vista non è necessario raggiungere la "soglia" dell'illegalità della pena per attivare i poteri officiosi del giudice. Si determina così il "superamento" della categoria della pena illegale nell'ambito del giudizio di cognizione<sup>255</sup>, perché la stessa funzione viene assolta dalla scivolosa nozione di "ingiustizia" della pena.

Residuano in ogni caso due differenze tra la pena "ingiusta" e quella illegale, oltre alla rilevabilità in sede esecutiva. La prima

---

<sup>254</sup> Chiaramente il superamento del giudicato sostanziale non avviene in caso di impugnazione tardiva, dato che questa trasforma immediatamente il giudicato sostanziale in formale, determinando l'irrevocabilità della sentenza di condanna. Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*.

<sup>255</sup> Ma, si ricorda, non nell'ambito del giudizio di esecuzione, dato che il giudicato formale è ostativo all'applicazione della legge più favorevole al condannato (art. 2 comma 4 c.p.).

riguarda l'addentellato costituzionale che giustifica l'utilizzo di queste categorie: hanno in comune il collegamento con la funzione rieducativa della pena ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost., ma mentre l'istituto della pena illegale trae forza soprattutto dal principio costituzionale di legalità (art. 25 comma 2 Cost.), la nozione di pena "ingiusta" si aggancia all'implicito principio costituzionale di proporzionalità, espresso dall'art. 3 della Costituzione. La seconda differenza concerne le conseguenze giuridiche derivanti dall'accertamento in sede di legittimità dell'ingiustizia o dell'illegalità della pena. Infatti la pena illegale deve essere in ogni caso rideterminata, o dalla stessa Corte di cassazione se non sono necessari "ulteriori accertamenti di fatto" ex art. 620 lett. l) c.p.p., o dal giudice del rinvio a seguito di annullamento della sentenza impugnata. Invece l'ingiustizia della pena non fonda il diritto dell'imputato alla sua correzione in base alla legge più favorevole, ma piuttosto il diritto ad una nuova valutazione della sua proporzionalità da parte del giudice del rinvio. Una volta che questa nuova valutazione ha avuto luogo non si può più parlare di pena "ingiusta" ed è ben possibile che il giudice di merito ritenga la pena proporzionata al sistema sanzionatorio successivamente introdotto, «motivando opportunamente e adeguatamente»<sup>256</sup>.

In questa tendenza all'ampliamento dei poteri officiosi del giudice oltre la pena illegale si inserisce anche la recente sentenza n. 31282 del 2019 della terza Sezione penale. Qui la Corte ha dovuto vagliare la "correttezza" della sentenza di appello, che a sua volta ha confermato la decisione di primo grado nella parte in cui disponeva

---

<sup>256</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 16, *ivi*.

la confisca dell'intero lotto di terreno acquistato e delle opere ivi realizzate dagli imputati<sup>257</sup>. Questi ultimi, in particolare, hanno lamentato violazione di legge e vizio di motivazione per avere il giudice di merito pronunciato «sentenza di prescrizione» in relazione al reato di lottizzazione abusiva, senza tuttavia disporre la revoca della confisca.

I giudici di legittimità hanno tuttavia rigettato le doglianze degli impugnanti, data l'«evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e domestica»<sup>258</sup> sul rapporto tra sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato e confisca<sup>259</sup>. Deve infatti ritenersi, in base alla

---

<sup>257</sup> La confisca in favore del patrimonio del comune era stata applicata in virtù dell'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001, che recita: "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".

<sup>258</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 3.2, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 282 e ss., con nota di VALENTI, *La Cassazione può esaminare d'ufficio la questione della violazione della CEDU: tra rilevanza ultra partes della sentenza di Strasburgo, ius superveniens e pena illegale*.

<sup>259</sup> Inizialmente si riteneva che la confisca fosse una sanzione puramente amministrativa. Era dunque considerata legittima la sua automatica e obbligatoria pronuncia ai sensi dell'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001 per i reati in materia edilizia, indipendentemente da una pronuncia di condanna e dalla circostanza che il destinatario della misura fosse imputato nel processo penale. Successivamente la sentenza Sud Fondi c. Italia (2007) della Corte EDU ha affermato la natura "sostanzialmente" penale della confisca, ponendola nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU. Nella medesima pronuncia, la Corte ha accertato peraltro la sproporzione tra la confisca inflitta e le «esigenze dell'interesse generale della comunità» che giustificato una compressione della proprietà ai sensi dell'art. 1 Protocollo 1 della CEDU. In altre parole l'estensione della confisca, riguardante all'85% terreni non edificati, non era giustificata rispetto allo scopo annunciato, e cioè quello di mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Secondo la Corte «sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione». La sentenza Varvara c. Italia (2013) ha consolidato tali conclusioni, stabilendo il contrasto tra la CEDU e un sistema in cui sia possibile applicare una pena ad una persona la cui responsabilità penale non sia accertata in una sentenza di colpevolezza. Sulla base di queste novità giurisprudenziali, la Corte di cassazione ha dubitato della costituzionalità della confisca obbligatoria di cui all'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001. Nella prospettiva dei giudici di legittimità si doveva ritenere che, in forza del *dictum* convenzionale, la confisca urbanistica potesse essere disposta solo nell'ambito di una sentenza di condanna per il reato di lottizzazione abusiva. È facendo leva su tale orientamento che gli imputati del processo in cui si iscrive la sentenza n. 31282 del 2019 hanno censurato la scelta del giudice di merito di non revocare la confisca, pur emanando una sentenza di proscioglimento per prescrizione. Tuttavia la Corte costituzionale, nella sentenza n. 49 del

sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale e della sentenza G.I.E.M. c. Italia (2018) della Corte EDU, che la prescrizione del reato non impedisca la sentenza definitiva «che accerta esservi stata lottizzazione abusiva e [che] conseguentemente dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, [...] quando ne sia accertata la sussistenza con riguardo agli elementi oggettivo e soggettivo»<sup>260</sup>.

Nonostante le doglianze degli imputati non fossero fondate, la terza Sezione ha comunque annullato con rinvio la pronuncia impugnata, «limitatamente alla statuizione relativa alla confisca»<sup>261</sup>. Infatti la Corte di Strasburgo, nella sentenza G.I.E.M., afferma che il rispetto dell'art. 1 Protocollo 1 addizionale alla CEDU richiede «un ragionevole rapporto di proporzionalità» tra i mezzi che limitano il diritto di proprietà e lo scopo perseguito<sup>262</sup>. Data la formulazione

---

2015, ha smentito questa interpretazione della sentenza Varvara, affermando piuttosto che non fosse l'unica possibile e nemmeno espressione di un'interpretazione consolidata della Corte di Strasburgo. Nella pronuncia G.I.E.M. c. Italia (2018) la Corte EDU ha confermato la posizione espressa dalla Corte costituzionale, riconoscendo che, nonostante la dichiarazione di responsabilità penale sia contenuta spesso in una sentenza di condanna, non è detto che lo sia sempre. È dunque ben possibile che «i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione»; una pronuncia del genere costituisce comunque condanna «nel senso dell'art. 7 [CEDU], che in questo caso non è violato». C. EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia, ric. n. 1828/06 e al., par. 261, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 3927 e ss., con nota di DE MARZO, *Osservazioni*.

<sup>260</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 3.2, *ivi*. Questa conclusione è peraltro incoraggiata dal nuovo art. 578-bis c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 21 del 2018. Cfr. GALASSO, *Si alla prevalenza della confisca sulla prescrizione del reato, ma solo se...*, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 4 e ss.; SCHIAVONE, *Le Sezioni unite sul rapporto tra confisca lottizzatoria e prescrizione: pieno accertamento del reato e praticabilità dell'annullamento con rinvio ex art. 578-bis c.p.p.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, p. 1703 e ss.

<sup>261</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 5.3, *ivi*.

<sup>262</sup> La Corte indica peraltro alcuni criteri di valutazione del rispetto del principio di proporzionalità della confisca: «la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione». C. EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia, ric. N. 1828/06 e al., par. 301, *ivi*.

della confisca di cui all'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001, la Corte EDU ha ritenuto il suo carattere obbligatorio e automatico essere in contrasto con il principio di proporzionalità, «in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione»<sup>263</sup>.

La Corte di cassazione ha dunque ritenuto possibile rilevare d'ufficio la «questione relativa alla violazione delle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo»<sup>264</sup>. In altre parole, ha posto il problema del potenziale contrasto tra la confisca obbligatoria applicata nel caso di specie e il principio di proporzionalità che la deve informare ai sensi dell'art. 1 Protocollo 1 addizionale alla CEDU, in base alle indicazioni della Corte EDU espresse in G.I.E.M. c. Italia. I giudici di legittimità indicano tre ragioni che depongono a favore dell'applicazione dell'art. 609 comma 2 c.p.p., nonostante la giurisprudenza sia oscillante a riguardo<sup>265</sup>:

---

<sup>263</sup> C. EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia, ric. N. 1828/06 e al., par. 301, *ivi*.

<sup>264</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 4.1, *ivi*.

<sup>265</sup> Secondo un certo orientamento, formato in relazione all'art. 6 CEDU, è rilevabile d'ufficio anche in sede di giudizio di legittimità la questione della violazione di una norma della Convenzione, nel caso in cui la sentenza della Corte EDU esprima un'efficacia *ultra partes* derivante da una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione europea. In tal senso, vedi: Sez. I, 3 marzo 2015, n. 24384, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2015, p. 462; Sez. 3, 20 gennaio 2015, n. 19322, Ruggieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 263513; Sez. 2, 12 novembre 2014, n. 11648, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 262978. In senso difforme si ritiene che la questione riferita alla violazione dell'art. 6 CEDU sia riconducibile, con adattamenti, alla nozione del vizio di "violazione di legge", sottoposto al principio devolutivo e previsto dall'art. 606 comma 1 lett. c) del codice di procedura penale: Sez. 5, 20 novembre 2013, n. 51396, Basile, in *C.E.D. Cass.*, n. 257831; Sez. 4, 19 novembre 2013, n. 18432, Spada, in *C.E.D. Cass.*, n. 261920; Sez. 1, 9 giugno 2015, n. 26860, Bagarella, in *C.E.D. Cass.*, n. 263961.

- 1) La circostanza che la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo nella sentenza G.I.E.M. evidenzi «una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione Europea»<sup>266</sup>, assumendo rilevanza anche in processi diversi da quello nell’ambito del quale è stata pronunciata. Qui la terza Sezione sembra attribuire la qualifica di sentenza pilota o “sostanzialmente pilota” alla pronuncia G.I.E.M., le cui affermazioni sarebbero applicabili anche ai “fratelli minori” del ricorrente<sup>267</sup>.
- 2) Il fatto che il ricorso sia stato proposto prima della sentenza G.I.E.M., per cui il ricorrente non avrebbe potuto censurare un «profilo di possibile incompatibilità del diritto nazionale con l'ordinamento convenzionale per la prima volta individuato in quella sentenza»<sup>268</sup>. Con tale affermazione la Corte sembra suggerire la riconducibilità della «questione relativa alla violazione delle disposizioni della CEDU» alle questioni “che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello”, ai sensi dell’art. 609 comma 2 c.p.p.<sup>269</sup>
- 3) La sostanziale equiparazione tra il dictum di una sentenza della Grande Camera, che «certamente rappresenta il diritto

---

<sup>266</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 4.1, *ivi*.

<sup>267</sup> Allo stesso modo della sentenza Scoppola, in base alla ricostruzione dell’ordinanza n. 34472 del 2012 delle Sezioni Unite condivisa dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 210 del 2013. Vedi *supra*, Capitolo I, par. 2.5.

<sup>268</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 4.1, *ivi*.

<sup>269</sup> Questo passaggio viene criticato da VALENTI, che, richiamando le Sezioni Unite Perroni (n. 13539 del 2020), ha posto in discussione la reale ineducibilità in grado di appello del tema della proporzionalità della confisca. In questa pronuncia, infatti, le Sezioni Unite hanno stabilito che «la questione della proporzionalità della confisca non fosse estranea al perimetro cognitivo dei giudici e delle parti del processo di merito», in quanto già affrontata dalla Corte EDU nella sentenza *Sud Fondi c. Italia* (VALENTI, *op. cit.*, p. 289).

consolidato in materia»<sup>270</sup> in conformità alla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, e lo *ius superveniens*, il quale giustifica l'attivazione dei poteri officiosi di cui all'art. 609 comma 2 del codice di procedura penale. Il fondamento costituzionale di tale interpretazione viene individuato nell'art. 117 comma 1 Cost., che impone al giudice nazionale di applicare il diritto interno in conformità ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Completando un quadro già di per sé complicato, la Corte di cassazione afferma che «l'applicazione dell'art. 609 c.p.p., comma 2, è di ancor più immediata evidenza», dato che la questione in esame incide sull'irrogazione di una pena «suscettibile di essere considerata illegale» «nel senso di cui all'art. 7 CEDU».

A chiarire la situazione viene in soccorso la menzione delle Sezioni Unite Della Fazio, che permette di ricostruire il percorso logico seguito nella pronuncia in questione. Si è visto, nella sentenza Della Fazio, che la violazione del diritto fondamentale dell'imputato «di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo»<sup>271</sup> comporta l'attivazione di poteri officiosi del giudice di legittimità, volti a rilevare e rideterminare la pena ormai sproporzionata al nuovo disvalore del fatto di reato, indipendentemente dalla sua illegalità. La sentenza n. 31282 del 2019 non ha invece a che fare con un vero *ius superveniens*, bensì con una sentenza della Corte EDU avente efficacia *ultra partes*, applicabile

---

<sup>270</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 4.1, *ivi*.

<sup>271</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 14, *ivi*.

nel caso di specie mediante l'art. 117 comma 1 della Costituzione. Si tratta di un parallelismo piuttosto rischioso, in quanto alla sua base postula l'«autosufficienza della decisione della Corte europea»<sup>272</sup> con riferimento ad una sanzione, la confisca, che nemmeno è considerata una pena in senso formale.

Considerare dunque la sentenza G.I.E.M. alla stregua di uno *ius superveniens* rilevabile d'ufficio dai giudici di legittimità, dato che in caso contrario si lederebbe il diritto fondamentale dell'imputato all'applicazione retroattiva della *lex mitior*, rischierebbe di porsi in serio contrasto con il principio di legalità e con il sistema dei rapporti tra ordinamento convenzionale e nazionale delineato dalla Corte costituzionale. Nella simile vicenda Ercolano le Sezioni Unite hanno proposto questione di costituzionalità della disciplina interna contrastante con la CEDU in base alle indicazioni della sentenza Scoppola, ostando all'applicazione diretta del *dictum* della Corte EDU proprio il rango delle norme convenzionali<sup>273</sup>. Nella sentenza in commento la Corte di cassazione sembra eludere sia il necessario passaggio dell'incidente di costituzionalità che il divieto di disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme convenzionali, facendo leva sulle potenzialità dell'interpretazione convenzionalmente orientata della confisca di cui all'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001. I giudici di legittimità affermano infatti che gli «insegnamenti» ricavabili dalla sentenza G.I.E.M. permettono di «limitare la misura a quei beni che siano stati di fatto interessati dall'attività illecita, evitando una generalizzata ablazione della

---

<sup>272</sup> VALENTI, *op. cit.*, p. 288.

<sup>273</sup> Cfr. Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, *ivi*.

proprietà che, in quanto sproporzionata ed eccessivamente onerosa, si porrebbe in contrasto con l'art. 1, del Protocollo 1»<sup>274</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte di cassazione ritiene di poter rilevare d'ufficio la questione della “tensione” tra la confisca concretamente applicata e la proporzionalità che la dovrebbe informare in base alle indicazioni della Corte EDU. Dal momento che la «verifica circa la corretta estensione della confisca» richiede un accertamento di merito, i giudici di legittimità annullano la sentenza impugnata con rinvio<sup>275</sup>.

Nonostante l'*escamotage* interpretativo, la sensazione è che la Corte di cassazione abbia davvero considerato la pronuncia G.I.E.M. alla stregua di una legge sopravvenuta, giustificando così il rilievo officioso del problema della proporzionalità della confisca. Sembra realizzarsi una sorta di “forzatura nella forzatura”: già la sentenza Della Fazia aveva ampiamente sfruttato le potenzialità interpretative dell'art. 609 comma 2 c.p.p., “superando” la categoria dell'illegalità della pena nell'ambito del giudizio di cognizione. La sentenza n. 31282 del 2019 è andata oltre, “superando” il principio di legalità della pena in nome della tutela dei diritti fondamentali, da realizzare attraverso la malcelata applicabilità diretta delle sentenze della Corte di Strasburgo nei giudizi penali.

---

<sup>274</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 4.5, *ivi*.

<sup>275</sup> In senso conforme: Sez. 3, 20 febbraio 2019, n. 14743, Amodio, in *C.E.D. Cass.*, n. 275392; Sez. 3, 17 luglio 2019, n. 43119, Falconi, in *C.E.D. Cass.*, n. 277263; Sez. 3, 5 luglio 2019, n. 38484, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 2483. In tutte queste sentenze si afferma che i giudici di legittimità, anche qualora confermino la decisione di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per intervenuta prescrizione, devono disporre l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione relativa alla confisca ex art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001, laddove il provvedimento ablatorio sia stato disposto in modo generalizzato e non limitato ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali.

Seguendo il parallelismo con la sentenza Della Fazia, è peraltro incomprensibile la scelta di considerare “illegale” la sanzione della confisca che non sia proporzionata ai suoi scopi in base ai criteri dettati da G.I.E.M. c. Italia. Non tanto perché la confisca non possa essere considerata una sanzione penale “sostanziale” e dunque non possa mai essere “illegale”<sup>276</sup>, quanto piuttosto perché, nel caso di specie, non ha le caratteristiche di una pena illegale. Una sanzione penale è infatti illegale quando si pone al di fuori del sistema sanzionatorio previsto dal legislatore, per un suo “vizio” originario o sopravvenuto. La confisca che viene in rilievo con la sentenza n. 31282 del 2019 non è esorbitante rispetto ai parametri legislativi, ma fonda piuttosto un sospetto di “sproporzionalità” rispetto ad un’interpretazione convenzionalmente orientata dell’art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001. Si potrebbe al massimo ipotizzare un’analogia con la pena “ingiusta”, che è comunque rilevabile d’ufficio e legittima il diritto dell’imputato ad una nuova valutazione di merito circa la sua proporzionalità; diritto che è stato riconosciuto anche dalla sentenza n. 31282 del 2019, in relazione ad una confisca solo sospettata di incompatibilità con la CEDU.

---

<sup>276</sup> Anzi, la già citata sentenza n. 46049 del 2018 ha stabilito che la natura sanzionatoria della confisca per equivalente non permette una sua commisurazione per un valore superiore al profitto del reato. Nel caso in cui questa indicazione non venga rispettata, si versa nell’ipotesi di una pena illegale il cui importo deve essere ridotto d’ufficio dal giudice. In senso conforme: Sez. 2, 30 aprile 2019, n. 37590, Giulivi, *ibidem*.

## ***6. Pena illegale e patteggiamento***

Occorre adesso esaminare le ripercussioni dell'illegalità della pena nell'ambito del patteggiamento e del concordato in appello, con specifico riferimento all'impugnazione della sentenza di patteggiamento e alla validità dell'accordo formato nell'ambito del rito premiale e dell'istituto del concordato.

### ***6.1. Pena illegale e impugnazione della sentenza di patteggiamento***

La giurisprudenza di legittimità ha sempre posto dei limiti alla possibilità di impugnare con ricorso per cassazione la sentenza di patteggiamento, data la peculiarità “negoziale” di questo rito speciale. Si tratta infatti di un istituto processuale che gravita attorno all'accordo del pubblico ministero e dell'imputato in ordine alla qualificazione giuridica del fatto, alla concorrenza e comparazione delle circostanze e all'entità della pena<sup>277</sup>. Al giudice di merito è demandata la valutazione di “congruità” di questi elementi, con conseguente compressione dei suoi poteri giurisdizionali. L'area di

---

<sup>277</sup> Così ACCARDO, *Limiti del giudizio di legittimità in relazione alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Ilpenalista.it*, 14 aprile 2016. La sentenza n. 17770 del 2019 individua le «fonti di legittimazione» costituzionale del patteggiamento, «costituite in quel consenso che l'art. 111 Cost., comma 5 annovera come ipotesi di legittima deroga al contraddittorio nella formazione della prova, nonché in quel diritto di difendersi negoziando, secondo cui può essere declinata la regola fondamentale stabilita dall'art. 24 Cost., comma 2» (Sez. 6, 16 gennaio 2019, n. 17770, par. 12, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 5 e ss., con nota di CAPITANI, *Alle Sezioni Unite: il patteggiamento chiude tutti i giochi?*).

operatività giudiziale è limitata, oltre che a tale valutazione, anche al controllo di sussistenza di eventuali cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. e all'eventuale necessità di applicare pene accessorie, misure di sicurezza e la confisca<sup>278</sup>.

Dati i limiti in cui incorrono i giudici di merito, in fase di impugnazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti i giudici di legittimità hanno una cognizione ancora più "stretta". La giurisprudenza ha stabilito, ad esempio, che l'erronea qualificazione del fatto contenuto nella sentenza possa essere censurata solo nei casi di errore manifesto<sup>279</sup>. Ancora, che l'assenza di una causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p. possa essere contestata solo se nella motivazione della sentenza il giudice non abbia escluso la presenza di cause di proscioglimento<sup>280</sup>.

Si è ritenuto inoltre inammissibile il ricorso per cassazione che proponga motivi concernenti la misura della pena, salvo si versi in ipotesi di pena illegale. Infatti l'accordo sulla pena raggiunto dalle parti e ratificato dal giudice integra un «negozio di natura processuale» che «non è revocabile unilateralmente, sicché la parte

---

<sup>278</sup> La Corte ha infatti stabilito che le parti non possono vincolare il giudice con un accordo avente ad oggetto anche le pene accessorie, le misure di sicurezza o la confisca, atteso che le suddette misure sono fuori dalla loro disponibilità. Nel caso in cui l'accordo le comprenda, il giudice non è obbligato a recepirlo o recepirlo per intero, rimanendo vincolato soltanto agli elementi in disponibilità delle parti. Cfr. Sez. 2, 19 aprile 2012, n. 19945, Toseroni, in *C.E.D. Cass.*, n. 252825; Sez. 5, 22 marzo 2013, n. 1154, Defina, in *C.E.D. Cass.*, n. 258819; Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, *ibidem*; Sez. 2, 18 dicembre 2015, n. 1934, Spagnuolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 265823. Recentemente, in senso difforme, le Sezioni Unite hanno stabilito che nel patteggiamento l'accordo delle parti può avere ad oggetto anche l'applicazione delle misure di sicurezza. In tal senso, vedi: Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 21369, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 7 e ss. con nota di PICCIONI, *L'applicazione della sanzione amministrativa accessoria è ricorribile in Cassazione anche in caso di patteggiamento*.

<sup>279</sup> Cfr. Sez. 6 dicembre 2015, n. 1088, in *Ilpenalista.it*, 14 aprile 2016, con nota di ACCARDO, *op. cit.*; Sez. 3, 24 giugno 2015, n. 34902, Brughitta, in *C.E.D. Cass.*, n. 264153.

<sup>280</sup> Cfr. Sez. 6 dicembre 2015, n. 1088, *ivi*; Sez. 6, 1 aprile 2015, n. 15927, Benedetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 263082; Sez. 2, 17 novembre 2011, n. 6455, in *C.E.D. Cass.*, n. 252085.

che vi ha dato origine, o vi ha aderito e che ha così rinunciato a far valere le proprie difese ed eccezioni, non è legittimata, in sede di ricorso per cassazione, a sostenere tesi concernenti la congruità della pena»<sup>281</sup>. Più in generale, le statuizioni concordate dalle parti e recepite dal giudice precludono la proposizione con ricorso per cassazione delle censure «attinenti al merito delle valutazioni sottese al prestato consenso, che, essendo frutto del generale potere dispositivo riconosciuto dalla legge alle parti e ratificato dal giudice, non può più dalle stesse essere rimesso in discussione»<sup>282</sup>.

Il legislatore ha codificato la tendenza giurisprudenziale a restringere la ricorribilità per cassazione, introducendo nell'art. 448 c.p.p. il comma 2-bis mediante la legge n. 103 del 2017 (c.d. riforma Orlando)<sup>283</sup>. Questa disposizione permette il ricorso per cassazione

---

<sup>281</sup> Sez. 6 dicembre 2015, n. 1088, par. 7.1, *ivi*. In senso conforme: Sez. 2, 27 gennaio 2015, n. 7683, Duric e al., in *C.E.D. Cass.*, n. 263431; Sez. 6, 18 settembre 2003, n. 38943, Conciatori, in *C.E.D. Cass.*, n. 227718; Sez. 3, 27 marzo 2001, n. 18735, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2165.

<sup>282</sup> Sez. 1, 18 dicembre 1996, n. 6898, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 893. In altre parole, «la decisione dell'imputato di accedere al patteggiamento costituisce un atto personalissimo che implica un irreversibile disposizione di diritti fondamentali: la parte - in presenza di determinate condizioni - rinuncia a diritti fondamentali, chiede, attraverso l'accordo, una determinata pena rispetto al quadro normativo in quel momento vigente, e dal contenuto di tale richiesta, raggiunto l'accordo, non può più recedere. Questo, solo questo, giustifica la limitazione al potere di impugnare; la parte non può strumentalmente impugnare la sentenza pronunciata che recepisce un accordo che presuppone la rinuncia dell'imputato a diritti fondamentali e dal quale non può recedere» (Sez. 6, 16 gennaio 2019, n. 17770, par. 13, *ivi*).

<sup>283</sup> Anche la Cassazione si è accorta che «il legislatore ha recepito l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità in sede di definizione dell'ambito della sindacabilità - in punto determinazione della pena - della sentenza ex art. 444 c.p.p.» (Sez. 5, 21 settembre 2018, n. 49546, Antinori, in *C.E.D. Cass.*, n. 274600). Ancora, nella sentenza n. 19757 del 2019, la quinta Sezione ha affermato che il legislatore, nel coniare la norma di cui all'art. 448 c.p.p., comma 2-bis, ha inteso dare “veste normativa” al consolidato principio giurisprudenziale dell'ineducibilità di motivi relativi alla congruità della pena in relazione alla sentenza di patteggiamento. Ha dunque ribadito l'inammissibilità «del ricorso per cassazione che proponga motivi concernenti, non l'illegalità della pena, intesa come sanzione non prevista dall'ordinamento giuridico ovvero eccedente, per specie e quantità, il limite legale, ma profili commisurativi della stessa, discendenti dalla violazione de parametri di cui all'art. 133 c.p. ovvero attinenti al bilanciamento delle circostanze del reato o alla misura delle diminuzioni conseguenti alla loro applicazione» (Sez. 5, 16 aprile 2019, n. 19757, par. 5, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 1210).

contro la sentenza di patteggiamento “solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza”<sup>284</sup>.

Al netto dei dubbi di legittimità costituzionale espressi dalla dottrina<sup>285</sup>, si tratta di una novità legislativa piuttosto interessante: è la prima codificazione della nozione di “pena illegale”, così come interpretata e sviluppata dalla giurisprudenza di legittimità. La limitazione del ricorso per cassazione alle ipotesi di illegalità della pena, senza preoccuparsi di darle una definizione, testimonia inoltre

---

<sup>284</sup> Lo scopo della novella è in definitiva quello di arginare i ricorsi pretestuosi, volti unicamente a ritardare l'esecuzione della pena. Sul punto, vedi BASSI, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 4043 e ss.; Sez. 6, 19 dicembre 2018, n. 6136, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 7 e ss., con nota di MINNELLA, *Non si può ricorrere in Cassazione per accertare cause di proscioglimento né per l'omessa statuizione della misura di sicurezza*.

<sup>285</sup> Secondo APRATI il nuovo assetto normativo si pone in contrasto con quanto disposto dall'art. 111 comma 7 Cost., il quale ammette sempre ricorso per cassazione per violazione di legge contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale. Ne deriverebbe la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 448 comma 2-bis c.p.p., realizzata ricollegando alla nozione di “pena illegale” tutte le più grave violazioni di legge, sia sostanziale che processuale. A detta dell'Autrice «[n]on si può infatti immaginare come conforme a costituzione un sistema in cui, per esempio, non possa esperirsi il ricorso nei casi in cui la parte non venga messa nelle condizioni di partecipare all'udienza di patteggiamento, o nei casi in cui il giudice sia incapace, o, ancora nelle ipotesi in cui la decisione si fondi su prove illegali, o applichi sanzioni per fatti non più previsti come reato, o per fatti non ancora previsti come reato, come quando applichi retroattivamente una disciplina sfavorevole» (APRATI, *op. cit.*, p. 1408). Anche MACCHIA dubita della costituzionalità di questa disposizione, «qualora, come pare, [...] debba essere intesa nel senso di precludere la ricorribilità per cassazione per qualsiasi vizio – anche se radicale e demolitorio – ove non iscrivibile nella rassegna operata dalla novella» (MACCHIA, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 24 novembre 2017, p. 22). Infine, SPANGHER mostra «perplexità» in relazione all'«indeducibilità delle nullità assolute e dell'inutilizzabilità patologiche». L'Autore critica inoltre l'assenza di una disciplina omogenea tra la sentenza di patteggiamento e la sentenza che recepisce il concordato in appello, «nei profili connotati da omogeneità rispetto al patteggiamento» (SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 ottobre 2016, p. 8) Sulla stessa linea di pensiero, vedi anche MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, p. 1317 e ss.; SANNA, *La riforma Orlando – rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, in *Giur. It.*, 2017, p. 2225 e ss.

l'adesione del legislatore allo sviluppo giurisprudenziale di questo istituto<sup>286</sup>.

