

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2022

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

**PENA ILLEGALE O MERAMENTE ILLEGITTIMA?
ALLE SEZIONI UNITE LA DECISIONE SULLA POSSIBILITÀ
PER LA CORTE DI CASSAZIONE DI RIDURRE LA PENA INFLITTA
DAL GIUDICE DI PRIMO GRADO PER IL RITO ABBREVIATO
NELLA MISURA LEGALMENTE DETERMINATA**

*Nota a [Cass., Sez. IV, ord. 25 novembre 2021 \(dep. 16 dicembre 2021\),
n. 46024, Pres. Ciampi, est. Esposito](#)*

di Greta Accatino

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. Le questioni sul tappeto. – 3.1. (Segue) Il principio di retroattività della *lex mitior* – 3.2. (Segue) Le norme soggette al principio di retroattività della *lex mitior* – 4. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda processuale.

Con l’ordinanza in commento, la quarta sezione penale della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la soluzione del quesito relativo alla possibilità – da parte del giudice di legittimità – di disporre la riduzione della metà della pena per il rito abbreviato, qualora il giudice di primo grado l’abbia erroneamente ridotta in misura inferiore e, tuttavia, la questione non sia stata prospettata dall’imputato con l’atto di appello, bensì soltanto successivamente, con il ricorso per cassazione.

Com’è noto, si tratta di un tema assai dibattuto, che s’inserisce nell’ampio contesto dei poteri di intervento della Corte di cassazione sulla determinazione della pena e che, da lungo tempo e sotto molteplici punti di vista, ha impegnato la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza. Il riferimento va, in particolare, al problema dell’illegalità della pena e della possibilità di “rivedere” il giudicato di condanna per ricondurre quest’ultima nei parametri costituzionali¹. Com’è stato da più parti osservato, infatti, il

¹ Cass. Pen., Sez. Un., sent. 26 febbraio 2015, n. 37107, in *Cassazione Penale*, n. 12/2015, p. 4341: si tratta di un tema che, come rilevano i giudici di legittimità, ha impegnato negli ultimi anni tanto la Corte di cassazione quanto la Corte costituzionale e che chiama in causa la complessa questione dell’intangibilità della *res iudicata*.

Tra gli altri, in un’ampia panoramica temporale, G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, V. SCARABBA, *Il giudicato e la Cedu*, Padova, Cedam, 2012, F. GAITO, *L’immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Archivio Penale*, n. 3/2013, p. 1, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, pp. 204-205, nonché a B. LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Torino, Università degli Studi di Torino,

principio di intangibilità del giudicato – tradizionalmente considerato un attributo imprescindibile della *res iudicata* e, ciononostante, già “incrinato” per via dell’ampliamento, ad opera del codice di procedura penale del 1988, del novero dei rimedi modificativi e revocatori – è oggetto alla data odierna di un inarrestabile “processo erosivo”². E, invero, l’intera storia del giudicato penale nell’ordinamento giuridico italiano è stata caratterizzata, da un lato, da altisonanti affermazioni «circa il valore di un monolite d’indiscutibile portata assiologica» e, dall’altro, da «aperture liberali, che legano il valore conoscitivo del *decisum* agli effetti endo- ed esoprocessuali della cosa giudicata, in chiave di garanzia dell’accusato»³.

Il tema è all’evidenza impossibile da ricostruire qui nel dettaglio, oltre che indubbiamente più ampio rispetto a quello rimesso allo scrutinio delle Sezioni Unite, di talché ci si limiterà nel prosieguo a focalizzare l’attenzione sulla questione oggetto dell’ordinanza di remissione.

Pare opportuno, innanzitutto, muovere da una breve ricostruzione dei presupposti della vicenda.

All’imputato veniva contestato di aver guidato in stato di ebbrezza in conseguenza dell’uso di bevande alcoliche, in violazione dell’art. 186, commi 1 e 2, lett. b) e 2-sexies del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e successive modifiche. Il Tribunale di Milano, all’esito di giudizio abbreviato, condannava l’imputato alla pena, sospesa condizionalmente, di giorni quaranta di arresto e di euro duemila di ammenda, con sospensione altresì della patente di guida per la durata di mesi sei. Nell’occasione, tuttavia, il giudice di prime cure erroneamente provvedeva a determinare la pena finale da infliggere all’imputato, in violazione del disposto di cui all’art. 442, comma 2, cod. proc. pen., disponendo – cioè – che la pena da irrogare in concreto dovesse essere diminuita nella misura di un terzo, per avere il prevenuto optato per il rito speciale di cui si è detto.

Giova sul punto, per comprendere l’errore in ordine al trattamento sanzionatorio in cui è incorso il giudice di merito, ripercorrere l’evoluzione normativa della disposizione testé richiamata. Com’è noto, infatti, l’art. 442, comma 2, cod. proc. pen. – nella sua originaria formulazione – prevedeva che colui che avesse avanzato richiesta di giudizio abbreviato dovesse beneficiare, in caso di condanna, di uno sconto di pena pari a un terzo. Detta norma, nondimeno, è stata modificata dall’art. 1, comma 44, della L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando), con decorrenza dal 3 agosto 2017 e risulta ad oggi formulata nei seguenti termini: «In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto».

2019.

² B. LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 7: il principio in discorso è oggetto di un tale “processo erosivo” «per via dei riflessi, nell’ordinamento interno, della normativa e della giurisprudenza internazionali e sovranazionali, che, nell’intento di assicurare una più ampia e uniforme tutela dei diritti umani, si stanno dimostrando sempre più “pervasive” anche in settori – come appunto la *matière pénale* – tradizionalmente lasciati all’autonomia dei singoli Stati».

