

## Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

### Giudizio di esecuzione - Reato continuato

#### La decisione

**Reato continuato - Giudizio di esecuzione - Rideterminazione della pena - *Favor rei* - Quantificazione dei reati satellite in misura superiore al giudizio di cognizione - Divieto di *reformatio in peius*.** (C.p. art. 81; c.p.p. artt. 533, co. 2, 597, co. 4, 671, co. 1 e 2).

*«Il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna»*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 10 febbraio 2017 (ud. 24 novembre 2016) - CANZIO, *Presidente* - BONITO, *Relatore* - FIMIANI, *P.G. (conf.)*, Nocerino, *ricorrente*.

#### **Reato continuato e giudicato: le Sezioni unite danno scacco matto all'orientamento dominante e sostengono il principio del *favor rei***

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la *quaestio iuris* oggetto del contendere. - 2. La disciplina del reato continuato e la rilevanza del medesimo disegno criminoso - 3. La storia come pensiero e come azione - 4. Limiti e contro-limiti ai poteri del giudice dell'esecuzione: una competenza residuale. - 5. La clausola di salvaguardia del divieto di *reformatio in peius*. - 6. Conclusioni.

#### **1. Premessa: la *quaestio iuris* oggetto del contendere**

In data 22 giugno 2016 è stato sottoposto all'attenzione della prima Sezione penale della Corte di cassazione un ricorso, da parte del condannato, assistito dal difensore di fiducia, avverso un'ordinanza del giudice di esecuzione per violazione del divieto della *reformatio in peius*, in quanto, nel riconoscere, ai sensi degli artt. 81, co. 2, c.p. e 671 c.p.p., la continuazione tra reati in materia di stupefacenti, di cui alle due sentenze definitive rimesse alla sua valutazione, rideterminava la pena in misura inferiore al cumulo materiale, ma applicava l'aumento per i reati satellite, di cui alla seconda sentenza, in misura superiore a quello stabilito dal giudice di cognizione, valorizzando la gravità delle contestazioni e la protrazione dell'attività criminosa.

Il Primo Presidente, preso atto di un radicato contrasto esistente in giurisprudenza in ordine al potere del giudice dell'esecuzione di quantificare, in sede

di applicazione della disciplina della continuazione, gli aumenti di pena previsti per i reati-satellite in misura superiore a quelli inflitti dal giudice di cognizione, con ordinanza n. 34205 del 2016, ha rimesso la questione alle Sezioni unite<sup>1</sup>, perché si pronunciassero sul seguente quesito di diritto :«se il giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena complessiva finale in dipendenza del riconoscimento della continuazione – una volta individuata la violazione più grave e fatto salvo il contenimento del trattamento sanzionatorio entro il limite della somma delle pene inflitte con ciascuna condanna, come stabilito dall'art. 671, co. 2, c.p.p. – possa quantificare l'aumento per un determinato reato satellite in misura superiore all'aumento originariamente applicato per quel reato».

## 2. La disciplina del reato continuato e la rilevanza del medesimo disegno criminoso

Oggetto di una risalente e mai sopita *querelle* giurisprudenziale, il quesito giuridico interseca delicati profili che spaziano dalla *ratio* dell'istituto di cui all'art. 81 c.p., alla possibilità di rimodulare *in peius* il giudicato sul trattamento sanzionatorio dei reati minori.

Ciò posto, prima di analizzare nel dettaglio le argomentazioni a sostegno della decisione delle Sezioni unite, occorre premettere, seppur sinteticamente, i caratteri peculiari della disciplina sostanziale del reato continuato, per poi soffermarsi sulla relativa applicazione in sede processuale, al fine di cogliere al meglio l'*archè* del contrasto giurisprudenziale.

L'art. 81, co. 1, c.p. stabilisce che «è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge»; proseguendo il co. 2 statuisce che «alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge»<sup>2</sup>.

«La storia è vera testimone dei tempi, luce della verità, vita della memoria, maestra di vita, messaggera dell'antichità»<sup>3</sup>. Queste parole rappresentano uno stimolo per poter affrontare la ricostruzione storica del reato continuato, attività che riporta un significato particolare perché – partendo dalla validità

<sup>1</sup> Cass. Sez. I, ord. 22 giugno 2016 (dep. 3 agosto 2016), Pres. Vecchio, Rel. Minchella, Imp. Nocerino.

<sup>2</sup> In tema di reato continuato tra i tanti, v. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato. Dalla novella nel 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1991; VASSALLI, *Concorso formale omogeneo e reato continuato*, in *Giur. cost.*, 1966, 107 ss.

<sup>3</sup> CICERONE, *De oratore*, 55-54 a.C., Milano, ed. 1994.

dell'approfondimento di ogni istituto nel suo sviluppo temporale - consente di cogliere fin dall'inizio il fondamento che lo anima.

L'origine di quello che oggi viene chiamato "reato continuato" si colloca nel XIV secolo, da quando Bartolo da Sassoferrato scrisse che «*quando plura delicta tendunt ad eundem finem, pro uno tantum puniuntur*»: la valutazione unitaria di carattere psicologico delle condotte plurime corrispondeva, effettivamente, ad una nozione di reato unico intenzionata a mitigare il severissimo trattamento stabilito dalle legislazioni comunali per i delitti dello stesso tipo, ripetuti più volte<sup>4</sup>. Concordemente ammessa dalla dottrina precedente alla legislazione attuale e riconosciuta in modo espresso dal Codice Zanardelli<sup>5</sup>, tale figura era stata abbandonata nel Progetto preliminare del codice Rocco, ma venne ripristinata nel progetto definitivo, a seguito di insistenti e vive preoccupazioni che si erano manifestate per l'eccessivo rigore a cui la soppressione avrebbe dato luogo.

Occorre, però, operare una precisazione.

Il dettato espresso dall'attuale art. 81, co. 2 e 3, c.p. non è uguale a quello del testo originario del codice del 1930: quest'ultimo, infatti, è stato modificato dall'art. 8 del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito con legge 7 giugno 1974, 220, determinando rilevanti ed incisivi cambiamenti.

Fino al 1974 la figura del reato continuato è stata costruita attorno a due poli: da un lato, il medesimo disegno criminoso, dall'altro, l'identità della disposizione di legge violata più volte mediante una pluralità di azioni od omissioni. Corollario di questa costruzione era l'affermazione dell'unità del reato continuato, come confermato dal co. 3 nella parte in cui statuiva «le diverse violazioni si considerano come un solo reato».

Tale disciplina era sostenuta sia da convinzioni dommatiche, sia da preoccupazioni pratiche.

Si sosteneva, in primo luogo, l'omogeneità di violazioni, ripetute ma eguali, traducendo appieno l'idea di una condotta continuata, esecutiva nel tempo e nello spazio di un programma di offesa di un unico bene giuridico tutelato, mostrava più certo e tangibile il minor grado di riprovevolezza dell'autore del reato continuato, in quanto si riteneva che il reo, avendo elaborato un disegno che contemplava una serie di condotte in conflitto sempre con la medesima disposizione di legge, si fosse rappresentato un solo valore quale oggetto della

---

<sup>4</sup> Cfr. PISAPIA, G.D., *Il reato continuato*, Napoli, 1938; LEONE, voce *Reato continuato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, 1967, 67.

<sup>5</sup> Art. 79: «Più violazioni della stessa disposizione di legge, anche se commesse in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione, si considerano per un solo reato; ma la pena è aumentata da un sesto alla metà».

violazione e, quindi, avesse coinvolto se stesso una sola volta nel confronto con i valori protetti dalla legge. Inoltre, si temeva che l'ampliamento della continuazione, fino a comprendere in essa l'eterogeneità delle violazioni, potesse comportare un'eccessiva ed ingiustificata riduzione del rigore con cui deve essere punito colui che viola più volte la disposizione penale.

Il requisito della identità della fattispecie incriminatrice era stato reiteratamente attaccato dalla giurisprudenza di merito<sup>6</sup>, anche se la Suprema Corte mantenne a lungo un'interpretazione rigorosa<sup>7</sup>. Il problema doveva essere affrontato e risolto dal legislatore, il quale era posto di fronte ad un'alternativa: rivedere la pena edittale di tutti i reati, oppure introdurre congegni di carattere generale atti a realizzare un maggior equilibrio fra esigenza di difesa sociale e funzione rieducativa della pena. Con la modifica legislativa suindicata ha risolto la questione, rendendo l'istituto della continuazione applicabile a tutte le violazioni di legge commesse, siano esse identiche o diverse, con il solo requisito della "unicità del disegno criminoso", elemento che, sottovalutato sino a quel momento dalla giurisprudenza, «dovrà necessariamente riassumere quella importanza che nella prassi si è venuta via via scolorendo»<sup>8</sup>.