Il primo problema interpretativo che si è posto con riferimento al nuovo regime impugnatorio delle sentenze di patteggiamento riguarda il suo rapporto con la disciplina generale del ricorso per cassazione, prevista dall'art. 606 del codice di procedura penale. In particolare, la Corte di cassazione ha dovuto stabilire se il regime di cui all'art. 448 comma 2-bis sia "speciale" o "concorrente" rispetto a quello di cui all'art. 606. Nel primo caso, ai ricorsi per cassazione contro le sentenze di patteggiamento si applicherebbe solo l'art. 448 comma 2-bis, con conseguente inappellabilità dei "punti" della sentenza estranei a quelli tipizzati<sup>287</sup>. Nel secondo caso, verrebbe in rilievo l'art. 448 comma 2-bis solo per i "punti" tipizzati attinenti all'accordo tra le parti, mentre le statuizioni "esterne" al patto seguirebbero il regime ordinario di impugnazione previsto dall'art. 606. Le Sezioni Unite si sono orientate per la seconda soluzione, optando dunque per la "coesistenza" del regime di impugnazione della sentenza di applicazione della pena patteggiata e di quello

---

<sup>286</sup> È quasi un paradosso, dato che il concetto di "pena illegale" è nato nella prassi giudiziale proprio per sopperire alle mancanze del nostro sistema processuale di fronte a pene che ne sono avulse. Il legislatore mostra consapevolezza di tale "creatività" giurisprudenziale, ma invece di risolvere i problemi che l'hanno provocata preferisce incentivarla.

<sup>287</sup> Secondo questo indirizzo, l'autosufficienza e la prevalenza dell'art. 448 comma 2-bis rispetto all'art. 606 sarebbero giustificate da due ordini di ragioni. Anzitutto, dal dato testuale della disposizione "speciale", che ammette la ricorribilità per cassazione sia in relazione a "punti" oggetto di accordo che a "punti" estranei all'accordo delle parti (es. applicazione di misure di sicurezza). Quindi non sarebbe una disciplina limitata al contenuto dell'accordo tra imputato e pubblico ministero. In secondo luogo il dato testuale troverebbe riscontro nella *ratio* dell'intervento riformatore, esplicitata dalla Relazione governativa di accompagnamento dell'originario disegno di legge, che biasima la «troppo ampia ricorribilità per cassazione» della sentenza di patteggiamento (*Relazione governativa di accompagnamento d.d.l. n. 2798, XVII legislatura, in camera.it*). Cfr. Sez. 6, 19 dicembre 2018, n. 3819, Boutamara, in *C.E.D. Cass.*, n. 274962; Sez. 6, 19 dicembre 2018, n. 14721, Lodato, in *C.E.D. Cass.*, n. 275241.

ordinario<sup>288</sup>. Si tratta di una decisione condivisibile, in armonia con l'essenza del rito premiale: la disomogeneità della disciplina impugnatoria è giustificata dalla differenza tra le statuizioni oggetto dell'accordo tra le parti e le decisioni del giudice ad esso estranee. Le prime sono ricognitive di una rinuncia consapevole e "premiata" ai propri diritti da parte dell'imputato, per cui permettono una compressione della sua facoltà di impugnazione. Le seconde non sottendono invece una rinuncia ai diritti fondamentali dell'imputato, per cui devono seguire il regime ordinario<sup>289</sup>.

Analizzando più da vicino la questione della pena illegale, occorre chiedersi se l'introduzione del comma 2-bis all'art. 448 abbia modificato il numero delle ipotesi di illegalità della pena enunciate dalla giurisprudenza. La risposta sembra positiva, nel senso di una dilatazione del campo di operatività dell'istituto. Non appare infatti casuale il "tempismo" di quelle sentenze della Corte di cassazione che hanno sancito l'illegalità della pena, nel caso in cui il giudice di merito abbia violato una norma processuale che incide sulla punibilità o sulla quantificazione di una sanzione penale<sup>290</sup>. In questo

---

<sup>288</sup> Cfr. Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 21369, *ivi*. In questa sentenza le Sezioni Unite hanno valorizzato una diversa interpretazione della Relazione governativa di accompagnamento dell'originario disegno di legge da cui deriva il comma 2-bis dell'art. 448: se è vero, infatti, che il legislatore ha voluto perseguire «esigenze deflattive», lo ha fatto riferendosi al «modulo consensuale di definizione del processo», e cioè ai "punti" riferiti all'accordo oggetto del patteggiamento.

<sup>289</sup> A maggior ragione tenendo conto del fatto che le statuizioni del giudice "esterne" all'accordo ben possono incidere sul diritto inviolabile alla libertà personale salvaguardato dall'art. 13 Cost., come nel caso dell'applicazione di una misura di sicurezza personale. Vedi anche Sez. 6, 16 gennaio 2019, n. 17770, *ivi*.

<sup>290</sup> In alcune recenti pronunce la Corte ha infatti riconosciuto che l'illegalità della pena possa derivare dal mancato rispetto di regole processuali incidenti sull'irrogazione o esecuzione della sanzione. Così facendo si allarga la "classica" concezione della pena illegale, ancorata alla violazione di norme penali strettamente sostanziali, con la sua estensione alle norme processuali incidenti sul trattamento sanzionatorio. Con riferimento alla punibilità, cfr. Sez. 5, 5 novembre 2020, n. 34088, *ibidem*. In relazione alla dosimetria della pena, alterata dall'illegittimo accesso al patteggiamento o dall'illegittima sospensione condizionale della pena, cfr. Sez. 6, 14 marzo

modo, i giudici di legittimità hanno superato la definizione tradizionale di “pena illegale”, incentrata sulla violazione di norme penali sostanziali relative al trattamento sanzionatorio. Si tratta di sentenze emanate dopo l’entrata in vigore della nuova disciplina sull’impugnazione delle sentenze di patteggiamento, e “formate” nell’ambito del rito patteggiato. Era del resto prevedibile un “allargamento” della nozione di “pena illegale”, tenuto conto del fatto che la determinazione della sanzione penale viene concordata dalle parti e che sono stati tipizzati i motivi di impugnazione inerenti all’accordo delle parti, con l’entrata in vigore dell’art. 448 comma 2-bis. In altre parole, la “strettoia” all’impugnazione della sentenza di patteggiamento creata dal legislatore non avrebbe potuto evitare la tendenza all’interpretazione estensiva dei motivi tipizzati, tra cui figura anche l’“illegalità della pena”<sup>291</sup>. Il rischio di una simile

---

2019, n. 17119, *ibidem*; Sez. 2, 11 ottobre 2017, n. 54958, par. 2.2., D’Onofrio, *ibidem*; Sez. 3, 10 luglio 2019, n. 552, Bentivogli, *ibidem*. Più nello specifico vedi *supra*, Cap. I, par. 1.2.

<sup>291</sup> In una prospettiva completamente diversa, volta a preservare l’originario novero delle ipotesi di illegalità della pena, si pone la sentenza n. 5210 del 2018. Qui la sesta Sezione ha affermato l’estraneità alla nozione di “pena illegale” del «vizio di legge [che] investe non direttamente la pena ma un accertamento preliminare, quello del proscioglimento ex art. 129 c.p.p. che andava disposto per uno dei reati patteggiati, perché estinto per prescrizione». Infatti, se «il legislatore ha recentemente ridotto e delimitato i casi di ammissibilità del ricorso avverso la sentenza di patteggiamento, sia pure per prevalenti intenti deflattivi, la nozione di illegalità della pena non può risolversi nel riflesso del vizio di violazione di legge tout court, ma deve essere intesa come limitata ai soli casi di violazione delle norme che disciplinano la pena e più in generale il trattamento sanzionatorio, oltre che ai casi di radicale assenza della norma incriminatrice, rimanendo fuori da tale vizio tutte le altre violazioni di legge che afferiscono [a] differenti presupposti di legalità della sentenza impugnata» (Sez. 6, 11 dicembre 2018, n. 5210, par. 1.3, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 2980). Vedi anche Sez. 2, 11 gennaio 2018, n. 4727, in *C.E.D. Cass.*, n. 272014, che, in motivazione, rileva come «l’ampio ricorso all’istituto del ricorso per cassazione avverso sentenza di patteggiamento abbia indotto il legislatore della riforma ad intervenire con l’espressa previsione contenuta nell’art. 448, comma 2-bis, c.p.p. sicché, a seguito della nuova previsione, va ribadito che, pur continuando a sussistere l’obbligo in capo al giudice di pronunciarsi sulla insussistenza di condizioni per il proscioglimento, il mancato assolvimento di detto obbligo ovvero il difetto della pronuncia sul punto non può essere fatto valere con il successivo ricorso per cassazione e rimane in concreto non più sanzionabile». In senso conforme: Sez. 5, 30 aprile 2019, n. 26425, Parigi, in *C.E.D. Cass.*, n. 276517; Sez. 6, 4 agosto 2020, n. 23517, *ibidem*.

tendenza è tuttavia quello di “aggirare” la tassatività dei motivi di ricorso, «con la conseguente assimilazione della illegalità della pena al vizio di legge come disciplinato dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) e c)»<sup>292</sup>.

## ***6.2. Incidenza dell'illegalità della pena sull'accordo di applicazione della pena e sul concordato in appello***

Nella sentenza Jazouli le Sezioni Unite si sono occupate anche delle conseguenze che comporta l'accertamento dell'illegalità della pena sull'accordo concluso tra le parti e ratificato dal giudice, relativo alla pena patteggiata.

In precedenza la giurisprudenza in tema di accordo avente ad oggetto una pena illegale *ab origine* si è orientata verso l'esclusione della sua validità, avallando l'annullamento senza rinvio della sentenza di patteggiamento per permettere alle parti di rinegoziare l'accordo o di proseguire con rito ordinario<sup>293</sup>. In questi casi è stata

---

<sup>292</sup> Sez. 6, 11 dicembre 2018, n. 5210, par. 1.3, *ivi*.

<sup>293</sup> Secondo questo indirizzo risalente «l'annullamento in sede di legittimità della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, implicando la esclusione della validità dell'accordo nei termini in cui le parti lo avevano raggiunto, comporta che la valutazione che il giudice di merito (cui gli atti vengono trasmessi a seguito di annullamento senza rinvio) deve compiere abbia inizio *ex novo*, con assenza di qualsiasi preclusione ricollegabile allo svolgimento della precedente fase e, in particolare, con la possibilità di sottoporre al giudice un nuovo e diverso accordo» (Sez. 3, 12 giugno 2001, n. 30851, Santullo, in *C.E.D. Cass.*, n. 220046). In senso conforme, *ex multis*: Sez. 3, 16 febbraio 1999, n. 641, Zanon, in *C.E.D. Cass.*, n. 213274; Sez. 1, 14 marzo 1995, n. 1571, Panariello, in *C.E.D. Cass.*, n. 201163; Sez. 5, 22 settembre 2006, n. 1411, Braidich, *ibidem*; Sez. 3, 14 giugno 2007, n. 34302, Cotugno, *ibidem*; Sez. 1, 7 aprile 2010 n. 16766, Ndyae, in *C.E.D. Cass.*, n. 246930; Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2103 e ss., con nota di ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di “discrezionalità bifasica” o di politica legislativa?*. Per una variante vedi Sez. 5, 25 ottobre 2005, n. 46790, Grifantini, *ibidem*. Questa sentenza ha stabilito,

negata l'applicabilità dell'art. 619 comma 2 c.p.p., che permette la rettificazione senza annullamento della specie o quantità della pena "per errore di denominazione o di computo", in quanto il consenso prestato con riferimento ad una certa quantità di pena (illegale) non si può "traslare" automaticamente su una pena diversa.

La questione della validità dell'accordo di applicazione della pena su richiesta delle parti si è posta anche in relazione all'illegalità sopravvenuta della pena, determinata da una declaratoria di incostituzionalità. Per affermare la nullità dell'accordo, le Sezioni Unite Jazouli richiamano la sentenza Marku Irido e azzardano un paragone civilistico: più volte la Corte di cassazione civile ha ritenuto nullo il contratto a causa della dichiarazione di incostituzionalità della norma «in applicazione della quale quel contratto o quella clausola siano negoziati»<sup>294</sup>. La stessa nullità deve dunque colpire l'accordo che realizza il patteggiamento, data la peculiarità

---

nell'ipotesi di illegalità della pena, la necessità di annullare la sentenza di patteggiamento con rinvio, escludendo comunque l'applicabilità dell'art. 619 comma 2 c.p.p. Non mancano tuttavia decisioni di senso contrario. Nella sentenza n. 45160 del 2005 la quarta Sezione ha ritenuto di poter «direttamente ricondurre nei limiti legali la sanzione inflitta in misura illegale qualora venga in considerazione un mero errore materiale o di calcolo, al fine proprio di assicurare la prevalenza della volontà sostanziale delle parti su quella formale». In altre parole, quando si verifica «un'anomalia del procedimento di calcolo» della pena, secondo questo orientamento minoritario si dovrebbe procedere non all'annullamento della sentenza, ma alla sua rettificazione ai sensi dell'art. 619 comma 2 del codice di procedura penale. La Corte ha ritenuto tale soluzione aderente al «principio dispositivo» proprio del patteggiamento, che prevale sul potere discrezionale del giudice. Un'ulteriore giustificazione alla rideterminazione diretta della pena illegale da parte dei giudici di legittimità deriverebbe dai «principi che privilegiano la conservazione e non la caducazione dell'atto», purché «la sanzione possa essere rettificata nella misura legale senza sostanziali involuzioni in bonam o in malam partem» (Sez. 4, 4 ottobre 2005, n. 45160, Raso, in *C.E.D. Cass.*, n. 232910). Vi deve essere in sostanza una «trascurabile differenza» tra la pena concordata dalle parti e quella erroneamente applicata dal giudice (Sez. 4, 4 ottobre 2005, n. 54160, non massimata). In senso conforme: Sez. 5, 3 ottobre 2003, n. 44711, Postiglioni, in *C.E.D. Cass.*, n. 227014; Sez. 3, 21 marzo 2003, n. 13038, Sallei, in *C.E.D. Cass.*, n. 224064; Sez. 5, 4 novembre 1992, n. 842, Pelaia, in *C.E.D. Cass.*, n. 193187. In generale, per una panoramica sulla questione, vedi APRILE, *Gli epiloghi decisori del processo penale in Cassazione: la delicata linea di confine tra annullamento con rinvio e senza rinvio*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1245 e ss.

<sup>294</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 7, *ivi*.

“negoziale” di questo rito. Inoltre le Sezioni Unite ritengono scorretta la «cristallizzazione anteriore al giudicato dell’accordo negoziale» in caso di declaratoria di incostituzionalità di una norma idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, perché nel patteggiamento è particolarmente intensa la garanzia dell’imputato di ottenere «la più mite delle sanzioni». In sostanza la sentenza Jazouli si inserisce nel solco giurisprudenziale assolutamente prevalente<sup>295</sup>, stabilendo la nullità dell’accordo «per sopravvenuta illegalità di una parte del suo oggetto, con l’ulteriore conseguenza che la sentenza che ha recepito l’accordo deve essere annullata senza rinvio»<sup>296</sup>.

Un orientamento diverso è stato recentemente proposto dalla quarta Sezione nella sentenza n. 26092 del 2019. Qui i giudici di legittimità hanno ravvisato la sussistenza di una pena «effettivamente illegale», la quale deve essere riportata in una cornice di legalità non attraverso la trasmissione degli atti al giudice competente, bensì mediante una determinazione della stessa Corte di cassazione. Ciò in virtù del nuovo testo dell’art. 620 lett. l) c.p.p., introdotto dalla legge n. 103 del 2017, che estende l’operatività dell’annullamento senza rinvio ai casi in cui la Corte ritiene di poter “rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito”. Le Sezioni Unite hanno stabilito che questa novella legislativa fonda una sorta di

---

<sup>295</sup> Cfr. Sez. 6, 25 novembre 1993, n. 3560, Ariveri, in *C.E.D. Cass.*, n. 197720; Sez. 6, 1 dicembre 1994, n. 4723, Mollica, in *C.E.D. Cass.*, n. 200630; Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 5759, Cimolai, in *C.E.D. Cass.*, n. 201667; Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, *ibidem*; Sez. 4, 10 aprile 2014, n. 22326, Monaco, in *C.E.D. Cass.*, n. 259374; Sez. 4, 25 settembre 2014, n. 44131, Sinisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 260641; Sez. 4, 9 ottobre 2014, n. 47329, in *C.E.D. Cass.*, n. 260669; Sez. 6, 2 dicembre 2014, n. 1409, Minardi, *ibidem*; Sez. 5, 19 febbraio 2015, n. 13589, in *C.E.D. Cass.*, n. 262943.

<sup>296</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, par. 7, *ivi*.

“discrezionalità vincolata” nella rideterminazione della pena, nel rispetto delle considerazioni del giudice di merito<sup>297</sup>. Secondo la quarta Sezione questa conclusione può essere estesa anche all’illegalità della pena contenuta nella sentenza di patteggiamento, «diversamente da quanto ritenuto dalla giurisprudenza che si è confrontata con il testo previgente»<sup>298</sup>. Ma con un limite ben preciso: la rideterminazione della pena ad opera dei giudici di legittimità deve realizzare la volontà delle parti<sup>299</sup>. Si tratta comunque di una presa di posizione isolata, non ancora sufficiente a scalfire il consolidato indirizzo maggioritario.

Anche in tema di conseguenze dell’illegalità della pena sul concordato in appello ex art. 599-bis c.p.p.<sup>300</sup>, si registra un contrasto giurisprudenziale.

Un primo indirizzo estende le conclusioni cui sono arrivate le Sezioni Unite Jazouli con riferimento al patteggiamento anche al concordato in appello. Dunque l’illegalità sopravvenuta della pena concordata dalle parti per la declaratoria di incostituzionalità della norma penale su cui si fonda la condanna, determinerebbe la caducazione dell’accordo nella sua interezza, compresa anche la

---

<sup>297</sup> Cfr. Sez. Un., 30 novembre 2017, n. 3464, Matrone, in *C.E.D. Cass.*, n. 271831.

<sup>298</sup> Sez. 4, 27 febbraio 2019, n. 26092, Belardinelli, par. 3.1, in *C.E.D. Cass.*, n. 276582.

<sup>299</sup> Nel caso di specie la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di patteggiamento impugnata ex art. 620 lett. l) c.p.p., in quanto «è del tutto evidente che le parti hanno inteso riferirsi, quanto alla pena detentiva, alla misura massima prevista dalla cornice edittale; e che la indicazione della misura contenuta negli atti e rifluita nella sentenza costituisce il frutto di un mero errore materiale» (Sez. 4, 27 febbraio 2019, n. 26092, Belardinelli, par. 3.2, *ibidem*).

<sup>300</sup> Si tratta di una sorta di patteggiamento sull’impugnazione della sentenza di primo grado, con cui le parti concordano sull’accoglimento in tutto o in parte dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi (art. 599-bis comma 1). È possibile che il concordato determini un’intesa su una nuova determinazione della pena, derivante dall’accoglimento dei motivi di appello su cui si è formato l’accordo.

rinuncia ai motivi di impugnazione<sup>301</sup>. Ne deriverebbero l'annullamento senza rinvio della sentenza e la restituzione all'imputato del potere dispositivo di proseguire il processo o di rinegoziare una nuova pena non illegale<sup>302</sup>. Anche qui, come nella sentenza Jazouli, tali conclusioni sono giustificate dalla natura negoziale del concordato, definito dalle Sezioni Unite nel vigore della precedente disciplina un «negozio processuale liberamente stipulato»<sup>303</sup>. Inoltre nel concordato in appello l'accordo sull'accoglimento di certi motivi e sulla pena, che costituisce il «risultato che forma oggetto del patto»<sup>304</sup>, è legato in un rapporto sinallagmatico alla rinuncia di altri motivi. Ne conseguirebbe il venir meno della rinuncia ai motivi nel caso in cui la pena concordata sia illegale, in base al principio *simul stabunt simul cadent*: la manifestazione di volontà delle parti sarebbe intrinsecamente viziata «in quanto vincola l'abdicazione dei motivi ad un risultato illegale»<sup>305</sup>. La caducazione dell'accordo, avendo il concordato ad

---

<sup>301</sup> Cfr. Sez. 4, 10 luglio 2020, n. 21901, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 10 e ss., con nota di PIRAS, *È valido l'accordo contenente una pena illegale?*.

<sup>302</sup> In senso conforme: Sez. 6, 8 ottobre 2019, n. 45876, Sallmani Ervin, in *C.E.D. Cass.*, n. 277435; Sez. 6, 12 settembre 2019, n. 41461, Baglio Emiliano, in *C.E.D. Cass.*, n. 276803; Sez. 4, 27 giugno 2019, n. 31875, Mahzoum Mohamed, in *C.E.D. Cass.*, n. 276706; Sez. 6, 10 settembre 2019, n. 41963, Tamburini, in *C.E.D. Cass.*, n. 277371; Sez. 4, 3 ottobre 2019, n. 49757, non massimata; Sez. 4, 10 settembre 2019, n. 49753, non massimata.

<sup>303</sup> Sez. Un., 28 gennaio 2004, ord. n. 5466, Gallo, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1595.

<sup>304</sup> Sez. 4, 10 luglio 2020, n. 21901, par. 16, *ivi*.

<sup>305</sup> *Ibidem*. La Corte di cassazione giunge a questo risultato ermeneutico valorizzando il dato letterale dell'art. 599-bis comma 3 c.p.p., il quale stabilisce che il mancato accoglimento della richiesta di concordato da parte del giudice comporta il venir meno dell'efficacia della richiesta di concordato e della rinuncia ai motivi. Di conseguenza, vi è un collegamento tra il mancato raggiungimento del risultato oggetto dell'accordo e la rinuncia ai motivi di impugnazione. Nel caso di specie la Corte ha affermato la «piena legittimità» dell'accordo raggiunto, nonostante sia stata modificata la cornice edittale per il reato previsto dall'art. 73 comma 1 d.P.R. 309 del 1990 in conseguenza della sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale. Infatti il «risultato utile» cui è corrisposta la rinuncia ai motivi consisteva nell'ottenere il minimo di pena, «vantaggio» che non è stato perso dall'imputato, il quale ha mantenuto il diritto all'applicazione del nuovo minimo più favorevole. Questa posizione non sarebbe stata garantita dalla nullità dell'accordo, dal momento che il giudice dell'impugnazione

oggetto tutti i motivi di appello, imporrebbe «di rimettere l'imputato nella stessa posizione processuale che aveva prima di concordare la pena e di rinunciare ai motivi di impugnazione [...] ovvero di celebrare il giudizio di appello sulla base dell'atto di impugnazione originario e dei motivi formulati»<sup>306</sup>.

All'indirizzo che tende a parificare le conseguenze dell'illegalità della pena sull'accordo di patteggiamento e quello di concordato in appello, se ne contrappone un altro che "restringe" l'incidenza dell'illegalità sopravvenuta della pena al solo accordo sulla pena, senza coinvolgere la rinuncia ai motivi di appello, sui quali si forma il giudicato. Secondo questo orientamento l'accordo convenuto dalle parti non è nullo *tout-court*, per cui le parti non sono rimesse davanti al giudice di appello nella medesima posizione in cui si trovavano prima di ricorrere al concordato. Conseguentemente, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza emessa ai sensi dell'art. 599-bis contenente una pena illegale<sup>307</sup>. Tale conclusione viene motivata

---

avrebbe potuto stabilire ex art. 133 c.p. una pena senz'altro inferiore alla pena di prima grado, ma comunque superiore al nuovo minimo. Quindi la legalità o meno della pena comminata in concreto dipende dalla "sopravvivenza" del vantaggio acquisito con il concordato. Cfr. PIRAS, *op. cit.*, p. 10 e ss.

<sup>306</sup> CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 428.

<sup>307</sup> Cfr. Sez. 6, 3 ottobre 2019, n. 44625, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 13 e ss., con nota di MINNELLA, *In caso di illegalità sopravvenuta della pena, nel concordato l'annullamento riguarda solo la rideterminazione del quantum*; Sez. 6, 11 settembre 2019, n. 43641, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 6 e ss., con nota di GENTILE, *Limiti del giudizio rescissorio di annullamento della sentenza recettizia del concordato in appello*; Sez. 4, 27 giugno 2019, n. 31875, Mahzoum Mohamed, *ibidem*; Sez. 6, 24 aprile 2019, n. 22976, Perdomo, in *C.E.D. Cass.*, n. 276295. Per completezza va menzionata una variante del secondo orientamento, espressa da Sez. 4, n. 33252 del 18 aprile 2019, *ibidem*; Sez. 6, 25 settembre 2019, n. 419, non massimata. In queste sentenze la Corte di cassazione ha ritenuto che all'illegalità sopravvenuta della pena debba seguire l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio, dato che si trattava di una pena disposta già nel minimo edittale che non necessitava di nuovi accertamenti di fatto, rideterminabile direttamente dai giudici di legittimità ex art. 620 lett. l) del codice di procedura penale. Cfr. CORBO, *op. cit.*, p. 430.

dalla sesta Sezione nella sentenza n. 44625 del 2019, seguendo un duplice filone interpretativo. Anzitutto, per scongiurare l'equiparazione tra applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. e concordato in appello ex art. 599-bis c.p.p., la Corte mette in evidenza le loro differenze strutturali. Si tratta di istituti che avrebbero in comune solamente la natura negoziale, mentre vi sarebbe distanza sulla finalità perseguita: soprattutto premiale quella del patteggiamento, prevalentemente deflattiva quella del concordato. In secondo luogo il *proprium* del concordato in appello, e cioè la rinuncia ai motivi di impugnazione, seguirebbe pienamente il principio devolutivo e avrebbe una disciplina autonoma rispetto all'accordo sulla pena. Con la conseguenza che, mentre la pena può essere rideterminata anche in sede esecutiva per la sua sopravvenuta illegalità, la rinuncia ai motivi di appello sarebbe irrevocabile perché non avrebbe senso «rimettere in discussione aspetti della *res iudicanda* ai quali il ricorrente aveva rinunciato trasformandoli in *res iudicata*» (corsivo aggiunto)<sup>308</sup>.

In relazione a questo secondo orientamento, sembra che colgano nel segno le obiezioni avanzate dalla quarta Sezione nella sentenza n. 21901 del 2020: la conclusione per cui la rinuncia ai motivi di impugnazione non viene scalfita dalla sopravvenuta illegalità della pena non è in linea né con il dato letterale dell'art. 599-bis comma 3 c.p.p., né con le ripercussioni concrete generate da una situazione di illegalità. Infatti in questi casi la rinuncia ai motivi viene effettuata con riferimento ad una «falsa rappresentazione del quadro sanzionatorio», per cui appare davvero arduo lasciarla

---

<sup>308</sup> Sez. 6, 3 ottobre 2019, n. 44625, par. 12, *ivi*.

indenne dalla caducazione della pena illegale<sup>309</sup>. Deve dunque preferirsi l'indirizzo che fa derivare dall'illegalità della pena la nullità dell'accordo inteso in senso globale, comprendente sia il patto sull'accoglimento di alcuni motivi e sulla pena che la rinuncia ad altri motivi.

---

<sup>309</sup> È dello stesso avviso SANTALUCIA, per il quale la soluzione dell'annullamento con rinvio limitatamente al trattamento sanzionatorio è stata fondata «sull'erroneo riconoscimento di un'autonomia dell'accordo delle parti sull'accoglimento di uno o alcuni motivi con rideterminazione della pena (che verrebbe rimossa) rispetto alla rinuncia ai restanti motivi (che conserverebbe la sua efficacia)» (SANTALUCIA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 1886).

## Capitolo III

### PENA ILLEGALE E GIUDICATO

**SOMMARIO:** 1. “Tramonto” del mito del giudicato sulla pena – 1.1. Flessibilità del giudicato nel codice previgente – 1.2. Flessibilità del giudicato nel codice vigente – 2. Centralità del giudice dell’esecuzione nella rideterminazione di una pena illegale – 3. La “base legislativa” che permette al giudice dell’esecuzione di rimuovere una pena la cui illegalità derivi da una declaratoria di incostituzionalità: l’art. 30 l. n. 87 del 1953 – 4. La necessità di rideterminare in sede esecutiva la pena *ab origine* illegale: Sezioni Unite Butera e Sezioni Unite Basile – 5. Il meccanismo esecutivo di rideterminazione della pena illegale – 6. Poteri del giudice dell’esecuzione nella rideterminazione della pena illegale.

**Abstract.** La prima parte del capitolo è dedicata a delineare le coordinate entro cui si iscrive la crescente importanza del giudice dell’esecuzione nella rideterminazione della sanzione illegale, e cioè la progressiva “flessibilizzazione” del giudicato sulla pena e l’esigenza di tutelare i diritti fondamentali del condannato. I successivi paragrafi analizzano i diversi *iter* logico-giuridici con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione legittimano questo “inedito” ruolo del giudice dell’esecuzione, mettendo in risalto una certa varietà di percorsi argomentativi. Ne deriva una disciplina “pretoria” nettamente differenziata, a seconda che venga in rilievo una pena *ab origine* illegale o una pena la cui illegalità è sopravvenuta. È anzitutto diversa la “base legislativa” che giustifica l’emenda della sanzione illegale, coincidente con l’art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 per l’illegalità sopravvenuta e con la diretta operatività del principio costituzionale di legalità per l’illegalità “originaria”. In secondo luogo, è molto diversificata l’ampiezza dei poteri del giudice dell’esecuzione nell’emenda della sanzione illegale, che segue la regola della discrezionalità nell’ambito dell’illegalità sopravvenuta e quella della vincolatività nell’ambito dell’illegalità originaria. Estremamente incerti e forieri di dubbi interpretativi sono poi i molteplici meccanismi di rideterminazione della pena illegale, proposti dalla giurisprudenza sulla scorta delle disposizioni del codice di rito.

## 1. “Tramonto” del mito del giudicato sulla pena

Per «mito del giudicato»<sup>310</sup> si intende una concezione assoluta e idealizzata del giudicato, in grado di prevalere su qualsiasi diritto della persona<sup>311</sup>.