³ E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 12.

Orbene, – di ciò si duole la difesa – poiché la fattispecie contestata all'imputato è una contravvenzione, il Tribunale avrebbe dovuto ridurre la pena da infliggere al predetto nella misura della metà, invece che di un terzo.

Questo aspetto non è in discussione, essendo il processo stato celebrato nel vigore della nuova normativa⁴. Tuttavia – qui sorge il problema – la sentenza del Tribunale di Milano veniva successivamente confermata dal giudice di seconde cure, senza che la difesa dell'imputato avesse chiesto, con l'atto di appello, la riforma di detto provvedimento in punto pena.

Presentava, pertanto, ricorso per cassazione l'imputato avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione con riferimento all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen.

Si rappresentava, segnatamente, come la Corte d'appello avesse erroneamente disposto la riduzione di pena per il rito abbreviato nella misura di un terzo anziché della metà, osservando come – vertendosi nella fattispecie in ipotesi di palese errore materiale di calcolo circa il trattamento sanzionatorio – tale motivo di impugnazione fosse stato legittimamente proposto per la prima volta con il ricorso per cassazione. Si chiedeva, quindi, al giudice di legittimità di porre rimedio all'errore di calcolo in cui era incorso il Tribunale, procedendo alla corretta determinazione della pena da infliggere al ricorrente.

2. Il contrasto giurisprudenziale.

Così ricostruito il contesto fattuale della vicenda, è bene ora dar conto delle ragioni che hanno indotto la quarta sezione penale a rimettere il ricorso alla Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione.

Sussiste sulla questione prospettata, invero, un insanabile contrasto in seno alla Corte di legittimità.

Un primo orientamento afferma che non potrebbe essere fatta valere per la prima volta con il ricorso per cassazione l'applicazione della più favorevole riduzione per il rito abbreviato nella misura della metà invece che di un terzo, ove non richiesta già nel giudizio d'appello celebrato nel vigore della nuova normativa.

La principale argomentazione a sostegno di detta impostazione è quella secondo cui, in un'ipotesi siffatta, non si dovrebbe parlare di illegalità, bensì più propriamente di illegittimità della pena per via dell'erronea applicazione di una legge processuale.

La pena illegale – si afferma – ricorrerebbe «nei soli casi di sanzione non prevista dalle legge per specie o quantità o di errore nel computo aritmetico», laddove invece, nella fattispecie in esame, «la quantificazione sarebbe stata operata in violazione del

⁴ L'ordinanza non è esplicita sul punto. Nondimeno, si evince dal reiterato utilizzo dell'avverbio "erroneamente", nonché dai numerosi riferimenti disseminati nel testo del provvedimento al "palese errore materiale di calcolo in ordine al trattamento sanzionatorio" che la celebrazione del processo di primo grado è avvenuta in epoca successiva all'entrata in vigore della L. 23 giugno 2017, n. 103.

criterio di riduzione stabilito dalla legge processuale»⁵. Ne consegue che il vizio sarebbe denunciabile – e ad esso potrebbe porsi rimedio – unicamente con gli ordinari mezzi di impugnazione e che la mancata deduzione dell'errore in cui è incorso il giudice di prime cure con l'appello determinerebbe l'inammissibilità del ricorso per cassazione⁶.

Il disposto dell'art. 606, comma 3, cod. proc. pen., enuncia, d'altronde, il principio di tassatività dei motivi di ricorso e sanziona – appunto – con l'inammissibilità quest'ultimo, qualora sia «proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli artt. 569⁷ e 609 comma 2⁸, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello»⁹.

L'opposta linea interpretativa propende, invece, per l'ammissibilità del ricorso per cassazione con cui si faccia valere per la prima volta l'erronea applicazione della diminuzione per il rito abbreviato, celebrato a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 23 giugno 2017, n. 103, per un reato contravvenzionale commesso in epoca antecedente a detta novella.

Si sostiene sul punto che, sebbene l'art. 442, cod. proc. pen., sia norma processuale, gli effetti della riduzione della pena prevista per il giudizio abbreviato avrebbero, viceversa, natura sostanziale¹⁰. Un'intima e inscindibile connessione

⁵ Cass. Pen., Sez. IV, ord. 25 novembre 2021 (dep. 16 dicembre 2021), n. 46024.

⁶ La sezione rimettente cita a conforto dell'interpretazione di cui si è dato conto una pluralità di precedenti recentissimi della Corte di cassazione, tra i quali si ricorda Cass. Pen., Sez. I, sent. 8 luglio 2020, n. 22313, che ha escluso altresì l'esperibilità dei rimedi dell'incidente di esecuzione e della correzione dell'errore materiale, non vertendosi in ipotesi di pena legale né di errore nel computo aritmetico della pena, bensì di mera violazione del criterio fissato dalla legge processuale nella determinazione della riduzione di pena per il rito abbreviato.

⁷ Il riferimento è al c.d. ricorso *per saltum*.

⁸ La norma citata si riferisce alle questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, nonché a quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello.