Con la riforma del 1974 il canone della omogeneità sparisce dalla scena. Il nuovo ed attuale art. 81 c.p. ha aperto le porte del reato continuato anche alle violazioni eterogenee<sup>9</sup> e, di conseguenza, essendo caduto il limite dell'identità

<sup>6</sup> Cfr. Trib. Treviso, 28 gennaio 1963, in *Giur. it.*, 1964, II, 25, aveva sostenuto che per stessa disposizione di legge deve intendersi "identità del bene protetto dalla norma", e a tale pronuncia ne erano seguite numerose altre in tutto il Paese.

<sup>7</sup> Cass. Sez. II, 9 aprile 1965, Pulin, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1966, 77.

<sup>8</sup> Relazione del sen. Leone al disegno di legge approvato dal Senato il 2 luglio 1971, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1971, 863.

<sup>9</sup> Secondo ZAGREBLESKY, *Concorso di reati e reato continuato*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1986, 97 ss., la riforma «è stata, forse, eccessiva all'eccessivo formalismo che caratterizzava la definizione precedente dell'elemento della omogeneità oggettiva delle violazioni di legge. Si tratta, comunque, di una scelta legislativa non equivoca, come è dimostrato tra l'altro dal fatto che in sede parlamentare venne respinta una proposta di limitare la continuazione, escludendola quando concorressero delitti e contravvenzioni». V. anche VASSALLI, *La riforma penale del 1974 lezioni integrative del corso di diritto penale. Precedenti e contesto*, I, Milano, 1975. La riforma del 1974, estendendo la continuazione anche a violazioni di diverse disposizioni di legge, ha sostanzialmente lasciato come unico elemento differenziale con il concorso materiale di reati il medesimo disegno criminoso che tuttavia, costituendo un concetto fortemente caratterizzato da elasticità e quindi inevitabilmente legato alla giustizia del caso singolo, porta di recente a domandarsi se non sia il caso di abolirlo, equiparando così *quoad poenam* ed anche a livello strutturale reato continuato e concorso materiale di reati, ovviamente nel senso di utilizzare il cumulo giuridico più l'assorbimento anche per il concorso materiale. È evidente che in tal modo rischia di semplificare un istituto che risale addirittura al Medioevo, ma le indicate ragioni di equità sanzionatorie che scaturiscono dalla riforma del 1974, conducono ad una tesi siffatta, così MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milanofiori Assago, 2015, 825 ss. e gli autori ivi citati.

della disposizione violata, è venuta meno quell'affermazione dell'unità del reato, al punto che alla dicitura "reato continuato" si lascia preferire un nome nuovo, ossia quello di "continuazione criminosa", più adatto all'idea di reati ordinariamente distanti, ma in continuazione l'uno con l'altro<sup>10</sup>.

Dal dettato normativo si evince, chiaramente, che in termini strutturali il reato continuato è esattamente un concorso materiale di reati, arricchito dal "medesimo disegno criminoso", un insieme di reati di qualsiasi natura, distanti l'uno dall'altro, tenuti insieme dal vincolo soggettivo. Sebbene la dottrina e la giurisprudenza prevalenti lo identificano in un "programma" che il reo deve formulare prima di porre in essere le varie condotte, la definizione di questo unico, ancorché problematico, requisito è, tuttavia, non univoca, anche perché l'ampiezza del concetto determina l'ampiezza applicativa dell'istituto.

C'è un dato di partenza comune: il disegno criminoso non può essere confuso e identificato con l'elemento psicologico proprio delle singole violazioni, essendo, dunque, soltanto l'elaborazione teoretica, estranea alla struttura dei singoli illeciti, del programma unitario che li ricomprende<sup>11</sup>.

Secondo un primo, minoritario, orientamento dottrinale tale requisito sarebbe stato assunto dal legislatore in un'accezione puramente intellettuale: ossia come mera ideazione e rappresentazione mentale anticipata dei singoli episodi criminali, poi di fatto commessi dall'autore<sup>12</sup>.

Per l'indirizzo maggioritario, invece, il medesimo disegno criminoso presuppone non solo l'elemento intellettuale, ma necessita di un *quid pluris* costituito dall'unità del fine che «informa di sé la pluralità delle infrazioni in modo che ciascuna di esse perde la sua autonomia per diventare un frammento dell'insieme»<sup>13</sup>.

Orbene, il disegno criminoso è una deliberazione generica<sup>14</sup> e, più precisa-

<sup>10</sup> Sull'utilizzo linguistico di "reati in continuazione" o "continuazione criminosa", cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2003, 549.

<sup>11</sup> Ricorda, al tal proposito, GUALTIERI, *sub art. 81 sub B)*, in *Codice penale commentato, Parte generale*, a cura di Dolcini, Marinucci, Milano, 1999, 769, come ciascun reato richieda un elemento volitivo proprio ed attuale.

<sup>12</sup> LEONE, *Reato continuato*, cit., 279, ma il limite di tale tesi consiste nell'impossibilità di distinguere il reato continuato dal concorso materiale di reati dolosi con condotte immediatamente successive, poiché in entrambi i casi si avrebbe *ab initio* la rappresentazione.

<sup>13</sup> DE MARSICO, *Diritto penale*, Parte generale, Napoli, 1969, 248.

<sup>14</sup> Sul punto, v. COPPI, voce *Reato continuato*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. XI, 1996, 227 ss., il quale sostiene che non è necessario che il disegno sia definito in tutti i suoi dettagli e che il reo si sia rappresentato le diverse condotte e le relative violazioni in tutte le loro articolazioni con puntuale completezza, essendo sufficiente che le condotte siano tracciate nei loro profili essenziali; in senso contrario, v. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 764, il quale pretende che la rappresentazione debba essere specifica, nel senso che il soggetto deve rappresentarsi tutti i reati che intende commettere, con la conseguenza che un'azione o un'omissione successiva, non originariamente preven-

mente, consiste nel progetto di compiere una serie di azioni delittuose, deliberato nelle linee essenziali per conseguire un determinato fine e, per accertarlo, il giudice deve prendere in considerazione una serie di fattori, quali le modalità della condotta, la tipologia dei reati, il bene protetto, la distanza cronologica tra i fatti, avendo presente che, «seppur nessuno di tali fattori può essere ritenuto da solo indizio necessario, ciascuno di essi, aggiunto ad altro, incrementa la possibilità che debba riconoscersi l'esistenza del medesimo disegno criminoso, in proporzione logica corrispondente all'aumento delle coincidenze indiziarie favorevoli»<sup>15</sup>.

Il modello attuale dell'istituto, sicuramente, ha posto nel nulla, o quasi, alcuni classici problemi, come l'interrogativo sulla natura giuridica del reato continuato, un tempo oggetto di grande dibattito tra due principali correnti: taluni sostenevano che il reato continuato fosse un reato unico, c.d. natura reale, traendo l'argomento dall'unità del disegno criminoso, a cui veniva riconosciuta l'efficacia taumaturgica di risolvere la molteplicità della violazioni in un unico reato<sup>16</sup>; altri, invece, proponevano la tesi dell'unità fittizia, precisando come sul piano ontologico il reato continuato fosse una pluralità di reati e che la riduzione ad unità fosse, in realtà, solo un'opera del legislatore, il quale, se non può mutare la natura delle cose, può tuttavia disciplinarle come meglio crede<sup>17</sup>.

Dalla riforma in poi si propugna la tesi dell'unità giuridica, in base alla quale l'unificazione opera *quoad poenam* e negli altri casi specificatamente previsti dalla legge, mentre per le altre ipotesi è necessario recuperare la pluralità delle violazioni specialmente se l'operazione consenta risultati più favorevoli per il reo di quelli desumibili dall'unità del reato<sup>18</sup>.

Ciò posto, allo stato attuale, sembra innegabile riconoscere, quale funzione dell'istituto, la finalità di adottare un trattamento sanzionatorio più mite nei confronti del reo. In altre parole, se tutto si concentra nel medesimo disegno criminoso, la *ratio* della figura giuridica non può che risiedere in quel requisito, capace da solo di attenuare l'asprezza di un sistema che punisce il concor-

---

tivata, ma ideata in corso di esecuzione del disegno criminoso, non sarebbe compresa nella continuazione.