Il «significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato»<sup>312</sup>, espressione del primato del potere statale, ha cominciato a venir meno con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e con il suo corredo di diritti fondamentali.

È iniziato così un pluridecennale processo che ha cambiato i connotati del giudicato penale e che costituisce il portato della “costituzionalizzazione” del diritto penale e dell'integrazione sovranazionale. In altri termini, è avvenuto un profondo cambiamento della funzione del giudicato, prima orientata alla garanzia della certezza del diritto e rappresentativa dell'irremovibile

---

<sup>310</sup> Espressione utilizzata da LEONE, in *Scritti giuridici*, vol. 1, Jovene, 1987, p. 63 e ss.; cfr. anche UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 28 giugno 2012.

<sup>311</sup> Questa concezione è ben espressa da ROCCO, il quale la inserisce nel discorso più ampio della funzione del processo penale. Nell'ottica dell'Autore, lo scopo del processo penale è il raggiungimento della «verità umanamente conseguibile», che si incarna nel giudicato stesso; dunque «nel giudicato [...] si esaurisce naturalmente il processo perché appunto esso costituisce l'accertamento di quella verità che il processo andava cercando» (ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. 2, Roma, 1932, p. 239). L'Autore riconosce che la cosa giudicata possa non coincidere con la verità, ma questa circostanza è eccezionale e dovuta ad un'«imperfezione del sistema legislativo». In altre parole, si tratta di un “rischio” che va accettato, dato che «la cosa giudicata è, normalmente, l'espressione della verità». L'ideologia “tradizionale” del giudicato è dunque espressa dall'equazione “giudicato=verità”, cui è estranea l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell'imputato.

<sup>312</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 6.1, *ivi*.

“volontà punitiva” dello Stato, e poi diretta alla tutela dei diritti fondamentali dell'imputato<sup>313</sup>.

### ***1.1. Flessibilità del giudicato nel codice previgente***

Già nel vigore del codice di procedura previgente le Sezioni Unite Nicolini hanno ammesso la possibilità di scalfire il giudicato, per applicare l'istituto della continuazione nell'ipotesi in cui vi sia identità di disegno criminoso tra un fatto sanzionato da una sentenza irrevocabile di condanna e un altro fatto ancora *sub iudice* e commesso dallo stesso autore. Qui la Corte compie una precisazione che si consoliderà nella giurisprudenza successiva: il giudicato non è monolitico, ma a seconda dell'ambito cui si riferisca ha una “rigidezza” differente. Una simile conclusione è giustificata dall'interpretazione letterale dell'art. 90 del codice previgente (oggi art. 649 c.p.p.), il quale «statuisce in modo inequivocabile solo l'immodificabilità del giudizio sul fatto costituente reato», mentre non afferma «l'immodificabilità in assoluto del trattamento

---

<sup>313</sup> In particolare le Sezioni Unite Donati hanno esplicitato la vera natura del giudicato penale, il quale non assolve solamente all'esigenza di sancire l'irrevocabilità della decisione giudiziale ma è strumentale alla protezione del «diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto» (Sez. Un. 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, par. 5.1, *ibidem*). In questa prospettiva il giudicato viene a coincidere con il divieto di *bis in idem*, assumendo la valenza di principio generale dell'ordinamento processuale penale. Sulla scorta di Sezioni Unite Donati, le Sezioni Unite Gatto hanno messo in evidenza la differenza tra il giudicato civile e quello penale. Il primo assolve alla necessità di assicurare «certezza e stabilità dei rapporti patrimoniali», il secondo deve «porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*» (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 6.1, *ivi*).

sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna»<sup>314</sup>. Di conseguenza, la pena «può subire [...] quelle modificazioni necessarie imposte dal sistema» e individuate dai giudici di legittimità in ossequio al principio del *favor rei* e alla necessità di garantire la giustizia sostanziale<sup>315</sup>.

Questa “rivoluzione”, che ha portato alla progressiva “flessibilizzazione” del giudicato sulla pena, è ben sintetizzata dalle Sezioni Unite Marcon:

«[S]embra emergere una duplice dimensione del giudicato penale: la prima relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di bis in idem); la seconda relativa alla determinazione della pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle "sollecitazioni" provenienti ab extra rispetto alla res iudicata»<sup>316</sup>.

La Corte di cassazione esprime dunque il rigetto della “tradizionale” concezione del giudicato, che prevarica ogni altra

---

<sup>314</sup> Sez. Un., 21 giugno 1986, n. 7682, Nicolini, in *C.E.D. Cass.*, n. 173419.

<sup>315</sup> Nella sentenza n. 115 del 1987 anche la Corte costituzionale fa propria questa impostazione, rilevando la «disparità di trattamento» tra gli imputati a seconda che gli illeciti penali uniti dal vincolo della continuazione siano presentati all'esame del giudice in tempi diversi. L'interpretazione “assoluta” del vincolo del giudicato non permette infatti la possibilità di applicare l'art. 81 c.p. ai reati meno gravi oggetto di sentenze passate in giudicato, entrando in tensione con il principio di legalità ai sensi dell'art. 25 Cost.: «appare quanto meno incoerente [...] 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». Il Giudice delle leggi perviene alla conclusione per la quale il nostro ordinamento «è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniquale volta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino» (Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, *ivi*).

<sup>316</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 4, *ivi*.

esigenza giuridica. A sostegno delle proprie argomentazioni v'è la constatazione che il giudicato sulla pena non ha copertura costituzionale<sup>317</sup>, per cui deve considerarsi recessivo nel bilanciamento con i valori costituzionali relativi alla libertà personale, alla legalità della pena, alla finalità rieducativa e al principio di uguaglianza.

## ***1.2. Flessibilità del giudicato nel codice vigente***

L'erosione" del giudicato si è accentuata con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito del 1988, che prevede una «nutrita serie di poteri del giudice dell'esecuzione più o meno incidenti sul giudicato»<sup>318</sup>. La relativizzazione del giudicato e la crescente

---

<sup>317</sup> Esprime piuttosto «un interesse collettivo, quello della certezza dei rapporti giuridici esauriti» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 4, *ivi*). In senso conforme: Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, Pisano, in *C.E.D. Cass.*, n. 220443. Qui i giudici di legittimità hanno affermato la necessità di «privilegiare le esigenze di giustizia rispetto a quelle formali dell'intangibilità del giudicato e della certezza del giudicato, il cui fondamento giustificativo, per quanto rilevante, è di natura eminentemente pratica, così che ben può essere sacrificato in nome di esigenze che rappresentano l'espressione di superiori valori costituzionali» (par. 12). Sulla copertura costituzionale del giudicato non c'è in realtà un'interpretazione pacifica, nemmeno nell'ambito delle decisioni delle Sezioni Unite. È infatti vero che la Costituzione non menziona espressamente l'istituto del giudicato, però la sua "necessità costituzionale" può essere ricavata implicitamente dall'art. 27 comma 2. Nell'affermare la presunzione di innocenza, tale disposizione prende come punto di riferimento la "condanna definitiva", alludendo alla necessità che prima o poi la sentenza penale diventi irrevocabile. In questi termini, cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 11.2, *ivi*. Del resto le Sezioni Unite Ercolano affermano chiaramente che «la portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, è presidiata costituzionalmente» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 7, *ivi*).

<sup>318</sup> Le Sezioni Unite Gatto elencano questi poteri, «che la dottrina ha classificato come selettivi (art. 669 cod. proc. pen.), risolutivi (art. 673 cod. proc. pen.), di conversione (art. 2 comma terzo cod. pen.), modificativi (artt. 672, 676 cod. proc. pen.), ricostruttivi (art. 671 cod. proc. pen. e 188 disp. att. cod. proc. pen.), complementari e supplenti (art. 674 cod. proc. pen.)» (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 6.3, *ivi*). Le Sezioni Unite Gatto, nel ricostruire il processo storico di "flessibilizzazione" del giudicato sulla pena, valorizzano soprattutto

importanza della fase esecutiva sono due facce della stessa medaglia, una soluzione di continuità rispetto all'«insostenibilità della vecchia concezione circa la natura secondaria e accessoria della fase esecutiva»<sup>319</sup> e il carattere assoluto della *res iudicata*.

Un ruolo importante, nel processo di “flessibilizzazione” del giudicato, lo ha rivestito la necessità di rimediare alle violazioni della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Secondo la Corte EDU a tali violazioni dovrebbe conseguire la *restitutio in integrum* del ricorrente, e cioè la creazione di una «situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza della Convenzione»<sup>320</sup>. Per questo motivo la Corte costituzionale ha stabilito che, nel caso di violazioni attinenti all’equo processo di cui all’art. 6 CEDU, si dovrebbe mettere in discussione il giudicato «formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata»<sup>321</sup>. Di fronte alla

---

l’attività del legislatore volta a rimediare alle patologie che si sono verificate dopo l’intervenuta irrevocabilità della sentenza di condanna e alle vicende fisiologiche bisognose di un’azione correttiva. Nel primo ambito rientra ad esempio la disciplina delle impugnazioni straordinarie, mentre nel secondo ambito rientra la possibilità di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria, nel caso in cui vi sia stata “condanna a pena detentiva e la legge posteriore preveda esclusivamente la pena pecuniaria” (art. 2 comma 3 c.p.). Cfr. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 7, *ivi*. Anche le Sezioni Unite Catanzaro hanno ricondotto la perdita del “valore assoluto” dell’immutabilità della cosa giudicata alle previsioni codicistiche che permettono al giudice dell’esecuzione di incidere «sulle statuizioni divenute irrevocabili» (Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 4687, Catanzaro, par. 6, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, p. 272). In questa pronuncia le Sezioni Unite hanno stabilito che il giudice dell’esecuzione può applicare, a norma dell’art. 673 c.p.p., la sospensione condizionale della pena qualora disponga la revoca per *abolitio criminis* delle precedenti sentenze di condanna, se queste hanno impedito l’applicazione del beneficio nel giudizio di cognizione. Ancora, secondo le Sezioni Unite Basile, ai fini del superamento del principio di intangibilità del giudicato, è stata particolarmente importante «la competenza ad applicare in sede esecutiva la disciplina del concorso formale e del reato continuato, attribuendosi al giudice dell’esecuzione la possibilità di modificare la pena inflitta con le singole condanne» (Sez. Un., 27 ottobre 2014, n. 6240, Basile, par. 2.2, *ivi*).

<sup>319</sup> Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 6.3, *ivi*.

<sup>320</sup> C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03, par. 151, *ivi*.

<sup>321</sup> La Corte argomenta questa conclusione anche alla luce del presupposto dell’esaurimento dei rimedi interni per presentare ricorso alla Corte di Strasburgo, dato che «quest’ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile». Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, par. 5, *ivi*.

constatazione che, nell'ipotesi in cui sia accertata una lesione di un diritto convenzionale, il nostro ordinamento processuale non contempla uno strumento finalizzato alla riapertura del processo concluso con sentenza irrevocabile, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario [...] per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>322</sup>.

L'esigenza di riparare ad una violazione dei diritti convenzionali del condannato è anche alla base della sentenza Ercolano, con la quale le Sezioni Unite hanno stabilito che una situazione oggettiva e generalizzata di illegittimità convenzionale della pena deve essere corretta dal giudice dell'esecuzione, sacrificando l'intangibilità del giudicato. Questa pronuncia prende le mosse dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, che ha "tracciato" la strada della flessione della *res iudicata* in modo netto: il nostro ordinamento «conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere

---

<sup>322</sup> Sul punto, la recente c.d. legge delega Cartabia (legge n. 134 del 27 settembre 2021) sembra cogliere le indicazioni della Consulta. L'art. 1 comma 13 lett. o) prevede infatti che il legislatore debba "introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio; attribuire alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo; coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale".

prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato»<sup>323</sup>.

Rispetto alla precedente pronuncia n. 113 del 2011, la *quaestio iuris* non era incentrata sulle modalità di *restitutio in integrum* del ricorrente, bensì sulla possibilità di estendere il *dictum* della Corte EDU anche a coloro che si trovassero nella stessa condizione del ricorrente, facendo leva sul “sostanziale” carattere pilota della sentenza Scoppola c. Italia. Una volta ammessa tale possibilità, giustificata dalla necessità di far prevalere il valore costituzionale della libertà personale su quello del giudicato, la Corte costituzionale ha rilevato l’inadeguatezza della soluzione prospettata dalla sentenza n. 113 del 2011. Nel caso di specie non era infatti necessaria una riapertura del processo di cognizione sfruttando la c.d. revisione europea, ma «occorre[va] più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata nella misura dalla legge»<sup>324</sup>. In altri termini, è sufficiente un intervento del giudice dell’esecuzione per rideterminare la pena convenzionalmente e costituzionalmente illegittima.

Si tratta di un passaggio importante, che apre la strada all’affermazione della centralità del giudice dell’esecuzione

---

<sup>323</sup> Prosegue il Giudice delle leggi: «nell’ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l’ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato» (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.3, *ivi*). Sulla scorta di tali considerazioni, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 7 comma 1 d.l. n. 341 del 2000, per contrasto con l’art. 117 comma 1 Cost. in relazione all’art. 7 CEDU. La norma censurata, infatti, aveva un illegittimo effetto retroattivo che ha determinato la condanna all’ergastolo di imputati ai quali era applicabile il precedente testo dell’art. 442 comma 2 c.p.p. e che, in base a questa disposizione, avrebbero dovuto essere condannati alla pena di trenta anni di reclusione. Per approfondire vedi *supra*, Cap. I, par. 2.5.

<sup>324</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8, *ivi*.

nell'attuare il principio di recessività del giudicato sul trattamento sanzionatorio a fronte di pressanti esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato. Una suggestione che viene colta e sviluppata dalle Sezioni Unite Ercolano, le quali riprendono l'argomento dell'"obbligata" prevalenza della libertà personale sull'«esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima»<sup>325</sup>. Infatti in uno «Stato democratico di diritto» non possono tollerarsi l'esecuzione di simili pene e la conseguente intoccabilità del giudicato penale, poiché si comprometterebbe la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona<sup>326</sup>. Il giudice dell'esecuzione deve rivestire il ruolo di “guardiano” della perdurante legalità della pena, rimuovendo gli effetti dell'«illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato»<sup>327</sup>; e deve farlo anche nell'inerzia del legislatore, il quale non gli fornisce adeguati strumenti legislativi per incidere sul giudicato. In altre parole, il giudice dell'esecuzione deve utilizzare gli “spazi” messi a disposizione dalla disciplina vigente della fase esecutiva, con lo scopo ultimo di riportare la pena irrogata «in una dimensione di legittimità»<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 7, *ivi*.

<sup>326</sup> Per usare le incisive parole delle Sezioni Unite, «[l]a preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare dallo stigma dell'ingiustizia una tale situazione» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 7.1, *ivi*).

<sup>327</sup> *Ibidem*.

<sup>328</sup> *Ibidem*.

## ***2. Centralità del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione di una pena illegale***

Si è appena visto che vi è un rapporto inversamente proporzionale tra l'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione e il principio di intangibilità del giudicato<sup>329</sup>. Il progressivo potenziamento della fase esecutiva ha dunque "eroso" la concezione assoluta del giudicato, nell'impellenza di arginare la lesione del diritto fondamentale del condannato alla libertà personale<sup>330</sup>.

Questo cambiamento ha coinvolto anche la tematica della pena illegale, comportando lo sviluppo dell'istituto e una sempre più marcata attenzione della giurisprudenza alla sua emenda. Del resto, se si permettesse l'esecuzione di una pena illegale sfavorevole al condannato, si lederebbe senz'altro la sua libertà "inviolabile" consacrata dall'art. 13 della Costituzione.

Nel riconoscimento del potere del giudice dell'esecuzione di "correggere" una pena illegale non viene in rilievo solamente la tutela dei diritti fondamentali del condannato, ma anche il principio costituzionale di legalità. La Corte di cassazione ammette sin dagli anni '80 la facoltà del giudice dell'esecuzione di rilevare l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, alla luce

---

<sup>329</sup> Così Sez. Un., 27 ottobre 2014, n. 6240, Basile, *ivi*.

<sup>330</sup> Sul punto sono rilevanti anche le Sezioni Unite Della Fazio, che hanno affermato l'esistenza di «una serie di limitazioni» al giudicato, «a fronte di una lesione o di una violazione dei diritti o delle garanzie fondamentali delle persone di natura sia processuale sia sostanziale» (Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 14, *ivi*).

del principio di legalità della pena<sup>331</sup>. Non si può infatti tollerare che una simile pena, «anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato»<sup>332</sup>. Secondo questo orientamento, il rispetto del principio costituzionale di legalità non può essere limitato dall'inadeguatezza del regime della fase esecutiva e dall'assolutezza del giudicato. In assenza di una specifica disciplina che permetta l'emenda di una pena illegale, il giudice dell'esecuzione deve applicare l'art. 25 comma 2 Cost. o l'art. 7 CEDU per il tramite dell'art. 670 c.p.p.; in altre parole, deve accertare l'ineseguibilità della sentenza di condanna e provvedere alla rideterminazione della pena illegale inflitta<sup>333</sup>.

Il “dibattito” giurisprudenziale relativo al potere/dovere del giudice dell'esecuzione di emenda della pena illegale si è sviluppato soprattutto con riferimento alla *quaestio iuris* della rilevanza,

---

<sup>331</sup> Cfr. Sez. 5, 29 aprile 1985, n. 809, Lattanzio, *ibidem*; Sez. 3, 24 giugno 1980, Sanseverino, cit. in Sez. Un., 27 ottobre 2014, n. 6240, Basile, par. 5.1, *ivi*.

<sup>332</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 7, *ivi*. In senso conforme: Sez. 1, 23 gennaio 2013, n. 38712, Villirillo, *ibidem*; Sez. 1, 20 gennaio 2014, n. 14677, Medulla, in *C.E.D. Cass.*, n. 259733.

<sup>333</sup> Cfr. Sez. 1, 3 marzo 2009, n. 12453, Alfieri, *ibidem*. La prima Sezione afferma che l'applicazione “diretta” del principio di legalità costituzionale o convenzionale costituisce «opzione interpretativa necessaria rispetto all'invocazione alla Corte Costituzionale di un intervento additivo, in tal caso, per la fase esecutiva del processo penale» (par. 5). Al netto delle criticità di ordine costituzionale relative all'applicazione diretta di una norma convenzionale (art. 7 CEDU), questa possibilità ermeneutica è stata esclusa espressamente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 113 del 2011, con riferimento alla diversa problematica inerente alla violazione delle regole dell'equo processo. Infatti, la declaratoria di ineseguibilità del giudicato a fronte di una violazione dell'art. 6 CEDU e in assenza di idonei strumenti legislativi finalizzati alla rinnovazione del giudizio, è inadeguata: il rimedio di cui all'art. 670 c.p.p. ha solo la funzione di “congelare” il giudicato ma senza eliminarlo, relegandolo in una sorta di “limbo processuale”. Ma soprattutto la «mera declaratoria di ineseguibilità» non dà risposta all'esigenza primaria di «riapertura del processo, in condizioni che consentano il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione» (Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, par. 5, *ivi*). Come si vedrà nel paragrafo successivo, la possibilità di emendare una pena illegale *in executivis* facendo leva su un'interpretazione estensiva dell'art. 670 c.p.p. non è stata presa in considerazione dalle Sezioni Unite Gatto.

sull'esecuzione di una condanna irrevocabile, dell'illegalità sopravvenuta della pena a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della norma penale non incriminatrice sulla cui base la pena è stata irrogata.

Un recente indirizzo ammette la rideterminazione *in executivis* della pena illegale, sostenendo che l'intervento del giudice dell'esecuzione sia legittimato dal combinato disposto degli artt. 136 Cost. e 30 commi 3 e 4 l. n. 87 del 1953<sup>334</sup>. In tale ottica, non deve essere considerato eseguibile il giudicato di condanna per la parte inerente all'applicazione della norma penale non incriminatrice colpita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale. Al giudice dell'esecuzione spetta «il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile»<sup>335</sup>, determinando nuovamente la sanzione divenuta illegale.

L'orientamento “tradizionale” dei giudici di legittimità, a lungo prevalente, esclude invece che sussista un potere di rideterminazione della pena illegale proprio del giudice dell'esecuzione. Infatti con la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna si esaurirebbe la fase di applicazione della norma penale, poi dichiarata

---

<sup>334</sup> Cfr. Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, *ivi*. La questione che ha permesso la formazione di tale indirizzo concerneva la possibilità o meno di non eseguire il giudicato di condanna nella parte in cui fosse riferibile all'applicazione dell'aggravante della clandestinità (art. 61 comma 1 n. 11-bis c.p.) dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 249 del 2010 della Corte costituzionale. La prima Sezione ha rigettato quell'interpretazione che vede l'ambito d'applicazione dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 limitato alle sole norme penali incriminatrici, valorizzando piuttosto il suo dato letterale, che impedisce di dare esecuzione alla condanna pronunciata “in applicazione della norma dichiarata incostituzionale”. Di conseguenza, questa disposizione si presta ad essere letta «nel senso di impedire anche solamente una parte dell'esecuzione, quella relativa alla porzione [illegale] di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima» (par. 3). In senso conforme: Sez. 1, 24 febbraio 2012, n. 19361, Teteh Assic, *ibidem*; Sez. 1, 25 maggio 2012, n. 26899, Harizi, *ibidem*; Sez. 1, 12 giugno 2012, n. 40464, Kabi, *ibidem*. Per approfondire, vedi *infra*, Cap. III, par. 3.

<sup>335</sup> Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, par. 4, *ivi*.

incostituzionale, che incide sul trattamento sanzionatorio, e l'esecuzione della sentenza sarebbe disciplinata solamente dalla sentenza di condanna<sup>336</sup>. In altri termini, il passaggio in giudicato della sentenza sarebbe preclusivo di qualsiasi intervento sulla pena irrogata, ad eccezione delle ipotesi di *abolitio criminis* e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice di cui all'art. 673 del codice di procedura penale.

Questa controversia interpretativa è stata risolta dalle Sezioni Unite Gatto<sup>337</sup>, che hanno affermato il seguente principio di diritto:

«Successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione»<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Detto con le parole della Corte di cassazione, «la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione dalla sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la "applicazione" della norma definitivamente operata dal giudice» (Sez. 1, 19 gennaio 2012, n. 27640, Hamrouni, par. 4.6.2, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1866). In senso conforme: Sez. 5, 21 giugno 1985, n. 6676, Bossa, in *C.E.D. Cass.*, n. 170006; Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, *ivi*. Cfr. anche RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 26 gennaio 2015.

<sup>337</sup> Questa pronuncia origina dalla richiesta di rideterminazione della pena compiuta dal p.m. nei confronti del Tribunale di Napoli, in qualità di giudice dell'esecuzione, per essere intervenuta dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna la pronuncia n. 251 del 2012 della Corte costituzionale. La pronuncia del Giudice delle leggi ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990, sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.; pertanto il pubblico ministero ha chiesto la rideterminazione della porzione di pena divenuta illegittima, ma la sua richiesta è stata tuttavia dichiarata inammissibile dal giudice dell'esecuzione in quanto la sentenza della Corte costituzionale non avrebbe comportato «*abolitio criminis*». Cfr. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*.

<sup>338</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 13, *ivi*.

Le Sezioni Unite si sono dunque schierate a favore dell'orientamento che ammette la rideterminazione *in executivis* della pena la cui illegalità è sopravvenuta, vincendo la preclusione del giudicato. La decisione segue un duplice sviluppo argomentativo: il primo incentrato sulla differenza tra il fenomeno dell'abrogazione e quello della declaratoria di incostituzionalità, il secondo relativo al processo storico di erosione del giudicato.

Sotto il primo aspetto, l'orientamento "tradizionale" ha compiuto un'indebita confusione tra i due fenomeni, applicando alle declaratorie di illegittimità costituzionale di norme inerenti al trattamento sanzionatorio il regime della successione di leggi penali nel tempo; di conseguenza, le ha assoggettate alla regola secondo cui lo *ius superveniens* più favorevole al reo non è operativo nel caso in cui sia stata pronunciata sentenza irrevocabile<sup>339</sup>. L'effetto della declaratoria di incostituzionalità non è però paragonabile a quello dello *ius superveniens*, perché determina un vizio patologico e originario della norma impugnata, estirpandola dall'ordinamento<sup>340</sup>. Di conseguenza, le norme dichiarate costituzionalmente illegittime non devono essere applicate dai giudici, «a meno che i rapporti cui esse si riferiscono debbano ritenersi ormai esauriti in modo definitivo e irrevocabile»<sup>341</sup>. La Corte critica la posizione secondo la quale l'esaurimento del rapporto penale coincide con il passaggio in giudicato della sentenza, ponendo un freno alla "retroattività" degli

---

<sup>339</sup> Cfr. Sez. 1, 1 luglio 1983, n. 1375, Giacomelli, *ibidem*; Sez. 1, 2 ottobre 1996, n. 4873, Bruno, par. 3, *ibidem*.

<sup>340</sup> Per approfondire vedi *supra*, Cap. I par. 2.1.

<sup>341</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 5.1, *ivi*.

effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>342</sup>: così «si finisce con il riproporre una concezione assolutistica del giudicato, come norma del caso concreto, insensibile alle evenienze giuridiche successive all'irrevocabilità della sentenza»<sup>343</sup>.

Le Sezioni Unite giungono così al secondo filone argomentativo, quello inerente al progressivo “tramonto” del mito del giudicato<sup>344</sup>, descrivendone le tappe salienti e aderendo alle conclusioni espresse dalle Sezioni Unite Ercolano. Deve considerarsi dunque prevalente, rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato, il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata incostituzionale, perché nel «bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, va data prevalenza a quest'ultimo»<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> Tranne che per le norme incriminatrici, la cui dichiarazione di illegittimità costituzionale permette la revoca della sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

<sup>343</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 6, *ivi*. È proprio per combattere questa «concezione assolutistica» che le Sezioni Unite criticano anche l'assunto per cui la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna «esaurirebbe l'applicazione di ogni norma penale. È infatti vero che l'applicazione della norma penale al caso concreto si attegga ad “atto normativo che genera diritto”», ma «ciò non può in alcun modo implicare che la sentenza che genera il comando punitivo si sottragga per questo solo alla gerarchia delle fonti e che gli effetti da essa prodotti possano restare indenni alla declaratoria di illegittimità costituzionale della sanzione applicata» (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 8.2, *ivi*).

<sup>344</sup> Usando le parole delle Sezioni Unite, «[a] ben vedere, è proprio la diversa concezione del giudicato il discrimine delle divergenti impostazioni che hanno dato luogo al contrasto di giurisprudenza» sottoposto al loro esame (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 6.1, *ivi*).

<sup>345</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 8, *ivi*.

### ***3. La “base legislativa” che permette al giudice dell’esecuzione di rimuovere una pena la cui illegalità derivi da una declaratoria di incostituzionalità: l’art. 30 l. n. 87 del 1953***

Occorre adesso entrare nel dettaglio circa il concreto addentellato normativo che permette al giudice dell’esecuzione di emendare l’illegalità della pena derivante dalla pronuncia di incostituzionalità della norma inerente al trattamento sanzionatorio, in applicazione della quale la pena è stata irrogata. Si è appena visto che le Sezioni Unite Gatto forniscono le coordinate entro cui tale “base legislativa” va individuata, e cioè la sempre più marcata crisi dell’intangibilità del giudicato e la differenza tra la declaratoria di incostituzionalità e il fenomeno abrogativo.

Con queste premesse, Le Sezioni Unite non ritengono condivisibile l’interpretazione che limita l’effetto “retroattivo” delle pronunce della Corte costituzionale al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, considerando “esauriti” quei rapporti che trovano la loro conclusione con l’intervenuta irrevocabilità della sentenza<sup>346</sup>. La coincidenza tra il concetto di “rapporto esaurito” e il passaggio in giudicato della sentenza è valida in linea di massima con riferimento a situazioni estranee al diritto penale sostanziale; in

---

<sup>346</sup> L’orientamento “tradizionale”, contrario al riconoscimento di poteri incisivi sulla pena illegale del giudice dell’esecuzione, fa risalire questa interpretazione alla sentenza n. 139 del 1984 della Corte costituzionale. Qui si afferma infatti che «[p]er rapporti esauriti debbono certamente intendersi tutti quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità» (Corte cost., 7 maggio 1984, n. 139, par. 15, in *Foro It.*, 1984, p. 1153 e ss., con nota di BELLANTUONO, *La Corte costituzionale e i canoni d’affitto dei fondi rustici: priorità della tutela del lavoro dell’affittuario e della sua famiglia*).

quest'ambito, infatti, rileva solo la «non reversibilità degli effetti», intendendo per “effetti irreversibili” quelli «che non possono essere rimossi, perché già consumati, come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena»<sup>347</sup>. Fin quando è in atto l'esecuzione della pena, il rapporto esecutivo non è esaurito e la norma incostituzionale continua a produrre i suoi effetti, cosicché si pone l'esigenza della loro rimozione<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 8.1, *ivi*. In una successiva sentenza, la Corte di cassazione ha approfondito la nozione di “rapporto esaurito” in ambito penale, inserendosi nel solco tracciato dalle Sezioni Unite Gatto. Quando, al momento della pronuncia di incostituzionalità della norma penale non incriminatrice, il condannato ha già scontato la pena, questa non diviene «illegale», perché è venuto meno l'interesse del condannato a chiedere al giudice dell'esecuzione la rimozione degli effetti della norma dichiarata incostituzionale. Infatti lo stato dell'esecuzione va correlato non tanto al momento in cui viene effettuata domanda di rideterminazione, quanto a quello in cui viene emanata la sentenza di illegittimità costituzionale. Prosegue la Corte che non può nemmeno «assumersi un perdurante interesse del condannato ad un accertamento di tal genere innanzi al giudice dell'esecuzione in previsione di una eventuale e successiva richiesta risarcitoria per ingiusta detenzione, giacché ben potrà il giudice competente a conoscere la predetta richiesta risarcitoria accertare, anche incidentalmente, l'illegittimità dell'espiazione della pena sofferta anche sulla base di una norma oramai dichiarata incostituzionale» (Sez. 5, 12 gennaio 2016, n. 15362, par. 2.3, Gaccione, in *C.E.D. Cass.*, n. 266564). In senso conforme: Sez. 1, 28 maggio 2015, n. 32193, Quaresima, in *C.E.D. Cass.*, n. 264257.

