

# L'ISTANZA DI LEGALITÀ DELLA PENA TRA TUTELA DEI DIRITTI UMANI, INTENTI DEFINITORI E RIMEDI PROCESSUALI

di Susanna Schiavone

*Il contributo affronta il tema dell'illegalità della pena attraverso una riflessione sulle evoluzioni nell'interpretazione del principio nulla poena sine lege. Evidenziando la centralità del ruolo della Corte di Strasburgo nel delineare forme più avanzate di legalità, l'Autrice analizza criticamente i più recenti arresti del Giudice nomofilattico, ricostruendo la nozione di "pena illegale" e soffermandosi sulla misurabilità della stessa (anche "patteggiata") alla luce del metro individuato dalle Sezioni unite. Infine, l'indagine vira sui rimedi processuali adottabili per sanare l'illegalità della sanzione e, nello specifico, sulla possibilità per la stessa di essere rilevata d'ufficio in sede di legittimità.*

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. L'influenza della tutela dei diritti umani sul principio *nulla poena sine lege*. – 2. La misura dell'illegalità della pena: spunti critici a partire da una recente pronuncia. – 3. Il sindacato sull'illegalità della pena (anche "patteggiata"). – 4. Sulla rimediabilità della pena illegale: un compiuto avanzamento in punto di rilevanza d'ufficio in sede di legittimità. – 5. Note conclusive.

## 0. Premessa.

Alla radice del principio di legalità penale, perlomeno nelle moderne democrazie occidentali, è ravvisabile un'istanza di matrice costituzionale che si fonda sull'irrinunciabile salvaguardia dei diritti fondamentali, con tutto il loro seguito di necessari bilanciamenti<sup>1</sup>. Tale primaria esigenza ha da sempre innervato il dibattito interno in ordine alle modalità attraverso le quali perseguire una graduale tutela multilivello dei diritti individuali, con un conseguente, necessario adattamento dell'ordinamento ai principi sanciti dalle Corti sovranazionali.

Malgrado le fisiologiche tensioni innescatesi tra protezionistiche velleità legalitarie e pretese garantistiche – dirette a consentire una piena affermazione dei diritti

---

<sup>1</sup>In rapporto alla legalità penale, il crescente potenziamento di questa istanza ha fatto da contraltare alla cedevolezza dell'istanza, di matrice liberale, del monopolio dell'organo rappresentativo-parlamentare. Così, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *lalegislazionepenale.eu* (29 gennaio 2016), p. 3.

umani<sup>2</sup>–, l’evoluzione della giurisprudenza convenzionale sul principio di legalità della pena ha enucleato nel corso del tempo inedite declinazioni dell’art. 7 Cedu<sup>3</sup>, contribuendo così all’affermazione di una tutela sempre crescente in ambito europeo e nazionale<sup>4</sup>, anche a discapito dell’intangibilità di più tradizionali barriere giuridico-concettuali.

Tuttavia, nel confronto con i quotidiani «tradimenti della legalità<sup>5</sup>», il moderno paradigma del *nulla poena sine lege* rimane inficiato ogni qual volta la sanzione inflitta in sede processuale ecceda i limiti imposti dall’ordinamento, vale a dire quando il giudice, all’atto dell’irrogazione della pena, «dimentichi che la soluzione del conflitto va tessuta sulla trama imposta dalla parola legislativa [che è, essa stessa] espressione di “potestatività”<sup>6</sup>». In tal guisa, la comminazione di una “pena illegale”, da intendersi secondo la nozione ribadita recentemente dalle Sezioni unite, per un verso, tradisce la *ratio* del potere discrezionale di cui è tributario il giudice (artt. 3 e 27 Cost.) e, per l’altro, frustra il finalismo rieducativo della pena (art. 27 co. 3 Cost.), con l’inaccettabile conseguenza di ridurla a una mera sofferenza per il condannato.

Sicché, soprattutto a valle dei più recenti pronunciamenti dell’organo nomofilattico, si paventa la necessità di riflettere sui nuovi spunti offerti dall’inesauribile tema della legalità, i quali si appuntano sull’esigenza, costituzionalmente imposta, di ricondurre la discrezionalità giudiziale nell’applicazione della sanzione (art. 132 c.p.), anche “patteggiata”, agli stringenti limiti legali nonché sull’ampliamento del novero delle tecniche di tutela processuale, nella prospettiva di garantire una maggiore opportunità di rimozione del vizio della sentenza.

## **1. L’influenza della tutela dei diritti umani sul principio *nulla poena sine lege*.**

Si è fervidamente dibattuto in passato sull’influenza che la Cedu e la relativa giurisprudenza tendono a esercitare su alcuni principi e istituti afferenti alla c.d. parte

---

<sup>2</sup> Sulla relazione tra legalità e pena nell’ordinamento di *civil law*, J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Legalidad penal: tipicidad, no retroactividad, non bis in idem*, in A.A.V.V., *Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH*, J. LLOBET RODRÍGUEZ – L. R. RUIZ RODRÍGUEZ (a cura di), Bosch Editor - Editorial Jurídica Continental, 2022, p. 97 s.

<sup>3</sup> Per una disamina della più aggiornata giurisprudenza convenzionale sulla «*legalité pénale*», A.A.V.V., *Les grand arrêts de la Cour européenne de Droits de l’Homme*, 10ed., Thémis droit, 2022, p. 293 s.

<sup>4</sup> Si rinvia ad, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, in A.A.V.V., *Law of the European Convention on Human Rights*, 4ed., Oxford University Press, 2018, p. 491 s.

