

La norma penale reale. In ricordo del Prof. Marcello Gallo¹

Maristella Amisano

Associato di Diritto Penale nell'Università della Calabria

Studiare il diritto penale significa necessariamente coniugare due aspetti diversi tra loro ma che sono, non soltanto conciliabili, ma addirittura compenetrabili: la teoria -l'analisi dei dati normativi e del sistema- e l'applicazione pratica delle disposizioni di legge, in una parola, ciò che accade nelle aule di giustizia. Uno studio del diritto penale meramente teorico finirebbe per non tener in dovuto conto il destino di coloro che quotidianamente entrano nei tribunali, arrivando a trascurare gli aspetti pratici e a valorizzare il sistema solo dal punto di vista astratto. Con il rischio di una rarefazione del diritto penale che faccia perdere di vista la sua funzione, avvicinandolo sempre più alla filosofia del diritto. Al contrario, guardare solo agli aspetti pratici corre il rischio di dimenticare il sistema per concentrarsi sul particolare e fare di supposte "giustizie" lo strumento per la privazione delle garanzie e per l'ingresso dell'arbitrio. Coniugare lo studio raffinato della dogmatica con l'applicazione pratica del diritto penale è stato uno dei tratti salienti dell'opera del mio Maestro, il professor Marcello Gallo. Con un'essenziale cautela: mai piegare la ricerca alle esigenze dell'avvocatura e mai fare il professore in un'aula di giustizia. Allo stesso tempo, la ricerca scientifica deve incidere sul diritto penale vivente, altrimenti diventa uno sterile solipsismo. Compito non semplice: basta aprire qualunque manuale di diritto penale per accorgersi che spesso dottrina e giurisprudenza sono contrapposte come se fossero mondi diversi. Se è più frequente che la giurisprudenza faccia breccia nella dottrina e ivi trovi un supporto dogmatico, meno usuale è che certe posizioni dottrinali entrino nella giurisprudenza di legittimità e ne mutino l'orientamento. A ben pensare, però, questo rapporto biunivoco, questa compenetrazione, è l'unico modo per la progressione del diritto verso una corretta interpretazione che rafforzi l'uguaglianza e la giustizia del sistema. In una recente pronuncia delle Sezioni Unite ho rinvenuto un esempio di questo scambio e interazione tra la pratica applicazione del diritto e le posizioni della dottrina e, in particolare, alcune posizioni del professor Marcello Gallo che hanno caratterizzato il suo pensiero.

¹ Trascrizione dell'intervento tenuto il 29/4/2024 presso l'Università La Sapienza di Roma all'interno del ciclo di seminari del dottorato di ricerca in diritto pubblico "Scienza e politica nel metodo penale. Il ruolo della comparazione e della giurisprudenza per la conoscibilità del diritto": "Marcello Gallo su legalità e conoscenza della regola penale. Ricordo del Maestro". Trattandosi della trascrizione di un intervento, le note bibliografiche sono ridotte all'essenziale.

Mi riferisco all'interpretazione -che necessariamente parte dalla lettera della legge- al nesso inscindibile tra il diritto penale sostanziale e quello processuale -che compongono un sistema unitario- ed al significato della locuzione "violazione più grave" -che è quella che conduce ad un risultato in concreto più oneroso per il reo.

La pronuncia delle Sezioni Unite a cui mi riferisco è la numero 7029 del 2024. La questione sottoposta al Supremo Collegio riguarda il riconoscimento della continuazione in fase di esecuzione: un tema dai risvolti concreti importanti. Il procedimento ha preso le mosse da una richiesta al giudice dell'esecuzione di riconoscere la continuazione tra diverse sentenze, tutte passate in giudicato, per reati differenti, tra cui vari omicidi e la partecipazione ad associazione mafiosa. Si trattava di sei sentenze di condanna, una soltanto delle quali pronunciata a seguito di rito ordinario, le altre decise con rito abbreviato. In virtù del disposto dell'articolo 81cpv. c.p., in combinato disposto con il primo comma, per applicare la continuazione tra reati occorre individuare la violazione più grave al fine di usarla come base di pena su cui calcolare l'aumento. Operazione resa più semplice dalle regole dell'esecuzione e, segnatamente, dall'articolo 187 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, secondo cui: "Per l'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato da parte del giudice dell'esecuzione, 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".