⁹ La *ratio* della disposizione è essenzialmente quella di evitare «che possa sempre essere rilevato un difetto di motivazione della sentenza di secondo grado con riguardo ad un punto del ricorso, non investito dal controllo della Corte di appello, perché non segnalato con i motivi di gravame (Sez. 4, n. 10611 del 04/12/2012 ud., dep. 07/03/2013, rv. 256631; v. anche da ultimo Sez. 3, n. 16610 del 24/01/2017 ud., dep. 04/04/2017, rv. 269632, secondo cui non possono essere dedotte con il ricorso per cassazione questioni sulle quali il giudice di appello abbia correttamente ommesso di pronunciare, perché non devolute alla sua cognizione)». Si vedano in questi termini, tra le altre, Cass. Pen., Sez. IV, sent. 18 maggio 2021 (dep. 30 giugno 2021), n. 24897, nonché Cass. Pen., Sez. III, sent. del 1 luglio 2008 (dep. 19 settembre 2008), n. 35889, Cass. Pen., Sez. IV, sent. del 4 dicembre 2012 (dep. 7 marzo 2013), n. 10611, Cass. Pen., Sez. III, del 17 giugno 2021 (dep. 27 settembre 2021) n. 35494.

¹⁰ Si tratta di un'affermazione ricorrente nella giurisprudenza fin da C. eur. dir. uomo, *Scoppola c. Italia* (N° 2), ([GC], no. 10249/03, 17 settembre 2009), §§ 111-113), ove si legge che l'art. 442 citato s'inserisce nel codice di rito, «le cui disposizioni regolano normalmente la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati. Tuttavia, la qualifica nel diritto interno del testo di legge interessato non può essere determinante. In effetti, se è vero che gli articoli 438 e 441 - 443 del CPP descrivono il campo di applicazione e le fasi processuali del giudizio abbreviato, rimane comunque il fatto che il paragrafo 2 dell'articolo 442 è interamente dedicato alla severità della pena da infliggere quando il processo si è svolto secondo questa procedura semplificata. In particolare, all'epoca in cui il ricorrente ha commesso i reati, tale disposizione prevedeva che, in caso di condanna, la pena fissata dal giudice era ridotta di un terzo. La legge n. 479 del 1999, entrata in vigore prima dell'udienza preliminare del processo del ricorrente, ha poi precisato che la pena dell'ergastolo era sostituita da quella della reclusione di anni trenta [...]».

avvincerebbe, cioè, i profili processuali e quelli sostanziali della disposizione codicistica, il che imporrebbe di applicare la complessa disciplina di cui all'art. 2 cod. pen.¹¹ Inoltre, l'applicabilità del più favorevole trattamento sanzionatorio «sarebbe rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., disposizione ormai divenuta strumento interno di attuazione del principio sovranazionale della retroattività della *lex mitior*»¹².

3. Le questioni sul tappeto.

La trattazione del ricorso in discussione è fissata per l'udienza pubblica del 31 marzo 2022 e, tuttavia, nell'attesa di conoscere le determinazioni del Supremo Consesso, la rilevanza delle questioni prospettate impone di svolgere alcune preliminari considerazioni.

3.1. (Segue) Il principio di retroattività della *lex mitior*.

Innanzitutto, occorre richiamare il disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., che, nell'affermare che «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», scolpisce il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole¹³.

La norma non esplicita, viceversa, il principio di retroattività della *lex mitior*, ossia della legge che determini un'*abolitio criminis* o introduca una mitigazione della risposta

112. Senza alcun dubbio le sanzioni menzionate all'articolo 442 § 2 del CPP sono state imposte a seguito di una condanna per un "reato" [...] erano definite "penali" nel diritto interno ed avevano 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 [...].

113. Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che l'articolo 442 § 2 del CPP sia una disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato. Essa ricade dunque nel campo di applicazione dell'ultimo capoverso dell'articolo 7 § 1 della Convenzione».

¹¹ Tra le sentenze riportate nell'ordinanza in esame a sostegno della linea interpretativa di cui si discorre vi è Cass. Pen., Sez. IV, sent. 18 maggio 2021 (dep. 30 giugno 2021), n. 24897, ove si legge che: «[È] ormai acquisito nel nostro sistema giuridico il principio secondo cui il trattamento sanzionatorio, anche laddove collegato alla scelta del rito, finisce sempre con avere ricadute sostanziali ed è, dunque, soggetto alla complessiva disciplina di cui all'art. 2 c.p., pur restando tuttora confermato che la riduzione di pena prevista dall'art. 442 c.p.p., comma 2, finalizzata alla produzione di effetti puramente premiali in funzione di una specifica scelta processuale operata dall'imputato, va applicata per ultima, sulla pena quantificata dal giudice, comprensiva anche dell'eventuale aumento per la ritenuta continuazione (Sez. 6, n. 9622 del 10/09/1992 ud., dep. 02/10/1992, rv. 191857)».

¹² Cass. Pen., Sez. IV, ord. 25 novembre 2021 (dep. 16 dicembre 2021), n. 46024.

¹³ Si vedano sul punto G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli Editore, 2019, pp. 97 ss., C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2020, pp. 107 ss. e altresì G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2021, pp. 117 ss.

punitiva rispetto a una data condotta¹⁴, di talché si è ripetutamente posto in giurisprudenza, negli anni, il problema della sua copertura costituzionale.

Il Giudice delle Leggi, che ha dapprima escluso la possibilità di rinvenire nell'art. 25, comma 2, Cost., il fondamento normativo del principio di retroattività della legge penale più favorevole¹⁵, ha successivamente affermato che detto principio non è privo di un fondamento costituzionale in virtù del principio di uguaglianza¹⁶.

Ne discende, ad avviso di questo orientamento, che il principio di retroattività della legge penale favorevole è «susceptibile di limitazioni e deroghe, ma [...] tali limitazioni e deroghe devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo»¹⁷.