<sup>5</sup> L’espressione è di F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, p. 2.

<sup>6</sup> F. PALAZZO, *Idem*, p. 2.

generale del diritto penale<sup>7</sup>, talvolta costruendo nozioni unitarie<sup>8</sup>, adattabili ai diversi ordinamenti europei sì da rendere possibile un'uniforme e costante applicazione delle garanzie convenzionali; talaltra interpretando e facendo impiego dei classici principi che informano l'intero sistema penale.

L'incedere di simili tendenze ha dato la stura a un crescente protagonismo dei diritti fondamentali e a una conseguente polarizzazione sulle relative istanze di tutela cui neppure le più ineludibili e tradizionali barriere hanno saputo resistere<sup>9</sup>. Rientra a pieno titolo in questa narrazione l'esigenza, più volte enfatizzata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, di assicurare l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu attestanti la violazione del principio di legalità della pena dinnanzi alla quale, evidentemente, il mito dell'intangibilità del giudicato<sup>10</sup>, sempre cedevole a fronte di una "pena illegale", è progressivamente tramontato<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> In proposito deve rimarcarsi che l'influenza dei diritti dell'uomo (sanciti dalla Cedu) sul diritto penale può esplicarsi, da un lato, inibendo allo Stato l'adozione di normative o prassi applicative ad essi contrari e, dall'altro, agevolando la creazione di incriminazioni o di meccanismi punitivi che implementino l'effettività della tutela di interessi essenziali, in un'ottica di prevenzione generale. Così: M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 94. Sul punto, V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in A.a.V.v., *La Corte di Strasburgo – Gli speciali della rivista "Questione giustizia"*, F. BUFFA – M. G. CIVININI (a cura di), Key editore, 2019, p. 688; in relazione ad ulteriori ambiti di influenza della Convenzione sulla parte generale del diritto penale, cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, p. 37 s.

<sup>8</sup> Il riferimento è alla nozione di «diritto penale», di «reato», di «sanzione penale» e, più in generale, alla definizione di ciò rientra nell'ambito della «materia penale». Cfr. C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 4ed., Utet, Torino, 1990, p. 64 - 76; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 22 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 13 s. Sul processo di armonizzazione, v. più diffusamente, M. DELMAS-MARTY, *Contraintes européennes et politique criminelle*, in *Revue trimestrelle de droits de l'homme*, 12/1992, p. 436 s.

<sup>9</sup> Così, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... overosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 481 s. L'A. conclude sostenendo che l'orizzonte della "certezza dei diritti" abbia prepotentemente assunto una posizione di assoluta centralità con la conseguente declassazione della "certezza del diritto"; nello stesso senso, G. CANZIO, [La giurisdizione e la esecuzione della pena](#), in *Dir. pen. cont.*, p. 3 (26 aprile 2016). Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di legalità.*, p. 6 ss., in cui l'A. avverte come, sotto alcuni profili, la pienezza dei diritti fondamentali possa porsi in tendenziale rotta di collisione con l'onnipotenza legislativa caratteristica della tradizione legalitaria nazionale, al punto da originare, per certi aspetti, «un cortocircuito all'interno della legalità penale tra l'istanza liberale democratico-rappresentativa e quella costituzionale del potenziamento dei diritti».

<sup>10</sup> L'espressione è di G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 97 s.

<sup>11</sup> Con riguardo ad ulteriori interventi sul giudicato operati dalle sentenze della Corte europea, cfr. P. TROISI, [Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#), in *Dir. pen. cont.*, p. 8, il quale – tra gli altri – rinvia ai casi Drassich c. Italia (in relazione alla qualificazione giuridica dei fatti oggetto di imputazione) e Dorigo c. Italia (quanto al diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico).

In effetti, l'ermeneusi elaborata dai Giudici di Strasburgo intorno alla portata dell'art. 7 Cedu<sup>12</sup>, sotto il profilo del principio *nulla poena sine lege*<sup>13</sup>, ha contribuito all'affievolimento del divieto di statuire nuovamente sulla *res judicata*, senza minarne il fondamento giuridico, bensì con l'unica finalità di renderla convenzionalmente conforme, ponendo rimedio ad una accertata situazione di ingiustizia sostanziale. La questione, pertanto, è di ordine pratico piuttosto che ideologico, nella misura in cui si consente che la certezza fissata dal giudicato sia messa in discussione solo in presenza di ragionevoli motivi e, nello specifico, al fine di ricondurre la statuizione sul trattamento sanzionatorio entro gli argini della legalità.

Sotto questo profilo, il noto caso *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre del 2009, ha indubbiamente costituito l'occasione per il nostro ordinamento di allinearsi a questo più elevato *standard* di tutela, ammettendo il potere-dovere del giudice di tornare a incidere sulla pena – divenuta illegale – anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza. In quella vicenda, infatti, oltre all'irretroattività delle leggi penali più severe, la Grande Camera ha riconosciuto il principio della *lex mitior* quale proiezione implicita dell'art. 7 Cedu con la conseguente relativa ascrizione al rango dei diritti fondamentali della persona, non derogabile ai sensi dell'art. 15 Cedu.