<sup>15</sup> Cass., Sez. I, 17 marzo 2010, Messina, in *www.osservatoriopenale.it*.

<sup>16</sup> In tal senso, v. DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., 284 ss.

<sup>17</sup> A sostegno di tale tesi, v. DELITALA, *In tema di reato continuato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1929 ss.

<sup>18</sup> In tal senso, tra tutti, v. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Milano, 1976, 115 ss. In giurisprudenza, da ultimo, anche la Cass., Sez. un., 27 novembre 2008, Chiodi, in *Mass. Uff.*, n. 241755, hanno condiviso l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui «l'unitarietà del reato continuato deve affermarsi solamente ove ci sia un'apposita disciplina normativa in tal senso, o dove la soluzione unitaria garantisca un risultato favorevole al reo».

so materiale di reati con il cumulo materiale delle sanzioni, sostituendo ad esso il cumulo giuridico delle pene.

È alla luce delle istanze special-preventive che un sistema di cumulo giuridico opportunatamente dosato e strutturato rivela la sua decisa superiorità. Soltanto tale criterio, costituito nel caso dell'art. 81 c.p. dall'applicazione della pena del reato più grave aumentata sino al triplo, consente di cogliere il valore complessivo della pluralità di reati in rapporto alla personalità del reo, applicando ed eseguendo una pena che nasce sostanzialmente, e non solo formalmente, unificata, improntata ad un principio di calibrata progressività, così come unitaria è la persona che in un determinato momento subisce la pena. Tale regime si giustifica, infatti, in ragione di una minore responsabilità morale del colpevole, in quanto la condotta ulteriore, uguale o diversa dalla precedente, si rende espressione di uno sforzo minore rispetto ad analogo reato in assoluta autonomia ed indipendenza.

In conclusione, la valutazione di favore adottata dal legislatore – nella misura in cui lo consentono i vari istituti di volta in volta eventualmente coinvolti, come l'amnistia, il giudicato, l'indulto ecc. – deve costituire un criterio indefettibile per l'interprete, tenendo ben presente che la continuazione non è un beneficio, la cui applicazione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice: l'art. 81 c.p. detta una disciplina che, riguardando la qualificazione dei fatti e il regime delle sanzioni, deve essere sempre osservata, secondo quanto impone la regola dettata dall'art. 1 c.p. e dall'art. 25, co. 2, Cost.

### 3. La storia come pensiero e come azione

Tale necessario, seppur breve, *excursus* sui profili di carattere sostanziale della continuazione ha il compito "allenare" il lettore a maneggiare la materia mediante un'unica chiave interpretativa: il principio di *favor rei*.

Così facendo, sarà più logico comprendere il percorso motivazionale seguito dalla Corte di cassazione nel risolvere il problema di carattere processuale coinvolgente il reato continuato, in particolare il potere o meno del giudice dell'esecuzione di quantificare gli aumenti di pena previsti per i reati satellite in misura superiore a quelli inflitti dal giudice della cognizione.

Sulla questione, si sono sviluppati due indirizzi interpretativi del tutto contrapposti. Un primo e minoritario orientamento giurisprudenziale ritiene che il giudice dell'esecuzione non possa rettificare in aumento le pene inflitte per le singole fattispecie criminose<sup>19</sup>. Ad essere precluso sarebbe, pertanto, non

<sup>19</sup> Cass., Sez. I, 21 dicembre 2015, Di Girolamo, in *Mass. Uff.*, n. 265909; Id., Sez. I, 18 giugno 2014, Palaia, *ivi*, n. 260847; Id., Sez. I, 24 febbraio 1998, Greco, *ivi*, n. 210247; Id., Sez. I, 29 settembre 1997,

solo l'incremento della pena complessiva, ma anche quello delle pene irrogate per ciascun reato satellite nelle rispettive condanne. A sostegno di tale conclusione si richiamano la natura della continuazione e l'esigenza di impedire interventi manipolativi *post rem iudicatam* sfavorevoli al condannato, dal momento che al cospetto di un istituto improntato al *favor rei*, il superamento del giudicato sulla misura di pena irrogata dal giudice della cognizione si giustificerebbe soltanto «a vantaggio, e non in pregiudizio del condannato»<sup>20</sup>, così valorizzando il divieto di *reformatio in peius* anche nella fase esecutiva.

Agli antipodi di tale ricostruzione, si colloca l'opposto e maggioritario indirizzo esegetico<sup>21</sup>, secondo cui il giudice, una volta individuata la violazione più grave, può quantificare l'aumento per ogni reato satellite anche in misura superiore alla pena originariamente inflitta per quel reato, sempre che non venga superata la somma delle pene comminate con ciascuna sentenza o decreto di condanna. L'assenza di disposizioni in punto di quantificazione della pena per i reati minori sarebbe espressiva della volontà del legislatore di circoscrivere il limite dell'aumento solo al risultato sanzionatorio finale, con la conseguenza che, viceversa, nessun vincolo sussisterebbe in relazione alla determinazione delle pene delle fattispecie satellite. Tale orientamento, nell'escludere che possa trovare applicazione nei casi *de quibus* il divieto di *reformatio in peius*, evidenzia che la possibilità di travolgere le statuizioni sanzionatorie del giudice della cognizione in merito ai reati meno gravi rientri pienamente nell'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione, il quale, nel rideterminare la pena «ha riguardo ad una situazione complessiva, solo parzialmente nota e frammentariamente valutata dai giudici della cogni-

---

Giugliano, *ivi*, n. 208592; Id., Sez. I, 31 maggio 1996, Pistone, *ivi*, n. 205341; Id., Sez. I, 13 gennaio 1992, Frigato, *ivi*, n. 189142.

<sup>20</sup> Cass., Sez. I, 18 giugno 2014, Palaia, cit.

<sup>21</sup> Cass., Sez. III, 29 aprile 2015, Susto, in *Mass. Uff.*, n. 263848; Id., Sez. I, 17 gennaio 2011, Razzaq, *ivi*, n. 249397; Id., Sez. I, 9 dicembre 2009, Galfano, *ivi*, n. 245889; Id., Sez. I, 6 marzo 2008, D'Angelo, *ivi*, n. 239376; Id., Sez. I, 8 giugno 2006, Serio, *ivi*, n. 234887; Id., Sez. I, 25 febbraio 2003, Mazza, *ivi*, n. 225742; Id., Sez. I, 6 luglio 2000, Basile, *ivi*, n. 216752; Id., Sez. I, 22 ottobre 1999, Buonanno, *ivi*, n. 214839; Id., Sez. I, 26 febbraio 1997, Spinelli, *ivi*, n. 207692. In dottrina, in senso favorevole a tale orientamento, cfr. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 246, la quale, dopo aver sottolineato la rilevanza e la delicatezza dei profili sottesi alla questione, osserva che «proprio l'assenza di precise indicazioni contrarie sul piano legislativo, potrebbe favorire l'opzione interpretativa diretta a consentire che, ai fini della reale praticabilità dell'adattamento sanzionatorio, il giudice dell'esecuzione non debba risentire dei limiti connaturali all'orizzonte parziale derivante dai processi separati». In senso contrario, invece, cfr. CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 279., secondo i quali si tratta di un orientamento giurisprudenziale discutibile; VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, 386, il quale osserva che questo indirizzo omette di considerare, peraltro, che in questo modo si opera una *reformatio in peius*.

zione».

Ed ecco il colpo di scena, volto a stupire il lettore e a mantenerne vivo l'interesse.

In un noto film il protagonista affermava: «Io credo nelle persone, però, non credo nella maggioranza delle persone. Mi sa che mi troverò sempre d'accordo e a mio agio con una minoranza»<sup>22</sup>.

La Corte di cassazione, chiamata a mettere ordine nel turbolento *caos* giurisprudenziale, con il suo *modus agendi*, sembra aver dato sostanza all'affermazione suesposta: aderendo all'indirizzo ermeneutico minoritario, ha negato, con convinzione, il potere del giudice dell'esecuzione di rettificare in aumento le pene previste per i reati-satellite dal giudice di cognizione e, congiuntamente, ha dato uno schiaffo morale all'orientamento maggioritario seguito dalla giurisprudenza e accolto anche nella stessa ordinanza di rimessione.

La decisione delle Sezioni unite è suffragata da molteplici ragioni che, richiamando profili tanto processuali che sostanziali, convergono nel dimostrare l'impossibilità di applicare in sede esecutiva un regime sanzionatorio deteriore per il condannato, pena lo stravolgimento dei più elementari canoni insiti nel sistema processuale penale.