Tanto premesso, vi è poi da rilevare come il principio di retroattività della *lex mitior* sia sancito a livello internazionale ed eurounitario all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, per come interpretato dalle Corti europea dei diritti dell'uomo¹⁸, all'art. 15, comma 1, del Patto internazionale

¹⁴ M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, pp. 1-5.

¹⁵ Il principio di retroattività della norma più favorevole non ha, diversamente dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, «per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, 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» (Corte cost., sent. 8 novembre 2006 (dep. 23 novembre 2006), n. 394, su www.giurcost.org).

¹⁶ Il principio di uguaglianza impone, in linea generale, «di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (Corte cost., sent. 8 novembre 2006 (dep. 23 novembre 2006), n. 394, su www.giurcost.org).

È in forza del principio di cui all'art. 3 Cost., infatti, che «la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'*abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa (sentenze n. 394 e 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978 e n. 164 del 1974)» (Corte cost., sent. 9 giugno 2008 (dep. 18 giugno 2008), n. 215, su www.giurcost.org).

Si veda sul tema ampiamente: F. POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, pp. 2 ss.

¹⁷ Corte cost., sent. 9 giugno 2008 (dep. 18 giugno 2008), n. 215, su www.giurcost.org.

¹⁸ La Corte di Strasburgo ha il compito di interpretare le norme della Convenzione EDU e la sua interpretazione è vincolante innanzitutto per quanto riguarda lo specifico caso deciso, a norma dell'art. 46, comma 1, del testo convenzionale. Sono, a questo proposito, significative le parole di F. VIGANÒ, [Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012, p. 9, secondo cui è importante chiarire che il ruolo della Corte di Strasburgo non è quello di giudice ultimo di ogni singolo caso in cui un soggetto assuma di essere stato vittima di una violazione dei suoi diritti garantiti dalla Convenzione, bensì di interprete ultimo della Convenzione stessa. Questa dev'essere, al contrario, interpretata e applicata quotidianamente dai giudici nazionali nell'ambito dei rispettivi ordinamenti.

Ma vi è di più: la Corte svolge anche una funzione nomofilattica in materia di diritti (L. MONTANARI, *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra giudici*, in S. Gambino (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 281). Ciò risponde all'esigenza di assicurare «un alto grado di coerenza nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione da una causa all'altra» (si veda sul punto l'*Opinione preliminare della Corte in preparazione della Conferenza di Brighton*, adottata dalla

relativo ai diritti civili e politici, nonché all'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'art. 7 della Convenzione EDU, in particolare, non accoglie «soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma [consacra] anche quello di retroattività della legge penale più favorevole al reo; elevando dunque il principio di retroattività della *lex mitior* a diritto fondamentale della persona»¹⁹. Di conseguenza, quando la legge penale in vigore all'epoca della commissione del fatto differisce dalle leggi posteriori eventualmente intervenute prima della pronuncia di una sentenza definitiva, il giudice deve applicare quella le cui norme sono più favorevoli all'imputato²⁰. Accogliendo una diversa impostazione, infatti, si

Corte EDU in seduta plenaria il 20 febbraio 2012, il cui testo tradotto in italiano è disponibile su Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi, *L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2012, pp. 12-18).

¹⁹ M. GAMBARDILLA, *L'intervento della Corte costituzionale sui "casi analoghi" a quello deciso dalla Corte europea "Scoppola". Un'ulteriore conferma del rango di diritto fondamentale del principio di retroattività della lex mitior*, in *Legislazione Penale*, n. 4/2013, p. 1097, ove la sentenza della Corte EDU del 2009 sul caso Scoppola contro Italia viene definita come un vero e proprio "spartiacque". Nel 1978, infatti, la Commissione europea aveva affermato che l'art. 7 CEDU non sanciva «il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato» (Commissione eur. dir. uomo, *X c. Germania* (no. 7900/77, 6 marzo 1978) in «Décisions et Rapports (DR)», 13, pp. 70-72). Tuttavia, dato che la Corte non è formalmente obbligata a conformarsi alle proprie decisioni anteriori, che il testo convenzionale va interpretato e applicato in modo da renderne le garanzie «concrete e effettive, e non teoriche e illusorie» e che è trascorso un lungo lasso di tempo da quando la Commissione si è pronunciata nel caso *X c. Germania*, tempo in cui è entrata in vigore la Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, oltre che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si può affermare che «l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, [sia] divenuta un principio fondamentale del diritto penale» (C. eur. dir. uomo, *Scoppola c. Italia* (N° 2), cit., §§ 104-106).

Sull'art. 7 CEDU si rimanda, poi, al contributo di F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pp. 11 ss., ove si legge che «la dimensione convenzionale del *nullum crimen* offr[er]e una protezione più estesa alla prevedibilità della decisione giudiziale rispetto a quanto non faccia il combinato disposto, puramente 'interno', degli artt. 25, co. 2, e 27, co. 1 e 3, Cost.». Ciò si può affermare – prosegue Viganò – dato che il fulcro della protezione apprestata dalla disposizione in esame è dato dall'interesse dell'individuo a essere tutelato contro l'esercizio, imprevedibile e incalcolabile, del potere punitivo. Il *nullum crimen* convenzionale, quindi, si configura come un diritto del singolo cui si correla il dovere degli organi e poteri dello Stato di fissare chiaramente e in modo a tutti comprensibile «i contenuti dei precetti penalmente sanzionati». È però vero – come si legge in C. eur. dir. uomo, *Scoppola c. Italia* (N° 2), cit., §§ 100 ss. – che le leggi hanno carattere generale e, quindi, il loro testo non può essere assolutamente preciso. Non a caso, infatti, una delle tecniche di cui si avvale il legislatore, quando esercita il suo potere riconosciutogli *ex lege*, è il ricorso a categorie generali, piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi, poi, si caratterizzano per l'uso di formule più o meno vaghe, la cui portata necessita di essere chiarita. Pertanto, dato che la giurisprudenza contribuisce all'evoluzione del diritto penale, intervenendo a dissipare i dubbi circa il significato da attribuire alle norme di legge, l'art. 7 CEDU non può essere interpretato nel senso di vietare «la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile».