<sup>348</sup> La giurisprudenza di legittimità non è uniforme nel qualificare la situazione in cui il condannato abbia interamente espia la pena detentiva ma non sia stata ancora eseguita la pena pecuniaria contestualmente irrogata come “rapporto esaurito”. Secondo un certo indirizzo, è inammissibile l'istanza rivolta al giudice dell'esecuzione per la rideterminazione della pena detentiva illegale, derivante da dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, quando sia basata sul presupposto che la pena detentiva sia stata interamente espia e la pena pecuniaria non versata, perché in tale ipotesi il rapporto esecutivo deve ritenersi esaurito. In quest'ottica, le conclusioni cui è giunta la Corte di cassazione in relazione alla pena detentiva, comportanti la “flessibilizzazione” del giudicato, non sono trasponibili *sic et simpliciter* con riguardo alla pena pecuniaria. A differenza della pena detentiva, infatti, la pena pecuniaria non coinvolge il diritto fondamentale del condannato alla libertà personale, per cui non intacca il giudicato. Dal momento che l'esaurimento del rapporto oltre il giudicato concerne solamente la pena detentiva e questa è già espia, il rapporto deve considerarsi esaurito. Non può nemmeno ipotizzarsi una «conversione della pena detentiva in pena pecuniaria non ancora versata e determinare l'eliminazione (o la riduzione) dell'ammontare di quest'ultima» (Sez. 1, 19 ottobre 2018, n. 20248, par. 2.2, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 13 e ss., con nota di GRILLO, *Dichiarazione di incostituzionalità e rideterminazione della pena: i limiti operativi secondo la Cassazione*). Secondo un diverso orientamento, sussiste l'interesse del condannato ad ottenere la rideterminazione *in executivis* della pena divenuta illegale a seguito di pronuncia di incostituzionalità, se è stata interamente espia la pena detentiva ma non è stata ancora eseguita quella pecuniaria contestualmente irrogata. In sostanza, si avrebbe esaurimento del rapporto solo con l'estinzione di entrambe le pene. Del resto, se è vero che solamente una lesione del diritto alla libertà personale del

L'incidenza "retroattiva" delle decisioni di incostituzionalità in materia penale deve essere dunque estesa al massimo, «in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali, essendosi ritenuto inaccettabile (come e più che nell'abrogazione) che esse potessero ancora valere, una volta riconosciuta l'incostituzionalità del loro fondamento normativo»<sup>349</sup>. Le Sezioni Unite rimarcano molto l'esigenza di rimuovere dall'«universo giuridico» gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, anche parzialmente, su una norma dichiarata incostituzionale, dato che quest'ultima è radicalmente «inidonea a fondare atti giuridicamente validi»<sup>350</sup>. L'affermazione dell'"iper-retroattività" delle declaratorie di illegittimità costituzionale in ambito penale è possibile grazie al «complesso unitario» dell'art. 136 comma 1 Cost., dell'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 30 l. n. 87 del 1953, che stabilisce «il principio generale della cessazione di efficacia della norma di legge dichiarata incostituzionale» e pone «il divieto della sua applicazione ai rapporti giuridici in corso con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento»<sup>351</sup>.

La Corte di cassazione riconosce invece l'impossibilità di "sanare" l'illegalità della pena derivante dalla declaratoria di

---

condannato giustifica la "modificabilità" del giudicato penale, anche la pena pecuniaria incide indirettamente sulla libertà personale. E lo fa nel minor grado possibile quando viene convertita in lavoro sostitutivo, ma in modo più significativo quando la conversione riguarda la libertà controllata o la permanenza domiciliare. Questo *excursus* dei giudici di legittimità sull'afflittività indiretta della sanzione pecuniaria li convince ad affermare che «la nozione di esaurimento del rapporto esecutivo ostativo alla rideterminazione della pena deve essere intesa nella sua accezione più ampia, comprensiva sia della sanzione detentiva che di quella pecuniaria» (Sez. 1, 3 marzo 2020, n. 13072, par. 11, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 12 e ss., con nota di GASPARRE, *Condannato definitivo chiede la rideterminazione del trattamento sanzionatorio ma ha già espriato la pena detentiva...*).

<sup>349</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 5.2, *ivi*.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> *Ibidem*.

incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice applicando l'art. 673 c.p.p., il quale limita il potere del giudice dell'esecuzione di revoca della sentenza di condanna all'ipotesi di incostituzionalità della norma incriminatrice<sup>352</sup>. In altre parole, l'effetto "iper-retroattivo" della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice non può dispiegarsi, con incisione del giudicato di condanna e rideterminazione della pena illegale, sulla base dell'art. 673. Viene piuttosto in rilievo l'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953, disponendo che "[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali". Rispetto all'art. 673, «limitato al venir meno della fattispecie criminosa», l'art. 30 «copre uno spettro più ampio», consentendo la cessazione di «qualsiasi effetto pregiudizievole derivante dalla

---

<sup>352</sup> Sotto questo punto di vista, le Sezioni Unite "confermano" l'unico punto in comune che hanno l'indirizzo che ammette la rideterminazione *in executivis* della pena illegale e l'indirizzo che la nega, concernente l'inapplicabilità dell'art. 673 c.p.p. al caso di specie. Sul punto, vedi Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, *ivi*; Sez. 1, 19 gennaio 2012, n. 27640, Hamrouni, *ibidem*. In particolare la sentenza Hauohu, riferendosi all'art. 673 c.p.p., afferma che la norma permette «una revoca "parziale" della sentenza di condanna, solo se la si intende nel senso della eliminazione della condanna per uno o più dei fatti-reato oggetto di giudizio. Non si presta invece ad essere interpretata nel senso di consentire la scissione del singolo capo d'accusa e la risoluzione del giudicato formale in relazione ad aspetti meramente circostanziali, o sanzionatori, ad esso interni» (par. 2). Infatti, postulare l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p. «significherebbe applicare delle conseguenze giuridiche non previste (rimozione del *quantum* di pena connesso all'aggravante) ad un caso non previsto (annullamento costituzionale di una aggravante)», ponendosi al di fuori dello schema dell'applicazione analogica di un istituto; operazione «compiuta dagli interpreti del diritto mediante la quale si attribuisce ad un caso non regolato espressamente dall'ordinamento giuridico la "stessa disciplina" prevista dal legislatore per un caso simile» (GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze*, cit., p. 1668). In senso contrario si è espressa una parte della dottrina che si è occupata degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante di clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.). Alcuni autori hanno infatti sostenuto la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., impedendo che una pena venga ingiustamente sofferta sulla base di una circostanza aggravante incostituzionale per evitare una lesione del diritto fondamentale della persona alla libertà personale. Cfr. DEGL'INNOCENTI - TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1184 e ss.; ZIRULIA, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 dicembre 2010.

sentenza di condanna irrevocabile pronunciata in applicazione della norma [penale sostanziale] dichiarata incostituzionale»<sup>353</sup>. Le «norme penali sostanziali», che definiscono l'ambito di operatività dell'art. 30, sono quelle «che correlano la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento e che stabiliscono una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta»<sup>354</sup>. Di conseguenza, è indifferente, ai fini dell'art. 30, che la norma penale dichiarata incostituzionale disciplini un autonomo titolo di reato o un aspetto del trattamento sanzionatorio<sup>355</sup>. L'art. 673 e l'art. 30 hanno non solo un ambito d'applicazione diverso, ma anche effetti differenti, secondo le Sezioni Unite: l'art. 673 permette al giudice dell'esecuzione di incidere direttamente sul giudicato, “cancellando” la decisione del giudice di cognizione; l'art. 30, invece, opera sul

---

<sup>353</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 9.2, *ivi*. Secondo le Sezioni Unite il comma 4 dell'art. 30 si pone in un rapporto di complementarità con il precedente comma 3, che «pone il divieto di applicazione (ovvero l'obbligo di disapplicazione) della norma dichiarata incostituzionale e si rivolge innanzitutto ai giudici».

<sup>354</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 5.2, *ivi*.

<sup>355</sup> Qui le Sezioni Unite si pongono sulla scia di: Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, *ivi*; Sez. 1, 25 maggio 2012, n. 26899, Harizi, *ibidem*; Sez. 6, 16 maggio 2013, n. 21982, Ingordini, in *C.E.D. Cass.*, n. 255674. In particolare, la sentenza Hauohu si oppone alla tendenza tralatizia della giurisprudenza ad affermare che l'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 faccia riferimento solamente alle norme penali incriminatrici, sovrapponendo in sostanza questa disposizione all'art. 673 del codice di procedura penale. L'insistente richiamo alle “norme penali incriminatrici”, compiuto dalle sentenze più risalenti, non viene mai effettuato «per distinguere tra norme complete di precetto e sanzione costitutive di una fattispecie di reato (titolo) e norme che si riferiscono ad elementi accessori (circostanze) del reato, nè si rinvergono pronunzie che abbiano ad oggetto situazione paragonabile a quella in esame; dall'analisi delle decisioni emerge anzi che la giurisprudenza di legittimità s'è riferita alle norme incriminatrici per lo più solo al fine di distinguere da esse le norme processuali a cui non s'applica l'art. 30, comma 4, o nell'ambito di decisioni che avevano ad oggetto, in realtà, il problema di situazioni da considerare a tutti gli effetti, anche esecutivi, esaurite». Per questo motivo, quando ci si riferisce all'ambito di applicazione dell'art. 30, non sembra opportuno distinguere tra norme penali incriminatrici e norme penali non incriminatrici, dato che questo comprende tutte le norme da cui deriva «una sanzione criminale per un aspetto dell'agire umano» (Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, par. 3, *ivi*). In senso difforme: Sez. 1, 19 gennaio 2012, n. 27640, Hamrouni, *ibidem*.

piano esecutivo, invalidando parzialmente il titolo esecutivo ma senza rimuoverlo *in toto*<sup>356</sup>.

Ne derivano due percorsi completamente differenziati, a seconda che la declaratoria di illegittimità costituzionale abbia ad oggetto una norma incriminatrice o una norma non incriminatrice, attinente al trattamento sanzionatorio. Nel primo caso, dato il “radicale” venir meno dell’illecito penale, si applica l’art. 673 c.p.p. e viene “rimossa” la sentenza di condanna. Nel secondo caso, dal momento che «è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa», si applica l’art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 e cessa solamente «l’esecuzione della pena o della parte di pena [illegale] che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale»<sup>357</sup>.

Questa storica decisione delle Sezioni Unite si spiega alla luce di due fattori preponderanti. Anzitutto, per stessa ammissione dei giudici di legittimità, è stata determinante la «più generale tendenza verso la flessibilità del giudicato, [...] che ha indicato il senso di marcia della giurisprudenza e dell’ordinamento rispetto al mito della intangibilità»<sup>358</sup>. In secondo luogo, le Sezioni Unite Gatto hanno

---

<sup>356</sup> VICOLI si pone criticamente nei confronti di questa distinzione, frutto a suo avviso di un «malinteso approccio alle dinamiche della fase esecutiva». Nella prospettiva dell’Autore, l’applicazione dell’art. 673 non elimina il giudicato sull’accertamento del fatto compiuto dal giudice di merito, e dunque non “cancella” il *dictum* del giudice di cognizione. A sostegno di questa tesi vi sarebbe la circostanza che «il giudice, una volta riscontrata l’*abolitio criminis*, non ha poteri rescissori dell’accertamento ma deve limitarsi a dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato (art. 673 comma 1 c.p.p.), così paralizzando gli effetti punitivi della condanna». Inoltre, «le eventuali statuizioni civili restano efficaci e fondano obblighi risarcitori a favore del danneggiato» (VICOLI, *op. cit.*, p. 1012).

<sup>357</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 9.2, *ivi*.

<sup>358</sup> *Ibidem*. Le Sezioni Unite decidono di ammettere la possibilità di rideterminazione della pena *in executivis* adottando la prospettiva di un giudicato ormai fluido, recessivo rispetto all’esigenza di tutelare i diritti fondamentali del condannato. Si tratta di una prospettiva rischiosa, che mette in pericolo l’esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di stabilità delle decisioni giudiziali. Secondo VICOLI sarebbe stato più “prudente”, raggiungendo lo stesso risultato,

esteso all'illegalità della pena le conclusioni cui erano precedentemente giunte la Corte costituzionale e le Sezioni Unite stesse nell'ambito della vicenda Ercolano<sup>359</sup>; conclusioni orientate ad ammettere la possibilità di utilizzare l'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953, scalfendo il giudicato, per rideterminare una pena comminata sulla base di una norma convenzionalmente e costituzionalmente illegittima<sup>360</sup>. Nella prospettiva delle Sezioni Unite Ercolano, l'art. 30 è lo strumento giuridico idoneo a garantire la «conformità a legge della pena, [...] dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione»<sup>361</sup>. Il filo rosso che collega questa disposizione e il principio di legalità viene esplicitato anche dalle Sezioni Unite Gatto, secondo le quali «far eseguire una condanna, o una parte di essa, fondata su una norma contraria alla Costituzione [...] significa violare il principio di legalità»<sup>362</sup>. In queste parole è possibile apprezzare la stretta connessione che intercorre tra l'applicazione

---

qualificare questa ipotesi di «rottura» del giudicato come “eccezione” rispetto alla regola generale dell'esecutività della sentenza penale, espressa dall'art. 650 del codice di procedura penale. (Vicoli, *op. cit.*). Del resto l'efficacia preclusiva del giudicato svolge un'importante funzione regolatrice, che può essere messa a repentaglio da un approccio casistico, qual è quello adottato, in effetti, dalle Sezioni Unite Della Fazia. Sul punto vedi *supra*, Cap. II, par. 5.

<sup>359</sup> Sul punto, le Sezioni Unite Gatto riconoscono che i principi di diritto affermati nella sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale e nella sentenza Ercolano della Corte di cassazione «appaiono specificamente riferiti alla anomala situazione conseguente alla sentenza pronunciata dalla Corte EDU nel caso Scoppola». Tuttavia, al di là della contingenza che ha portato alla loro formulazione, ad essi deve riconoscersi una valenza generale e «devono essere estesi alle ipotesi in cui (senza alcun riferimento a sentenze della Corte EDU), per effetto di una intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale, diversa da quella incriminatrice, sia ancora in atto un'esecuzione di pena illegittima» (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 10.1, *ivi*). Del resto, non ci sarebbe alcuna ragione per ritenere flessibile il giudicato sulla pena fondato su norme convenzionalmente illegittime, e intangibile quello fondato su norme incostituzionale.

<sup>360</sup> Secondo le Sezioni Unite Ercolano, «non è estraneo alla *ratio* del richiamato art. 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953 impedire che anche una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 9.2, *ivi*).

<sup>361</sup> *Ibidem*.

<sup>362</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 10, *ivi*.

dell'art. 30 e la necessità di emendare una pena illegale: in entrambi i casi occorre dare attuazione in ambito penale al principio costituzionale di legalità.

#### ***4. La necessità di rideterminare in sede esecutiva la pena ab origine illegale: Sezioni Unite Butera e Sezioni Unite Basile***

Sulla scorta delle considerazioni espresse dalle Sezioni Unite Gatto con riferimento all'illegalità sopravvenuta della pena derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice, le Sezioni Unite Butera hanno affermato la possibilità di emendare l'illegalità *ab origine* della sanzione penale, in presenza di determinati presupposti e a determinate condizioni<sup>363</sup>.

In questa pronuncia, le Sezioni Unite hanno deciso di aderire al risalente orientamento che ammette la «possibilità che il giudice dell'esecuzione intervenga per rimuovere la pena principale ove la stessa sia stata inflitta in violazione dei parametri normativamente fissati»<sup>364</sup>. La sanzione illegale può essere rideterminata *in executivis*

---

<sup>363</sup> Nel caso concreto l'illegalità originaria della pena derivava dalla circostanza che il giudice di cognizione avesse, per il reato di lesioni lievissime di competenza del giudice di pace, comminato la pena della reclusione anziché quella pecuniaria prevista dall'art. 54 d.lgs. n. 274 del 2000. Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*.

<sup>364</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 7, *ivi*. Qui la Corte fa riferimento a quelle sentenze, in precedenza richiamate, che considerano la pena sprovvista di una concreta base legale come non eseguibile, «essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato». Vengono citate: Sez. 1, 25 giugno 1982, n. 1436, Carbone, in C.E.D. Cass., n. 156173; Sez. 3, 24 giugno 1980, Sanseverino, non massimata; Sez. 5, 29 aprile 1985, n. 809, Lattanzio, *ibidem*; Sez. 1, 6 luglio 2000, n. 4869, Colucci, *ibidem*; Sez. 1, 3 marzo 2009, n. 12453, Alfieri, *ibidem*; Sez. 1,

solo quando è “assolutamente” abnorme, e cioè quando «non sia prevista dall'ordinamento giuridico», quando «risulti eccedente il limite legale» per specie e quantità o quando sia frutto di un errore di calcolo «macroscopico»<sup>365</sup>. Non può essere invece emendata quella pena che, per quanto errata, sia frutto di una «argomentata valutazione» del giudice di cognizione.

La Corte di cassazione mostra di aderire ad una nozione restrittiva di pena illegale *ab origine*, escludendo la possibilità che il giudice dell'esecuzione ridetermini la pena illegale derivante da un errore giuridico del giudice di cognizione a meno che non sia avulsa dal sistema o causata da un errore macroscopico. Si tratta di una posizione che non è opportuno condividere, per due ordini di ragioni: anzitutto, perché la nozione preferibile di illegalità originaria della pena è quella incentrata esclusivamente sull'errore giuridico, e dunque valutativo, del giudice di cognizione, per i motivi esposti in precedenza<sup>366</sup>. In secondo luogo, perché è troppo incerto e casistico il criterio di discernimento affidato all'“abnormità” della pena o alla “macroscopicità” dell'errore che la vizia, in controtendenza rispetto al ruolo nomofilattico della Cassazione.

---

23 ottobre 2013, n. 38712, Villirillo, *ibidem*; Sez. 4, 16 maggio 2012, n. 26117, Toma, *ibidem*; Sez. 1, 20 gennaio 2014, n. 14677, Medulla, *ibidem*.

<sup>365</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 7, *ivi*.

<sup>366</sup> Si deve ricordare, infatti, che l'errore materiale e l'errore giuridico hanno una disciplina legislativa sensibilmente diversa, anche in relazione alla possibilità di scalfire la sentenza irrevocabile. Dal momento che il legislatore ammette la possibilità di modificare, nell'ipotesi in cui sussista un errore materiale, una sentenza passata in giudicato della Corte di cassazione con il ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., per emendare una pena illegale derivante da errore materiale sarebbe preferibile non applicare il relativo “istituto” enucleato dalla giurisprudenza; piuttosto, dovrebbe intervenire il legislatore e ampliare l'ambito d'applicazione dell'art. 625-bis. In altre parole, servirebbe un intervento legislativo e non “pretorio”. Sul punto vedi *supra*, Cap. I, par. 1.1.

Dopo aver richiamato gli approdi ermeneutici in punto di flessibilità del giudicato a fronte di una pena “incostituzionale” delle Sezioni Unite Gatto, le Sezioni Unite Butera hanno stabilito la possibilità di dedurre davanti al giudice dell’esecuzione l’illegalità *ab origine* della pena, anche se questa non sia «rilevabile di ufficio in sede di legittimità in presenza di ricorso inammissibile perché presentato fuori termine»<sup>367</sup>. I giudici di legittimità ritengono che tale soluzione sia rispettosa della formazione del giudicato formale, derivante dall’infruttuoso decorso del termine per proporre ricorso per cassazione, ma al tempo stesso anche del principio di legalità della pena (artt. 25 comma 2 Cost. e 1 c.p.) e della sua funzione rieducativa (art. 27 comma 3 Cost.). In effetti, se da un lato la formazione del giudicato impedisce ai giudici di legittimità di rilevare d’ufficio l’illegalità della pena, concludendo il processo di cognizione, dall’altro l’ordinamento non rimane insensibile all’esigenza di correggere la pena illegale, dotando il giudice dell’esecuzione di incisivi poteri sul giudicato<sup>368</sup>.

Nell’escludere l’emendabilità in sede esecutiva della pena illegale derivante da un errore valutativo del giudice di cognizione, le Sezioni Unite Butera aderiscono all’orientamento espresso dalle Sezioni Unite Basile. La sentenza Basile ha infatti affermato che

---

<sup>367</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 9, *ivi*. Le Sezioni Unite precisano che l’illegalità *ab origine* della pena derivante da errore materiale del giudice di cognizione non può essere corretta applicando l’art. 619 c.p.p., «in quanto il potere della Corte di cassazione di rettificazione del provvedimento impugnato non può essere esercitato in presenza di un ricorso inammissibile».

<sup>368</sup> Nella sentenza Butera, al netto della non condivisibile concezione dell’illegalità *ab origine* della pena, le Sezioni Unite sembrano pienamente consapevoli dell’esistenza di un costante bilanciamento tra l’intangibilità della *res iudicata* e la necessità di tutelare i diritti fondamentali del condannato. E questo bilanciamento viene realizzato in modo ragionevole ed equilibrato, «in linea con le coordinate fondamentali del nostro sistema processuale» (*ibidem*).

l'applicazione di una sanzione accessoria illegale da parte del giudice di cognizione può essere rilevata, dopo il passaggio in giudicato, 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 di cognizione»<sup>369</sup>. Le Sezioni Unite Basile, dopo aver verificato che la giurisprudenza di legittimità «concordemente riconosce la possibilità di intervento in *executivis*» sulla pena principale illegale *ab origine*, estendono la validità dei principi elaborati in relazione alla pena principale anche alle pene accessorie, «non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena [...] non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali»<sup>370</sup>.

I motivi dell'«intolleranza» da parte dell'ordinamento processuale penale nei confronti dell'esecuzione di una sanzione illegale *ab origine* sono gli stessi individuati nella sentenza Ercolano e nella sentenza Gatto, con riferimento all'illegalità sopravvenuta: la consapevolezza dell'inesorabile processo di relativizzazione del giudicato, soccombente davanti alla pressante esigenza di tutelare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, e della necessità di garantire il rispetto del principio di legalità anche in sede esecutiva.

La facoltà di emendare una pena accessoria illegale dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna è legittimata inoltre dal combinato disposto degli artt. 676 c.p.p. e 183 disp. att. c.p.p.; mentre la prima disposizione «prevede espressamente la competenza del giudice dell'esecuzione in tema di pene

---

<sup>369</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 7, *ivi*.

<sup>370</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 5.2, *ivi*.

accessorie»<sup>371</sup>, la seconda permette al pubblico ministero di chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione di una pena accessoria cui non ha provveduto il giudice di cognizione.

La Corte di cassazione ha dunque buon gioco nel rilevare che, se il legislatore consente un intervento del giudice dell'esecuzione in danno del condannato, «a maggior ragione tale intervento deve essere riconosciuto per emendare *in bonam partem* una pena accessoria illegale»<sup>372</sup>.

La sanzione illegale *ab origine* “gode”, in definitiva, dello stesso statuto della pena la cui illegalità è sopravvenuta, e cioè deve essere emendata dal giudice dell'esecuzione. Vi sono tuttavia rilevanti differenze tra le due categorie.

Anzitutto, in relazione alla “base normativa” che permette l'emenda in sede esecutiva: si è visto che l'intervento sull'illegalità sopravvenuta della pena è “giustificato” dall'interpretazione estensiva dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953, il quale è tuttavia inapplicabile all'illegalità *ab origine*. Sul punto, le Sezioni Unite Butera insistono sulla diretta “pervasività” del principio costituzionale di legalità, che «non può ritenersi operante solo in sede di cognizione»<sup>373</sup>; le Sezioni Unite Basile, oltre che riconoscere l'immediata rilevanza del “superiore” principio di legalità, fondano

---

<sup>371</sup> *Ibidem*.

<sup>372</sup> *Ibidem*. Ammettendo la necessità di rideterminare la pena accessoria *ab origine* illegale, le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento largamente maggioritario della giurisprudenza di legittimità. Sul punto, *ex multis*, cfr. Sez. 2, 25 maggio 1973, n. 8079, Bellocco, in *C.E.D. Cass.*, n. 125464; Sez. 2, 13 novembre 1996, n. 4492, Kenzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 206850; Sez. 4, 28 giugno 2000, n. 3881, Aramini, in *C.E.D. Cass.*, n. 217480; Sez. 1, 13 ottobre 2010, n. 38245, Di Marco, in *C.E.D. Cass.*, n. 248300.

<sup>373</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 7, *ivi*.

l'incisione del giudicato sulla pena illegale sulle norme del codice di rito, e in particolare sugli artt. 676 c.p.p. e 183 disp. att. c.p.p.

Inoltre, mentre la possibilità di modificare *in executivis* l'illegalità sopravvenuta della pena è ammessa senza alcuna condizione dalla giurisprudenza di legittimità, lo stesso non avviene per l'illegalità *ab origine*, che sconta l'eventuale preclusione derivante dalle valutazioni del giudice di cognizione. Per usare le parole della Corte, «va esclusa l'emendabilità *in executivis* quando il giudice della cognizione si è già pronunciato in proposito e sia pervenuto, anche se in modo erroneo, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione di una pena accessoria illegale. In tal caso, alla erroneità della valutazione non può che porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione»<sup>374</sup>.

L'altra importante limitazione alla rideterminazione di una sanzione illegale *ab origine* in sede esecutiva concerne la “vincolatività” dell'intervento del giudice dell'esecuzione, che è escluso se implica «valutazioni discrezionali in ordine alla specie e alla durata della pena accessoria»<sup>375</sup>. Si tratta di una regola in qualche modo connaturata al ruolo stesso del giudice dell'esecuzione, chiamato a dare attuazione al contenuto della sentenza di condanna con facoltà di interpretazione e integrazione, ma non di “rideterminazione”. I poteri del giudice dell'esecuzione, in questa

---

<sup>374</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 6.1, *ivi*. Le Sezioni Unite motivano la propria posizione richiamando una serie di norme, il cui “principio ispiratore” sarebbe orientato ad escludere che, «quando il giudice della cognizione abbia espresso le sue valutazioni, [...] non sia possibile rimettere in discussione il giudicato». Vengono citati in particolare l'art. 671 c.p.p., che vieta l'applicazione della continuazione in sede esecutiva se questa sia stata esclusa dal giudice di cognizione, e l'art. 625-bis c.p.p., che permette una deroga al principio dell'intangibilità del giudicato solo nell'ipotesi di errore materiale o di fatto del giudice di cognizione.

<sup>375</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 6.2, *ivi*.

prospettiva, sono ispirati al principio di intangibilità del giudicato, e «consistono nel rideterminare il trattamento sanzionatorio sulla base di un criterio oggettivo meno discrezionale di quello spettante al giudice della cognizione, ma non per questo irrazionale»<sup>376</sup>.

### ***5. Il meccanismo esecutivo di rideterminazione della pena illegale***

Deve ritenersi senz'altro condivisibile lo sforzo interpretativo delle Sezioni Unite Gatto, cui traggono ispirazione le successive pronunce della Corte nella sua più autorevole composizione, volto ad individuare la “base legislativa” adeguata a rideterminare una pena illegale fondata su una norma incostituzionale, incidente sul trattamento sanzionatorio<sup>377</sup>. La norma in questione era contenuta nell'art. 69 comma 4 c.p., che vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 del codice penale. Una

---

<sup>376</sup> Sez. 1, 31 gennaio 2006, n. 6362, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1665 e ss., con nota di CONZ, *Osservazioni Cass. pen. del 31 gennaio 2006*. In ogni caso, il tema della diversa “profondità” dei poteri del giudice dell'esecuzione a seconda del “tipo” di illegalità della pena che viene in rilievo sarà approfondito nell'ultimo paragrafo di questo Capitolo.

<sup>377</sup> Va osservato che parte della dottrina non condivide la scelta di tale “base legislativa”, e cioè dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953. In senso critico si pone ad esempio GAMBARDELLA, il quale si concentra sul dato testuale della cessazione dell'esecuzione della sentenza irrevocabile di condanna e di “tutti” i suoi effetti penali per sostenere l'incompatibilità di tale disposizione «con la semplice non eseguibilità della porzione della sentenza che ha applicato l'aggravante successivamente ritenuta incostituzionale». In quest'ottica, l'art. 30 si riferirebbe solo alla cessazione dell'esecuzione dell'*intera* sentenza di condanna, e non di una sua sola parte, quella relativa alla porzione di pena illegale. Di qui la conclusione che «il significato ascritto all'art. 30, comma 4, dal citato orientamento della Corte di cassazione si discosta in modo evidente da quello enucleabile attraverso una mera esegesi letterale che si fondi sul senso ricavabile dall'intero enunciato legislativo» (GAMBARDELLA, *Annulamento di circostanze*, cit., p. 1671).

volta appurato che la pena inflitta al condannato è stata «inevitabilmente condizionata» dall'applicazione della norma costituzionalmente illegittima, le Sezioni Unite hanno demandato la valutazione circa l'emenda della pena «potenzialmente illegittima e ingiusta» al giudice dell'esecuzione competente.

Tuttavia, è proprio sul concreto meccanismo di rideterminazione *in executivis* dell'illegalità sopravvenuta della pena che si pongono i principali nodi interpretativi.

È stata già appurata l'inapplicabilità dell'art. 673 c.p.p., che subordina la facoltà di revoca della sentenza di condanna e l'adozione dei “provvedimenti conseguenti” alla dichiarazione di incostituzionalità della sola norma incriminatrice.