Il primo ordine di argomentazione addotto dalla Corte nella risoluzione del quesito è di tipo storico e cerca di far luce sulla genesi dell'art. 671 c.p.p. che riconosce, entro certi limiti, la possibilità di applicare *in executivis* il regime sanzionatorio previsto dall'art. 81, co. 1 e 2, c.p. per i casi di concorso formale e di reato continuato.

Sotto la vigenza del codice abrogato, in assenza di rimedi attivabili nella fase esecutiva, gli interrogativi legati all'applicabilità dell'art. 81 c.p. pervadevano il processo di cognizione. In un primo momento, la giurisprudenza assunse posizioni di rigida chiusura: nel pronunciarsi su di un reato, il giudice non poteva riconoscere il vincolo della continuazione con un altro, oggetto di una condanna già irrevocabile, ritenendo il dogma dell'intangibilità del giudicato un ostacolo insuperabile. In seguito fu introdotto un criterio distintivo: in tanto la continuazione poteva essere riconosciuta in sede cognitiva, in quanto la violazione più grave fosse quella già giudicata, non dovendosi fare altro che irrogare la pena per il reato ancora *sub iudice* sotto forma di aumento, anziché nelle forme ordinarie. Nell'ipotesi inversa, invece, l'applicabilità dell'istituto non era praticabile, in quanto sarebbe stato necessario sostituire alla pena-base già determinata per una violazione meno grave e coperta dal

---

<sup>22</sup> MORETTI, *Caro Diario*, regia di Moretti, 1993.

giudicato una nuova pena-base per una violazione più grave, infrangendo così il giudicato. Tale soluzione, agli occhi del mondo giuridico, apparve incoerente e foriera di dubbi di legittimità costituzionale *ex* artt. 3 e 25, co. 2, Cost., in quanto la diminuzione di pena ai sensi dell'art. 81, co. 2, c.p. si sarebbe potuta applicare solo in virtù di una circostanza del tutto occasionale, legata al particolare andamento delle vicende giudiziarie<sup>23</sup>.

A tal riguardo, fondamentale fu l'intervento della Corte costituzionale<sup>24</sup> che, nel considerare la questione concernente più fatti legati dal nesso sostanziale di continuità con altri decisi da una precedente sentenza, ha affermato che «nemmeno il giudicato può impedire di applicare l'istituto della continuazione all'intero sviluppo esecutivo del medesimo disegno criminoso». Ciò posto, quest'ultima sentenza contiene l'espresso riferimento all'introduzione nell'ordinamento di norme processuali, al fine di regolare nella fase esecutiva la disuguaglianza nascente dall'essere alcune violazioni coperte dal giudicato.

Orbene, nel nuovo codice di procedura penale sono state introdotte vistose novità, tra cui la possibilità di riconoscere anche *post rem iudicatam* la continuazione, con conseguente rideterminazione della pena. In particolare, la legge-delega del 1987, art. 2, punto n. 97, contempla «la possibilità di valutare anche in fase di esecuzione il concorso formale di reati e la continuazione, sempre che non siano stati precedentemente esclusi nel giudizio di cognizione».

Il prodotto finale dell'*iter* legislativo è stato l'art. 671 c.p.p. che, sotto la rubrica «Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato», al co. 1 statuisce che «Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione [...]», invece, al co. 2 dispone che «Il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto».

Dalla lettura della disposizione emerge *ictu oculi* come essa rappresenti una delle novità più rilevanti del vigente codice di rito in punto di oggetto della competenza del giudice dell'esecuzione<sup>25</sup> e come sia da ritenere, ormai, superata l'annosa questione concernente i rapporti tra la continuazione ed il giudi-

<sup>23</sup> Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1137.

<sup>24</sup> Corte cost., sent. n. 267 del 1988, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>25</sup> In tal senso, v. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 296.

cato, cioè tra l'art. 81 c.p. e l'art. 90 c.p.p. del 1930<sup>26</sup>.

Infatti, come aveva ribadito la Commissione consultiva a proposito del progetto preliminare del 1978<sup>27</sup>, i notevoli benefici propri del reato continuato costituiscono un diritto dell'imputato, la cui concreta attuazione deve essere favorita il più possibile dalla norme di procedura e che non può essere sacrificata, in maniera così ampia, sull'altare della speditezza del procedimento.

Ciò posto, la ragion d'essere dell'art. 671 c.p.p. è stata individuata nell'esigenza di compensare il principio di *favor separationis* in sede di cognizione, cui si ispira il sistema processuale a tendenza accusatoria - volto a ridimensionare le ipotesi di processo cumulativo - e, congiuntamente, di superare l'ostacolo insormontabile per l'imputato di usufruire, in caso di condanna in plurimi procedimenti, dei vantaggi derivanti dalla continuazione - ossia, il trattamento sanzionatorio all'esito di una valutazione globale, anziché frazionata della posizione del condannato - con evidente pregiudizio di posizioni soggettive costituzionalmente presidiate<sup>28</sup>.

Seguendo questo ragionamento, costituisce fatto notorio che solo attraverso una considerazione globale e coeva dei fatti-reato in contestazione è possibile identificare se sussista o meno il medesimo disegno criminoso, requisito imprescindibile del reato continuato: «la volontà di agevolare la celebrazione di processi tendenzialmente basati su una singola imputazione esaspera il problema dell'innegabile contrasto tra il *favor separationis* e l'operatività della continuazione»<sup>29</sup>.

La semplificazione processuale può avere un costo che incontra, però, un limite: assicurare il rispetto e la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto di difesa - non completamente esperibile circa l'accertamento dell'unitario disegno criminoso a fronte di processi separati - e il principio di

<sup>26</sup> Sul punto, v. GAITO, *Reato continuato e cosa giudicata nel nuovo processo penale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991, 221 ss., il quale osserva che «una normativa in base alla quale risulta applicabile l'art. 81 c.p. ad una pluralità di sentenze o decreti penali irrevocabili non può non risolvere in radice il più limitato disorientamento concernente i rapporti tra pluralità di reati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso ed efficacia preclusiva della sentenza concernente alcuni soltanto di quei reati».

<sup>27</sup> Si fa riferimento all'art. 632 prog. prel. 1978, epoca in cui i tempi per «l'accoglimento di una riforma talmente rivoluzionaria non solo non erano maturi, ma apparivano addirittura caratterizzati da tale incertezza da sconsigliarne perfino la previsione», v. *Parere della commissione consultiva*, in *Il nuovo codice di procedura penale*, vol. I, a cura di Conso, Grevi e Neppi Modona, Padova, 1988, 1417.

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 6 novembre 1992, Chirico, in *Cass. pen.*, 1994, 1267. Orientamento condiviso dalla dottrina, cfr. KALB, *Il processo per le imputazioni connesse*, Torino, 1995, 382, il quale sottolinea, in particolare, l'interesse del condannato alla nuova determinazione della pena; CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in *Compendio procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2005, 989.

<sup>29</sup> GAITO, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1990, 990 ss.

uguaglianza – dal momento che l'imputato nei cui confronti si procede frazionatamente, con tanti processi quanti sono i reati contestati, versa sempre, ai fini dell'art. 81 c.p., in condizioni minorate rispetto a chi può fruire di processo cumulativo. Al fine di scongiurare questa evenienza, quel che viene sottratto al giudice dibattimentale deve essere attribuito interamente ad un altro organo.

Ed è proprio quello che è stato fatto. L'intenzione del legislatore è stata, dunque, quella di porre rimedio, con l'art. 671 nuovo c.p.p., ad eventuali lacune e carenze del giudizio di cognizione, estendendo alla fase esecutiva la possibilità di realizzare quella stessa unificazione che, verosimilmente, sarebbe stata disposta con un'unica sentenza di condanna, se questa avesse investito tutti i reati commessi dal soggetto interessato<sup>30</sup>.

Una precisazione è doverosa. Il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv. in legge 20 gennaio 1992, n. 8, pur reintroducendo all'art. 12 lett. b) la continuazione tra i casi di connessione, non fa venir meno la *ratio* dell'art. 671 c.p.p., che di recente risulta rivitalizzata se si tiene conto che il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza del giudice di pace, agli artt. 6 e 7, è improntato ad un vasto *favor separationis*, con conseguente drastica riduzione delle ipotesi di connessione<sup>31</sup>.