Peraltro, sciogliendo il nodo dell'estensibilità della decisione a coloro che - pur non avendo esperito il rimedio del ricorso individuale alla Corte europea (art. 34 Cedu) - si trovassero nell'analoga situazione giuridica del ricorrente, le Sezioni unite della Cassazione hanno chiarito che la mancanza, nel caso concreto, di una pronuncia della Corte cui dare esecuzione, non avrebbe potuto ostacolare un intervento giurisdizionale dell'ordinamento giuridico italiano volto a rimuovere una situazione di illegalità convenzionale, benché implicante il sacrificio della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto a evidenti e pregnanti compromissioni di diritti fondamentali della persona<sup>14</sup>. In tale prospettiva, la dimensione dell'intangibilità della cosa giudicata non

---

<sup>12</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Contraintes européenne*, cit., p. 437, che individua una nozione legalità convenzionale: «de la légalité, on retiendra surtout qu'elle prend une signification «européenne», c'est-à-dire autonome, à la fois plus large et plus étroite qu'en droit interne». Notoriamente, la nozione convenzionale di "legalità" si declina in un'esigenza di "accessibilità" e "prevedibilità" delle decisioni giudiziali alla luce delle leggi vigenti e dei precedenti in materia. Per una più ampia ricostruzione dell'ambito di applicazione della norma, v. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 57 s.

<sup>13</sup> Pur riguardando esplicitamente il solo divieto di retroattività, si ritiene che l'art. 7 Cedu consacrì più in generale, nel sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). In giurisprudenza, tra le altre, v. le pronunce Kokkinakis c. Grecia, § 52; Cantoni c. Francia, § 29; K.H.W. c. Rep. fed. tedesca, § 45, sulla scorta del quale l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 7 Cedu devono tendere a garantire una protezione effettiva da procedimenti, condanne e sanzioni arbitrarie. In dottrina, cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Convenzione europea e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoione*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 497; V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, p. 687 s.; M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche intercontinentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472 con nota di M. GAMBARELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969; Cass. Sez. un. 24 ottobre 2013, n. 18821 – ric. Ercolano, con nota di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga de "fratelli minori" di Scoppola*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*. Cfr. anche R. MASTROTOTARO, *La veste legale della pena: una questione non*

può che retrocedere dinnanzi al bene della libertà personale dal momento che l'istanza di legalità della pena - da considerarsi «costantemente *sub iudice*» - non si arresta di fronte al dato formale dell'irrevocabilità della sentenza<sup>15</sup>.

Tra le - sporadiche - decisioni della Corte europea sul principio in discorso, il tema della legalità della pena è emerso anche in altre, più risalenti pronunce, come *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia* ed *E.K. c. Turchia*, ripresentandosi successivamente in ipotesi di problematica individuazione del *tempus* di riferimento per l'applicazione del trattamento sanzionatorio più rigoroso, come nelle sentenze *Veeber c. Estonia* e *Achour c. Francia*, riguardanti ipotesi di reato continuato e di recidiva.

Cionondimeno, l'attenzione dei Giudici di Strasburgo sembra essersi concentrata anche sullo specifico profilo della prevedibilità del *quantum* di pena da espiare, venuto in rilievo sia nel caso *Kokkinakis c. Cipro* - in cui si è censurata l'impossibilità per il condannato di conoscere l'effettiva data della propria liberazione a motivo della confusa disciplina sull'esecuzione della pena - sia nella più nota sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* - avente ad oggetto la posticipazione della stessa per effetto di un *revirement* sfavorevole in ordine alle modalità di applicazione di un beneficio penitenziario - sia in *Camilleri c. Malta* - in cui si è ritenuta oscura la reale ampiezza della forbice edittale all'interno della quale la pena dovesse essere irrogata<sup>16</sup>.

Un ulteriore corollario del *nulla poena sine lege* si sostanzia nella necessaria conformità del quantitativo di pena inflitto rispetto alla cornice legalmente prevista per il reato di cui il condannato è stato giudicato colpevole. Sotto questo aspetto, infatti, nella casistica europea si registra la sanzionabilità dell'errore commesso dai giudici nazionali nella determinazione del *quantum* di pena comminato, avendo riguardo alla più mite sanzione in cui sarebbe incorso l'interessato ove l'applicabilità delle circostanze attenuanti fosse stata correttamente valutata<sup>17</sup>.

---

differibile, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it). Successivamente, il principio è stato ribadito anche dalla Consulta che, in «un istruttivo esempio di gioco di squadra tra supreme magistrature», ha anche ammesso il potere del giudice dell'esecuzione di sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 117, co. 1, Cost.* sulla norma di legge italiana che eventualmente osti a tale adeguamento, in maniera non superabile in via di interpretazione conforme al diritto convenzionale. Così, E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo. Nota a C. cost., n. 210/2013*, in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org).

<sup>15</sup> Più ampiamente, T. ALESCI, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale presupposti e limiti*, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it).

<sup>16</sup> I riferimenti sono ben noti: Corte e.d.u., 21 ottobre 2013, [Del Rio Prada c. Spagna](#), ric. n. 42750/09; C.e.d.u., 22 gennaio 2013, [Camilleri c. Malta](#); entrambe con nota di F. MAZZACUVA, in *Dir. pen. cont.*

<sup>17</sup> Corte e.d.u., Gabarri Moreno c. Espagne, 22 ottobre 2003, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), § 33: « [...] en application de la circonstance atténuante [...] la peine encourue par le requérant était celle de prison majeure à son degré minimum, soit une peine d'emprisonnement pouvant aller de six ans et un jour à huit ans. Certes, comme soutient le Gouvernement, le tribunal avait la faculté de prononcer à l'encontre du requérant la peine, au niveau maximum du degré, soit huit ans. Mais, il est également vrai que le tribunal aurait pu le condamner au niveau minimum, soit six ans et un jour. Pour sa part, la Cour [...] se limite à constater que l'exigence de la sécurité juridique inhérente au principe de la légalité commandait, pour le moins, une rectification du quantum de la peine prononcée ce qui n'a pas eu lieu».