Si è altresì visto che, nel caso in cui venga in rilievo l'illegalità della pena, non c'è la necessità di travolgere l'intero giudicato ma solo di inciderlo parzialmente, riconducendo la pena ad una dimensione di legittimità. Al riguardo le Sezioni Unite Gatto si limitano ad affermare che «è compito del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 cod. proc. pen., di richiedere al giudice dell'esecuzione l'eventuale rideterminazione della pena inflitta all'esito del nuovo giudizio di comparazione»<sup>378</sup>.

In sostanza, l'applicabilità al caso di specie dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 fonderebbe un «potere atipico»<sup>379</sup> del giudice dell'esecuzione, esercitabile nelle forme della disciplina generale del procedimento di esecuzione. È sicuramente una scelta adatta allo scopo, che è quello di consentire al giudice dell'esecuzione una

---

<sup>378</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 13, *ivi*.

<sup>379</sup> RICCARDI, *op. cit.*, p. 25.

nuova valutazione circa il bilanciamento tra la circostanza attenuante in materia di stupefacenti e la recidiva di cui all'art. 99 comma 4 del codice penale. L'unico limite cui sono sottoposti questi pregnanti "poteri valutativi" coincide con l'esistenza di considerazioni del giudice di cognizione sulle stesse questioni. In altri termini, il giudice dell'esecuzione non può procedere al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante sulla recidiva se questo è stato escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, indipendentemente dalla preclusione prevista dall'art. 69 comma 4. Infatti, «le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile»<sup>380</sup>.

Due sono i punti deboli dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite Gatto. Il primo, di carattere generale, è rappresentato dall'impossibilità della sua generalizzazione: il meccanismo esecutivo ipotizzato dalla Corte legittima un'«informe potestà priva di limiti e di regole»<sup>381</sup>, non adatta a fornire saldi punti di riferimento nei casi futuri. Il secondo punto debole fa specifico riferimento all'ostacolo della sussistenza di precedenti valutazioni del giudice di cognizione, in merito all'equivalenza della recidiva alla circostanza attenuante. Questo limite, frutto di ineludibili esigenze logiche e pratiche<sup>382</sup>, non pone alcun problema nell'ipotesi in cui il giudizio di equivalenza sia stato effettuato in applicazione della norma poi

---

<sup>380</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 12, *ivi*. L'insuperabilità delle considerazioni svolte nel giudizio di cognizione è, del resto, un limite anche all'applicazione della disciplina del reato continuato in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 671 c.p.p.

<sup>381</sup> RICCARDI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>382</sup> Tale limite impedisce infatti che la sanzione penale irrogata sia rideterminata *in executivis* a prescindere dall'applicazione nel caso concreto della norma penale dichiarata incostituzionale. In altre parole, è un limite che circoscrive il congegno di incisione del giudicato alle ipotesi di pena effettivamente illegale, perché frutto dell'applicazione concreta di una norma penale non incriminatrice poi dichiarata costituzionalmente illegittima.

dichiarata incostituzionale, per espressa indicazione del giudice di cognizione.

Si riscontrano invece dubbi interpretativi nel caso in cui tale giudizio venga compiuto dal giudice di cognizione ma senza indicare come “causa” il divieto normativo di cui all’art. 69 comma 4<sup>383</sup>; si renderebbero infatti necessarie approfondite indagini sul fatto e sull’*iter* motivazionale di cognizione compiute dal giudice dell’esecuzione, con il rischio di “aggirare” il limite della sussistenza di valutazioni di merito del giudice di cognizione.

Le Sezioni Unite Ercolano hanno proposto una soluzione differente, ammettendo la possibilità di correzione di una pena convenzionalmente e costituzionalmente illegittima mediante il combinato disposto dell’art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 e gli «ampi poteri» conferiti al giudice dell’esecuzione dall’art. 670 del codice di procedura penale<sup>384</sup>.

Questo “ruolo” dell’art. 670 nella rideterminazione della pena illegale è giustificato dalla significativa evoluzione interpretativa di cui è stato protagonista: già in base ad una risalente giurisprudenza di legittimità, l’art. 670 estende la cognizione del giudice dell’esecuzione «su ogni tema inerente al rapporto esecutivo»<sup>385</sup>. Si tratta di uno strumento particolarmente duttile, che permette anzitutto

---

<sup>383</sup> Secondo VICOLI, «[c]anoni di coerenza sistematica e il principio del *favor rei* inducono a ritenere doveroso anche in tale evenienza il ricalcolo della pena: per negarlo serve un’esplicita statuizione di motivi ultronei rispetto all’ostacolo di fonte legislativa; non può bastare il mero silenzio» (VICOLI, *op. cit.*, p. 1020).

<sup>384</sup> «Il giudice dell’esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 cod. proc. pen., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 9.3, *ivi*).

<sup>385</sup> Sez. 1, 31 gennaio 1995, n. 602, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 848. In senso conforme: Sez. 1, 30 ottobre 1991, n. 4051, Giacone, in *C.E.D. Cass.*, n. 189756; Sez. 1, 12 gennaio 1993, n. 45, Gioffrè, in *C.E.D. Cass.*, n. 193297.

al giudice incaricato di “vegliare” sull’esecuzione della pena di accertare l’esistenza del titolo esecutivo e la sua efficacia. Se il giudice riscontra un’illegittimità nella formazione del titolo, può sospendere l’esecuzione e anche ordinare la liberazione del condannato. La progressiva estensione dei poteri riconducibili all’art. 670, che ha trovato il suo punto di emersione nella sentenza Ercolano, ha altresì attribuito al giudice dell’esecuzione la facoltà di esaminare questioni “parziali” del titolo esecutivo, cui è riconducibile l’illegalità della sanzione penale derivante dalla declaratoria di incostituzionalità di norma non incriminatrice<sup>386</sup>. Una volta accertata l’illegalità della pena, il giudice dell’esecuzione può incidere sul contenuto della sentenza passata in giudicato, rescindendola parzialmente e rideterminando la pena<sup>387</sup>.

Sia la “strada” interpretativa ideata nell’ambito della vicenda Ercolano che quella seguita dalle Sezioni Unite Gatto prestano il fianco a perplessità, mostrando come l’obiettivo di una soddisfacente disciplina sulla rideterminazione *in executivis* dell’illegalità della pena sia lontano.

Al netto dei dubbi circa la concreta adattabilità di queste soluzioni all’istituto della pena illegale, ciò che convince meno è la

---

<sup>386</sup> In particolare, secondo le Sezioni Unite Ercolano, il titolo esecutivo può essere afflitto da diverse tipologie di vizi: i vizi attinenti all’esecutività, che rendono il titolo esecutivo inefficace *ab origine*, quelli attinenti all’eseguibilità, che coinvolgono il contenuto della sentenza di condanna, e quelli relativi all’esecuzione, derivanti dalla violazione delle regole sulle legittime modalità di attuazione del titolo esecutivo. La questione relativa alla necessità di emendare la pena comminata sulla base di una norma incostituzionale rientra nell’ambito dell’eseguibilità e comporta la sostituzione parziale del titolo esecutivo. In ogni caso, «qualsiasi doglianza concernente il titolo esecutivo va proposta dinanzi al giudice dell’esecuzione, la cui competenza ha natura funzionale» (Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 9.1, *ivi*).

<sup>387</sup> In ossequio all’insegnamento dispensato dalla Corte costituzionale, secondo la quale il giudice dell’esecuzione «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.)» (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8, *ivi*).

“strettoia” in cui viene posto il giudice dell’esecuzione. In altri termini, anche ammettendo la sussistenza di un potere “atipico” o fondato sull’art. 670 c.p.p. del giudice dell’esecuzione, tale potere rimarrebbe esclusivamente “confinato” all’emenda della pena illegale, senza trarne le relative conseguenze. Ne deriverebbe l’impossibilità di concedere, anche se ne ricorrano i presupposti, la sospensione condizionale della pena, la quale può essere riconosciuta solo in fase di cognizione o, nei casi tassativamente indicati dalla legge, in sede esecutiva<sup>388</sup>.

L’insufficienza delle proposte interpretative delle Sezioni Unite ha persuaso parte della dottrina a cercare altre vie percorribili per dotare il giudice dell’esecuzione di adeguati poteri “conseguenti”, una volta accertata l’illegalità sopravvenuta della pena. In particolare, vi è chi ritiene che la Corte costituzionale debba effettuare una pronuncia additiva sull’art. 673, dichiarandolo incostituzionale nella parte in cui non prevede «la possibilità per il giudice dell’esecuzione di revocare parzialmente il giudicato di condanna», a fronte della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma non incriminatrice in applicazione della quale è stata irrogata la pena<sup>389</sup>. Collegando la disciplina della modificabilità del

---

<sup>388</sup> Come afferma RICCARDI, «[a]llorquando non lo preveda espressamente una norma, infatti, il giudice dell’esecuzione resta cieco rispetto al fatto ed al reo, potendo vedere, ormai, soltanto la pena» (RICCARDI, *op. cit.*, p. 26). Sono due le disposizioni del codice di procedura penale che permettono al giudice dell’esecuzione la concessione di questo beneficio: l’art. 671, attinente all’applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato, prevede che, dopo aver modificato la pena ai sensi dell’art. 81 c.p., il giudice dell’esecuzione possa “concedere altresì la sospensione condizionale della pena” (comma 3). L’art. 673, invece, consente al giudice dell’esecuzione che abbia revocato la sentenza di condanna a fronte di *abolitio criminis* o di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, di “adottare i provvedimenti conseguenti” (comma 1) tra cui rientra anche la sospensione condizionale della pena. Sul punto, vedi Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 4687, Catanzaro, par. 6, *ibidem*.

<sup>389</sup> GAMBARDELLA giunge a tali conclusioni seguendo due linee argomentative. La prima sottende una certa “sfiducia” nei confronti della soluzione interpretativa: il tenore letterale

giudicato sulla pena all'art. 673 si avrebbe senz'altro il vantaggio di una cognizione ampia del giudice dell'esecuzione, non limitata al *quantum* di pena "legale" ma estesa alla possibilità di adottare "provvedimenti conseguenti".

In relazione alla pena illegale contenuta nella sentenza di patteggiamento, le Sezioni Unite propongono una soluzione ulteriore per la sua rideterminazione: l'applicazione analogica dell'art. 188 disp. att. c.p.p., che costituisce disciplina speciale rispetto a quella dettata dall'art. 671 c.p.p. con riferimento alla realizzazione della continuazione nella fase esecutiva<sup>390</sup>. Infatti, a fronte della declaratoria di incostituzionalità di una norma attinente al trattamento sanzionatorio<sup>391</sup> che incide sulla legalità della pena irrogata con sentenza irrevocabile, l'"attivazione" analogica dell'art. 188 permette al condannato e al pubblico ministero di sottoporre al

---

dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 non permetterebbe di ricavare la facoltà del giudice dell'esecuzione di "revocare" parzialmente il giudicato di condanna e rideterminare la pena, dal momento che l'ambito d'applicazione di queste due disposizioni sarebbe confinato alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice. In secondo luogo, l'intervento additivo della Corte costituzionale sarebbe giustificato dalla circostanza che l'art. 673 c.p.p. realizza un bilanciamento "irragionevole" tra il valore della certezza dei rapporti giuridici e la libertà personale del condannato, tutto a vantaggio del primo. Di conseguenza, l'intervento della Consulta consentirebbe di ricalibrare la gerarchia dei valori costituzionali che vengono in rilievo nel caso di specie, «rendendo in tal modo la disciplina positiva più conforme alla scala dei valori stabilita dalla Costituzione» (GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze*, cit., p. 1678). In senso conforme: BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2018, p. 1053 e ss.

<sup>390</sup> Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*.

<sup>391</sup> Nel caso di specie le Sezioni Unite dovevano valutare le ripercussioni sull'esecuzione delle sentenze di patteggiamento della pronuncia n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. La questione di diritto è stata formulata nei seguenti termini: «se la pena applicata su richiesta delle parti per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle droghe leggere con pronuncia divenuta irrevocabile prima della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, debba essere necessariamente rideterminata in sede di esecuzione e, in caso di risposta affermativa, se debba essere rideterminata secondo un criterio aritmetico-proporzionale di adeguamento alla mutata e più favorevole cornice edittale, o se, invece, il giudice dell'esecuzione possa rivalutare la congruità e la correttezza della sanzione irrogata dal giudice della cognizione rispetto alla disciplina oggetto di reviviscenza avvalendosi dei criteri discrezionali di cui agli artt. 132 e 133 c.p. » (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 1, *ivi*).

giudice dell'esecuzione un nuovo accordo sulla pena, per ricondurre la stessa ad una dimensione di legittimità. Del resto, la *ratio* dell'intervento giudiziale volto ad applicare la disciplina della continuazione e quella dell'intervento sull'illegalità della pena è la stessa: l'ordinamento ammette che il giudice dell'esecuzione, su istanza della parte interessata, possa incidere sul giudicato, garantendo «l'applicazione della pena giusta per l'imputato»<sup>392</sup> fino alla sua consumazione o estinzione.

Questa soluzione “analogica” si spiega inoltre alla luce della peculiarità dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, incentrato sull'accordo tra imputato e pubblico ministero.

Data l'essenza “negoziale” del rito premiale, deve rigettarsi quell'orientamento che demanda direttamente al giudice dell'esecuzione la rideterminazione di una pena illegale contenuta in una sentenza di patteggiamento; il rischio concreto sarebbe quello di «applicare al condannato una pena ex art. 444 c.p.p. di fatto non concordata»<sup>393</sup>. L'art. 188 disp. att. c.p.p. rappresenta dunque un compromesso equilibrato tra la necessità di intervenire in sede esecutiva ai sensi dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 e l'esigenza di non tradire la natura pattizia del rito speciale<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> *Ibidem*.

<sup>393</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 7.2, *ivi*.

<sup>394</sup> In questi termini, cfr. Sez. 1, 3 novembre 2015, n. 35465, Potenza, in *C.E.D. Cass.*, n. 267577. Il meccanismo esecutivo ideato dalle Sezioni Unite Marcon è stato condiviso e adottato dalle successive sentenze a sezioni semplici: *ex multis*, Sez. 1, 4 novembre 2015, n. 1306, in *Dir. e Giust.*, 2016, p. 64 e ss., con nota di FONTANA, *La declaratoria di incostituzionalità ha effetti 'stupefacenti' sul giudicato di una sentenza di patteggiamento, per droga*; Sez. 1, 27 gennaio 2016, n. 16021, non massimata; Sez. 1, 24 maggio 2016, n. 46188, non massimata; Sez. 1, 28 marzo 2017, n. 35721, non massimata.

La sussistenza del giudicato permette invece di comprendere perché, al caso di specie, non possa applicarsi l'art. 670<sup>395</sup>: questo rimedio serve a rescindere un titolo esecutivo "viziato", in quanto mancante o non divenuto esecutivo. Invece, nel caso in cui la sentenza di patteggiamento sia divenuta irrevocabile prima che sopravvenga l'illegalità della pena per effetto della dichiarazione di incostituzionalità, secondo le Sezioni Unite Marcon, non può parlarsi di un giudicato "viziato". Piuttosto, la sentenza è validamente passata in giudicato e la sopravvenuta illegalità della pena genera solamente il bisogno di rimetterne in discussione la quantificazione<sup>396</sup>. La validità del titolo esecutivo esclude altresì la nullità dell'accordo di patteggiamento, la cui "integrità" è protetta proprio dal fatto che il giudicato formale è intervenuto prima della successiva illegalità della pena<sup>397</sup>. La validità dell'accordo di patteggiamento e della relativa

---

<sup>395</sup> Le Sezioni Unite Marcon sembrano porsi in modo ambivalente rispetto al loro precedente Ercolano. Da un lato, infatti, lo richiamano per riaffermare la necessità di ripristinare la legalità della pena anche in assenza di precisi strumenti legislativi, utilizzando gli spazi di operatività della normativa vigente. Dall'altro, escludono che il *modus operandi* per rideterminare la pena illegale in sede esecutiva sia quello indicato dalle Sezioni Unite Ercolano, rigettando implicitamente l'interpretazione estensiva che viene data in questa pronuncia dell'art. 670.

<sup>396</sup> Secondo l'insegnamento della Corte di cassazione, condiviso dalle Sezioni Unite, «la decisione emessa dal giudice della esecuzione, in ipotesi di accoglimento dell'istanza e rideterminazione del trattamento sanzionatorio assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo (la precedente decisione irrevocabile) solo in tale parte non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva». Di conseguenza, non si tratta «di una revoca del precedente titolo [...] ma di una sua parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge» (Sez. 1, 4 dicembre 2014, n. 53019, Schettino, par. 2, in *C.E.D. Cass.*, n. 261581).

<sup>397</sup> L'accordo è invece nullo nel caso in cui la sentenza di patteggiamento non sia irrevocabile. Qui l'accordo è "esposto" alla sua nullità determinata dall'illegalità della pena, che si propaga anche alla sentenza di condanna. Infatti l'«applicazione di una pena non legale altera i termini dell'accordo e, quindi, incide sul consenso prestato dall'imputato, con la conseguenza che se è invalida la base negoziale sulla quale l'accordo è maturato, si considera viziata anche la sentenza che lo ha recepito» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 5.1, *ivi*). Per questo motivo, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che l'illegalità della pena comporti l'invalidità dello stesso accordo concluso dalle parti e ratificato dal giudice, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza. Sul punto vedi *supra*, Cap. II, par. 6.2.

sentenza sono affermate dalle Sezioni Unite per scongiurare il “ritorno degli atti” al giudice della cognizione che conseguirebbe all’operatività dell’art. 670, determinando un’eccessiva regressione procedimentale e lo spreco di energie giudiziarie.

Sul piano dell’illegalità *ab origine* della pena, le indicazioni della giurisprudenza di legittimità circa il congegno esecutivo di emenda della pena illegale sono piuttosto scarse. Le Sezioni Unite Butera sembrano avallare quel potere “atipico” del giudice dell’esecuzione teorizzato dalle Sezioni Unite Gatto, in quanto si limitano a richiamare l’art. 666 c.p.p. per affermare l’obbligo di correzione della pena illegale. In alternativa, una parte della giurisprudenza di legittimità ha affermato la necessità, «in mancanza di una norma specifica per il processo di esecuzione»<sup>398</sup>, di applicare l’art. 670 c.p.p., considerato la “porta di accesso” del principio costituzionale di legalità nel processo di esecuzione. Si tratta comunque di pronunce che non aggiungono nulla a quanto già detto, se non “in negativo”: il loro scarso numero e le limitate direttive sulla questione del meccanismo di rideterminazione *in executivis* della pena illegale testimoniano le difficoltà della Corte di cassazione nel trovare una soluzione interpretativa soddisfacente, in grado di sfruttare al meglio gli inadeguati strumenti legislativi a disposizione.

---

<sup>398</sup> Sez. 1, 3 marzo 2009, n. 12453, Alfieri, par. 5, *ibidem*. La stessa conclusione è condivisa da quella parte della giurisprudenza che qualifica come “illegale” la pena inflitta all’estradata in violazione della condizione di estradizione eventualmente apposta. Infatti, «l’irrogazione della pena dell’ergastolo nei confronti dell’imputato estradata sotto la condizione, recepita dallo Stato italiano ai sensi dell’art. 720, comma 4, c.p.p., che gli venga applicata una pena detentiva solo temporanea, configura un’ipotesi di pena illegale che il giudice dell’esecuzione ha il potere di sostituire ai sensi dell’art. 670 c.p.p.» (Sez. Un., 25 marzo 2021, n. 30305, par. 3.1, *ivi*). In senso conforme: Sez. 1, 30 novembre 2017, n. 1776, Burzotta, *ibidem*; Sez. 1, 16 luglio 2014, n. 6278, Esposito, *ibidem*.

## ***6. Poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena illegale***

Occorre adesso esaminare l'ampiezza dei poteri riconosciuti dalla Suprema Corte al giudice dell'esecuzione, nel caso in cui rilevi l'irrogazione di una pena illegale.

Sul punto, sono rinvenibili due posizioni molto distanti tra loro: la prima è favorevole al riconoscimento di una "larga" discrezionalità nella rideterminazione della pena, consentendo la rivalutazione complessiva del trattamento sanzionatorio. Di contro, la seconda impone il ricalcolo secondo un criterio aritmetico, privo di discrezionalità.

L'orientamento più "liberale" è stato inaugurato dalle Sezioni Unite Ercolano, con l'affermazione che il giudice dell'esecuzione, utilizzando gli «ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670», deve sancire l'«ineseguibilità» della pena inflitta e «sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima»<sup>399</sup>. Infatti, il «*genus* delle doglianze» riferibili al giudice dell'esecuzione «investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo»<sup>400</sup>. Nonostante la vasta potenzialità di queste affermazioni, che configurano un generale potere giudiziale sull'eseguibilità della

---

<sup>399</sup> Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 9.3, *ivi*.

<sup>400</sup> Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, par. 9, *ivi*.

sentenza di condanna, nel caso di specie i giudici dell'esecuzione dei "fratelli minori" di Scoppola non hanno dovuto esercitare alcuna discrezionalità, limitandosi a sostituire la pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione.

Il "passo" successivo viene compiuto dalle Sezioni Unite Gatto, le quali, richiamando espressamente la sentenza Ercolano, parlano di una «maggiore latitudine dei poteri di cui è stato dotato il giudice dell'esecuzione»<sup>401</sup>.

L'esistenza di "poteri valutativi" del giudice dell'esecuzione viene desunta da un duplice dato: anzitutto quello codicistico, rappresentato dall'art. 671 c.p.p., che attribuisce «penetranti poteri di accertamento e di valutazione» in materia di continuazione. Come questa disposizione vuole rimediare all'impossibilità per il giudice di cognizione di apprezzare la continuazione tra «reati separatamente giudicati», allo stesso modo l'assegnazione di poteri valutativi al giudice dell'esecuzione permette di rimediare all'illegittima preclusione circa il giudizio di prevalenza della circostanza attenuante sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p., cui è incorso il giudice di cognizione.

In secondo luogo, l'ampia discrezionalità del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione di una pena illegale, sfruttando la "nuova" possibilità del giudizio di prevalenza, è giustificata anche dalla «razionalità del sistema processuale»: qui vengono richiamate le Sezioni Unite Catanzaro, secondo cui una volta «che la legge processuale demanda al giudice una determinata

---

<sup>401</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 12, *ivi*. Il paragone cui si riferisce il termine "maggiore" è inteso dalla Corte in chiave diacronica, rispetto agli anni in cui era forte il mito dell'intangibilità del giudicato e residuale la funzione del giudice dell'esecuzione.

funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione»<sup>402</sup>. Detto altrimenti, una volta riconosciuta al giudice dell'esecuzione la facoltà di emendare la pena comminata sulla base di una norma costituzionalmente illegittima, gli devono essere attribuiti tutti i poteri "valutativi" necessari per riportare a legittimità la sanzione penale.

Le Sezioni Unite precisano tuttavia che nella fase esecutiva la "libertà giudiziale" non è la stessa della fase di cognizione; di conseguenza, il giudice dell'esecuzione può rideterminare la pena, giungendo al giudizio di prevalenza, «sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito». Dunque, le conclusioni cui giunge il giudice di cognizione con riferimento all'effettiva incidenza della norma incostituzionale sulla determinazione della pena rimangono intoccabili<sup>403</sup>.

Questo limite al raggio d'azione del giudice dell'esecuzione evidenzia come i suoi poteri siano comunque paragonabili a quelli del giudice di cognizione, investendo un «tipico apprezzamento sul fatto»<sup>404</sup>. Nel caso in cui il giudice di cognizione non abbia espresso valutazioni di merito e il giudice dell'esecuzione attribuisca prevalenza alla circostanza attenuante, la rideterminazione della pena avviene secondo i criteri sanciti dagli artt. 132 e 133 c.p.<sup>405</sup>

---

<sup>402</sup> Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 4687, Catanzaro, par. 6, *ibidem*.

<sup>403</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 12, *ivi*.

<sup>404</sup> DI GERONIMO – GIORDANO, *op. cit.*, p. 2526.

<sup>405</sup> In senso conforme, *ex multis*: Sez. 1, 4 dicembre 2018, n. 39, in *Ilpenalista.it*, 4 febbraio 2019, con nota di SALERNO, *Sulla rideterminazione della c.d. pena incostituzionale in sede di esecuzione*; Sez. 1, 30 ottobre 2019, n. 595, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 4 e ss., con nota di MARZUCCO, *Dichiarazione di incostituzionalità e trattamento sanzionatorio: il giudice*

Nell'orientamento "liberale" si sono inserite anche le Sezioni Unite Marcon, rispetto all'illegalità sopravvenuta della pena risultante da una sentenza di patteggiamento. I giudici di legittimità hanno tuttavia elaborato una "variante" rispetto allo schema-base emergente dalle sentenze Gatto ed Ercolano, per valorizzare la caratteristica "pattizia" del rito patteggiato.

Una volta accertata l'illegalità della pena dovuta alla declaratoria di incostituzionalità della norma non incriminatrice sulla cui base è stata comminata, il giudice dell'esecuzione deve applicare analogicamente l'art. 188 disp. att. c.p.p., per permettere alle parti di rinnovare l'accordo sulla pena<sup>406</sup>. Solo nel caso in cui ritenga "incongrua" la pena proposta dalle parti, il giudice deve provvedere autonomamente e discrezionalmente alla sua rideterminazione, applicando gli articoli 132 e 133 del codice penale.

Viene così delineato un meccanismo in cui il giudice dell'esecuzione non interviene direttamente nella correzione della pena illegale, ma svolge piuttosto un ruolo di "supervisore" e

---

*dell'esecuzione deve rideterminare la pena; Sez. 1, 12 novembre 2019, n. 3280, ibidem; Sez. 1, 26 novembre 2019, n. 4085, Greganti, in C.E.D. Cass., n. 278286. In quest'ultima pronuncia, in particolare, la Corte ha stabilito la legittimità del provvedimento «con cui il giudice dell'esecuzione, pur riducendo la pena in termini assoluti, quantifici la diminuzione di pena per le concesse circostanze attenuanti generiche in misura proporzionalmente inferiore a quella stabilita in sede di cognizione, atteso che tale giudice è chiamato a rinnovare l'intera valutazione in ordine alla commisurazione della pena attraverso la discrezionale rideterminazione sia della pena-base che della diminuzione per le menzionate attenuanti, quantificando in concreto siffatta diminuzione alla luce del sopravvenuto mutamento della cornice edittale quale nuovo indicatore astratto del disvalore del fatto».*

<sup>406</sup> L'applicazione dell'art. 188 presuppone una richiesta del condannato o del pubblico ministero, oppure di entrambi. Normalmente la proposta di rideterminazione della pena parte dal condannato e il p.m. può decidere se aderirvi o meno. Non è tuttavia escluso che il promotore sia quest'ultimo, il quale ha comunque interesse «all'eliminazione di una pena illegale in ragione delle sue funzioni istituzionali». In caso di inerzia o dissenso del pubblico ministero di fronte alla proposta del condannato, il giudice dell'esecuzione può comunque «accogliere la richiesta, qualora ritenga il dissenso [esplicito o implicito] ingiustificato» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 8, *ivi*).

“garante” della legittimità e congruità della sanzione nuovamente concordata dalle parti<sup>407</sup>. La sua primaria funzione nella determinazione della pena si “riespande” solo nel caso in cui il trattamento sanzionatorio formulato nel nuovo tentativo di patteggiamento sia incongruo «rispetto al fatto così come ritenuto in sede di cognizione»<sup>408</sup>. In quest’ultima ipotesi il giudice è senz’altro svincolato dalla volontà delle parti e da rigidi automatismi, ma non può ignorare la necessità di fondo che ha portato alla sua attivazione, e cioè la correzione dell’illegalità della sanzione penale. In altri termini, l’operazione di ricalcolo discrezionale della pena deve tener conto della nuova perimetrazione edittale per i reati in materia di stupefacenti scaturita dalla sentenza n. 32 del 2014, in ossequio ai

---

<sup>407</sup> Nel giungere alla “costruzione” di un simile congegno le Sezioni Unite scartano *in toto* la possibilità che il giudice ridetermini direttamente la pena illegale, sia mediante un criterio aritmetico-proporzionale che discrezionale, senza passare per un nuovo tentativo pattizio. Alcune pronunce di legittimità avevano infatti sostenuto che si dovesse attuare un criterio aritmetico e proporzionale in sede di emenda della pena illegale, trasponendo quest’ultima all’interno della nuova cornice edittale risultante dalla pronuncia n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. Sul punto, cfr. Sez. 1, 25 novembre 2014, n. 51844, Riva, in *C.E.D. Cass.*, n. 261331; Sez. 1, 18 novembre 2014, n. 52980, Cassia, non massimata. Le Sezioni Unite Marcon rendono l’idea di tale criterio con un esempio: «se per la violazione del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 risulta essere stata applicata la pena-base di sette anni, con l’aggiunta di un anno rispetto alla pena edittale minima, che all’epoca era di sei anni, occorrerà aggiungere, in proporzione, lo stesso aumento al nuovo minimo edittale, che oggi è di due anni», al fine di ricondurre la pena a legittimità (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 6.1, *ivi*). La più autorevole composizione della Corte di cassazione rimprovera a questo indirizzo di non aver colto le indicazioni stabilite nelle sentenze Ercolano e Gatto, orientate a riconoscere al giudice dell’esecuzione un ampio potere valutativo nella correzione dell’illegalità della pena. Si tratta inoltre di un *modus operandi* che ignora l’intima connessione tra «l’originaria valutazione di congruità della pena irrogata» e la forbice edittale pre-sentenza n. 32 del 2014. Secondo un altro filone di pronunce di legittimità, a fronte dell’illegalità sopravvenuta della pena comminata in una sentenza di patteggiamento, il giudice dell’esecuzione dovrebbe prescindere dalla volontà delle parti e rideterminare discrezionalmente la pena, ai sensi degli artt. 132 e 133 del codice penale. Sul punto, cfr. Sez. 1, 18 gennaio 2014, n. 52981, De Simone, in *C.E.D. Cass.*, n. 261688; Sez. 1, 4 dicembre 2014, n. 53019, Schettino, *ibidem*. Le Sezioni Unite Marcon censurano anche questo orientamento, affermando l’incoerenza «di un sistema che consente che ad una pena frutto di un accordo tra le parti si sostituisca, in sede esecutiva, una pena autoritativamente stabilita, senza neppure il previo esperimento di un tentativo di patteggiamento» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 7.2, *ivi*).