Sul punto si veda anche V. MANES, [Retroattività, diritto e processo penale \(da Scoppola a Contrada\)](#), in *Questione Giustizia*, aprile 2019, p. 301 e, per quanto concerne il tema della retroattività *in mitius* delle norme sulle sanzioni amministrative, i richiami che al caso Scoppola fa R. BERNABAI, [Dialogo tra le corti e giurisprudenze a confronto sulla controversa natura delle sanzioni amministrative](#), in *Questione Giustizia*, aprile 2019, p. 352.

²⁰ C. eur. dir. uomo, *Scoppola c. Italia* (N° 2), cit., § 109.

arriverebbe all'esito paradossale di ignorare i mutamenti legislativi intervenuti, in *favor rei*, prima della sentenza e di continuare a infliggere pene che tanto lo Stato quanto la collettività tutta percepiscono come eccessive²¹.

È quindi possibile affermare, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, che alla data odierna il principio di retroattività della *lex mitior* si atteggia a principio autonomo di rilievo costituzionale, affrancato da quello di uguaglianza e fondato su fonti sovranazionali²²... Un principio tuttavia relativo, che può subire deroghe e limitazioni, le quali sono costituzionalmente legittime qualora superino un vaglio positivo di ragionevolezza²³.

Un fondamento al principio di retroattività *in mitius* si rinviene poi, a livello di legislazione ordinaria, nell'art. 2, cod. pen., che, nei commi successivi al primo²⁴, disciplina la successione delle leggi penali nel tempo, improntando la materia al canone

²¹ *Ibidem*, § 108.

²² Quanto ai rapporti tra l'ordinamento italiano, da un lato, e i sistemi unionale e convenzionale, dall'altro, basti qui ricordare che, a seguito delle note pronunce della Corte costituzionale, passate alla storia come le "sentenze gemelle", del 2007 – si allude a Corte cost., sent. 22 ottobre 2007 (dep. 24 ottobre 2007), nn. 348 e 349 – il nostro ordinamento interno poggia oggi su una rinnovata gerarchia delle fonti. Come si ricava da queste decisioni, infatti, a differenza del diritto dell'Unione Europea, originario e derivato, il cui fondamento costituzionale si rintraccia nell'art. 11, Cost., la Convenzione EDU va annoverata nell'ambito del diritto internazionale pattizio. Concordano sul punto F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Archivio Penale*, n. 3/2013, pp. 1-2 e A. QUARTARELLA, *Danni da processo iniquo: nuovo caso di revisione della sentenza penale*, su www.altalex.it, p. 1. Ne discende che, per quanto riguarda le norme della Convenzione Europea, il parametro normativo è rappresentato dall'art. 117, comma 1, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

Se, quindi, la normativa nazionale confliggente con quella dell'Unione Europea deve essere disapplicata dal giudice nazionale per dare attuazione alla normativa comunitaria, data la supremazia di questa, qualora invece si verifichi un contrasto tra una norma interna e una disposizione della Convenzione EDU, il giudice nazionale non può fare altrettanto (cfr. F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, cit., p. 2). La Convenzione EDU, infatti, non può essere considerata come una norma internazionale capace di limitare la sovranità nazionale (cfr. Corte cost., sent. 16 dicembre 1980 (dep. 22 dicembre 1980), n. 188, in «Giur. cost.», 1980, p. 1627). Gli eventuali contrasti tra dettato costituzionale e testo convenzionale non generano, invero, problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni circa la collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale (cfr. Corte cost., sent. 22 ottobre 2007 (dep. 24 ottobre 2007), n. 348, in «Giur. cost.», 2007, p. 3508). Il giudice nazionale che si trovi di fronte a una norma interna incompatibile con una della Convenzione EDU è tenuto, perciò, a tentare in primo luogo di interpretare la norma nazionale conformemente alla Convenzione Europea e, nell'ipotesi in cui tale operazione non risulti possibile, deve sollevare questione di legittimità costituzionale. Spetta a questo punto alla Corte costituzionale verificare che il contrasto sussista, che non sia sanabile ricorrendo a un'interpretazione della norma interna convenzionalmente orientata e che sia un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello assicurato dalla norma CEDU ad aver originato il contrasto (cfr. R. DICKMAN, [Corte costituzionale e contro limiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU \(dalle sent. nn. 348 e 349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012\)](http://www.federalismi.it), su www.federalismi.it, 16 settembre 2013, pp. 22-23). Dopodiché, la Corte deve dichiarare l'illegittimità della disposizione interna per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma della CEDU invocata (*Ibidem*, p. 23).

²³ Si vedano in questo senso segnatamente: Corte cost., sentenze n. 215 del 2008, n. 394 del 2006, n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978.

²⁴ L'art. 2, comma 1, cod. pen. riguarda, invece, l'ipotesi della nuova incriminazione e ribadisce il principio, già espresso all'art. 25, comma 2 Cost., dell'irretroattività della legge successiva.

della retroattività delle disposizioni penali più favorevoli al reo²⁵. L'art. 2, comma 4, cod. pen., in particolare, nell'affermare che «[s]e la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo», fa salvo il caso che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile²⁶.