Come si avrà modo di approfondire, quest'ultima declinazione dell'art. 7 Cedu – forse la più somigliante ad alcuni intenti definitivi d'epoca illuministica<sup>18</sup> – rivela una particolare corrispondenza con la nozione di “illegalità della pena” per come recentemente ribadita dall'organo nomofilattico nazionale.

## 2. La misura dell'illegalità della pena: spunti critici a partire da una recente pronuncia.

Il tema dell'illegalità della pena (art. 25, co. 2 Cost.) torna ciclicamente all'attenzione della suprema Corte che, riunita nella sua più autorevole composizione, se n'è ultimamente occupata in qualità di presupposto per la ricorribilità in cassazione avverso le sentenze che irroghino la pena ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p.

Sul punto, in particolare, le difformità applicative invalse in giurisprudenza sono emerse in ragione del diverso metro di valutazione dell'illegalità, adottato dai giudici sulla base di due posizioni esegetiche distinte. Infatti, sulla scorta di un primo orientamento, nella ponderazione di quest'ultima si sarebbe dovuto compendiare non solo la pena conclusivamente determinata, ma anche i passaggi intermedi che avessero condotto alla sua determinazione<sup>19</sup> laddove un secondo filone interpretativo, invece, ha sostenuto la rilevanza del solo risultato finale, cioè della pena finalmente applicata, quale definitiva manifestazione dell'accordo tra le parti, purché sempre corrispondente, per specie e quantità, a quella astrattamente prevista dalla fattispecie incriminatrice<sup>20</sup>.

Ebbene, nel dirimere la questione oggetto di rimessione<sup>21</sup>, le Sezioni unite, con la sentenza 12 gennaio 2023, n. 877<sup>22</sup>, hanno dapprima inteso definire la nozione di “pena

---

<sup>18</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, R. BONFANTI (a cura di), Einaudi, Milano, 1973, p. 10: «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino». Cfr. D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. Pen.*, 2/2017, p. 12, in cui l'A. evidenzia il timore per l'arbitrio giudiziale nell'opera di Beccaria.

<sup>19</sup> Come precisato in sentenza, tale indirizzo ha riguardato quelle ipotesi valorizzanti, da un lato, errori a carattere oggettivo, perché consistenti nell'omissione di valutazioni vincolate (tra le altre, Cass., Sez. 5, 19 ottobre 1999, n. 5018 – Rezel; Sez. 5, 5 ottobre 2004, n. 44336 – Mastrolenzi; Sez. 2, 28 ottobre 2020, n. 4798 – Ouertani); dall'altro, errori forieri dell'applicazione di una pena meramente illegale perché condizionata all'esito di valutazioni doverose ma omesse, come ad esempio un erroneo giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee (Cass. Sez. 5, 23 maggio 2014, n. 24054 – Restaino; Sez. 5, 27 gennaio 2021, n. 9818 – Santese).

<sup>20</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. 2, 23 febbraio 2022, n. 14320 – Perone; Sez. 6, 27 aprile 2021, n. 28031 – Di Bernardo; Sez. 5, 23 gennaio 2019, n. 18304 – Rosettani.

<sup>21</sup> Vale a dire «se configuri “pena illegale”, ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dell'art. 69, co. 3 c.p.».

<sup>22</sup> Sui restanti aspetti della pronuncia, v. nota di A. ACETO, *Le SS.UU. ribadiscono la nozione di pena illegale (anche in caso di patteggiamento)*, in *Il QG* (18 gennaio 2023).

illegale”, ponendosi sulla scia dei molteplici interventi chiarificatori, espressi – anche di recente – dalla suprema Corte<sup>23</sup>.

La ragione che più giustifica la formulazione di detto *obiter dictum* risiede nella rilevanza pratica di conoscere precisamente i confini dell’illegalità della sanzione, soprattutto ove la medesima configuri uno dei presupposti necessari al fine di attivare il relativo rimedio processuale, sia in fase di cognizione sia di esecuzione, ovvero l’oggetto stesso del giudizio da parte del giudice di ultima istanza.

Come – in effetti – rilevato dall’ordinanza di rimessione<sup>24</sup>, la persistenza di un contrasto interpretativo in ordine alla valutazione sull’illegalità della pena avrebbe grandemente ostacolato l’accesso al sindacato di legittimità sulle sentenze applicative della pena a richiesta di parte<sup>25</sup>.

Più specificamente, nel vincolare la ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento – tra le altre – all’ipotesi di «illegalità della pena e della misura di sicurezza», il novellato art. 448, co. 2-*bis* c.p.p.<sup>26</sup> ha circoscritto, di riflesso, anche il perimetro di operatività del sindacato di legittimità, per cui ai Giudici della Quinta Sezione è apparso essenziale «definirne i confini applicativi ed interpretarne le componenti, ivi compresa, per quel che interessa in questa sede, la nozione di illegalità della pena».

Detta esigenza si è resa ancor più impellente per via del dettato dell’art. 610, co. 5-*bis* c.p.p. che, essendo informato alla medesima vocazione deflattiva, ispiratrice della riforma sul patteggiamento, ha imposto la sanzione della declaratoria di inammissibilità senza formalità di rito per l’impugnazione proposta per motivi irrivalenti.