<sup>408</sup> Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 8.3, *ivi*.

principi di adeguatezza e proporzionalità, che impediscono al giudice di prendere come punto di riferimento la stessa pena comminata prima della pronuncia della Corte costituzionale<sup>409</sup>. Inoltre, nel caso in cui il giudice dell'esecuzione ratifichi illegittimamente l'accordo tra le parti che contiene una pena illegale, il patto deve essere considerato nullo e l'invalidità si ripercuote sulla pronuncia che lo ha recepito, legittimando l'interesse del pubblico ministero al ricorso per cassazione<sup>410</sup>.

Secondo le Sezioni Unite, la previsione di questo sistema "bifasico" in cui si dà priorità all'accordo delle parti e solo eventualmente il giudice ridetermina autonomamente la pena, non provoca una "rottura" con il sistema del patteggiamento. Infatti la sua disciplina codicistica contempla, sia in sede di cognizione che di esecuzione, ipotesi in cui il giudice prescinde dall'esistenza dell'accordo, ratificando comunque la pena<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Per utilizzare le parole della Corte, «deve escludersi che per lo stesso fatto, inquadrato nei nuovi limiti edittali scaturiti dalla dichiarazione di incostituzionalità, il giudice possa operare la rideterminazione partendo dalla stessa pena-base individuata in origine, troppo distanti essendo gli orizzonti delle comminatorie edittali previste dell'art. 73 cit. prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, non potendosi considerare di massima gravità lo stesso fatto, per il quale, in precedenza, era stata applicata la pena-base minima, se non a costo di realizzare una vera e propria elusione della modifica della pena illegale, che verrebbe di fatto confermata. La sensibile differenza delle cornici edittali impone risposte sanzionatorie differenti ed individualizzate» (*ibidem*).

<sup>410</sup> In questa particolare ipotesi, dunque, si applica il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità nettamente prevalente con riferimento alle sentenze di patteggiamento non irrevocabili. Cfr. Sez. 1, 9 luglio 2020, n. 23588, Carniti, in *C.E.D. Cass.*, n. 279522.

<sup>411</sup> Il riferimento, per quanto riguarda il giudizio di cognizione, è all'art. 448 comma 2 c.p.p., il quale prevede che, in caso di dissenso del p.m. o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato possa rinnovare la richiesta di patteggiamento al giudice del dibattimento, che può accoglierla. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta. In relazione alla fase di esecuzione le Sezioni Unite richiamano invece l'art. 188 disp att. c.p.p., che permette al giudice dell'esecuzione di accogliere comunque la richiesta di applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, in caso di dissenso ingiustificato del pubblico ministero.

Si potrebbe obiettare che, in base al meccanismo proposto nella sentenza Marcon, il giudice dell'esecuzione non si limita a ratificare la pena proposta dal condannato a fronte dell'ingiustificato dissenso del p.m., ma ridetermina *ex novo* e in autonomia la pena illegale. La pregnanza dei poteri discrezionali del giudice sembra infatti travalicare l'ambito del patteggiamento, nonostante gli sforzi interpretativi delle Sezioni Unite.

Si tratta di una forzatura inevitabile, diretta conseguenza della scelta di ricondurre tali poteri all'applicazione analogica dell'art. 188, la quale presenta a sua volta dei problemi: mentre l'art. 188 è applicabile analogicamente per raggiungere il risultato di un nuovo accordo delle parti, correttivo dell'illegalità della pena, lo stesso non avviene per legittimare il potere autonomo del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena illegale. Infatti, nel primo caso si rientra nella *ratio* dell'analogia, consistente nel riconnettere le conseguenze giuridiche di una certa norma ad un caso non disciplinato; nel secondo caso, invece, si esula da questo schema, perché l'art. 188 non contempla in alcun modo il potere del giudice dell'esecuzione di emendare autonomamente la pena, nel caso in cui l'accordo delle parti si riveli incongruo. E non servono a "sanare" simili vizi giuridici gli appelli alle esigenze di giustizia sostanziale e di economia processuale sottesi all'impellenza di correggere la pena illegale, perché per tutelare il principio di legalità sostanziale in ambito processuale si entra nel paradosso di stravolgere la legalità dei percorsi esecutivi ideati dal legislatore<sup>412</sup>.

---

<sup>412</sup> L'appello alla giustizia sostanziale e all'economia processuale sembra effettivamente costituire l'asse portante della motivazione seguita dalle Sezioni Unite Marcon, che giustificano il potere del giudice di valutare la congruità della pena con la «obiettiva esigenza di eliminare

In ogni caso, l'indirizzo che riconosce la facoltà di rideterminare discrezionalmente la pena illegale *in executivis* tende a non limitare i poteri del giudice dell'esecuzione al mero ricalcolo della pena stessa. Le stesse Sezioni Unite Marcon ammettono l'ulteriore facoltà di disporre la sospensione condizionale della pena, nel caso in cui sia stata esclusa nell'accordo originario perché non rientrante nei limiti della pena irrogata, poi rivelatasi illegale<sup>413</sup>.

La giustificazione di questo potere segue due direttrici.

La prima costituisce la “prosecuzione” del percorso motivazionale inerente al meccanismo di rideterminazione della pena illegale nell'ambito del patteggiamento: l'applicazione analogica della disciplina della continuazione all'illegalità della pena porta al riconoscimento, sempre “analogico”, dell'ulteriore facoltà di concedere la sospensione condizionale<sup>414</sup>.

---

una pena divenuta illegale». Inoltre, la negazione di tale potere si porrebbe in contrasto «con il principio di ragionevole durata del processo e di economia processuale, in quanto consentirebbe la moltiplicazione delle istanze e la conseguente protrazione dei tempi di decisione, con la permanenza della pena illegale per un tempo indeterminato» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 8.2, *ivi*). Sarebbe proprio questo lo scarto tra l'interpretazione analogica dell'art. 188 disp. att. c.p.p. e la sua interpretazione letterale, riferita all'applicazione della disciplina della continuazione, per la quale la giurisprudenza di legittimità esclude la sussistenza di poteri valutativi del giudice dell'esecuzione in caso in “incongruità” dell'accordo. La stortura è evidente: l'applicazione analogica dell'art. 188 comporta effetti ulteriori e differenti da quelli previsti dalla lettera della disposizione e dalla sua prassi applicativa “ordinaria”, rendendo la giurisprudenza sul punto estremamente creativa.

<sup>413</sup> Se il nuovo accordo proposto ai sensi dell'art. 188 disp. att. c.p.p. prevede la richiesta della sospensione condizionale ma il giudice dell'esecuzione non è d'accordo sull'applicazione del beneficio, non potrà semplicemente rigettare l'accordo, a differenza di quanto avviene nel giudizio di cognizione (art. 444 comma 3 c.p.p.). Il rifiuto dell'accordo equivarrebbe infatti a perpetuare l'esecuzione di una pena illegale, contravvenendo l'esigenza ordinamentale della sua rideterminazione. Di conseguenza, il giudice deve recepire l'accordo ed escludere la sospensione condizionale, sempre che ritenga congrua la pena. Allo stesso modo, «deve riconoscersi che anche nelle residuali ipotesi di autonoma rideterminazione della pena il giudice dell'esecuzione possa disporre la sospensione condizionale della pena» (Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, par. 9, *ivi*).

<sup>414</sup> Usando le parole della Corte, il potere di disporre la sospensione condizionale della pena «è espressamente attribuito al giudice dell'esecuzione dall'art. 671 c.p.p., comma 3, con riferimento alla rideterminazione della pena per effetto del riconoscimento del concorso formale

La seconda direttrice si fonda sulla c.d. “teoria dei poteri impliciti”, già utilizzata dalle Sezioni Unite Catanzaro per ricondurre il potere di disporre la sospensione condizionale nell’ambito dei “provvedimenti conseguenti” di cui all’art. 673. In base a questa teoria, richiamata anche dalla sentenza Gatto, una volta dimostrato che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima attribuzione. Applicando la teoria dei poteri impliciti al caso specifico, il riconoscimento della facoltà di emendare *in executivis* la pena illegale, e cioè di eliminare la causa ostativa alla concessione della sospensione condizionale della pena, comporta la «titolarità dei poteri necessari al conseguimento di tale risultato»<sup>415</sup>.

Ancora, una recente sentenza della Corte di cassazione ha stabilito che, quando risulti illegale la pena stabilita per il reato più grave tra quelli unificati sotto il vincolo della continuazione e accertati con sentenza irrevocabile, il giudice competente per l’esecuzione deve rideterminare non solo tale pena, ma anche gli

---

e del reato continuato, per cui lo stesso potere si giustifica nel caso in cui si debba determinare una nuova pena in sostituzione di quella illegale» (*ibidem*).

<sup>415</sup> *Ibidem*. Sulla scia delle sentenze Marcon e Catanzaro, altre sentenze di legittimità hanno affermato la possibilità di concedere in sede esecutiva la sospensione condizionale della pena, nel caso di sopravvenienza delle condizioni legali legittimanti la concessione del beneficio. Ad esempio, la sentenza n. 51692 del 2018 ha riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di applicare il beneficio all'esito della revoca, ai sensi dell'art. 669 c.p.p., della condanna per *bis in idem*. I giudici di legittimità hanno affermato che il giudice dell'esecuzione, qualora pronunci ordinanza di revoca del capo di una sentenza di condanna per essersi formato, sullo stesso fatto e contro la stessa persona, un giudicato assolutorio (art. 669 comma 8 c.p.p.), può, nel rideterminare la pena, disporre la sospensione condizionale, costituendo l'adozione dei provvedimenti conseguenti a tale decisione esplicitazione di un potere coesistente a quello di porre nel nulla il giudicato. Cfr. Sez. 1, 30 ottobre 2018, n. 51692, Terenzi, in *Dir. e Giust.*, 2018, p. 6 e ss., con nota di GENTILE, *Anche il giudice dell'esecuzione può concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena*.

aumenti di pena inflitti per i reati-satellite, sebbene non incisi dalla decisione di incostituzionalità<sup>416</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha infine ricompreso nell'ambito dei poteri del giudice dell'esecuzione, adito per rideterminare l'illegalità della pena derivante da una pronuncia di incostituzionalità, la facoltà di dichiarare l'estinzione per prescrizione del reato, riqualificato come contravvenzione a seguito della declaratoria di incostituzionalità, «qualora la prescrizione sia maturata in pendenza del procedimento di cognizione, e fatti salvi i rapporti ormai esauriti»<sup>417</sup>. Infatti si deve ritenere che il giudice dell'esecuzione debba intervenire non solo sulla misura della pena,

---

<sup>416</sup> Cfr. Sez. 1, 9 luglio 2020, n. 23588, *ibidem*. Nel caso di specie la pena stabilita per il reato più grave era stata interessata dalla sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990 nella parte in cui prevedeva la pena minima edittale della reclusione nella misura di anni otto anziché di anni sei. La prima Sezione arriva a questa conclusione in base alla disciplina della continuazione: è infatti vero che i reati-satellite non vengono formalmente incisi dalla pronuncia della Consulta, ma è altrettanto indiscutibile che la porzione di pena ad essi relativa è commisurata alla violazione più grave. Di conseguenza, la messa in discussione del trattamento sanzionatorio per quest'ultima si ripercuote "a cascata" sulla pena irrogata per le violazioni meno gravi. Le implicazioni di questa posizione sono state estese dalla sentenza n. 26820 del 2020 anche all'ipotesi in cui i reati-satellite siano stati accertati da una sentenza non irrevocabile di primo grado: in tal caso, il «giudice d'appello che ritenga di applicare, per i reati oggetto di giudizio, una pena a titolo di aumento per la continuazione calcolata sulla sanzione inflitta per altro reato con sentenza irrevocabile e successivamente riconosciuta come illegale, in sede esecutiva, per eccesso in ordine alla sua quantità, ha il potere-dovere, anche d'ufficio, in forza del principio costituzionale di legalità della sanzione, di rivalutare la congruità dell'aumento di pena disposto dalla sentenza impugnata per i reati satellite *sub iudice*, alla luce della rideterminazione della sanzione per il reato più grave» (Sez. 3, 16 luglio 2020, n. 26820, in *Cass. Pen*, 2021, p. 1741).

<sup>417</sup> Sez. 3, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, par. 24, in *Ilpenalista.it*, 25 gennaio 2018, con nota di ARTURI, *Incossituzionalità di norma incidente sul trattamento sanzionatorio e poteri del giudice dell'esecuzione di dichiarare la prescrizione*. La questione su cui si è dovuta pronunciare la Corte di cassazione si inserisce nella più ampia tematica degli effetti della sentenza n. 56 del 2016 della Consulta, che ha privato alcune condotte di reato della loro natura delittuosa, per assumere quella contravvenzionale. Nel dettaglio, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 181 comma 1-bis d.lgs. n. 42 del 2004, nella parte in cui prevede che i lavori su beni paesaggistici senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa «a) ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'art. 142 ed» (Corte cost., 23 marzo 2016, n. 56, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2001 e ss., con nota di DODARO, *Illegittimità del delitto paesaggistico e sviluppi del controllo di proporzionalità*).

trasformandola da “illegale” a “legale”, a fronte di una sentenza di illegittimità costituzionale che incida sul trattamento sanzionatorio; ma deve anche «dichiarare l’estinzione per prescrizione del reato quando accerti che i termini di cui agli artt. 157 ss. cod. pen. – calcolati sulla sanzione edittale come ricavata dalla pronuncia di incostituzionalità – erano interamente spirati alla data dell’ultima sentenza di merito»<sup>418</sup>. Questa conclusione è giustificata dall’esigenza di garantire la piena attuazione della sentenza Gatto, estendendo al massimo l’incidenza retroattiva della pronuncia di incostituzionalità ai sensi dell’art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953. In altre parole, il giudice dell’esecuzione «si deve porre - "ora per allora" nella stessa ottica che avrebbe avuto il giudice della cognizione se si fosse pronunciato successivamente alla declaratoria di incostituzionalità [...], con l'unico ed insuperabile limite dei rapporti ormai esauriti e non più retrattabili»<sup>419</sup>, al fine di impedire il perdurare di qualsiasi effetto della norma incostituzionale. Si tratta

---

<sup>418</sup> Sez. 3, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, par. 17, *ivi*. La terza Sezione contesta la decisione impugnata, espressione di un indirizzo giurisprudenziale ostativo al riconoscimento della facoltà di dichiarazione dell’estinzione del reato con la motivazione che, ai sensi dell’art. 676 c.p.p., il giudice dell’esecuzione può applicare le cause di estinzione del reato solo se maturate dopo il passaggio in giudicato della sentenza. La terza Sezione non vuole mettere in discussione la «pacifica giurisprudenza» in materia, ma ne circoscrive piuttosto l’ambito di riferimento: «questo indirizzo si riferisce, per l'appunto, alle cause estintive maturate successivamente all’irrevocabilità della pronuncia (ad esempio, amnistia, morte del reo), non concernendo, dunque, il diverso caso della declaratoria di incostituzionalità della norma, qui in esame» (Sez. 3, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, par. 23, *ivi*). In altre parole, i giudici di legittimità non ritengono che il giudice dell’esecuzione possa dichiarare estinti per prescrizione i reati in relazione ai quali sia intervenuta la causa di estinzione prima del passaggio in giudicato della sentenza; in questi casi opera in tutto e per tutto la preclusione di cui all’art. 676. Si intende piuttosto affermare che l’intervento del giudice dell’esecuzione sia giustificato da una “patologia” successiva al passaggio in giudicato della pronuncia di condanna, e cioè l’illegittimità costituzionale di una norma che incide sul trattamento sanzionatorio, della quale si devono rimuovere tutti gli effetti. Sul punto, cfr. CERQUA, *Il giudice dell’esecuzione può pronunciare l’estinzione per prescrizione del reato, dell’ex art. 181, comma 1, d. lgs. n. 42 del 2004, riqualificato come contravvenzione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2017, p. 1386 e ss.

<sup>419</sup> Sez. 3, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, par. 17, *ivi*.

di affermazioni importanti, che costituiscono l'approdo ultimo dell'orientamento rappresentato dalle Sezioni Unite Ercolano, Gatto e Marcon<sup>420</sup>: deve essere sostanzialmente effettuata una "bonifica" della sentenza passata in giudicato, "depurandola" da tutti gli elementi incisi dalla pronuncia di incostituzionalità<sup>421</sup>. Nello svolgimento di questa funzione è sempre più evidente l'avvicinamento del "ruolo" del giudice dell'esecuzione a quello del giudice di cognizione, dato che il primo deve vestire i panni che avrebbe indossato il secondo se fosse intervenuto successivamente alla sentenza della Corte costituzionale.

Occorre adesso entrare nel dettaglio dell'orientamento "restrittivo", che ammette la facoltà del giudice dell'esecuzione di rideterminare l'illegalità della pena ma solo in base ad un criterio aritmetico-proporzionale, privo di discrezionalità.

---

<sup>420</sup> Questo collegamento viene riconosciuto anche dai giudici di legittimità, secondo i quali l'«estinzione del reato per prescrizione ad opera del giudice dell'esecuzione, in caso di pronuncia di incostituzionalità, [...] non rappresenta altro che un ulteriore profilo del medesimo percorso ermeneutico da tempo intrapreso, una sua evoluzione in piena aderenza ad esso e nel rispetto degli stessi principi» (Sez. 3, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, par. 19, *ivi*). Detto altrimenti, l'ampio potere del giudice dell'esecuzione nel rimuovere gli effetti sulle sentenze passate in giudicato dell'applicazione di norme non incriminatrici costituzionalmente illegittime si spiega con la sempre più accentuata "flessibilizzazione" del giudicato sulla pena, derivante dalla necessità di tutelare il valore fondamentale della libertà personale. Sul punto, cfr. SALVIANI, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. III, data udienza Ud. 11 luglio 2017, data deposito (dep. 3 agosto 2017), n. 38691, in Cass. Pen., 2018, p. 923 e ss.*

<sup>421</sup> Tale "bonifica" deve essere effettuata anche nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna contenente la pena illegale divenga irrevocabile dopo la pronuncia di incostituzionalità della norma penale non incriminatrice. A nulla vale il discorso per il quale il vizio della condanna si sarebbe potuto far valere con gli ordinari mezzi d'impugnazione, essendovi ostativo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite Basile, Butera e Mraidi. In queste pronunce si è infatti affermato che «tutte le volte in cui ci si trovi di fronte ad una condanna definitiva a pena illegale - soprattutto se derivante dall'abrogazione o dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice non ravvisata dal giudice della cognizione, senza che il medesimo si sia posto il relativo problema giuridico ed abbia espresso le sue valutazioni», si è in presenza di «un mero errore percettivo, che ne consente (ed impone) la rettifica da parte del giudice dell'esecuzione, anche al fine del rispetto dell'inviolabile principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sancito dall'art. 25 Cost., comma 2, e art. 7 C.E.D.U.» (Sez. 3, 6 dicembre 2017, n. 7735, par. 7, in *Dir. e Giust.*, 2018, p. 9 e ss., con nota di BONIFACIO, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità della norma penale sul giudicato*).

Tale indirizzo è stato inaugurato dalle Sezioni Unite Basile, le quali, come si è accennato, riconoscono la possibilità di un intervento del giudice dell'esecuzione sulla sanzione accessoria *ab origine* illegale solo se non implichi valutazioni discrezionali in ordine alla sua specie e durata. Si tratta di conclusioni desumibili anzitutto dall'art. 183 disp. att. c.p.p., che consente l'applicazione della pena accessoria omessa dal giudice di cognizione purché sia determinata nella specie e nella durata, e cioè in assenza di discrezionalità del giudice dell'esecuzione. Nello stesso senso si deve interpretare la disciplina esecutiva del concorso formale e del reato continuato di cui all'art. 187 disp. att. c.p.p., che impone di considerare come "violazione più grave" quella per la quale è stata concretamente inflitta dal giudice di cognizione la pena più grave. Ancora, il giudice dell'esecuzione può applicare solamente la confisca obbligatoria (art. 676 comma 1 c.p.p.), mentre quella facoltativa può essere disposta solo dal giudice che pronuncia la condanna<sup>422</sup>.

Questi riferimenti normativi depongono nel senso di un riconoscimento esclusivo al giudice di cognizione della discrezionalità in ordine alla quantificazione della pena; al contrario, il giudice dell'esecuzione avrebbe un ruolo ancillare, consistente nella facoltà di interpretare e integrare il «*dictum* contenuto nella sentenza»<sup>423</sup>, senza tuttavia determinarlo. La netta differenza di ruolo è riconducibile, in ultima analisi, alla valorizzazione dell'intangibilità del giudicato nel suo costante bilanciamento con i

---

<sup>422</sup> Sul punto, cfr. Sez. 1, 6 ottobre 1999, n. 5409, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2680; Sez. 1, 20 aprile 2012, n. 17546, Ebrahim, in *C.E.D. Cass.*, n. 252888; Sez. 1, 16 aprile 2013, n. 27172, Biosà, in *C.E.D. Cass.*, n. 256614.

<sup>423</sup> Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, par. 6.2, *ivi*.

diritti fondamentali del condannato. Se è infatti vero che tali diritti non possano essere sacrificati sull'altare della *res iudicata*, la sua irretrattabilità deve essere salvaguardata da eccessive “flessioni”, attraverso l'esclusione di «interventi manipolatori che siano espressione dell'esercizio di poteri discrezionali, da riservarsi invece al giudice della cognizione»<sup>424</sup>.

Sulla stessa linea si attestano le Sezioni Unite Butera, le quali hanno escluso nel caso di specie la possibilità di sostituire la pena detentiva illegale, erroneamente applicata per i reati di competenza del giudice di pace<sup>425</sup>. Infatti, nell'opera di sostituzione il giudice dell'esecuzione non sarebbe incaricato di una «mera nuova commisurazione o sostituzione matematicamente scontata», bensì di un «nuovo giudizio, del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro il quale può trovare spazio l'intervento del giudice della esecuzione»<sup>426</sup>.

Questa affermazione è giustificata dalla circostanza che il modello sanzionatorio afferente al giudice di pace ha caratteristiche molto diverse da quelle del “modello ordinario”<sup>427</sup>; ne deriverebbe la necessità di una «valutazione contenutistica di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio alla luce delle

---

<sup>424</sup> COSTANTINI, *op. cit.*, p. 2587.

<sup>425</sup> In questi termini, cfr. DI GERONIMO – GIORDANO, *op. cit.*

<sup>426</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, par. 10, *ivi*.

<sup>427</sup> Il procedimento davanti al giudice di pace è infatti caratterizzato da istituti particolari, sconosciuti al procedimento “ordinario”, come l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto e la declaratoria di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Vi è inoltre una profonda rielaborazione del sistema sanzionatorio delineato in via generale e “ordinaria”, che investe addirittura la specie della pena: ad esempio, «quando il reato - come nel caso di specie - è punito con la sola pena della reclusione o dell'arresto, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da Euro 516 a Euro 2.582 o la pena della permanenza domiciliare da quindici giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi» (*ibidem*).

risultanze processuali» da parte del giudice dell'esecuzione, e cioè una valutazione di merito non effettuabile. L'esercizio di poteri valutativi discrezionali nella rideterminazione della pena *ab origine* illegale si deve infatti considerare precluso in sede esecutiva, in conformità all'insegnamento della sentenza Basile.

Tirando le somme della disamina sulla "profondità" dei poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena illegale, si può riscontrare un duplice atteggiamento della Corte di cassazione. In relazione al trattamento sanzionatorio la cui illegalità è sopravvenuta, si riconoscono ormai pacificamente ampi poteri valutativi, limitati non solo alla nuova quantificazione della pena ma estesi alla concessione della sospensione condizionale della pena, alla declaratoria di estinzione del reato e al ricalcolo del *quantum* sanzionatorio dei reati-satellite in presenza della continuazione.

In sostanza, lo spazio operativo del giudice dell'esecuzione è molto vicino a quello del giudice di cognizione. Al contrario, con riferimento alla pena *ab origine* illegale, vi è la tendenza alla "conservazione" del giudicato e alla rigida differenziazione tra fase esecutiva e di cognizione: il giudice competente per la prima non può in alcun modo compiere valutazioni assimilabili a quelle del giudice di merito, che rimane l'unico competente ad esprimersi con discrezionalità sui fatti che gli vengono sottoposti. È come se la Suprema Corte volesse "preservare" il *dictum* espresso "scientemente" e con la completa visuale sui fatti penalmente rilevanti dal giudice di cognizione, rispettando le sue considerazioni per quanto errate e comportanti la comminazione di una pena illegale. La stessa Corte non si pone invece problemi a sovvertire le valutazioni del giudice di cognizione qualora sopravvenga un

elemento esterno al processo che determini l'illegalità della sanzione irrogata; si tratta del resto di valutazioni originariamente corrette, la cui modifica in sede esecutiva dipende da fatti estranei alla volontà del giudice di cognizione.

## CONCLUSIONI

Al termine dell'analisi sulla "disciplina" giurisprudenziale della pena illegale, è possibile comprendere quali siano i principali nodi ermeneutici legati a questo istituto.

Con riferimento alla casistica della sanzione penale illegale, la principale incertezza riguarda la configurabilità dell'illegalità in relazione all'errore materiale. Si è infatti visto che la giurisprudenza maggioritaria la ammette, anche se argomentazioni legate alla coerenza dell'ordinamento e alla *ratio* stessa dell'istituto della pena illegale farebbero propendere per la soluzione negativa.

Ancora, non è di poco conto la sempre più marcata incertezza riguardante la definizione di pena illegale *ab origine*: mentre una parte della giurisprudenza si attesta sulla nozione tradizionale, ancorata alla violazione di norme penali sostanziali che disciplinano il trattamento sanzionatorio, un recente indirizzo interpretativo tende a ricomprendervi tutte le norme che incidono sul trattamento punitivo in senso lato, evidenziando le ripercussioni sostanziali connesse all'inosservanza di certe norme processuali<sup>428</sup>.

In relazione all'ambito più strettamente processuale, e in particolare all'incidenza dell'illegalità della pena sul giudizio di

---

<sup>428</sup> Sul punto vedi *supra*, Cap. I, par. 1.2.

cognizione, il più “urgente” e attuale problema interpretativo riguarda la “validità” stessa dell’istituto.

La Corte di cassazione non ha solamente “forzato” il combinato disposto degli artt. 129 e 609 c.p.p. al fine di ammettere la rilevanza officiosa della pena illegale anche in presenza di ricorso inammissibile, in quanto il principio costituzionale di legalità e la funzione rieducativa della pena «non appaiono conciliabili con la applicazione di una sanzione non prevista dall’ordinamento»<sup>429</sup>. I giudici di legittimità hanno altresì “certificato” l’inadeguatezza dell’istituto della pena illegale nel sopperire a tutte le esigenze di giustizia sostanziale emerse dalla prassi giudiziaria, e nello specifico alla necessità di tutelare i diritti fondamentali dell’imputato. Tale inadeguatezza ha portato alla “distorsione” e al superamento della pena illegale, sia ricollegandovi indebitamente una sanzione solo sospettata di “sproporzionalità” in rapporto ad un’interpretazione convenzionalmente orientata di una norma dell’ordinamento<sup>430</sup>, sia con la creazione della nozione di “pena ingiusta”<sup>431</sup>. Un simile atteggiamento della Corte suprema rischia tuttavia di compromettere lo stesso principio di legalità della pena, “scavalcando” il legislatore nella definizione dei congegni processuali inerenti alla quantificazione e correzione del trattamento sanzionatorio.

L’impellenza di salvaguardare i diritti fondamentali dell’imputato/condannato costituisce peraltro il *fil rouge* che connette i nodi interpretativi del giudizio di cognizione alle questioni aperte della fase esecutiva, in punto di rilevazione ed emenda

---

<sup>429</sup> Sez. 5, 27 aprile 2012, n. 24128, Di Cristo, *ibidem*.

<sup>430</sup> Cfr. Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, *ivi*.

<sup>431</sup> Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, *ivi*.

dell'illegalità della pena. È questa la chiave interpretativa che ha permesso di apprezzare l'inesorabile "erosione" del mito del giudicato sulla pena, portando la giurisprudenza a riconoscere la centrale funzione del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione di una sanzione illegale, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

I problemi ermeneutici posti in sede esecutiva si concentrano anzitutto sul concreto meccanismo di emenda dell'illegalità della pena, attesa l'inadeguatezza delle diverse proposte formulate dalle Sezioni Unite: sia la "strada" del potere "atipico" del giudice dell'esecuzione in base al combinato disposto degli artt. 655, 656, 666 c.p.p. e 30 comma 4 l. n. 87 del 1953<sup>432</sup>, che quella della rescissione parziale del giudicato ex art. 670 c.p.p.<sup>433</sup>, e, ancora, quella fondata sull'applicazione analogica dell'art. 188 disp. att. c.p.p. e prospettata nell'ambito del patteggiamento<sup>434</sup>, presentano i punti deboli di una sostanziale inadeguatezza giuridica e il difetto di limitare le facoltà del giudice dell'esecuzione alla mera correzione della pena illegale, senza permettergli di trarne le dovute conseguenze. Si pone poi il problema della "ragionevolezza" relativa alla discrepanza, consolidata nella giurisprudenza di legittimità, tra la discrezionalità esercitabile *in executivis* per la rideterminazione dell'illegalità sopravvenuta della pena e la "vincolatività" cui si deve attenere il giudice dell'esecuzione nell'emenda della pena illegale *ab origine*.

---

<sup>432</sup> Cfr. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*.

<sup>433</sup> Cfr. Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, *ivi*.

<sup>434</sup> Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*.