La soluzione normativa determina indubbi riflessi sia di carattere procedurale a garanzia della economia processuale e della celerità dell'intero procedimento perché consente di proporre la questione in fase esecutiva, quando non sia stata proposta durante la cognizione ed, ancora, quando vi sia stata omessa pronuncia in tale sede, sia di natura sostanziale, influenzando sulla stessa connotazione interpretativa dell'istituto della continuazione, per cui non rileva più se il secondo giudicato debba riguardare una fattispecie meno grave, oppure

---

<sup>30</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 12 aprile 1991, Zanatta, in *Riv. pen.*, 1992, 403. Nello stesso senso, cfr. Corte cost., n. 183 del 2010, la quale ribadiva come proprio il *favor separationis* che ispira «il sistema processuale di tipo accusatorio aveva reso particolarmente acuta la necessità di introdurre strumenti atti ad evitare l'irrimediabile perdita dei vantaggi derivanti dalla continuazione da parte dell'imputato che, in quanto giudicato separatamente, anziché cumulativamente, per i singoli episodi criminosi, si fosse vista preclusa la possibilità di una valutazione globale della sua posizione in sede cognitiva, con evidente pregiudizio di posizioni costituzionalmente presidiate, a cominciare dal principio di uguaglianza».

<sup>31</sup> Così, quando ad esempio, per più reati commessi in continuazione (o in concorso formale) pendano procedimenti separati a carico della stessa persona, allorché non sia possibile la riunione ex art. 17 c.p.p., che esige la condizione, difficilmente realizzabile sul piano pratico, della pendenza nello stesso stato e grado, si dovrà necessariamente attendere la fase dell'esecuzione per entrambi i procedimenti: l'imputato dovrà così aspettare, magari per anni, prima di ottenere l'applicazione della disciplina della continuazione, subendo comminatorie di anni di reclusione, valide soltanto sulla carta, in quanto destinata a cadere per effetto del ricalcolo della pena conseguente alla continuazione.

se la *res iudicata* possa o meno interrompere l'unicità del disegno criminoso<sup>32</sup>. Nell'esposizione del criterio di carattere storico a sostegno della decisione, le Sezioni Unite non hanno perso l'occasione per ribadire che la scelta di consentire l'applicazione delle norme dettate in materia di concorso formale e di reato continuato nella fase esecutiva - e, con ciò, di pervenire in tale contesto all'operatività del cumulo giuridico, in tutte quelle ipotesi nella quali non si è, erroneamente, svolto il processo cumulativo oppure in quelle altre modellate in termini da rendere estremamente ridotto o addirittura impossibile lo svolgimento del *simultaneus processus* - dimostra come la previsione dell'art. 671 c.p.p. si configuri quale vero e proprio rimedio<sup>33</sup>.

#### 4. Limiti e contro-limiti ai poteri del giudice dell'esecuzione: una competenza residuale

In secondo luogo, le Sezioni unite, a sostegno della propria motivazione, osservano che è la stessa natura del giudizio di esecuzione a deporre in senso contrario alla possibilità per il giudice di applicare un trattamento sanzionatorio più grave, seppur limitatamente ai reati satellite.

Prima di entrare *in medias res*, è doveroso analizzare i presupposti e l'ambito applicativo dell'art. 671 c.p.p.

Il primo requisito, affinché l'istanza di cui all'art. 671 c.p.p. possa essere accolta, è la sussistenza di una pluralità di provvedimenti - sentenze o decreti penali - emessi in distinti procedimenti nei confronti della medesima persona<sup>34</sup>. Più in particolare, non può applicarsi la continuazione tra fatti giudicati irrevocabilmente in un unico processo, in quanto la norma in esame rappresenta una deroga eccezionale al principio di intangibilità del giudicato che deve essere rigorosamente rispettato in caso di *simultaneus processus*<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Cass., Sez. I, 11 marzo 1994, Buonconsiglio, in *Mass. Uff.*, n. 196678; Id., Sez. I, 17 febbraio 1994, Parenti, *ivi*, n. 196527; *contra*, Id., Sez. IV, 6 giugno 1991, Toso, *ivi*, n. 191225.

<sup>33</sup> Per un approfondimento sull'argomento, v. DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, 801; KALB, *I poteri del giudice dell'esecuzione in materia di revoca per abolitio criminis: un'occasione perduta dalla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 355.

<sup>34</sup> Corte cost., n. 72 del 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 2377, la quale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 c.p. - sollevata con riferimento agli artt. 3, co. 1, e 2 Cost., nella parte in cui impedisce il riconoscimento della sentenza straniera ai fini della individuazione del vincolo della continuazione ai sensi dell'art. 671 c.p.p.

<sup>35</sup> Cass., Sez. III, 9 maggio 1995, Catone, in *Giust. pen.*, 1996, 222; Id., Sez. I, 1° dicembre 1994, Ferrea, in *Cass. pen.*, 1996, 845. In dottrina, conformemente, v. GUARDATA, *Art. 671 c.p.p.*, in *Commento*, a cura di Chiavario VI, 554; TRANCHINA, *L'esecuzione*, in *Diritto processuale penale* a cura di Siracusano ed altri, II, 634; in senso contrario, v. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, il quale ritiene tale soluzione poco ragionevole, anche se riconosce come sia difficilmente superabile, dato il tenore letterale dell'art. 671 c.p.p.

Sul punto, al generico riferimento “sentenze”, si aggiungono espressi indici normativi che non lasciano spazio ad alcun dubbio. Nell’art. 187 disp. att. c.p.p., che funge da guida per la rideterminazione della pena, si prevede anche il caso in cui per alcuni reati siano state osservate le forme del giudizio abbreviato; invece, per la sentenza di patteggiamento il legislatore ha dettato una disposizione *ad hoc* che replica, in parte, il contenuto dell’art. 671 c.p.p. In particolare, l’art. 188 disp. att. c.p.p. stabilisce che, nel caso di più sentenze ex art. 444 c.p.p. emesse in procedimenti distinti, è possibile chiedere nella fase esecutiva l’applicazione della disciplina in tema di concorso formale e di reato continuato: rispetto a quelli stabiliti dall’art. 671 c.p.p., i requisiti aggiuntivi derivano dalla specialità della sentenza patteggiata. Infatti, resta fermo il tetto posto dalla disciplina del rito alternativo in ordine all’entità della pena detentiva finale, che non può superare i cinque anni ovvero – se ricorrono le ipotesi speciali previste – i due anni; inoltre, è necessario l’accordo delle parti<sup>36</sup>, tuttavia, se vi è il dissenso del pubblico ministero, il giudice dell’esecuzione, ove lo ritenga ingiustificato, può ugualmente accogliere la richiesta<sup>37</sup>.

Procedendo nell’esame dei presupposti dell’istituto, il giudice dell’esecuzione è chiamato ad intervenire non d’ufficio, ma sulla base di un impulso di parte, cioè su richiesta del condannato e/o del difensore<sup>38</sup> o del pubblico ministero, sulla cui base si deve instaurare un normale procedimento di esecuzione<sup>39</sup>. È da ritenere che l’intervento del pubblico ministero sarà doveroso tutte le volte che dovesse risultargli la possibilità di procedere alla rideterminazione delle pene ex art. 81 c.p., pur nell’inerzia del condannato, magari versante in uno stato di minorata difesa; in aggiunta, stando al disposto dell’art. 663 c.p.p., per cui è stabilito l’obbligo del pubblico ministero di compilare il provvedimento

<sup>36</sup> Corte cost., n. 37 del 1996, afferma che la concorde richiesta delle parti, tuttavia, non vincola il giudice dell’esecuzione, al quale spetta anche il compito di verificare la congruità della pena; in caso di delibazione negativa, quindi, l’istanza deve essere rigettata.

<sup>37</sup> Tali condizioni, tuttavia, non operano se la richiesta ex art. 81 c.p. concerne un reato per il quale è stata emessa sentenza di patteggiamento ed un altro giudicato – invece – nelle forme ordinarie; in tal caso, quindi, non sussistono limiti di pena e si prescinde dal consenso del pubblico ministero, cfr. Cass., sent. 6 febbraio 2007, Alongi, n. 2563, inedita.

<sup>38</sup> Costituisce regola generale che al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all’imputato, ogni qual volta essi non siano riservati personalmente a quest’ultimo: il che non è, certamente, a proposito del reato continuato.