Sicché, in continuità con l’indirizzo già espresso nel caso “Jazouli<sup>27</sup>”, le Sezioni unite sono tornate a qualificare come “illegale” la pena che, non corrispondendo – per genere, specie o quantità (sia in difetto che in eccesso) – a quella prevista in astratto dalla

<sup>23</sup> Tra gli altri, il riferimento è a Cass. pen., Sez. un. (data ud. 31 marzo 2022) 13 ottobre 2022, n. 38809, Miraglia, con nota di G. GARUTI, in *Dir. pen. proc.*, 12/2022, p. 1493; Sez. un., 31 marzo 2022, n. 47182, Savini; Sez. un., 26 febbraio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33040, Pres. Santacroce, Rel. Fidelbo, Ric. Jazouli (benché non massimate sul punto); cfr., inoltre, Cass., Sez. 6, 15 luglio 2014, n. 32243, Tanzi; Sez. 6, 19 febbraio 2013, Nisi; Sez. 2, 7 maggio 2013, n. 20275, Stagno.

<sup>24</sup> Cfr. punto 4 del Considerato in diritto, Cass., Sez. V, ord. 17 febbraio 2022 (dep. 21 d marzo 2022), n. 9523, Pres. Palla, est. Brancaccio, ric. Sacchettino.

<sup>25</sup> Sulla confermata facoltà per l’imputato di accedere al rito alternativo, cfr. Cass., Sez. un., n. 877/2023, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>26</sup> A seguito delle modifiche intervenute per effetto della l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma “Orlando”), la norma ha previsto la possibilità per il pubblico ministero e per l’imputato di ricorrere per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento solo per motivi attinenti all’espressione della volontà dell’imputato stesso, al difetto di correlazione tra richiesta e sentenza, all’erronea qualificazione giuridica del fatto e all’illegalità della pena o della misura di sicurezza. Cfr. Cass. pen., Sez. 5, 12 marzo 2021, n. 21497 Ricciardi, Rv. 281182 che, con specifico riferimento alla scelta di ancorare l’impugnabilità della sentenza all’illegalità della pena e della misura di sicurezza, ha ricondotto tale ipotesi all’ambito di discrezionalità riservato al legislatore nonché alla specifica «esigenza di limitare il controllo di legittimità alle sole decisioni che [...] costituiscono disapplicazione dell’assetto normativo disciplinante l’illecito oggetto di cognizione». Sui limiti imposti dalla norma, cfr. Sez. un., 26 settembre 2019, n. 21368, Savin, Rv. 279348.

<sup>27</sup> Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040 – Jazouli, riguardante un caso di illegalità sopravvenuta della pena, dichiarata incostituzionale da una precedente pronuncia della Consulta.

norma incriminatrice, si collochi conseguentemente al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale<sup>28</sup>. Pertanto, l'eventuale sussistenza di un vizio, dovuta all'erronea modulazione dei vari passaggi intermedi – a partire dall'individuazione della pena base fino agli aumenti o alle riduzioni per le singole circostanze concorrenti –, non rappresenterebbe di per sé un fattore stigmatizzante.

Giova comunque precisare che il modello legale cui deve potersi ricondurre la sanzione deve consistere in una norma (sostanzialmente) penale che sia vigente al momento della commissione del fatto-reato o, se sopravvenuta, che sia più favorevole di quella anteriormente prevista.

A fondare il ragionamento del supremo Consesso si impone la funzione stessa della “legalità della pena” che, nel bilanciamento con le garanzie sottese al giudicato, rappresenta il limite estremo di tutela della libertà personale nonché, in fin dei conti, il principio di separazione dei poteri. Perché – come evidenzia la Corte – il tema della pena è il tema della «coesistenza di due domini», quello del legislatore e quello del giudice, entrambi espressione di poteri vicendevolmente interrelati (ma non già confondibili) che si sostanziano, rispettivamente, nell'individuazione del disvalore di una condotta in astratto e nell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio in concreto<sup>29</sup>. Nel travalicare, dunque, i confini che delimitano tali prerogative, si realizzerebbe un abuso del potere discrezionale da parte del giudice che, in definitiva, sortirebbe l'effetto di travolgere i valori dello Stato di diritto per cui queste sono state riconosciute<sup>30</sup>.

Intendendo isolare ulteriormente il concetto di “illegalità della pena”, da un lato, si è ritenuto di espungere quei profili incidenti sul regime applicativo della sanzione, purché la difforme determinazione dello stesso rispetto al tipo astratto non conduca all'irrogazione di una pena estranea dall'ordinamento; dall'altro, lo si è distinto dalla nozione di “illegittimità della pena” che afferisce alla violazione delle regole disciplinanti l'uso del potere commisurativo, da esercitarsi sempre nel doveroso ossequio della determinazione legale<sup>31</sup>. Ne consegue che, diversamente da quanto si è detto sulla pena illegale, la pena meramente illegittima resta preclusa dall'inammissibilità del motivo di ricorso, in ragione della sua riconducibilità alla categoria della violazione di legge.

Tale differenza si riverbera anche sul piano della tutela. Per giurisprudenza costante, infatti, eventuali errori applicativi di norme di diritto sostanziale o di procedura determinanti il vizio di illegittimità della pena, ove non tempestivamente dedotti con gli ordinari mezzi di impugnazione, non sono deducibili in sede esecutiva, dal momento che tali vizi sono suscettibili di essere rilevati esclusivamente attraverso

---

<sup>28</sup> Invertendo la prospettiva, la “pena legale” è quella « del genere e della specie predeterminati dal legislatore entro limiti ragionevoli; comminata da una norma (sostanzialmente penale), vigente al momento della commissione del fatto-reato, o, se sopravvenuta rispetto ad esso, più favorevole di quella anteriormente prevista; determinata dal giudice, nel rispetto della cornice edittale, all'esito di un procedimento di individualizzazione che tenga conto del concreto disvalore del fatto e delle necessità di rieducazione del reo». Cfr. punti 12 e 14 del Considerato in diritto.