Questa breve rassegna evidenzia lo scenario di fondo su cui si è innestata la tematica della pena illegale, riguardante il rapporto tra i giudici e il legislatore. Un rapporto che nell'ambito dell'illegalità della pena ha assunto connotati "patologici": non si deve dimenticare che l'istituto della pena illegale è stato ideato dalla giurisprudenza proprio per rimediare alle carenze legislative inerenti alla rilevazione e rideterminazione di sanzioni la cui applicazione, per un "vizio" originario o sopravvenuto, è intollerabile alla luce del principio costituzionale di legalità.

Da un lato, tale opera di "supplenza giurisprudenziale"<sup>435</sup> testimonia la reattività dei giudici di fronte a necessità di giustizia sostanziale deliberatamente ignorate dal legislatore; dall'altro è sintomo della debolezza di un sistema in cui il malfunzionamento di un potere dello Stato viene sopperito dall'"iperattività" di un altro potere, il quale non ha tuttavia a disposizione gli strumenti adeguati a stabilizzare e rinforzare il sistema stesso. Il cortocircuito della relazione tra potere giudiziario e potere legislativo è del resto inevitabile in un assetto di *civil law*, in cui vige il rispetto della riserva di legge in materia penale e non è vincolante il precedente dell'autorità giudiziaria<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> In questi termini, cfr. FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione: Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, 2016.

<sup>436</sup> Come ribadito dalla già citata sentenza n. 230 del 2012, in cui la Corte costituzionale afferma che il principio della riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost. «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento». Al contrario, «la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione» (Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, par. 7 e 9, *ivi*).

Ne deriva una continua “oscillazione” giurisprudenziale che priva il sistema penale della necessaria conoscibilità e calcolabilità, come testimoniato dai numerosi contrasti interpretativi riportati nel corso della presente trattazione. In definitiva, il “conflitto” in atto tra i giudici e il legislatore vede entrambi gli “attori” perdenti: i primi scontano un approccio troppo casistico, il secondo un ingiustificabile immobilismo.

L’unico modo per uscire dall’*impasse* sembra essere quello di ipotizzare interventi *de iure condendo*, per correggere le storture e le incertezze provocate dall’inerzia del legislatore in relazione all’illegalità della pena.

In tale ottica, occorre anzitutto domandarsi se sia opportuno un provvedimento legislativo che faccia chiarezza in merito alla casistica della pena illegale. La risposta appare negativa, per una ragione “ontologica”: la “pena illegale” è un istituto giurisprudenziale volto a dare piena attuazione ai principi costituzionali che informano la nozione di pena. Sarebbe controproducente “ingabbiarla” in uno schema predeterminato dal legislatore, dal momento che l’interpretazione dei principi costituzionali su cui si fonda cambia di continuo e nuove esigenze di giustizia sostanziale si affacciano quotidianamente nella prassi giudiziaria. È inoltre questa l’impostazione seguita dal legislatore nell’unica occasione in cui si è occupato del tema: l’art. 448 comma 2-bis c.p.p. restringe la facoltà di ricorso per cassazione nei confronti della sentenza di patteggiamento a motivi attinenti “all’illegalità della pena”, senza tuttavia avere la pretesa di definire questo concetto. Si tratta di un’impostazione condivisibile, che ha comunque provocato degli “scossoni” nei confronti della definizione

tradizionale della pena illegale, come si è già visto<sup>437</sup>. Infatti, al netto di alcune incertezze interpretative inevitabili, l'opportunità di un'astensione del legislatore dalla tipizzazione delle ipotesi di "pena illegale" serve a non vanificare completamente la *ratio* dell'istituto e a preservarne il risvolto "positivo", rappresentato dalla sensibilità e reattività giudiziale nella tutela della giustizia sostanziale.

Se è, da un lato, appropriato il mantenimento dello "*status quo*" legislativo in relazione ai casi di illegalità della pena, dall'altro si deve ritenere inaccettabile con riferimento alle loro modalità processuali di rilevazione e rideterminazione. In altre parole, è giusto e condivisibile l'atteggiamento del legislatore che consente l'utilizzo, da parte della giurisprudenza, del concetto di "pena illegale", riconoscendo al contempo una certa elasticità per la determinazione della relativa casistica; non sembra invece opportuno il suo "lassismo" riferito ai percorsi processuali che disciplinano l'accertamento e la correzione della sanzione penale illegale.

Nell'ambito del giudizio di cognizione, questo "vuoto normativo" ha permesso alla giurisprudenza di "superare" il concetto stesso di "pena illegale", interpretando in modo disinvolto l'art. 609 comma 2 c.p.p. per salvaguardare i diritti fondamentali dell'imputato

---

<sup>437</sup> Alcune sentenze, emanate dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina sull'impugnazione delle sentenze di patteggiamento e "formate" nell'ambito del rito patteggiato, hanno fatto discendere l'illegalità della pena dalla violazione di norme processuali incidenti sul trattamento sanzionatorio. È stata in questo modo "superata" la nozione tradizionale di pena illegale, incentrata esclusivamente sull'inosservanza di norme sostanziali disciplinanti la sanzione penale. Era del resto prevedibile un simile "allargamento" della definizione tradizionale: la "strettoia" all'impugnazione della sentenza di patteggiamento creata dal legislatore non avrebbe potuto non causare la tendenza all'interpretazione estensiva dei motivi tipizzati dall'art. 448 comma 2-bis, tra cui figura anche l'"illegalità della pena". Sul punto vedi *supra*, Cap. II, par. 6.1.

e dotare il giudice di cognizione di ampi poteri officiosi<sup>438</sup>. L'immobilismo del legislatore sul punto non fa altro che alimentare l'"iperattività" giurisprudenziale, che costituisce la parte deteriore della tematica inerente alla pena illegale e delle ripercussioni ad essa connesse. Sono proprio la definizione "a maglie larghe" dei poteri officiosi del giudice di legittimità ex art. 609 comma 2 c.p.p. e l'assenza di una disciplina processuale della pena illegale, che hanno permesso alle Sezioni Unite Della Fazio di ricomprendere nell'ambito delle questioni "che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello" anche quella relativa alla pena "ingiusta"; o, ancora, che hanno permesso alla terza Sezione, nella sentenza n. 31282 del 2019, di ricomprendervi la «questione relativa alla violazione delle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo»<sup>439</sup>, sostanzialmente equiparando lo *ius superveniens* ad una decisione della Corte di Strasburgo. Questa tendenza ha portato a conseguenze discutibili e incompatibili con la stabilità del sistema penale, come l'affermazione per la quale l'intangibilità del giudicato sostanziale deve trovare delle limitazioni in nome della tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, «non tutte ipotizzabili preventivamente»<sup>440</sup>. Si tratta evidentemente di un approccio troppo casistico, che deve essere impedito e corretto da un intervento del legislatore.

Il recupero della "legalità processuale" inerente alla pena illegale potrebbe passare per l'introduzione di un ipotetico art. 129-

---

<sup>438</sup> Cfr. Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, *ivi*; Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, *ivi*. Per una trattazione più approfondita vedi *supra*, Cap. II, par. 5.

<sup>439</sup> Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, par. 4.1, *ivi*.

<sup>440</sup> Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazio, par. 14, *ivi*.

bis all'interno del codice di procedura penale, rubricato "Obbligo della immediata rilevazione di una pena illegale" e strutturato in questo modo:

1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, se accerta l'irrogazione di una pena illegale, la dichiara d'ufficio e la ridetermina con sentenza.

2. Nei casi non previsti dalla legge, il giudice non può rilevare d'ufficio altre questioni relative al trattamento sanzionatorio.

Una disposizione così formulata permetterebbe anzitutto alla giurisprudenza di "abbandonare" l'interpretazione analogica dell'art. 129, in combinato disposto con l'art. 609 comma 2, per giustificare la rilevabilità officiosa di una sanzione penale illegale. Allo stesso tempo, con l'affermazione della tassatività delle ipotesi in cui il giudice di cognizione può esercitare i propri poteri officiosi in relazione al trattamento sanzionatorio, si rafforzerebbe il principio devolutivo e si delegittimerebbe quella giurisprudenza particolarmente "creativa" che amplia le questioni rilevabili d'ufficio ben oltre l'illegalità della pena. Non sembra invece "urgente" codificare gli approdi delle Sezioni Unite riguardanti la possibilità di rilevare l'illegalità della pena in presenza di un'impugnazione inammissibile<sup>441</sup> e l'applicazione del divieto di *reformatio in peius* a fronte dell'accertamento di una pena illegale<sup>442</sup>, in quanto si ritengono condivisibili e privi di incertezze rilevanti.

---

<sup>441</sup> Sul punto vedi *supra*, Cap. II, par. 3.

<sup>442</sup> Sul punto vedi *supra*, Cap. II, par. 4.

In relazione alla fase esecutiva, si deve senz'altro aderire a quel pluridecennale processo giurisprudenziale e legislativo che ha messo in discussione la concezione "assoluta" del giudicato sulla pena, permettendo al giudice dell'esecuzione di incidere su di esso. Il problema si concentra tuttavia sul "come": in base all'attuale disciplina della fase esecutiva, il giudice non dispone di strumenti giuridici adeguati a rilevare ed emendare una sanzione illegale contenuta in una sentenza irrevocabile. Si è ricordato che tutte le proposte delle Sezioni Unite in merito al congegno esecutivo di rideterminazione della pena illegale scontano l'inevitabile debolezza della "forzatura" interpretativa e a rigore non permettono al giudice dell'esecuzione di avere voce in capitolo sulla concessione della sospensione condizionale della pena, sull'accertamento dell'avvenuta estinzione del reato e sulle conseguenze in termini di continuazione tra più reati, nonostante una parte della giurisprudenza abbia ammesso tali facoltà<sup>443</sup>. Vi è poi l'ulteriore ostacolo della formulazione pretoria di percorsi "correttivi" differenziati a seconda che l'illegalità della sanzione penale sia originaria o sopravvenuta, con conseguenze significative sulla concreta ampiezza dei poteri riservati al giudice dell'esecuzione. Non sembra opportuno accogliere questa distinzione, enucleata dalla giurisprudenza per l'inapplicabilità dell'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 alle ipotesi di pena *ab origine* illegale e per evitare di mettere in discussione la valutazione di merito del giudice di cognizione.

Tali motivazioni non possono essere ostative alla pressante esigenza di garantire l'esecuzione di una sanzione in armonia con il

---

<sup>443</sup> Sul punto vedi *supra*, Cap. III, par. 6.

principio di legalità della pena e con la funzione rieducativa che la deve informare, per di più nell'ottica di una riforma legislativa. Di conseguenza si deve ritenere che anche nella rideterminazione della sanzione illegale *ab origine* il giudice dell'esecuzione debba utilizzare un criterio discrezionale, in ossequio agli artt. 132 e 133 del codice penale. È inoltre il principio costituzionale di "individualizzazione" del trattamento sanzionatorio, espresso dal combinato disposto degli artt. 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost., che impone di non utilizzare un criterio proporzionale-aritmetico di rideterminazione della pena. La discrezionalità della valutazione implica un giudizio di merito non dissimile da quello del giudice di cognizione, il quale, in virtù del dettato costituzionale, non si può considerare "eccentrico" rispetto alle competenze del giudice dell'esecuzione<sup>444</sup>.

Deve tuttavia rimanere fermo il limite invalicabile delle considerazioni di merito espresse dal giudice di cognizione, le quali non possono essere sovvertite in sede esecutiva. Una simile preclusione è necessaria al fine di scandire la separazione tra la fase di cognizione e la fase esecutiva, evitando che quest'ultima si trasformi in un ulteriore giudizio di cognizione "mascherato" e faccia venir meno il senso del giudicato, per la sostanziale equiparazione tra i poteri dei giudici competenti per le rispettive fasi.

Si tratta allora di capire quale possa essere il contenuto della novella legislativa adeguata ad emendare la pena illegale *in executivis*, senza che rilevi la distinzione tra illegalità originaria e

---

<sup>444</sup> A differenza di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Basile e Butera. Cfr. Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, *ivi*; Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*. Per approfondire vedi *supra*, Cap. III, par. 4.

sopravvenuta e garantendo al giudice «penetranti poteri di accertamento e di valutazione»<sup>445</sup>. Raccogliendo tutte le suggestioni seminate, si potrebbe immaginare l'introduzione di un art. 671-bis c.p.p., rubricato "Rideterminazione della pena illegale". Questa collocazione sarebbe giustificata dalla particolare affinità tra la "novità" legislativa e l'art. 671 c.p.p., che permette al giudice dell'esecuzione di applicare la disciplina del concorso formale e della continuazione per reati contenuti in diverse sentenze irrevocabili. Entrambe le disposizioni, infatti, sarebbero finalizzate ad una rescissione "parziale" del giudicato sulla pena, attribuendo al giudice dell'esecuzione la facoltà di incidervi; diversamente, l'art. 673 c.p.p. fa riferimento alla "revoca della sentenza di condanna", e cioè ad una rescissione "totale" del giudicato penale.

L'art. 671-bis potrebbe essere così formulato:

1. Quando il giudice accerta l'irrogazione di una pena illegale contenuta nella sentenza irrevocabile, ridetermina la pena nel rispetto delle valutazioni del giudice di cognizione. La rideterminazione avviene ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p.

2. Nel caso in cui la pena illegale sia contenuta in una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti divenuta irrevocabile, il condannato e il pubblico ministero possono chiedere la sua rideterminazione, quando concordano sulla nuova entità della sanzione. Nel caso di disaccordo del pubblico ministero, il giudice, se lo ritiene ingiustificato, accoglie ugualmente la richiesta. Nel caso in cui il giudice non ritenga corretta la nuova entità della sanzione concordata dalle parti, provvede autonomamente ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p.

---

<sup>445</sup> Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, par. 12, *ivi*.

3. Il giudice dell'esecuzione può concedere la sospensione condizionale della pena e adottare tutti i provvedimenti conseguenti alla rideterminazione della pena illegale.

Questa enunciazione dell'art. 671-bis avrebbe il pregio di cogliere i migliori spunti delle Sezioni Unite sull'emenda della pena illegale in sede esecutiva, al contempo rigettandone gli orientamenti meno convincenti. In particolare, il primo e il terzo comma sancirebbero l'ampia discrezionalità del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena illegale e nell'adozione dei "provvedimenti conseguenti", nel rispetto delle considerazioni espresse dal giudice di cognizione e senza effettuare distinzioni a seconda della tipologia di illegalità riscontrata. Il secondo comma non farebbe altro che "positivizzare" il sistema di correzione della sanzione illegale contenuta nella sentenza di patteggiamento ideato dalle Sezioni Unite Marcon<sup>446</sup>. Come si è visto, tale sistema dimostra di per sé la qualità di conciliare le caratteristiche del rito premiale con la necessità di rideterminare la pena illegale, ma è sprovvisto di adeguata "base" giuridica; l'art. 671-bis comma 2 non farebbe altro che fornire un sicuro addentellato legislativo ad un indirizzo meritevole di essere attuato.

È importante avere la consapevolezza che simili proposte di riforma legislativa, se raccolte dal Parlamento, non risolverebbero tutti i nodi interpretativi e pratici legati all'illegalità della pena, né

---

<sup>446</sup> La più autorevole composizione della Corte di cassazione ha ideato un meccanismo esecutivo, incentrato sull'applicazione analogica dell'art. 188 disp. att. c.p.p., in cui viene data priorità all'accordo delle parti e solo eventualmente, nel caso in cui la pena concordata sia ritenuta "incongrua", il giudice dell'esecuzione provvede in autonomia. Sul punto vedi *supra*, Cap. III, par. 6.

cancellerebbero i problemi del rapporto tra potere giudiziario e legislativo. Si spera tuttavia che possano ispirare un legislatore nuovamente “reattivo” e desideroso di smorzare la non sempre funzionale “supplenza” attuata dalla giurisprudenza per compensare la sua inerzia.

Più in generale, si spera che questo lavoro abbia contribuito a fare un po’ di chiarezza su un tema complicato, in bilico tra la necessità di attuare il principio di legalità della pena, di garantire la prevedibilità del sistema processuale e di tutelare i diritti fondamentali dell’imputato e del condannato.

# BIBLIOGRAFIA

## Dottrina

- ACCARDO E., *Limiti del giudizio di legittimità in relazione alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Ilpenalista.it*, 14 aprile 2016.
- AMATO G., *Dopo la bocciatura della Corte costituzionale via l'equiparazione tra droghe leggere e pesanti*, in *Guida Dir.*, 2014, p. 14 e ss.
- AMATO G., *L'effetto è che d'ora in poi il giudice potrà applicare una pena inferiore rispetto a quella dell'ipotesi base*, in *Guida Dir.*, 2014, p. 88 e ss.
- AMBROSETTI E., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 424 e ss.
- APRATI R., *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, in *Cass. Pen.*, 2019, pp. 1402-1414.
- APRILE E., *Gli epiloghi decisori del processo penale in Cassazione: la delicata linea di confine tra annullamento con rinvio e senza rinvio*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1245 e ss.
- APRILE E., *Sulle pronunce della Consulta che hanno definito gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo sul "caso Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 4388 e ss.
- ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*, in *Foro It.*, 2010, c. 1114 e ss.
- ARTURI A., *Incostituzionalità di norma incidente sul trattamento sanzionatorio e poteri del giudice dell'esecuzione di dichiarare la prescrizione*, in *Ilpenalista.it*, 25 gennaio 2018.
- BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2484 e ss.
- BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, p. 967 e ss.
- BASSI A., *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 4043 e ss.
- BELLANTUONO D., *La Corte costituzionale e i canoni d'affitto dei fondi rustici: priorità della tutela del lavoro dell'affittuario e della sua famiglia*, in *Foro It.*, 1984, c. 1153 e ss.

- BIANCHI P., *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. It.*, 2011, p. 537 e ss.
- BOCCHI M., *In (non) claris fit interpretatio: gli effetti delle sentenze pilota sul diritto a un equo processo, tra revisione del giudicato e rideterminazione della pena*, in *Arch. Pen.*, 2017, p. 1 e ss.
- BONIFACIO G., *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità della norma penale sul giudicato*, in *Dir. e Giust.*, 2018, p. 9 e ss.
- BONTEMPELLI M., *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2018, p. 1053 e ss.
- BRAZZI M., *Lo straniero clandestino senza documenti non può essere condannato*, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 234 e ss.
- CAIANIELLO M., *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1465 e ss.
- CANTARINI L., *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in *archiviopenale.it*, 2013.
- CANZIAN N., *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 1121 e ss.
- CAPITANI F., *Alle Sezioni Unite: il patteggiamento chiude tutti i giochi?*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 5 e ss.
- CERQUA F., *Il giudice dell'esecuzione può pronunciare l'estinzione per prescrizione del reato, dell'ex art. 181, comma 1, d. lgs. n. 42 del 2004, riquilificato come contravvenzione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2017, p. 1386 e ss.
- CIAVOLA A., *Le Sezioni unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2988 e ss.
- COCO P., *Costituzionalità e incostituzionalità del diritto penale militare*, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1711 e ss.
- CONZ A., *Osservazioni Cass. pen. del 31 gennaio 2006*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1665 e ss.
- CONZ A., *La volontà negoziale dell'imputato nel comporre la pena e la peculiare natura della sentenza irrevocabile di patteggiamento: confutazioni al principio espresso dalle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 1195-1204.
- CORBO A., *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 424 e ss.
- COSTANTINI F., *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2015, pp. 2578-2589.

- COSTANZI C., *Il ricorso inammissibile o privo di censure sulla pena non preclude l'applicazione della lex mitior sopravvenuta nel giudizio di cassazione. Una pronuncia inattesa del giudice bricoleur*, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 166-175.
- CREMONESI L., *Reformatio in peius, vince il garantismo*, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 48 e ss.
- CRISTIANI A., *Sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie proporzionali*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 163 e ss.
- DANIELE M., sub art. 129, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di ILLUMINATI - CONSO, Cedam, Padova, 2015, p. 428 e ss.
- DANIELE M., sub art. 129, in Aa. Vv., *Conso-Grevi Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, a cura di ILLUMINATI - GIULIANI, Cedam, Padova, 2019, pp. 407-424.
- DE AMICIS G., *Osservazioni a Corte di Cassazione, 28 aprile 2011, n. 22105, sez. I*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3769 e ss.
- DE FRANCESCO G., *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a risolvere una delicata questione giuridica e precisamente "se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte CEDU con la sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola vs Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole"*, in *Dir. e Giust.*, 2012, p. 681 e ss.
- DE MARZO G., *Osservazioni*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 3927 e ss.
- DE MATTEIS L., *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1448 e ss.
- DE MATTEIS L., sub art. 129, in AA. VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di APRATI – ARIOLLI – DE MATTEIS - GAMBARDELLA, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 265-342.
- DEGL'INNOCENTI L. – TOVANI S., *La Corte costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1184 e ss.
- DI GERONIMO P. – GIORDANO L., *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2514-2533.
- DI GERONIMO P., *Sì alla sanatoria degli irregolari renitenti all'espulsione*, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 159 e ss.
- DODARO G., *Illegittimità del delitto paesaggistico e sviluppi del controllo di proporzionalità*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2001 e ss.

- DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pp. 346-372.
- FIANDACA G., *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro It.*, 1990, c. 2385 e ss.
- FIGLIOLA A., *La legge penale e la sua applicazione: Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. IX-157.
- FIGLIOLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XXIII-736.
- FOLLIERI A., sub art. 609, in AA. VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di APRATI - ARIOLLI – DE MATTEIS - GAMBARDELLA, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 992-1013.
- FONTANA G., *La declaratoria di incostituzionalità ha effetti 'stupefacenti' sul giudicato di una sentenza di patteggiamento, per droga*, in *Dir. e Giust.*, 2016, p. 64 e ss.
- FURFARO S., *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *archiviopenale.it*, 2013.
- GALANTINI N., *I mezzi straordinari d'impugnazione*, in AA. VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 903-925.
- GALASSO D., *Si alla prevalenza della confisca sulla prescrizione del reato, ma solo se...*, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 4 e ss.
- GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 467 e ss.
- GAMBARDELLA M., *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. Pen.*, 2012, pp. 1664-1678.
- GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XV-289.
- GAMBARDELLA M., *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. Pen.*, 2015, pp. 65-87.
- GAMBARDELLA M., *Il danno da errore del legislatore. Il caso della sentenza n. 32/2014 e l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella legge Fini-Giovanardi*, in AA. VV., *La vittima del processo*, a cura di SPANGHER, Giappichelli, Torino, 2017, p. 419 ss.
- GASPARRE A., *Condannato definitivo chiede la rideterminazione del trattamento sanzionatorio ma ha già espiato la pena detentiva...*, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 12 e ss.
- GATTA G. L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2374 e ss.

- GENTILE S., *Anche il giudice dell'esecuzione può concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena*, in *Dir. e Giust.*, 2018, p. 6 e ss.
- GENTILE S., *È rilevabile d'ufficio e in ogni grado e stato del procedimento l'illegalità della pena accessoria*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 3 e ss.
- GENTILE S., *Limiti del giudizio rescissorio di annullamento della sentenza recettizia del concordato in appello*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 6 e ss.
- GENTILE S., *La pena patteggiata deve superare il vaglio di legalità anche in ordine al bilanciamento delle circostanze del reato*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 8 e ss.
- GHERA F., *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, c. 50 e ss.
- GRILLO P., *Fini-Giovanardi: il 'settantatré quinto comma' va all'esame delle Sezioni Unite*, in *Dir. e Giust.*, 2015, p. 32 e ss.
- GRILLO P., *Abolito criminis: il giudice dell'esecuzione può revocare la condanna*, in *Dir. e Giust.*, 2016, p. 10 e ss.
- GRILLO P., *Dichiarazione di incostituzionalità e rideterminazione della pena: i limiti operativi secondo la Cassazione*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 13 e ss.
- GROSSO C. F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 1474 e ss.
- ICHINO G., *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 841 e ss.
- JEMOLO A. C., *Ancora sulla natura delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Foro It.*, 1967, c. 1368 e ss.
- LA MUSCATELLA D., *Le Sezioni Unite stabiliscono che condizioni poste dallo Stato richiesto di estradizione suppletiva non possono riflettersi sulla prima consegna*, in *Dir. e Giust.*, 2021, p. 4 e ss.
- LAZZARONE F., *Continuazione nel reato e res iudicata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Leg. Pen.*, 1987, p. 681 e ss.
- LEONE G., *Scritti giuridici*, vol. 1, Jovene, Napoli, 1987, pp. XXXII-840.
- LO FORTE S., *L'effetto domino della dichiarazione di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi: illegalità della pena e rilevabilità d'ufficio anche in caso di ricorso inammissibile*, in *Foro It.*, 2015, c. 718 e ss.
- MACCHIA A., *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 24 novembre 2017.
- MAFFEO V., *Sui poteri del giudice del riesame dei provvedimenti cautelari*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1796 e ss.
- MANES V., *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2204 e ss.

- MANES V., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-352.
- MARANDOLA A., *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1534 e ss.
- MARANDOLA A., *Modifiche ai riti speciali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, p. 1317 e ss.
- MARAZZITA G., *Ma la Costituzione è "retroattiva"? Riflessioni a margine della sent. n. 12061/1998 della Corte di cassazione a sezioni unite*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 1396 e ss.
- MARZUCCO V., *Dichiarazione di incostituzionalità e trattamento sanzionatorio: il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena*, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 4 e ss.
- MASSA M., *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 4679 e ss.
- MASTROIANNI R., *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *forumcostituzionale.it*.
- MINNELLA C., *Non si può ricorrere in Cassazione per accertare cause di proscioglimento né per l'omessa statuizione della misura di sicurezza*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 7 e ss.
- MINNELLA C., *In caso di illegalità sopravvenuta della pena, nel concordato l'annullamento riguarda solo la rideterminazione del quantum*, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 13 e ss.
- MONASTERO B., *Inammissibilità delle impugnazioni e applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 92 e ss.
- MUSIO C., *Il "caso Scoppola" dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 208 e ss.
- MUSIO C., *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 4003, e ss.
- NOTARO D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1755 e ss.
- ORLANDI R., *Se la condanna è per un reato prescritto*, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 58 e ss.
- PACE A., *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Riv. AIC*, 2015, pp. 1-24.
- PAVICH G., *Il calcolo della pena. Modalità pratiche*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. XVI-340.

- PIATTOLIB., sub art. 609, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di ILLUMINATI - CONSO, Cedam, Padova, 2015, p. 2720 e ss.
- PICCIONI F., *L'applicazione della sanzione amministrativa accessoria è ricorribile in Cassazione anche in caso di patteggiamento*, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 7 e ss.
- PINELLI C., *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 3047 e ss.
- PIRAS L., *È valido l'accordo contenente una pena illegale?*, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 10 e ss.
- PIZZORUSSO A., *Sull'efficacia nel tempo delle dichiarazioni di incostituzionalità*, in *Foro It.*, 1970, c. 1307 e ss.
- POLI F., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Riv. AIC*, 2012, pp. 1-11.
- PROFITIE., *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 684 e ss.
- PROVENZANO P., *Illecito amministrativo e retroattività in bonam partem: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca, Borsa, Tit. Cred.*, 2020, p. 52 e ss.
- PUGIOTTO A., *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 2942 e ss.
- Relazione governativa di accompagnamento d.d.l. n. 2798, XVII legislatura, in camera.it.*
- RICCARDI G., *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 26 gennaio 2015.
- RICCI A., *Punti fermi, o quasi, in tema di ricalcolo della pena illegale ab origine da parte del giudice dell'esecuzione*, in *Giur. Pen. Web*, 2019, pp. 1-20.
- ROCCHI F., *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2103 e ss.
- ROCCO A., *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. 2, Roma, 1932, pp. 1-638.
- ROMEO G., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 16 aprile 2012.
- SALAZAR L., *La Corte costituzionale completa il suo intervento sui reati militari di insubordinazione*, in *Cass. Pen.*, 1982, p. 1902 e ss.
- SALERNO A., *Sulla rideterminazione della c.d. pena incostituzionale in sede di esecuzione*, in *Ilpenalista.it*, 4 febbraio 2019.

- SALVIANI F., *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. III, data udienza Ud. 11 luglio 2017, data deposito (dep. 3 agosto 2017), n. 38691*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 923 e ss.
- SANNA A., *La riforma Orlando – rimedi agli errori della sentenza negoziata: l’arretramento del controllo giudiziale*, in *Giur. It.*, 2017, p. 2225 e ss.
- SANTALUCIA G., *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2021, pp. 1882-1886.
- SCACCIANOCE C., *Pena “illegale”, giudicato, Corte europea*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di CHINNICI - GAITO, Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp. 387-413.
- SCACCIANOCE C., *Voce “giudizio abbreviato” [dir. proc. pen.]*, in *treccani.it*.
- SCHIAVONE S., *Le Sezioni unite sul rapporto tra confisca lottizzatoria e prescrizione: pieno accertamento del reato e praticabilità dell’annullamento con rinvio ex art. 578-bis c.p.p.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, p. 1703 e ss.
- SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 2393 e ss.
- SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 ottobre 2016.
- TESAURO G., *Diritto dell’Unione europea*, Cedam, Padova, 2010, pp. XXVI-957.
- TODARO G., *Giudizio abbreviato, diminuzione del rito, pena illegale, principio devolutivo, divieto di reformatio in peius: le Sezioni Unite e il composito mosaico della legalità*, in *Cass. Pen.*, 2021, pp. 1964-1975.
- TRINCI A., *La pena illegale. Casi e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2017 (Officina del diritto), pp. 1-110.
- UBERTIS G., *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 1542 e ss.
- UBERTIS G., *Diritti umani e mito del giudicato*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 28 giugno 2012.
- VALENTI A., *La Cassazione può esaminare d’ufficio la questione della violazione della CEDU: tra rilevanza ultra partes della sentenza di Strasburgo, ius superveniens e pena illegale*, in *Cass. Pen.*, 2021, pp. 282-291.
- VARRASO G., *Gli atti*, in AA. VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 185-249.
- VICOLI D., *L’illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, pp. 1006-1024.