3.2. (Segue) Le norme soggette al principio di retroattività della *lex mitior*.

Così brevemente ricostruita la mappa del canone della *lex mitior* nel nostro ordinamento, occorre chiedersi quali norme penali formino oggetto del principio di retroattività *in mitius*.

Si tratta, all'evidenza, di una questione dirimente per inquadrare l'interrogativo rimesso alla decisione delle Sezioni Unite.

Pare doveroso distinguere sul punto l'interpretazione fornita della Corte di Strasburgo da quella fatta propria, invece, dalla giurisprudenza costituzionale. Se è vero, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che il principio di retroattività *in mitius* concerne solo «le disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»²⁷, rileva nondimeno il Giudice delle Leggi che il principio di cui all'art. 2, comma 4, cod. pen. riguarda «ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo»²⁸.

Se è pacifico che quanto detto si applichi alle norme penali sostanziali, tuttavia, nel caso oggetto dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, la disposizione in considerazione è inserita nell'ambito della disciplina processuale penale, per la quale vige il diverso principio del *tempus regit actum*. Tale principio impone, infatti, di aver riguardo – nell'applicare la disciplina codicistica – alla norma in vigore nel momento in cui l'atto del procedimento viene ad essere compiuto²⁹. Si pone, quindi, il problema

²⁵ F. VIGANÒ, [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine alla sentenza n. 236/2011](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011, pp. 3 ss., nonché C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Archivio Penale*, n. 1/2013, p. 97.

²⁶ Un'espressa deroga al principio si rinviene nel comma immediatamente precedente quello in esame: a mente dell'art. 2, comma 3, cod. pen., infatti, se 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.

²⁷ C. eur. dir. uomo, *Scoppola c. Italia* (N° 2), cit., § 110, nonché – nello stesso senso – C. eur. dir. uomo, *Affaire Morabito c. Italia*, (no. 58572/00, 27 aprile 2010).

²⁸ Corte cost., sent. 19 luglio 2011 (dep. 22 luglio 2011), n. 236, su www.giurcost.org.

²⁹ Per “*actus*” deve, perciò, intendersi ogni atto o fatto processuale giuridicamente rilevante. Non è possibile, invece, come pur è stato autorevolmente sostenuto, riferire la nozione all'intero processo, conclusione che, «continuando la disciplina previgente a regolare l'intero rapporto processuale già insorto, implicherebbe la sostituzione del principio dell'efficacia immediata delle nuove norme con l'efficacia differita delle stesse». Ancora: «E ciò senza considerare che “altrettanto inaccettabile sarebbe la pretesa di portare alla fine quei processi continuando ad avvalersi delle vecchie norme: sarebbe come far vivere insieme, indefinitamente, due codici, con duplicità di strutture, anacronistica anche sul piano concreto”» (cfr. G.G. MEZIO, *Successione*

dell'applicabilità dei principi di irretroattività della legge sfavorevole e di retroattività *in mitius* alle norme processuali con risvolti sostanziali.

Ebbene, secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza, sono norme processuali, non soggette quindi alla disciplina di cui all'art. 2, cod. pen., quelle relative all'esecuzione della pena e alle misure alternative alla detenzione. Tale impostazione è stata, tuttavia, di recente parzialmente superata dalla Corte costituzionale, che ha con ciò mostrato di avere a cuore più la sostanza che la forma del principio costituzionale citato, attuando una vera e propria "rivoluzione di sistema"³⁰.

Si allude ad una nota pronuncia – Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32 – dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3³¹, nella cui motivazione si afferma chiaramente che la regola secondo la quale le pene devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione³² soffre un'importante eccezione «allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato»³³. Nella fattispecie esaminata dalla Corte costituzionale, invero, per via della modifica normativa sopravvenuta al fatto recata dalla legge c.d. Spazzacorrotti, la pena – dapprima suscettibile di essere scontata fuori delle mura carcerarie con misure alternative – diveniva eseguibile di regola all'interno del carcere, trasformandosi, quindi, in un *aliud* rispetto a quella prevedibile al momento del fatto. Ad avviso del Giudice delle Leggi, ciò è inaccettabile e va, perciò, esclusa in casi di questo tipo, a mente dell'art. 25, comma 2, Cost., la possibilità di applicare tale modifica normativa anche ai condannati per fatti commessi anteriormente alla novella³⁴. Rileva poi la Corte come detta conclusione – affermata per la disciplina

di leggi penali nel tempo e individuazione del giudice competente per connessione, in *Cassazione Penale*, n. 1/2015, p. 314, che cita sul punto G. CONSO).

³⁰ V. MANES, F. MAZZACUVA, [Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32](#), in questa *Rivista*, p. 2. Si allude a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020 (dep. 26 febbraio 2020), n. 32, che ha rappresentato – ad avviso degli Autori – una svolta coraggiosa «perché – a dispetto di un atteggiamento di diniego reiterato anche di recente in taluni indirizzi giurisprudenziali – [la Corte costituzionale] ha [avuto] il coraggio di penetrare nei sobborghi rimossi dell'esecuzione penale, bonificando dalle incrostazioni più formalistiche ed illiberali un settore tradizionalmente considerato quasi *ius exceptum*, come tale sottratto al dominio dell'art. 25/2 Cost.».

³¹ La norma è stata dichiarata incostituzionale in quanto interpretata nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione.