<sup>29</sup> Così, Cass. Sez. un. n. 21368/2019 – Savini; cfr. punti 13.2.1. ss. del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> Riprende Cass., Sez. un., n. 388809/2022 – Miraglia, in motivazione.

<sup>31</sup> Cfr. sent. Savini.

l'impugnazione dei provvedimenti che definiscono il grado di giudizio in cognizione<sup>32</sup>. Per contro, deve rimarcarsi come al vizio di illegalità della pena sia riconosciuta piena rimediabilità in sede esecutiva, nell'ambito della quale la rimodulazione della sanzione da parte del giudice rappresenta una «valvola di sicurezza» del sistema a fronte di una situazione di ingiustizia sostanziale<sup>33</sup>.

### 3. Il sindacato sull'illegalità della pena (anche "patteggiata").

Il giudizio sulla legalità della pena si sostanzia, in ultima istanza, in una valutazione di conformità al paradigma normativo, da svolgersi sulla base di categorie individuate dallo stesso codice penale.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità rinvia ad alcune caratteristiche della pena come il genere (pene detentive o pecuniarie), la specie (ergastolo, reclusione o arresto, per le prime; multa o ammenda, per le seconde) e la quantità (sia in difetto che in eccesso) della pena astrattamente prevista.

In altri termini, per il buon esito del raffronto, bisognerà tenere presente il criterio nominalistico fornito dall'art. 17 c.p. il quale, nell'elencare in maniera tassativa e vincolante le "specie" di pene principali, dovrà poi coordinarsi con il criterio formale di individuazione delle due fattispecie tipiche di reato: delitti e contravvenzioni.

Quanto al "genere", il riferimento normativo da considerare sarà l'art. 18 c.p. che, in ragione del bene inciso dalla pena, distingue tra "pene detentive" e "pene pecuniarie".

Con riguardo all'individuazione delle ipotesi di pena illegale per "quantità", invece, si farà riferimento alla misura stabilita per ciascuna pena dagli artt. 23 ss. c.p., all'eventuale concorso di più circostanze aggravanti (artt. 65 ss. c.p.) e di reati (artt. 71 ss. c.p.) nonché alla cornice edittale fissata in astratto da ciascuna fattispecie incriminatrice, come risultante degli eventuali aumenti o diminuzioni di pena applicati a seguito della contestazione di circostanze del reato<sup>34</sup>.

Le suestposte coordinate tratteggiano il sistema di valutazione anche della pena applicata su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Nel caso della pena "patteggiata", infatti, tale giudizio si esplica al momento della sottoposizione al giudice dell'accordo sulla pena, suscettibile di essere accolto o meno all'esito di un pervasivo controllo giudiziale sotto il duplice profilo della congruità della sanzione ed, evidentemente, della corrispondenza della stessa alla legge<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2022 (dep. 6 febbraio 2023) n. 5046.

<sup>33</sup> Come precisato da Cass. pen., Sez. un., 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014) n. 42858, Pres. Santacroce, Rel. Ippolito, ric. Gatto, con nota di G. ROMEO, [Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014.

<sup>34</sup> Nello specifico, cfr. Sez. un., n. 877/2023, punto 14.4.1 del Considerato in diritto.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., Sez. 6, 18 maggio 2022, n. 23614 che, con riguardo al diverso istituto del concordato in appello (art. 599-bis c.p.p.) ha sancito che le parti non sono vincolate ai criteri di determinazione della pena con la conseguenza che il giudice può sindacare esclusivamente la congruità della pena finale concordata, senza che rilevino eventuali errori di calcolo nei passaggi intermedi.

In realtà, proprio la natura negoziale dell'accordo (che concerne la pena finalmente applicata e non già il suo *iter* di commisurazione) rende irrilevanti gli errori eventualmente commessi nell'articolazione dei singoli passaggi interni, sempreché questi non sfocino nella determinazione di una sanzione qualificabile come "illegale" alla stregua dei rilevati parametri codicistici<sup>36</sup>. Su questo ultimo aspetto, pertanto, sarà necessaria la formulazione di un rigoroso sindacato giudiziale che, oltre ai profili più sopra messi in luce, verifichi la correttezza di tali passaggi intermedi.

Sempre a proposito dell'ambito di operatività del sindacato del giudice sulla pena illegale, assume rilievo il recente arresto<sup>37</sup> con cui le Sezioni unite hanno inteso sconfessare quell'indirizzo sostenuto nel caso "Butera" che, nel solco dei principi affermati dalla sentenza "Basile" nel 2014<sup>38</sup>, ha ritenuto precluso l'intervento modulativo sulla sanzione da parte del giudice dell'esecuzione ogni qual volta fosse stato necessario esprimere apprezzamenti di natura discrezionale in ordine alla scelta della specie e della durata della pena<sup>39</sup>. Nello specifico, tale posizione si fondava sul presupposto per cui il riconoscimento di una maggiore ampiezza del sindacato giudiziale avrebbe nei fatti assimilato la cognizione del giudice dell'esecuzione a quella caratterizzante il *munus* del giudice del rinvio, a seguito di annullamento da parte del giudice di ultima istanza della statuizione sulla pena illegalmente applicata.