<sup>39</sup> Cass., Sez. un., 28 ottobre 1991, Martella, in *Mass. dec. Penali*, 1991, ha ritenuto che l’interesse del condannato all’applicazione dei suddetti istituti esiste anche nell’ipotesi di completa espiatione della pena, potendo essere recuperata la maggior detenzione per altra condanna. Cfr. Cass., Sez. VI, 4 febbraio 1992, Lucente, *ivi*, 1992, in base alla quale non è ammissibile in tal caso la procedura *de plano*, perché non è prevista dalla legge e l’eventuale adozione sarebbe causa di invalidità assoluta del procedimento.

di cumulo in ogni caso e non soltanto «se occorre» - come era invece previsto dal codice del 1930 ed alla luce dell'insegnamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 1987 - va detto che l'organo d'accusa, nello stabilire il cumulo materiale, non potrà esimersi dal considerare la continuazione.

Il limite più significativo all'operatività dell'art. 671 c.p.p. consiste nella preventiva esclusione dell'ipotizzabilità della continuazione da parte del giudice di cognizione. Tuttavia, l'inciso «sempre che non sia stata esclusa dal giudice della cognizione» non ha mancato di suscitare questioni interpretative dagli esiti conclusivi non del tutto univoci.

Le riflessioni si concentrano, innanzitutto, sulla possibilità che la norma in esame attribuisca al giudice dell'esecuzione il potere di applicare la continuazione anche nel caso di omesso esame della richiesta esplicitamente avanzata in sede di cognizione e l'orientamento prevalente sembra indirizzarsi in tal senso nel momento in cui circoscrive l'operatività dell'inciso normativo solo ed esclusivamente all'ipotesi in cui il giudice in sede cognitiva abbia affrontato ed escluso la sussistenza dell'unicità del disegno criminoso<sup>40</sup>. Dal momento che «il silenzio è un testo facile da fraintendere», soltanto ad una statuizione negativa espressa può essere ricollegata la preclusione ad ulteriori nuove valutazioni della vicenda.

Un altro interrogativo da sciogliere riguarda la rilevanza o meno dei motivi per i quali è esclusa, da parte del giudice di cognizione, l'applicabilità dell'art. 81 c.p. È certo che preclude la strada dell'istituto la decisione con la quale sia stata negata la sussistenza del medesimo disegno criminoso tra i diversi reati, invece, più problematico è stabilire se alla stessa conclusione debba giungersi anche nel caso in cui la possibilità di applicare l'art. 81 c.p. sia stata esclusa per altri motivi. Nonostante le esigenze di equità originate da eventuali errori in cui sia incorso il giudice della cognizione, si impone la tesi affermativa: sul punto l'art. 671 c.p.p. appare categorico, facendo trasparire come irrilevanti i motivi posti a base della scelta. Da tale orientamento, tuttavia, è necessario discostarsi ove la mancata applicazione poggia sul presupposto che sussistano dei limiti astratti all'operatività del reato continuato: ad esempio, è il caso in cui si dovesse reputare, sulla scorta dell'indirizzo seguito nella vigenza del codice Rocco, che non possa riconoscersi la continuazione perché il secondo

---

<sup>40</sup> In tal senso, v. Cass., Sez. VI, 6 novembre 2003, Provenzano, in *Mass. Uff.*, n. 227345; Id., Sez. II, 15 maggio 2003, Amato, *ivi*, n. 225202; Id., Sez. VI, 14 gennaio 1999, Gagliotti, *ivi*, n. 212706. Di conseguenza, non può assumere rilievo, in chiave ostativa all'istanza ex art. 671 c.p.p., la circostanza che, davanti al giudice di cognizione, non sia stata formulata analoga richiesta, in quanto un onore di questo tipo non è configurabile in capo all'imputato.

reato è stato commesso successivamente alla prima condanna, oppure in quanto il reato oggetto di giudizio è meno grave di quello già accertato con sentenza irrevocabile<sup>41</sup>.

Se le parole hanno un senso, la realtà dovrebbe essere diversa.

In un processo tra parti, di natura accusatoria, dove il «giudice del merito rimane in posizione di effettiva terzietà a fronte di un *thema decidendum* fissato dal p.m. e dove la regola tendenziale è quella di un processo autonomo per ogni singola imputazione, le cose dovrebbero, forse, atteggiarsi diversamente<sup>42</sup>, e cioè vi dovrebbe essere una devoluzione totale di poteri al giudice di esecuzione, tranne che per l'ipotesi del tutto eccezionale in cui con un unico giudizio sia stata pronunciata condanna per una pluralità di imputazioni nei confronti della medesima persona. Tuttavia, l'inciso terminativo dell'art. 671, co. 1, c.p.p. costituisce la conferma che al giudice della cognizione compete, in via prioritaria, verificare i presupposti di operatività dell'art. 81 c.p., mentre al giudice dell'esecuzione viene attribuito uno spazio residuale di intervento in funzione integrativa ogni qualvolta, pur esistendone le condizioni, il giudice della cognizione abbia omissso di rideterminare la pena.

Orbene, le Sezioni unite affermano, come secondo motivo a sostegno della propria decisione, che il processo di cognizione resta la sede elettiva deputata alla verifica della sussistenza della figura di reato disciplinato dall'art. 81, co. 2, c.p., e che la possibilità di applicazione della continuazione in sede esecutiva ha carattere sussidiario e suppletivo rispetto all'applicazione nella competente sede di cognizione<sup>43</sup>. Questa tesi, a sua volta, deriva da un'ulteriore osservazione di carattere generale, avente come oggetto la natura del giudizio di esecuzione.

Infatti, la normativa codicistica sull'applicazione del reato continuato in sede

<sup>41</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 28 maggio 1992, Cini, in *Cass. pen.*, 1993, 2034; Id., Sez. I, 10 dicembre 1990, Ronchi, in *Giust. pen.*, 1991, III, 344; *contra*, invece, nel senso dell'irrelevanza delle motivazioni che hanno determinato il giudice della cognizione ad escludere il vincolo della continuazione, v. Cass., Sez. I, 16 ottobre 1992, Di Pasquale, in *Cass. pen.*, 1994, 952; Id., Sez. I, 12 giugno 1992, Rizzi, *ivi*, 1993, 2033; nonché Id., Sez. I, 12 febbraio 1992, Ozzenì, *ivi*, 1993, 1167, ove si precisa che «il giudice dell'esecuzione non può svolgere sindacato o controllo sulla correttezza o meno della decisione del giudice della cognizione, dovendosi interpretare in senso restrittivo la disposizione dell'art. 671 c.p.p., in quanto derogatrice del principio generale che, in sede di esecuzione, non si possono mettere in discussione le statuizioni contenute nei provvedimenti giurisdizionali divenuti esecutivi»; su tali questioni, cfr. BASSI, *La continuazione criminosa come strumento applicabile dal giudice dell'esecuzione: la nuova veste dell'istituto e le sue implicazioni processuali*, in nota a Sez. V, 2 marzo 1990, Achilli, *ivi*, 1991, II, 234.

<sup>42</sup> GAITO, *Reato continuato e cosa giudicata nel nuovo processo penale*, cit., 223.

<sup>43</sup> In dottrina, v. MARAFIOTI, *Giudice dell'esecuzione, reato continuato e art. 671 c.p.p.*, 1988, in *Giur. it.*, 1990, II, 327; GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, 2016, Milano, 255.

esecutiva appare singolarmente caratterizzata in negativo per la totale mancanza di una pur doverosa delimitazione dei poteri, di cui il giudice dell'esecuzione può avvalersi nell'espletamento delle operazioni accertative del vincolo della continuazione. Di conseguenza nell'applicare o nell'escludere la relativa disciplina spettano al giudice i medesimi poteri che gli sono normalmente attribuiti nella fase dell'esecuzione, dove si riscontra un "clima" prettamente sommario - limitato contraddittorio e limiti istruttori riconosciuti dall'ordinamento al giudice - che mal si concilia con la disciplina dell'art. 81 c.p., la quale implica un'indagine ed una valutazione di merito non dissimile sul piano qualitativo da quella operabile dal giudice di cognizione e, dunque, bisognosa ugualmente di veri e propri poteri di accertamento nel merito. Ed invece, rimanendo esclusa, in ogni caso, la possibilità di rimettere in discussione l'esistenza del fatto, la sua illiceità e la responsabilità del condannato, di regola, il giudice dell'esecuzione limita la sua cognizione all'esame delle sentenze al fine di espletare il potere-dovere di determinare nuovamente la pena, devolvendo di fatto alla giurisdizione esecutiva una sorta di funzione di controllo sulla perdurante legalità ed adeguatezza della decisione di merito<sup>44</sup>.