³² Si tratta, all'evidenza, dell'enunciazione del principio *tempus regit actum*: le pene, infatti, non devono eseguirsi in base alla legge in vigore al tempo della commissione del reato, bensì a quella vigente al momento dell'esecuzione.

³³ Corte cost., sent. 12 febbraio 2020 (dep. 26 febbraio 2020), n. 32, su www.giurcost.org.

³⁴ Si legge a questo proposito nella pronuncia della Corte: «Tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica

delle misure alternative alla detenzione e della liberazione condizionale – vada ribadita anche rispetto al divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione e come a ciò non osti la collocazione dell’art. 656, comma 9, lett. a), nel codice di procedura penale, circostanza da cui «la giurisprudenza sinora unanime [...] ha dedotto la sua sottoposizione al generale principio *tempus regit actum*»³⁵. Non può mai considerarsi decisiva, infatti, ai fini dell’individuazione dello statuto costituzionale di garanzia applicabile ad una disposizione, la sua collocazione topografica³⁶. Del resto, se è vero che la giurisprudenza costituzionale ha già esteso le garanzie che discendono dall’art. 25, comma 2, Cost. a norme non qualificate formalmente come penali dal legislatore³⁷, «[t]ale principio non può non valere anche rispetto alle norme collocate nel codice di procedura penale, allorché incidano direttamente sulla qualità e quantità della pena in concreto applicabile al condannato»³⁸.

Vi è, quindi, da chiedersi se la pena inflitta in violazione della disciplina in materia di rito abbreviato sia nel caso di specie meramente illegittima o vera e propria pena illegale.

Come è stato recentemente osservato, la giurisprudenza di legittimità utilizza sovente la categoria dell’illegalità della pena quando «la sanzione applicata dal giudice sia di specie più grave di quella prevista dalla norma incriminatrice o superiore ai limiti edittali indicati nella stessa [...] trattandosi, all’evidenza, di situazioni in cui la pena illegale ridonda in senso sfavorevole all’imputato e sono quindi ben diverse da quelle in cui la illegittima determinazione del trattamento sanzionatorio produce un risultato allo stesso favorevole»³⁹.

normativa, al metro dell’art. 25, secondo comma, Cost.

E ciò vale anche laddove la differenza tra il “fuori” e il “dentro” si apprezzi in esito a valutazioni prognostiche relative, rispettivamente, al tipo di pena che era ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, sulla base della legislazione allora vigente, e quella che è invece ragionevole attendersi sulla base del mutato quadro normativo» (*Ibidem*).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Si allude, naturalmente, alle sanzioni amministrative punitive, il cui carattere sostanzialmente penale è ravvisabile applicando i c.d. *Engel criteria*. Il catalogo degli indicatori utili a rivelare il carattere sostanzialmente penale di una sanzione formalmente qualificata come amministrativa è stato definito dalla Corte di Strasburgo fin dal 1976 e poi ulteriormente ampliato negli anni, per via dell’aumentata consapevolezza della sua centrale rilevanza. L’esigenza di applicare al diritto sanzionatorio amministrativo le garanzie proprie del diritto penale è sempre più avvertita dalla giurisprudenza. Si segnalano, sul punto, Corte cost., ord. n. 117 del 2019, sent. n. 63 del 2019, sent. n. 223 del 2018, sent. n. 68 del 2017 e sent. n. 196 del 2010.

Per una panoramica a trecentosessanta gradi sul complesso e articolato tema della *matière pénale* si vedano, per tutti, M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2018.

³⁸ Corte cost., sent. 12 febbraio 2020 (dep. 26 febbraio 2020), n. 32, su www.giurcost.org.

³⁹ Cass. Pen., Sez. Un., sent. 17 dicembre 2020 (dep. 26 febbraio 2021), n. 7578, su www.giurisprudenzapenale.com, con un commento di M. BORGABELLO, [Tantum devolutum quantum appellatum: per le Sezioni Unite il giudice d’appello deve applicare la diminuzione per il rito abbreviato anche alle pene al di sotto del limite edittale in caso di appello del solo imputato](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 4/2021.

Nel caso di specie, alle Sezioni Unite era stata rimessa la decisione della questione se «il giudice di appello, investito dell’impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per un reato

Si pensi⁴⁰ all'uopo a Cass., Sez. Un., sent. 26 febbraio 2015, n. 33040, che nel dichiarare illegale la pena inflitta al ricorrente, ha concluso per la sussistenza di un'illegalità particolare: essa non attiene, infatti, ad un errore materiale nella determinazione della quantità o della *species* di sanzione – come è, invece, nel caso che ci occupa – bensì al procedimento di commisurazione giudiziale nella sua globalità, essendosi quest'ultimo basato su criteri edittali dichiarati incostituzionali dal Giudice delle Leggi⁴¹.

Il principio di legalità della pena che informa, dunque, l'intero ordinamento giuridico penale, è sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., dall'art. 1, cod. pen., e trova una conferma ulteriore nello stesso art. 7 della Convenzione EDU, a mente del quale non può essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile nel momento in cui il fatto è stato commesso⁴². Esso riguarda, poi, tanto le pene detentive quanto quelle pecuniarie e vieta che una pena che non sia fondata su una norma di legge – pur se comminata con una sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria – possa avere esecuzione, dovendo la conformità della pena a quest'ultima essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione fino a quello dell'esecuzione⁴³.

4. Considerazioni conclusive.

Nel corso del cammino sin qui compiuto si è tentato di riassumere i termini di una questione di non facile soluzione e certamente importante. All'esito di una tale percorso, si ritiene, tuttavia, opportuno svolgere alcune brevi considerazioni.

contravvenzionale, lamenti l'illegittimità della riduzione operata ai sensi dell'art. 442 c.p.p. nella misura di un terzo invece che della metà, debba applicare la diminvente 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».