- VIGANÒ F. – MASERA L., *Addio articolo 14: Nota alla sentenza El Dridi della Corte di giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Riv. AIC*, 2011, pp. 1-18.
- VIGANÒ F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3017 e ss.
- VIGANÒ F., *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 10 settembre 2012.
- ZIRULIA S., *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 dicembre 2010.

## **Giurisprudenza**

### **Corte costituzionale**

- Corte cost., 12 marzo 1962, n. 15, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 163 e ss.
- Corte cost., 5 maggio 1967, n. 58, in *Foro It.*, 1967, c. 1368 e ss.
- Corte cost., 2 aprile 1970, n. 49, in *Foro It.*, 1970, c. 1307 e ss.
- Corte cost., 27 maggio 1982, n. 103, in *Cass. Pen.*, 1982, p. 1902 e ss.
- Corte cost., 7 maggio 1984, n. 139, in *Foro It.*, 1984, c. 1153 e ss.
- Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Leg. Pen.*, 1987, p. 681 e ss.
- Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1711 e ss.
- Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro It.*, 1990, c. 2385 e ss.
- Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 1474 e ss.
- Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 424 e ss.
- Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 467 e ss.
- Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Foro It.*, 2008, c. 50 e ss.
- Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *forumcostituzionale.it*.
- Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 4679 e ss.
- Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro It.*, 2010, c. 1114 e ss.
- Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. It.*, 2011, p. 537 e ss.
- Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3017 e ss.
- Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 1542 e ss.
- Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2374 e ss.
- Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 3047 e ss.

Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 2393 e ss.  
Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *archiviopenale.it*, 2013.  
Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1755 e ss.  
Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 4388 e ss.  
Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *Guida Dir.*, 2014, p. 14 e ss.  
Corte cost., 18 aprile 2014 n. 106, in *Guida Dir.*, 2014, p. 88 e ss.  
Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, par. 7, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2204 e ss.  
Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, in *Giur. It.*, 2015, p. 2484 e ss.  
Corte cost., 23 marzo 2016, n. 56, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2001 e ss.  
Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, p. 967 e ss.

### **Cassazione**

Sez. 2, 25 maggio 1973, n. 8079, Bellocco, in *C.E.D. Cass.*, n. 125464.  
Sez. 5, 22 maggio 1980, Taormina, in *Riv. Pen.*, 1981, p. 82.  
Sez. 3, 24 giugno 1980, Sanseverino, non massimata.  
Sez. 1, 25 giugno 1982, n. 1436, Carbone, in *C.E.D. Cass.*, n. 156173.  
Sez. 5, 6 ottobre 1982, n. 79, Feriello, in *Giust. Pen.*, 1984, III, p. 17.  
Sez. 1, 1 luglio 1983, n. 1375, Giacomelli, in *Pluris.it*.  
Sez. Un., 7 luglio 1984, n. 7232, Cunsolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 212334.  
Sez. 5, 21 marzo 1985, De Negri, in *Riv. Pen.*, 1986, p. 456.  
Sez. 5, 29 aprile 1985, n. 809, Lattanzio, in *Mass. Pen. Cass.*, 1986, p. 158.  
Sez. 5, 21 giugno 1985, n. 6676, Bossa, in *C.E.D. Cass.*, n. 170006.  
Sez. Un., 21 giugno 1986, n. 7682, Nicolini, in *C.E.D. Cass.*, n. 173419.  
Sez. 5, 26 marzo 1991, n. 5162, Zappalà, in *C.E.D. Cass.*, n. 187340.  
Sez. 1, 30 ottobre 1991, n. 4051, Giaccone, in *C.E.D. Cass.*, n. 189756.  
Sez. 5, 4 novembre 1992, n. 842, Pelaia, in *C.E.D. Cass.*, n. 193187.  
Sez. 1, 12 gennaio 1993, n. 45, Gioffrè, in *C.E.D. Cass.*, n. 193297.  
Sez. 6, 25 novembre 1993, n. 3560, Ariveri, in *C.E.D. Cass.*, n. 197720.  
Sez. Un., 20 luglio 1994, n. 21, Cresci, in *Foro It.*, 1995, c. 445-454.  
Sez. 6, 1 dicembre 1994, n. 4723, Mollica, in *C.E.D. Cass.*, n. 200630.  
Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1796 e ss.  
Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3578, Sticco, in *Giur. It.*, 1996, p. 140.  
Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3587, Grasso, in *C.E.D. Cass.*, n. 200709.  
Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 3793, Vercellin, in *C.E.D. Cass.*, n. 200710.  
Sez. 6, 25 gennaio 1995, n. 5759, Cimolai, in *C.E.D. Cass.*, n. 201667.  
Sez. 1, 31 gennaio 1995, n. 602, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 848.  
Sez. 1, 7 marzo 1995, n. 1413, Casella, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 845.  
Sez. 1, 14 marzo 1995, n. 1571, Panariello, in *C.E.D. Cass.*, n. 201163.  
Sez. 1, 2 ottobre 1996, n. 4873, Bruno, in *Giust. Pen.*, 1997, p. 377.

Sez. 2, 13 novembre 1996, n. 4492, Kenzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 206850.

Sez. 1, 18 dicembre 1996, n. 6898, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 893.

Sez. 1, 22 aprile 1997, n. 5044, Pace, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1151.

Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 11493, Verga, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1998, p. 827.

Sez. 1, 12 novembre 1998, n. 13665, Scarsi, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3481.

Sez. 3, 16 febbraio 1999, n. 641, Zanon, in *C.E.D. Cass.*, n. 213274.

Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 15, Piepoli, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1534 e ss.

Sez. 1, 6 ottobre 1999, n. 5409, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2680.

Sez. 6, 15 dicembre 1999, n. 356, El Quaret, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 3342.

Sez. 5, 15 febbraio 2000, n. 771, Bosco, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 1298.

Sez. 4, 28 giugno 2000, n. 3881, Aramini, in *C.E.D. Cass.*, n. 217480.

Sez. 1, 6 luglio 2000, n. 4869, Colucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 216746.

Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2988 e ss.

Sez. 3, 27 marzo 2001, n. 18735, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2165.

Sez. 3, 12 giugno 2001, n. 30851, Santullo, in *C.E.D. Cass.*, n. 220046.

Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 33542, Cavalera, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 92 e ss.

Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, Pisano, in *C.E.D. Cass.*, n. 220443.

Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 17179, Conti, in *C.E.D. Cass.*, n. 221403.

Sez. 4, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, in *C.E.D. Cass.*, n. 225693.

Sez. 5, 13 novembre 2002, n. 3945, De Salvo, in *C.E.D. Cass.*, n. 224220.

Sez. 3, 21 marzo 2003, n. 13038, Sallei, in *C.E.D. Cass.*, n. 224064.

Sez. 6, 18 settembre 2003, n. 38943, Conciatori, in *C.E.D. Cass.*, n. 227718.

Sez. 5, 3 ottobre 2003, n. 44711, Postiglioni, in *C.E.D. Cass.*, n. 227014.

Sez. Un., 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, in *C.E.D. Cass.*, n. 226102.

Sez. 5, 3 dicembre 2003, n. 24926, Marnilo, in *C.E.D. Cass.*, n. 229812.

Sez. 4, 20 gennaio 2004, n. 18641, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3387.

Sez. Un., 28 gennaio 2004, ord. n. 5466, Gallo, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1595.

Sez. 6, 20 febbraio 2004, n. 12597, Fasciolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 229216.

Sez. 4, 20 aprile 2004 n. 24661, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1674.

Sez. 5, 9 luglio 2004, n. 36293, Raimo, in *C.E.D. Cass.*, n. 230636.

Sez. 5, 20 settembre 2004, n. 40840, Terzetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 230216.

Sez. 6, 5 ottobre 2004, n. 44336, Mastrolorenzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 230252.

Sez. 1, 25 febbraio 2005, n. 9456, Pozzi, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2540.

Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 58 e ss.

Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 82.

Sez. Un., 27 settembre 2005, n. 40910, Morales, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 48 e ss.

Sez. 4, 4 ottobre 2005, n. 45160, Raso, in *C.E.D. Cass.*, n. 232910.

Sez. 4, 4 ottobre 2005, n. 54160, non massimata.

Sez. 5, 25 ottobre 2005, n. 46790, Grifantini, in *C.E.D. Cass.*, n. 233033.

Sez. 4, 17 novembre 2005, n. 1853, Federico, in *C.E.D. Cass.*, n. 233185.

Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 4687, Catanzaro, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, p. 272.

Sez. 1, 31 gennaio 2006, n. 6362, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1665 e ss.

Sez. 5, 22 settembre 2006, n. 1411, Braidich, in *C.E.D. Cass.*, n. 236033.

Sez. 1, 1 dicembre 2006, n. 2800, Dorigo, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1448 e ss.

Sez. 3, 25 gennaio 2007, n. 7306, Bougataya Assan, non massimata.

Sez. 3, 28 marzo 2007, n. 16928, in *Guida Dir.*, 2007, p. 70.

Sez. 3, 14 giugno 2007, n. 34302, Cotugno, in *C.E.D. Cass.*, n. 237124.

Sez. 3, 25 settembre 2007, n. 38269, Tafuro, in *C.E.D. Cass.*, n. 237827.

Sez. 3, 3 ottobre 2007, n. 39882, Costanzo, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 640.

Sez. 3, 12 febbraio 2008, n. 13819, in *Guida Dir.*, 2008, p. 86.

Sez. 7, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlaib, in *C.E.D. Cass.*, n. 239956.

Sez. 1, 4 giugno 2008, n. 24688, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3921.

Sez. 4, 24 giugno 2008, n. 27976, in *C.E.D. Cass.*, n. 240379.

Sez. 7, 26 giugno 2008, n. 36254, non massimata.

Sez. 6, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1465 e ss.

Sez. 1, 21 gennaio 2009, n. 8405, Porreca, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 2324.

Sez. 1, 3 marzo 2009, n. 12453, Alfieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 243742.

Sez. 3 Cass., 30 settembre 2009, n. 41839, Righi, in *C.E.D. Cass.*, n. 241422.

Sez. 3, 8 ottobre 2009, n. 42839, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 664.

Sez. 7, 10 dicembre 2009, n. 1686, Frisoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 245421.

Sez. 5, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 208 e ss.

Sez. 1, 7 aprile 2010 n. 16766, Ndyae, in *C.E.D. Cass.*, n. 246930.

Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2103 e ss.

Sez. 1, 7 ottobre 2010, n. 37536, in *C.E.D. Cass.*, n. 248543.

Sez. 1, 13 ottobre 2010, n. 38245, Di Marco, in *C.E.D. Cass.*, n. 248300.

Sez. 6, 5 novembre 2010, n. 9028, Gargiulo, in *C.E.D. Cass.*, n. 249680.

Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 234 e ss.

Sez. 1, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3769 e ss.

Sez. 1, 29 aprile 2011, n. 18586, Sterian, in *Dir. e Giust.*, 2011, p. 159 e ss.

Sez. 1, 29 aprile 2011, n. 20130, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3763.

Sez. 4, 6 maggio 2011, n. 32131, Nolfo, in *C.E.D. Cass.*, n. 251096.

Sez. 6, 4 luglio 2011, n. 32872, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3485.

Sez. 1, 5 ottobre 2011, n. 39566, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 250.

Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 1664 e ss.

Sez. 2, 17 novembre 2011, n. 6455, in *C.E.D. Cass.*, n. 252085.

Sez. 1, 6 dicembre 2011, n. 1000, Bolla Diope, non massimata.

Sez. 1, 19 gennaio 2012, n. 27640, Hamrouni, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1866.

Sez. 1, 2 febbraio 2012, n. 6539, Jabir, non massimata.

Sez. 1, 24 febbraio 2012, n. 19361, Teteh Assic, in *Guida Dir.*, 2012, p. 76.

Sez. 1, 25 febbraio 2012, n. 26899, Harizi, in *C.E.D. Cass.*, n. 253084.  
 Sez. 1, 12 aprile 2012, n. 14276, Khemiri, in *C.E.D. Cass.*, n. 252235.  
 Sez. 2, 19 aprile 2012, n. 19945, Toseroni, in *C.E.D. Cass.*, n. 252825.  
 Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34233, Giannone, in *Dir. e Giust.*, 2012, p. 681 e ss.  
 Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 4003,  
 e ss.  
 Sez. 1, 20 aprile 2012, n. 17546, Ebrahim, in *C.E.D. Cass.*, n. 252888.  
 Sez. 5, 27 aprile 2012, n. 24128, Di Cristo, in *C.E.D. Cass.*, n. 253763.  
 Sez. 4, 16 maggio 2012, n. 26117, Toma, in *C.E.D. Cass.*, n. 253562.  
 Sez. 1, 12 giugno 2012, n. 40464, Kabi, in *Riv. neldiritto.it*, 2013, p. 122.  
 Sez. 6, 19 luglio 2012, n. 37102, Checcucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 253471.  
 Sez. 4, 8 novembre 2012, n. 47287, Perugini, in *C.E.D. Cass.*, n. 253922.  
 Sez. 4, 20 novembre 2012, n. 6966, Martinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 254538.  
 Sez. 6, 19 febbraio 2013, n. 22136, Nisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 255729.  
 Sez. 2, 19 febbraio 2013, n. 12991, Stagno, in *C.E.D. Cass.*, n. 255196.  
 Sez. 3, 20 febbraio 2013, n. 19462, in *Riv. Pen.*, 2013, p. 1022.  
 Sez. 1, 21 marzo 2013, n. 15944, Aida, in *C.E.D. Cass.*, n. 255684.  
 Sez. 5, 22 marzo 2013, n. 1154, Defina, in *C.E.D. Cass.*, n. 258819.  
 Sez. 1, 16 aprile 2013, n. 27172, Biosa, in *C.E.D. Cass.*, n. 256614.  
 Sez. 2, 7 maggio 2013, n. 20275, Stagno, in *C.E.D. Cass.*, n. 255197.  
 Sez. 6, 16 maggio 2013, n. 21982, Ingordini, in *C.E.D. Cass.*, n. 255674.  
 Sez. 2, 8 luglio 2013, n. 44667, Aversano, in *C.E.D. Cass.*, n. 257612.  
 Sez. 1, 23 ottobre 2013, n. 38712, Villirillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 256879.  
 Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 65 e ss.  
 Sez. 6, 30 ottobre 2013, n. 44907, Marchisella, in *C.E.D. Cass.*, n. 257151.  
 Sez. 4, 19 novembre 2013, n. 18432, Spada, in *C.E.D. Cass.*, n. 261920.  
 Sez. 6, 20 novembre 2013, n. 49858, G., in *C.E.D. Cass.*, n. 257672.  
 Sez. 5, 20 novembre 2013, n. 51396, Basile, in *C.E.D. Cass.*, n. 257831.  
 Sez. 4, 21 novembre 2013, n. 49404, Colombini, in *C.E.D. Cass.*, n. 258128.  
 Sez. 4, 10 gennaio 2014, n. 4114, in *C.E.D. Cass.*, n. 258187.  
 Sez. 4, 17 gennaio 2014, n. 8013, in *C.E.D. Cass.*, n. 259281.  
 Sez. 1, 18 gennaio 2014, n. 52981, De Simone, in *C.E.D. Cass.*, n. 261688.  
 Sez. 1, 20 gennaio 2014, n. 14677, Medulla, in *C.E.D. Cass.*, n. 259733.  
 Sez. 6, 5 marzo 2014, n. 14984, Costanzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 259355.  
 Sez. 6, 6 marzo 2014, n. 12727, Rubino, in *C.E.D. Cass.*, n. 258778.  
 Sez. 4, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori, in *C.E.D. Cass.*, n. 259363.  
 Sez. 4, 12 marzo 2014, n. 24606, Rispoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 259366.  
 Sez. 4, 13 marzo 2014, n. 27600, Buonocore, in *C.E.D. Cass.*, n. 259368.  
 Sez. 6, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, in *C.E.D. Cass.*, n. 259254.  
 Sez. 3., 25 marzo 2014, n. 26340, Di Maggio, in *C.E.D. Cass.*, 260058.  
 Sez. 6, 26 marzo 2014, n. 14995, Lampugnano, in *C.E.D. Cass.*, n. 259359.

Sez. 3, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, in *C.E.D. Cass.*, n. 259384.  
 Sez. 6, 8 aprile 2014, n. 18828, Renna, non massimata.  
 Sez. 4, 10 aprile 2014, n. 22326, Monaco, in *C.E.D. Cass.*, n. 259374.  
 Sez. 4, 14 maggio 2014, n. 21064, Napoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 259382.  
 Sez. 4, 15 maggio 2014, n. 22293, Kure, in *C.E.D. Cass.*, n. 259383.  
 Sez. 3, 21 maggio 2014, n. 25176, Amato, in *C.E.D. Cass.*, n. 259396.  
 Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, p. 1006 e ss.  
 Sez. 3, 12 giugno 2014, n. 27957, Tirocchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 259401.  
 Sez. 5, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, in *C.E.D. Cass.*, n. 262108.  
 Sez. 1, 17 giugno 2014, n. 29668, Cannizzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 263217.  
 Sez. 6, 15 luglio 2014, n. 32243, Tanzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 260326.  
 Sez. 1, 16 luglio 2014, n. 6278, Esposito, in *C.E.D. Cass.*, n. 262646.  
 Sez. 6, 23 settembre 2014, n. 39924, Grisorio, in *C.E.D. Cass.*, n. 260711.  
 Sez. 4, 25 settembre 2014, n. 44131, Sinisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 260641.  
 Sez. 4, 25 settembre 2014, n. 47278, Bronzino, in *C.E.D. Cass.*, n. 260734.  
 Sez. 4, 9 ottobre 2014, n. 47329, in *C.E.D. Cass.*, n. 260669.  
 Sez. 3, 6 novembre 2014, n. 52031, Rahman, in *C.E.D. Cass.*, n. 271709.  
 Sez. 2, 12 novembre 2014, n. 11648, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 262978.  
 Sez. 1, 18 novembre 2014, n. 52980, Cassia, non massimata.  
 Sez. 1, 25 novembre 2014, n. 51844, Riva, in *C.E.D. Cass.*, n. 261331.  
 Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2578 e ss.  
 Sez. 6, 2 dicembre 2014, n. 1409, Minardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 262403.  
 Sez. 1, 4 dicembre 2014, n. 53019, Schettino, in *C.E.D. Cass.*, n. 261581.  
 Sez. 3, 20 gennaio 2015, n. 19322, Ruggieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 263513.  
 Sez. 2, 27 gennaio 2015, n. 7683, Duric e al., in *C.E.D. Cass.*, n. 263431.  
 Sez. 5, 19 febbraio 2015, n. 13589, in *C.E.D. Cass.*, n. 262943.  
 Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Foro It.*, 2015, c. 718 e ss.  
 Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 1195 e ss.  
 Sez. I, 3 marzo 2015, n. 24384, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2015, p. 462.  
 Sez. 3, ord. 17 marzo 2015, n. 14961, in *Dir. e Giust.*, 2015, p. 32 e ss.  
 Sez. 6, 1 aprile 2015, n. 15927, Benedetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 263082.  
 Sez. 3, 30 aprile 2015, n. 40522, Carcano, in *C.E.D. Cass.*, n. 265499.  
 Sez. 4, 21 maggio 2015, n. 29807, in *C.E.D. Cass.*, n. 264111.  
 Sez. 1, 28 maggio 2015, n. 32193, Quaresima, in *C.E.D. Cass.*, n. 264257.  
 Sez. 1, 9 giugno 2015, n. 26860, Bagarella, in *C.E.D. Cass.*, n. 263961.  
 Sez. 3, 24 giugno 2015, n. 34902, Brughitta, in *C.E.D. Cass.*, n. 264153.  
 Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 166 e ss.  
 Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2514 e ss.  
 Sez. 5, 30 settembre 2015, n. 44897, Galiza Lima, in *C.E.D. Cass.*, n. 265529.

Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidì, in *Dir. e Giust.*, 2016, p. 10 e ss.

Sez. 1, 3 novembre 2015, n. 35465, Potenza, in *C.E.D. Cass.*, n. 267577.

Sez. 1, 4 novembre 2015, n. 1306, in *Dir. e Giust.*, 2016, p. 64 e ss.

Sez. 6 dicembre 2015, n. 1088, in *Ilpenalista.it*, 14 aprile 2016.

Sez. 2, 18 dicembre 2015, n. 1934, Spagnuolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 265823.

Sez. 5, 12 gennaio 2016, n. 15362, Gaccione, in *C.E.D. Cass.*, n. 266564.

Sez. 5, 20 gennaio 2016, n. 8639, De Paola, in *C.E.D. Cass.*, n. 266080.

Sez. 1, 27 gennaio 2016, n. 16021, non massimata.

Sez. 6, 10 febbraio 2016, n. 10169, Tamburini, in *C.E.D. Cass.*, n. 266513.

Sez. 5, 4 maggio 2016, n. 41676, Carletti, in *C.E.D. Cass.*, n. 268454.

Sez. 1, 24 maggio 2016, n. 46188, non massimata.

Sez. 5, 7 luglio 2016, n. 552, Jomle, in *C.E.D. Cass.*, n. 268593.

Sez. 5, 12 ottobre 2016, n. 51726, Sale, in *C.E.D. Cass.*, n. 268639.

Sez. 5, 12 ottobre 2016, n. 51736, Lopis, in *C.E.D. Cass.*, n. 268850.

Sez. 2, 14 marzo 2017, n. 14307, Musumeci, in *C.E.D. Cass.*, n. 269748.

Sez. 1, 28 marzo 2017, n. 35721, non massimata.

Sez. 6, 4 aprile 2017, n. 23052, Nahi.e al., in *C.E.D. Cass.*, n. 270489.

Sez. 3, 16 giugno 2017, n. 46468, Boiki, in *C.E.D. Cass.*, n. 271800.

Sez. 3, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, in *Ilpenalista.it*, 25 gennaio 2018.

Sez. 2, 5 settembre 2017, n. 40259, in *Arch. Giur. Circol. e Sinistri*, 2018, p. 139.

Sez. 2, 11 ottobre 2017, n. 54958, D'Onofrio, in *C.E.D. Cass.*, n. 271526.

Sez. 5, 17 ottobre 2017, n. 51615, Pala, in *C.E.D. Cass.*, n. 271604.

Sez. 1, 30 novembre 2017, n. 1776, Burzotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 272053.

Sez. Un., 30 novembre 2017, n. 3464, Matrone, in *C.E.D. Cass.*, n. 271831.

Sez. 3, 6 dicembre 2017, n. 7735, in *Dir. e Giust.*, 2018, p. 9 e ss.

Sez. 2, 11 gennaio 2018, n. 4727, in *C.E.D. Cass.*, n. 272014.

Sez. 3, 28 marzo 2018, n. 46049, Carestia, in *C.E.D. Cass.*, n. 274697.

Sez. 1, 9 maggio 2018, n. 24850, in *Dir. e Giust.*, 4 giugno 2018.

Sez. 3, 7 giugno 2018, n. 34139, Xhixha, in *C.E.D. Cass.*, n. 273677.

Sez. 5, 21 settembre 2018, n. 49546, Antinori, in *C.E.D. Cass.*, n. 274600.

Sez. 3, 10 ottobre 2018, n. 12691, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 8 e ss.

Sez. 1, 19 ottobre 2018, n. 20248, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 13 e ss.

Sez. 1, 30 ottobre 2018, n. 51692, Terenzi, in *Dir. e Giust.*, 2018, p. 6 e ss.

Sez. 4, 6 novembre 2018, n. 5064, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 2990.

Sez. 1, 4 dicembre 2018, n. 39, in *Ilpenalista.it*, 4 febbraio 2019.

Sez. 6, 11 dicembre 2018, n. 5210, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 2980.

Sez. 4, 13 dicembre 2018, n. 2321, non massimata.

Sez. 6, 19 dicembre 2018, n. 3819, Boutamara, in *C.E.D. Cass.*, n. 274962.

Sez. 6, 19 dicembre 2018, n. 6136, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 7 e ss.

Sez. 6, 19 dicembre 2018, n. 14721, Lodato, in *C.E.D. Cass.*, n. 275241.

Sez. 6, 10 gennaio 2019, n. 3828, Taha, in *C.E.D. Cass.*, n. 274981.

Sez. 6, 16 gennaio 2019, n. 17770, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 5 e ss.

Sez. 5, 23 gennaio 2019, n. 18304, Rosettani, in *C.E.D. Cass.*, n. 275915.

Sez. 3, 20 febbraio 2019, n. 14743, Amodio, in *C.E.D. Cass.*, n. 275392.

Sez. 5, 20 febbraio 2019, n. 23911, non massimata.

Sez. 4, 27 febbraio 2019, n. 26092, Belardinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 276582.

Sez. 5, 4 marzo 2019, n. 38879, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 3 e ss.

Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 12541, Ferraresi, in *C.E.D. Cass.*, n. 275925.

Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17119, in *C.E.D. Cass.*, n. 275898.

Sez. 3, 19 marzo 2019, n. 16790, in *Guida Dir.*, 2019, p. 81.

Sez. 3, 19 marzo 2019, n. 17562, non massimata.

Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 282 e ss.

Sez. 4, 2 aprile 2019, n. 17221, in *C.E.D. Cass.*, n. 275714.

Sez. 3, 3 aprile 2019, n. 20483, in *Guida Dir.*, 2019, p. 41.

Sez. 3, 4 aprile 2019, n. 28360, Argentiero, in *C.E.D. Cass.*, n. 276233.

Sez. 5, 16 aprile 2019, n. 19757, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 1210.

Sez. 6, 24 aprile 2019, n. 22976, Perdomo, in *C.E.D. Cass.*, n. 276295.

Sez. 2, 30 aprile 2019, n. 23548, in *C.E.D. Cass.*, n. 276120.

Sez. 5, 30 aprile 2019, n. 26425, Parigi, in *C.E.D. Cass.*, n. 276517.

Sez. 2, 30 aprile 2019, n. 37590, Giulivi, in *C.E.D. Cass.*, n. 277083.

Sez. 5, 9 maggio 2019, n. 44088, Dzemaili, in *C.E.D. Cass.*, n. 277845.

Sez. 5, 30 maggio 2019, n. 27666, Nirta, in *C.E.D. Cass.*, n. 276520.

Sez. 4, 27 giugno 2019, n. 31875, Mahzoum Mohamed, in *C.E.D. Cass.*, n. 276706.

Sez. 3, 5 luglio 2019, n. 38484, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 2483.

Sez. 3, 10 luglio 2019, n. 552, Bentivogli, in *C.E.D. Cass.*, n. 278014.

Sez. 6, 11 luglio 2019, n. 35809, Ruggiero, in *C.E.D. Cass.*, n. 277198.

Sez. 5, 11 luglio 2019, n. 37201, Ruggieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 276852.

Sez. 3, 17 luglio 2019, n. 43119, Falconi, in *C.E.D. Cass.*, n. 277263.

Sez. 4, 24 luglio 2019, n. 33252, Vilardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 276298.

Sez. 6, 10 settembre 2019, n. 41963, Tamburini, in *C.E.D. Cass.*, n. 277371.

Sez. 4, 10 settembre 2019, n. 49753, non massimata.

Sez. 6, 11 settembre 2019, n. 43641, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 6 e ss.

Sez. 5, 11 settembre 2019, n. 47621, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 278036.

Sez. 6, 12 settembre 2019, n. 41461, Baglio Emiliano, in *C.E.D. Cass.*, n. 276803.

Sez. 6, 25 settembre 2019, n. 419, non massimata.

Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 21369, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 7 e ss.

Sez. 6, 3 ottobre 2019, n. 44625, in *Dir. e Giust.*, 2019, p. 13 e ss.

Sez. 4, 3 ottobre 2019, n. 49757, non massimata.

Sez. 6, 8 ottobre 2019, n. 45876, Sallmani Ervin, in *C.E.D. Cass.*, n. 277435.

Sez. 1, 30 ottobre 2019, n. 595, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 4 e ss.  
Sez. 1, 12 novembre 2019, n. 3280, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 2474.  
Sez. 1, 26 novembre 2019, n. 4085, Greganti, in *C.E.D. Cass.*, n. 278286.  
Sez. 5, 30 gennaio 2020, n. 13787, Ottoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 279201.  
Sez. 1, 3 marzo 2020, n. 13072, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 12 e ss.  
Sez. 3, 10 giugno 2020, n. 19106, non massimata.  
Sez. 1, 22 giugno 2020, n. 24615, non massimata.  
Sez. 6, 9 luglio 2020, n. 23517, in *Dir. e Giust.*, 6 novembre 2020.  
Sez. 1, 9 luglio 2020, n. 23588, Carniti, in *C.E.D. Cass.*, n. 279522.  
Sez. 4, 10 luglio 2020, n. 21901, in *Dir. e Giust.*, 2020, p. 10 e ss.  
Sez. 3, 16 luglio 2020, n. 26820, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 1741.  
Sez. 2, 10 settembre 2020, n. 30198, Di Mauro, in *C.E.D. Cass.*, n. 279905.  
Sez. 1, 30 settembre 2020, ord. n. 448, non massimata.  
Sez. 5, 5 novembre 2020, n. 34088, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 2496.  
Sez. 5, 20 novembre 2020, n. 1205, Magini, in *C.E.D. Cass.*, n. 280434.  
Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 1964 e ss.  
Sez. 4, 27 gennaio 2021, n. 6510, Di Maria, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 2850.  
Sez. Un., 25 marzo 2021, n. 30305, in *Dir. e Giust.*, 2021, p. 4 e ss.  
Sez. 4, 18 maggio 2021, n. 24897, Bara, in *C.E.D. Cass.*, n. 281488.  
Sez. 2, 25 giugno 2021, n. 28306, Perrella, in *C.E.D. Cass.*, n. 281804.

### **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**

C. EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ric. n. 10249/03, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 841 e ss.  
C. EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, n. 42750/09, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 684 e ss.  
C. EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia, ric. n. 1828/06 e al., in *Cass. Pen.*, 2018, p. 3927 e ss.