Il giudice dell'esecuzione diventa, dunque, giudice naturale della pena in quanto, per avere davanti a sé l'insieme degli episodi criminosi, è idoneo più di ogni altro a determinare la pena più adatta per chi di tali episodi si è reso responsabile. L'individuazione della violazione più grave avviene ex art. 187 disp. att. «si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato»<sup>45</sup>: è evidente che il "reato più grave" viene individuato "in concreto"

---

<sup>44</sup> Fuori discussione l'opportunità di una prescrizione del genere, a lasciar perplessi era la sua esplicita riferibilità al solo giudizio abbreviato, senza richiamo alcuno alle pene risultanti dal patteggiamento e dalla condanna per decreto, che avrebbe potuto alimentare la suggestione di un approccio discriminatorio: una tentazione da respingere con fermezza, anzitutto alla luce dell'inquadramento sistematico della continuazione quale istituto *in favor* dell'imputato, e poi perché la rideterminazione della pena è sempre la medesima, quale sia stato il *prius* sotto il profilo procedimentale e quali che siano la sede, l'organo ed il tempo dell'operazione. In tal senso, v. MARAFIOTI, *La separazione dei giudici penali*, Milano, 1990, 423; Zagrebelsky, *Osservazioni sulla riforma del concorso di reati e la connessione dei procedimenti*, in *Cass. pen.*, 1987, 843, secondo il quale «l'attribuzione al giudice dell'esecuzione di una sorta di processo in due fasi è un processo che difficilmente potrebbe limitare il suo ambito all'esame ed alla discussione di quanto risulta dalla o dalle sentenze di condanna che riguardano un singolo soggetto». Nonché, al riguardo, PIGNATELLI, *L'esecuzione*, in *Manuale pratico del nuovo processo penale*, a cura di Fortuna, Dragone, Fassone, Giustozzi, Pignatelli, Padova, 2007, 1132, che rileva la mancanza dei mezzi idonei ad esercitare tale potere, per cui la vera novità legislativa consiste essenzialmente nel «potere di rideterminazione della pena, esercitabile più che altro in una prospettiva meramente clemenziale».

<sup>45</sup> Cass., Sez. I, 20 giugno 2000, Massimano, n. 1612, la regola dettata dall'art. 187 disp. att. non si pone

sulla base delle pene inflitte – ovvero effettuando un raffronto tra le pene inflitte con le diverse sentenze – e non in “astratto”, come avviene, invece, in sede di giudizio di cognizione, ove si ha riguardo alla gravità in astratto sulla base della valutazione del titolo di reato e dei limiti edittali di pena<sup>46</sup>.

Una volta individuata la violazione più grave, il giudice dell’esecuzione è, poi, libero di applicare su di essa l’aumento o gli aumenti a titolo di continuazione, nella misura ritenuta più adeguata, nel rispetto del limite indicato nell’art. 671, co. 2, c.p.p. che fissa il “tetto” nella somma delle pene inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto<sup>47</sup>.

Percorrendo la strada tracciata dalle Sezioni unite, il vincolo che il giudice dell’esecuzione incontra nella determinazione della pena riguarda sia la pena complessiva, sia l’aliquota di pena riferibile ad ogni singolo reato, che non può eccedere la misura determinata in sede cognitiva, in quanto l’autorità del giudicato può essere scalfita solo in favore del condannato e non anche in suo pregiudizio.

Continuando, il giudice dell’esecuzione non può modificare, in più o in meno, la misura della pena inflitta per il reato più grave, risultando solo possibi-

---

in contrasto con gli artt. 3 e 25, co. 2, Cost, atteso che la diversità della regola suddetta rispetto a quella a quella da ritenere operante per la fase di cognizione si giustifica in base al rilievo che entrambe le regole rispondono alla medesima esigenza di certezza obiettiva dei rapporti giuridici, considerando che il riferimento alla gravità in astratto dei reati opera prima della determinazione della pena e vale a circoscrivere il potere discrezionale del giudice ancorandolo a parametri predefiniti fissati dal legislatore, mentre il riferimento alla sanzione concretamente applicata opera dopo che il giudice ha determinato le pene per i singoli reati in osservanza dei criteri legali ed è conforme ai limitati poteri dell’organo giurisdizionale *in executivis*, chiamato a dare attuazione al *dictum* contenuto nella sentenza, eventualmente interpretandolo o anche integrandolo, ma senza facoltà di determinarlo; quanto all’art. 25, co. 2, Cost. il giudice dell’esecuzione lungi dall’applicare pene *extra* legali, si limita a provvedere al cumulo giuridico di sanzioni legalmente irrogate.

<sup>46</sup> Cass., Sez. un., 13 giugno 2013, n. 25939, in *Studium Iuris*, 2014, 3 con nota di PALMA, *Reato continuato*.

<sup>47</sup> Cass., Sez. VI, 28 novembre 2002, Esposito, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 111; Id., Sez. VI, 26 febbraio 1997, Spinelli, cit., secondo le quali occorre osservare i limiti stabiliti dagli artt. 81 c.p. e 671; *contra*, Cass., Sez. I, 21 ottobre 2008, in *Riv. pen.*, 2009, 879; Id., Sez. III, 22 gennaio 2003, Leoncini, in *Mass. Uff.*, n. 224376, secondo cui si applica solo il limite *ex* art. 671 c.p.p., ma non quello fissato dall’art. 81 c.p. trovandosi le due norme in concorso apparente, con conseguente prevalenza della prima sulla seconda in applicazione del principio di specialità enunciato nell’art. 15 c.p. e dovendosi evitare che, raggiunto già il limite del triplo per una determinata fattispecie concreta, si determini impunità per ulteriori reati dei quali, in successive occasioni, debba essere riconosciuta la pertinenza al medesimo disegno criminoso. Per dirimere tale contrasto giurisprudenziale è stata, di recente, rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione: se il giudice dell’esecuzione, in caso di riconoscimento della continuazione tra più reati oggetto di distinte sentenze irrevocabili, nel determinare la pena sia tenuto al rispetto del limite del triplo della pena inflitta per la violazione più grave, ai sensi dell’art. 81, co. 1 e 2, c.p., oppure debba applicare il diverso criterio indicato dall’art. 671, co. 2, c.p.p., rappresentato dalla somma delle pene inflitte in ciascuna decisione irrevocabile.

le, in deroga all'intangibilità del giudicato, diminuire le pene inflitte per i reati satellite – già considerati tali con le sentenze di condanna, ovvero divenuti satellite in sede di applicazione dell'art. 671 c.p.p.) – dal giudice della cognizione, mentre è esclusa qualsiasi possibilità di aumento non solo complessivo, ma anche per le singole fattispecie criminose.

Infatti, trattandosi di istituto ispirato al *favor rei*, l'applicazione della continuazione in sede esecutiva deve, di regola, comportare una diminuzione della pena complessiva, per cui, ove si ritenga, invece, che ricorrano elementi tali da giustificare la determinazione della pena nel massimo consentito dall'art. 671, co. 2, c.p.p. deve darsi di ciò, da parte del giudice, adeguata e puntuale motivazione.

Orbene, a detta della Corte, il quadro che si è appena mostrato rende incongrua, da parte del giudice di esecuzione, una valutazione di maggior gravità dei fatti portati in continuazione rispetto a quella effettuata dal giudice di cognizione. *Ad abundantiam*, sulla base di un argomento di valore sistematico, rappresentato dal richiamo alla regola di cui all'art. 533, co. 2, c.p.p., secondo la quale «se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione», ribadisce che, quando in sede esecutiva interviene la necessità di applicare particolari istituti, il reato continuato deve essere osservato nella sua sostanza atomistica: ciascun reato riacquista la sua autonomia, con conseguente incongruità di sistema, laddove si possa peggiorare in sede esecutiva, all'esito di una cognizione sommaria, il trattamento sanzionatorio dei reati in continuazione.

##### **5. La clausola di salvaguardia del divieto di *reformatio in peius***

In conclusione, osservando come nell'attuale panorama dottrinario e giurisprudenziale l'adattamento del giudicato in sede esecutiva sia univocamente ritenuto possibile solo a favore del condannato, la Suprema Corte ha evidenziato che la possibilità di una decisione *in pejus* da parte del giudice dell'esecuzione si appaleserebbe contraria all'evoluzione del diritto penale e processuale. Infatti, in linea con l'orientamento minoritario, le Sezioni Unite sottolineano che quando – come nel caso di specie – è il solo condannato ad adire il giudice dell'esecuzione, l'ambito di conoscenza di quest'ultimo è, in virtù del principio devolutivo, inevitabilmente delimitato dal contenuto della domanda, sicché non sono ammessi esiti peggiorativi della posizione dell'istante.