Il Supremo Consesso concludeva accogliendo l'orientamento favorevole e affermando il seguente principio di diritto: «Il 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 cod. proc. pen. nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminvente 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».

⁴⁰ Nello stesso senso si vedano anche Cass. Pen., Sez. IV, sent. 21 gennaio 2015, n. 19765, Cass. Pen., Sez. I, sent. 23 gennaio 2013, n. 38712, Cass. Pen., Sez. V, sent. 13 novembre 2002, n. 3945, nonché Cass. Pen., Sez. III, sent. 14 novembre 1995, n. 3877.

⁴¹ La pena poi dichiarata illegale dalle Sezioni Unite era stata determinata sulla base dell'art. 73 del D.P.R. n. 309/1990, come modificato dalla Legge 21 febbraio 2006, n. 49. La Corte costituzionale, nondimeno, con la sentenza 12 febbraio 2014, n. 32, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49, così determinando la reviviscenza della previgente e più favorevole disciplina in materia di stupefacenti.

⁴² Cass., Sez. Un., sent. 26 febbraio 2015, n. 33040, su www.archiviopenale.it.

⁴³ *Ibidem*. Nello stesso senso, limitatamente alla necessità di assicurare la legittimità della pena anche nella fase esecutiva, si veda Cass. Pen., Sez. Un., sent. 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821.

Nel caso sottoposto alla decisione delle Sezioni Unite, si verte in ipotesi di commisurazione della pena prevista per il rito abbreviato in misura superiore rispetto a quanto dispone l'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., con indubbe ricadute *in malam partem* per l'imputato.

La tematica della legalità della pena, in questo senso, deve ben misurarsi anche con la funzione che la stessa pena è chiamata ad assolvere⁴⁴. Se è vero, cioè, che «i limiti edittali di pena astrattamente previsti rappresentano la valutazione di disvalore del fatto incriminato compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità – seppure ancorata al limite della ragionevolezza – la pena concretamente inflitta esprime e, al contempo “misura” il giudizio di responsabilità per un determinato fatto illecito»⁴⁵.

Ma vi è di più: nel caso di specie non è stata, infatti, elusa la “forbice edittale”, bensì il disposto normativo che impone al giudicante di ridurre la pena per il rito abbreviato in misura predeterminata a seconda che si tratti di un delitto o, viceversa, di una contravvenzione⁴⁶. La natura processuale della diminvente di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., d'altronde, «in quanto non attiene alla valutazione del fatto-reato e alla personalità dell'imputato, non contribuisce a determinare in termini di disvalore la quantità e gravità criminosa, consistendo in un abbattimento fisso e predeterminato connotato da automatismo senza alcuna discrezionalità valutativa da parte del giudice»⁴⁷. Al contempo, però, alla diminvente in esame si ricollegano effetti sicuramente rilevanti dal punto di vista sostanziale, comportando un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo⁴⁸.

Pare, quindi, tutt'altro che destituito di fondamento l'orientamento maturato in seno alla giurisprudenza di legittimità, favorevole all'ammissibilità del ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza del giudice di prime cure.

E, tuttavia, è pur vero che, ad accogliere un'ampia nozione di “pena illegale”, quale quella propugnata da una parte dei giudici di legittimità, il rischio è di delegittimare il principio di tassatività dei motivi di ricorso di cui all'art. 606, comma 3, cod. proc. pen.⁴⁹. Né si ritiene, del resto, possibile che la Corte di cassazione ceda a letture

⁴⁴ Cass., Sez. Un., sent. 26 febbraio 2015, n. 33040, su www.archiviopenale.it. Si veda, inoltre, per un breve *excursus* circa le funzioni della pena – segnatamente quella rieducativa – nella giurisprudenza costituzionale G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, Relazione all'incontro internazionale “Scambio di analisi e di esperienze tra le nostre Costituzioni e i principi penali”, Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, su www.cortecostituzionale.it.

⁴⁵ Cass., Sez. Un., sent. 26 febbraio 2015, n. 33040, su www.archiviopenale.it.

⁴⁶ In senso analogo, sia pur sotto un diverso profilo, si veda Cass. Pen., Sez. Un., sent. 17 dicembre 2020 (dep. 26 febbraio 2021), n. 7578, su www.penedp.it.

⁴⁷ Cass., Sez. Un., sent. 26 febbraio 2015, n. 33040, su www.archiviopenale.it.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. IV, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1949, pp. 125 ss., ove si legge che: «chi impugna un provvedimento non può limitarsi a protestare l'ingiustizia [...] ma deve dirne le ragioni. A stretto rigore queste ragioni il giudice potrebbe cercarle da sé: ma non vi sarebbe alcuna convenienza a rinunciare su questo tema al contributo della parte che impugna: o chi afferma l'ingiustizia del provvedimento ha o non ha delle ragioni per sostenerla; se non le ha, l'impugnazione non è seria e non mette conto di darvi seguito; se le ha, è giusto che le esponga».

elastiche dei motivi di ricorso, perché ciò renderebbe ancor più arduo l'espletamento delle funzioni demandate ai giudici di ultima istanza.

Certamente, la situazione descritta riveste tutti i caratteri di un autentico conflitto, per cui non vi è che da attendere per conoscere la linea interpretativa che le Sezioni Unite decideranno di percorrere, con l'auspicio che ciò consenta di far chiarezza una volta per tutte tra tanto variegata affermazioni di principio.