Orbene, tenendo ferme le determinazioni assunte dal giudice della cognizione nell'individuazione dei parametri astratti per l'applicazione della pena, il supremo Consesso è tornato a definire i limiti del potere di intervento del giudice dell'esecuzione, ribadendone chiaramente l'autonomia di giudizio e l'importante funzione di "difensore della legalità della pena", sotto il profilo dell'individualizzazione e della finalità rieducativa che la Costituzione le imprime.

Di talché, si è ritenuto di poter convalidare la formulazione di un permeante sindacato giudiziale che, a fronte dell'ingiustizia causata dall'applicazione di una pena illegale, sia diretto a rimodularla, anche all'esito di valutazioni che ne investano

---

<sup>36</sup> Così, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto illegale, nell'ambito del "patteggiamento", l'erronea applicazione della pena detentiva in luogo di quella pecuniaria (Cass., Sez. I, 18 febbraio 2004, n. 17108) e, al contrario, ha escluso l'illegalità della sanzione rientrante nei limiti edittali pur se, in concreto, determinata attraverso un'erronea applicazione della diminuzione prevista per i reati contravvenzionali giudicati con rito abbreviato (Sez. un. "Savini").

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. un. n. 38809/2022 – Miraglia.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 novembre 2014 (dep. 12 febbraio 2015), n. 6240, Pres. Santacroce, Rel. Amoresano, ric. Basile, con nota di I. MANCA, [Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 marzo 2015.

<sup>39</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. un., 26 giugno 2015 (dep. 3 dicembre 2015), n. 47766, Pres. Santacroce, Rel. Rotundo, Ric. Butera, espressasi in ordine alla questione della rilevanza d'ufficio, in caso di inammissibilità del ricorso, dell'illegalità della pena determinata dall'applicazione di sanzione *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato. Pur propendendo per la soluzione negativa, la stessa ha inteso garantire il rispetto del principio di legalità della pena ammettendo l'intervento del giudice dell'esecuzione, sebbene soltanto in specifici casi. Più in particolare, cfr. sent. n. 38809/2022, punti 10 ss. del Considerato in diritto.

l'individuazione (prima ancora che la quantificazione) all'interno del catalogo normativo.

#### **4. Sulla rimediabilità della pena illegale: un compiuto avanzamento in punto di rilevabilità d'ufficio in sede di legittimità.**

Le considerazioni che hanno interessato la questione del sindacato giudiziale *in executivis* hanno costituito terreno fertile per l'affermazione della rilevabilità officiosa dell'illegalità della pena in sede di legittimità<sup>40</sup>. Si è coerentemente osservato, infatti, che il riconoscimento nei confronti del giudice della cognizione del medesimo potere d'intervento di cui – come si è visto – risulta tributario il giudice dell'esecuzione, per porre rimedio ai casi di illegalità della pena, sortirebbe il proficuo effetto di anticipare gli esiti obbligati della fase esecutiva, a beneficio del principio della ragionevole durata del processo.

Così, consentendo la più ampia opportunità di porre rimedio alla situazione di ingiustizia sostanziale, il delineato impianto appare conforme al quadro costituzionale e convenzionale su cui si fonda il principio di legalità della pena. È proprio in virtù dell'immanenza nella disciplina processuale dei valori espressi dalla Carta fondamentale, in relazione alla protezione della libertà personale e alle funzioni della pena, infatti, che si impone l'intervento officioso del giudice per la rimozione di pene illegali, anche in caso di inammissibilità dell'impugnazione.

Inoltre, siffatta impostazione rappresenta il ragionevole corollario della ricavata nozione di "pena illegale" che, come premesso, investe il fondamento della potestà punitiva del giudice, costituzionalmente titolato a garantire il rispetto dei cardini giustificativi dell'esercizio di detta prerogativa, indipendentemente dal principio devolutivo.

Adottando il suddetto concetto, le Sezioni unite hanno ricomposto un contrasto<sup>41</sup> giurisprudenziale riguardante il tema della rimediabilità, dal punto di vista processuale, della situazione di sostanziale ingiustizia determinata a causa dell'applicazione di una pena illegale, affrontando – in particolare – il problema del rapporto tra l'inammissibilità del ricorso al giudice di legittimità, per ragioni diverse dalla tardività, e la rilevabilità d'ufficio della pena illegale<sup>42</sup>. È appena il caso di precisare, infatti, che in difetto di

---

<sup>40</sup> Cfr. Sez. un., n. 38809/2022 – Miraglia, punto 11 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> *Idem*, punto 3.1. del Considerato in diritto: per un primo orientamento, la rilevabilità d'ufficio avrebbe incontrato la preclusione dell'inammissibilità del gravame che, indipendentemente dalla deduzione di specifiche doglianze in sede di impugnazione, avrebbe impedito il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio; per un secondo indirizzo, invece, si sarebbe dovuta ritenere prevalente l'esigenza di rimediare all'illegalità della pena, superando il limite del difetto dei requisiti per l'ammissibilità del ricorso.