A sostegno della inoperatività del divieto di *reformatio in pejus* in ordine alla rideterminazione *in executivis* degli aumenti per i reati satellite, la Sezione

remittente aveva richiamato, ritenendole estensibili al caso *de quo*, le conclusioni delle Sezioni unite del 2014, secondo cui allorché nel giudizio di impugnazione risulti mutata «la struttura del reato continuato, il divieto di cui all'art. 597, co. 3, c.p.p. non è violato se il giudice del gravame apporta per uno dei fatti unificati dall'identità del disegno criminoso un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore»<sup>48</sup>. In quell'occasione, il Supremo Collegio ha sconfessato – in riferimento alla sola residuale ipotesi in cui il giudice del gravame o del rinvio sia chiamato a giudicare della medesima sequenza di reati legati dalla continuazione – la più logica e coerente soluzione secondo cui «nel giudizio di appello, il divieto di *reformatio in pejus* della sentenza impugnata dall'imputato non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione»<sup>49</sup>.

Il *revirement* del 2014 è stato aspramente criticato dalla dottrina, dal momento che ha fornito una conclusione che, oltre a svilire la *ratio* sottesa all'istituto della continuazione, è apparsa distonica rispetto alle previsioni di cui all'art. 597, co. 3 e 4, c.p.p. e al *favor impugnationis*, al quale esse sono indubbiamente ispirate<sup>50</sup>.

A tal proposito, nelle battute finali della motivazione, la Corte nega con fermezza la possibilità di applicare in via estensiva il principio di diritto suesposto, poiché trattasi di due situazioni affatto assimilabili se solo si considera che, in un caso, vengono in rilievo le funzioni e i poteri del giudice di secondo grado che è, e resta, un giudice della cognizione, mentre, nel caso in esame, si discute dei poteri del giudice dell'esecuzione, il quale non ha la piena cognizione del fatto e della colpevolezza proprie del processo ordinario.

In chiosa, la Corte ritiene che nessun fondamento a tale incisivo potere può essere rintracciato nelle prerogative del giudice dell'esecuzione in rapporto

<sup>48</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 2014, in *Mass. Uff.*, n. 258653.

<sup>49</sup> Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, Williams Morales, in *Mass. Uff.*, n. 232066.

<sup>50</sup> Che il combinato disposto di tali norme mirasse a potenziare la portata del divieto in parola è confermato dalla Relazione preliminare al codice del 1988, in cui si afferma che con l'introduzione del co. 4, il legislatore ha inteso rafforzare il divieto della *reformatio in pejus*. L'obiettivo era quello di sconfessare gli orientamenti giurisprudenziali che, durante la vigenza del codice di rito del 1930, ne avevano vanificato la valenza, ritenendo che il giudice dell'impugnazione potesse confermare la pena complessiva, nonostante l'accoglimento dell'appello dell'imputato circa il riconoscimento di circostanze attenuanti o l'eliminazione di circostanze aggravanti o di reati concorrenti. A tal fine il co. 4 stabilisce che nel caso di accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita; formulazione finalizzata proprio ad inibire la possibilità di compensare, mediante gli aumenti degli altri singoli elementi del trattamento sanzionatorio applicato dal giudice *a quo*, la riduzione derivante dall'accoglimento del gravame dell'imputato.

all'erosione del giudicato sul trattamento sanzionatorio, così come declinate dalla giurisprudenza delle Sezioni unite in materia di rideterminazione della pena illegittima<sup>51</sup>: in tale, diverso, contesto è stato chiarito che il compito di incidere sul giudicato, al fine di far fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni di diritti fondamentali della persona, con le ampie prerogative ad esso connesse – comprensive anche di poteri valutativi – sono esercitabili dal giudice dell'esecuzione esclusivamente in *favor rei*».

## 6. Conclusioni.

Alla stregua di quanto argomentato, la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto «Il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna».

Tramontata la stagione delle sentenze irrevocabili destinate a *facere de albo nigrum*, nell'attuale assetto normativo il giudicato diviene istituto flessibile, malleabile, aperto alle verifiche, qualora ve ne sia comprovata necessità *in bonam partem* sostanziale.

In questo scenario la rimodulazione *in pejus* delle pene comminate per i reati satellite deve essere considerata una prerogativa inibita al giudice dell'esecuzione: oltre a costituire di per sé un superamento in senso peggiorativo del giudicato formatosi sulle singole condanne, essa avrebbe al contempo l'effetto di mitigare la portata di un istituto marcatamente favorevole al reo.

La disciplina del reato continuato non deve, invero, trovare ostacoli diversi da quelli connaturati alle peculiarità della fase di esecuzione.

Nessuna disposizione si occupa della rivisitazione del trattamento sanzionatorio dei singoli reati satellite. «*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», così recita il fondamentale principio in materia di interpretazione delle leggi, il quale rafforza l'idea che, al di là e nei limiti delle ipotesi in cui è lo stesso legislatore a consentire espressamente un intervento *in malam partem* sul trattamento sanzionatorio – come avviene nell'art. 674 c.p.p. –, non possono residuare spazi per rivisitare il giudicato sulla pena in una prospettiva diversa da quella favorevole al reo.

Questo «silenzio assordante» non può essere colmato dall'intervento creativo della giurisprudenza, poiché, così facendo, si assiste ad un ribaltamento dei

<sup>51</sup> Cass., Sez. un., 18 aprile 2013, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 258649 e Id., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in *Mass. Uff.*, n. 260697, sulla cui scia si sono poste, con riferimento alla rideterminazione *in executivi* della pena illegittima in materia di stupefacenti, Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, Marcon, in *Mass. Uff.*, n. 264858.

ruoli: non è più la legge a tracciare la “strada maestra” da seguire, ma è la giurisprudenza che, mediante un’interpretazione il più delle volte oltre la *littera legis*, “sorpassa” il legislatore, il quale fa sempre più fatica a “mantenere il passo”, così contribuendo ad alimentare il fenomeno dell’interpretazione c.d. creativa in materia penale<sup>52</sup>.

Sicuramente, si può affermare che non è di particolare apprezzamento non solo al comune cittadino, ma anche allo studioso penalista il fenomeno della “giustizia giuscreativa”, mimetizzata sotto l’eufemismo della “giurisprudenza evolutiva”, volta a recepire i segni del tempo, adeguando il diritto ai cambiamenti storici. In realtà, “sotto la maschera” essa consiste non più nei doverosi atti di giurisdizione – *ius dicere* –, cioè nell’applicazione della legge, ma in autentici atti di sovranità – *ius facere* –, cioè di creazione del diritto, facendo dire alla legge attraverso l’espedito della “interpretazione costituzionalizzata” ciò che la legge non dice, ma che piace agli ideologismi del singolo giudice.

In conclusione, il vero *punctum dolens* è rappresentato dalla mancanza di una specifica normativa che delimiti entro coordinate sistematiche e ben definite il potere integrativo *post rem iudicatam*<sup>53</sup>. Il fenomeno di per sé non è certo un male, nella misura in cui valga come correttivo semplificativo a situazioni discriminatorie o inique. Il peso di tutto ciò dovrebbe essere sostenuto dal legislatore, pronto a scongiurare il pericolo di applicazioni troppo disinvolute, contrarie al *favor rei* e sostenitrici del *contra reum*.

In questa prospettiva, una più puntuale definizione dei poteri del giudice dell’esecuzione, onde garantire la piena effettività all’applicazione dell’art. 81 c.p. si colloca tra le più urgenti modifiche da apportare all’assetto delle disposizioni sul processo penale.

ELEONORA ADDANTE

<sup>52</sup> Per un approfondimento sulla crisi della legalità penale, v. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, secondo il quale la crisi della legalità penale sta a dimostrare una “trasmutazione dei valori”, nel senso che il diritto penale non è più quello di epoca illuminista, essendo, ormai, molto distante dal modello razionale e programmatico, ma è un diritto caratterizzato dal decisionismo e dunque dall’intervento “spot”, dominato dalla prevalenza dell’esecutivo e del giudiziario sul potere parlamentare.

<sup>53</sup> Sul punto, v. GAITO, *Poteri di integrare il merito post rem iudicatam*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 1317 ss.