<sup>42</sup> Nella fattispecie, il trattamento sanzionatorio è stato caratterizzato dall'applicazione di una pena illegale perché di specie diversa da quella prevista dal legislatore dal momento che, per un reato di lesioni di competenza del giudice di pace, è stata comminata la pena di tre mesi di reclusione anziché la pena della multa o della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità. Tra i presupposti di rilevanza del contrasto, rileva l'inammissibilità di tutti i motivi di ricorso nell'ambito dei quali non è stata dedotta

tempestività nell'interposizione del ricorso, l'esercizio del potere da parte del giudice di legittimità risulterebbe definitivamente interdetto a causa della formazione di un giudicato formale. Il che dischiuderebbe il bivio per l'esperibilità dei mezzi di impugnazione straordinari (i quali – se fondati e accolti – condurrebbero alla riapertura del processo nella fase cognitiva) ovvero per l'intervento *in executivis*.

Ebbene, la trattazione della problematica in parola ha dapprima intersecato l'articolata evoluzione giurisprudenziale sul tema dell'inammissibilità del ricorso per cassazione e la declaratoria delle cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.)<sup>43</sup>, per poi innestarsi sulla complessa elaborazione condotta dai giudici di legittimità sulla questione della riconduzione a legalità della sanzione, anche in sede esecutiva.

In definitiva, superate le conclusioni sviluppate dalle Sezioni unite "Butera", la Corte ha avallato l'orientamento più "aperturista", ammettendo che, in presenza di una violazione della disciplina sostanziale, il giudice di ultima istanza sia facoltizzato a rilevarla d'ufficio, pur non essendo stata dedotta nell'ambito dei motivi di ricorso.

## 5. Note conclusive.

Un illustre osservatore della modernità<sup>44</sup> ha evidenziato come ciò che, per «stanchezza», continuiamo a chiamare "principio di legalità" altro non rappresenti se non «una nozione *passé-partout*», dagherrotipo del secolo dei "Lumi", che – all'epoca – attestava un momento riduzionistico per il diritto, esprimendone – invece – uno di acme del monopolio giuridico da parte dello Stato. Sicché, il pilastro del c.d. «assolutismo giuridico», che celebrava l'ipervalutazione della legge e del principio di legalità come totale conformità a quella, si è trovato a sorreggere le fondamenta anche dell'attuale sistema giuridico, permeandolo in ogni sua parte.

Cionondimeno, quel principio, così delineato, non rappresenterebbe fedelmente la modernità giuridica, condensando – piuttosto – una serie di luoghi comuni di cui bisognerebbe sbarazzarsi quanto prima: il concetto di "legalità" sarebbe ormai un «fossile», un vocabolo «monodico» di per sé inadatto ad evocare la polifonica complessità che caratterizza la realtà di oggi<sup>45</sup>.

In verità, al di là della problematica nominalistica, la rilevanza di questa riflessione si coglie nel richiamo all'effettività delle garanzie che la vecchia "legalità"

---

l'illegalità della pena. Così, Cass. pen., Sez. un., n. 38809/2022 – Miraglia.

<sup>43</sup> Sul tema, autorevolmente, G. SPANGHER, *Impugnazione inammissibile e applicabilità dell'art. 129 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 5/1995, p. 565. Cfr., inoltre, Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2015, Ricci, approdata alla definizione di alcune ipotesi derogatorie, al di fuori delle quali l'inammissibilità dell'impugnazione avrebbe assunto efficacia preclusiva rispetto all'eventuale declaratoria di cause di non punibilità.

<sup>44</sup> Autorevolmente, S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista "Diritto pubblico"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XLVI, 1995, p. 796.

<sup>45</sup> In termini, autorevolmente, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 26 ss., il quale descrive la realtà giuridica della Repubblica come una dimensione pluri-ordinamentale nella quale lo Stato-legislatore non è che uno - sì, prevalente e prezioso, ma comunque non l'unico - tra gli attori giuridici; fra questi, primeggiano la giurisprudenza e la Corte costituzionale.

pretendeva di assicurare alla società civile e che oggi dovrebbe essere fortemente riaffermata alla luce del «primato del diritto», latamente inteso: pur mal attagliandosi all'odierna realtà, la "legalità" rappresenterebbe la primaria essenza del nostro ordinamento, ancorché nella sua impronta finalistica e non già formalistica.

In effetti, proprio in tal senso, il doveroso rispetto del dogma della legalità, sembra riecheggiare intensamente nei principali passaggi delle pronunce che fin qui si sono analizzate. Nello specifico, infatti, il principio *nulla poena sine lege* (art. 25, co. 2 Cost.) – nella qualità di sua particolare declinazione – appare scolpito a chiare lettere dal supremo Consesso, tornato a riaffermarne i contorni definitivi e a rinvigorirne la tutela sul piano processuale. Nel medesimo slancio garantista, del resto, la Corte ha – da ultimo – affermato la reciproca complementarietà degli strumenti rimediali volti a rimuovere il vizio dell'illegalità della sanzione accessoria pretermessa, assicurando – anche in tal caso – la più ampia opportunità di sanare la situazione di ingiustizia sostanziale<sup>46</sup>.

In definitiva, l'incedere di tali sviluppi interpretativi integra il più recente portato di quell'intensa *querelle* che, animando il dialogo tra Corti europee e nazionali in passato, ha consentito alla giurisprudenza interna di ribadire con forza il valore della libertà personale attualmente garantito, nel solco del canone costituzionale del principio di legalità, sia in fase di cognizione sia in fase di esecuzione.

---

<sup>46</sup> A seconda dell'intervenuta irrevocabilità della sentenza o meno, sarà consentito sia esperire i normali mezzi di impugnazione fino al ricorso per cassazione sia richiedere l'intervento *in executivis*. Cfr. Cass., Sez. un., 29 settembre 2022 (dep. 15 dicembre 2022), n. 47502, Pres. Cassano, Est. Zaza.