Sulla scorta di questi dati normativi, il giudice dell'esecuzione ha ritenuto di individuare la violazione più grave in un omicidio doloso punito con l'ergastolo, la cui pena, per la riduzione del rito abbreviato, era stata ridotta a 30 anni di reclusione. Insomma, il giudice dell'esecuzione ha considerato come pena più grave l'ergastolo, prima che operasse la diminuzione per il rito. In questo modo ha aderito ad un orientamento della I sezione della Corte di Cassazione, secondo cui il riconoscimento in sede esecutiva della continuazione tra reati oggetto di condanne emesse all'esito di distinti giudizi abbreviati comporta la determinazione della pena più grave prima della diminuzione del rito abbreviato. Il calcolo del giudice dell'esecuzione ha seguito questi passaggi: ergastolo come pena base, su cui opera l'aumento per la continuazione che si sostanzia nell'applicazione dell'isolamento diurno². Su questa pena si applica la diminuzione per il rito abbreviato, che elimina l'isolamento diurno, riportando la pena da scontare all'ergastolo.

² L'articolo 72, II comma, c.p. disciplina il concorso tra l'ergastolo e le pene per altri reati: se le pene inflitte con altra sentenza sono superiori a 5 anni va applicato l'ergastolo con isolamento diurno. Se le pene temporanee sono inferiori a 5 anni non esplicano nessun effetto concreto.

Il punto controverso è la pena base: se sia quella su cui operare gli aumenti per la continuazione a cui solo successivamente si applica la diminuzione per il rito o quella che è determinata dalla diminuzione per il rito, come parrebbe disporre l'articolo 187 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale nella parte in cui sottolinea "anche quando per alcuni reati si è proceduto con rito abbreviato". Gli effetti pratici sono di tutta importanza. Nel caso di specie, infatti, seguire l'orientamento diverso rispetto al criterio utilizzato dal giudice dell'esecuzione significa affermare che la pena più grave che deriva dall'applicazione della diminuzione per il rito non è quella dell'ergastolo ma di trent'anni di reclusione. Su questa pena, in caso di continuazione per i reati satellite, può essere applicato solo l'articolo 78, I comma n.1, che pone come limite massimo di pena 30 anni di reclusione. In tal modo, il limite imposto dall'articolo 78 è come se vanificasse l'aumento per la continuazione³. Gli effetti pratici dell'adesione ad un'opinione piuttosto che all'altra sono evidenti: il reo nel primo caso dovrà scontare l'ergastolo, nel secondo caso 30 anni di reclusione. Entrambe le opinioni sono motivate ed hanno trovato l'adesione delle singole sezioni della Corte di Cassazione, tant'è che è stato richiesto l'intervento delle Sezioni Unite.

Il tema centrale è quello dell'interpretazione dell'art. 187 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale: la prima opinione, quella a cui ha aderito il giudice dell'esecuzione nel provvedimento che ha dato luogo al giudizio delle Sezioni Unite, ritiene che per violazione più grave debba intendersi quella antecedente alla riduzione per il rito abbreviato sulla scorta di numerose pronunce⁴ che considerano la diminuzione per il rito di natura esclusivamente processuale e quindi "logicamente e temporalmente deve essere eseguita dopo la determinazione della pena, effettuata secondo le norme sostanziali". In tal modo c'è una cesura netta: la violazione più grave si determina attraverso le leggi sostanziali, successivamente opera la riduzione per il rito, che è tutta processuale. Due mondi che si toccano solo occasionalmente ma che non interferiscono. Il secondo orientamento⁵ ritiene che, ai fini dell'individuazione della violazione più grave per l'applicazione del reato continuato in sede esecutiva, il giudice debba tener conto della sanzione più grave concretamente inflitta: la pena più grave è quella da spiare in concreto, il che implica che occorra già tener conto della diminuzione per il rito.

³ Si badi che per le pene temporanee il problema non si pone: il risultato è il medesimo qualora la diminuzione per il rito operi prima o dopo l'aumento per la continuazione. Mancano, infatti, i limiti dell'articolo 78 c.p.

⁴ Per tutte, SS.UU. n.45583 del 25/10/2007; n. 37168 del 19/7/2019; n. 31041 del 20/4/2018; n. 43044 del 4/5/2015; n. 20007 del 5/5/2010.

⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 48204 del 10/12/2008; Cass. Pen., sez. I, n.36463 del 28/4/2021; Cass. pen., sez. I n. 58481 del 10/10/2018; Cass. Pen., sez. I, n. 20206 del 27/3/2018; Cass. Pen., sez. I, n. 8978 del 26/5/2016; Cass. Pen., sez. I, n. 4135 del 27/1/2015.

Sulla scorta di queste opposte visioni, le Sezioni Unite ritengono di doversi soffermare attentamente sull'interpretazione dell'art. 187 disp. att. c.p.p.. Il primo passo, quindi, è partire dall'interpretazione della norma e l'idea dell'interpretazione letterale come punto di avvio era uno dei caposaldi del pensiero del prof. Marcello Gallo, secondo cui le parole hanno il loro posto in frasi, testi e situazioni. "Liberiamo la parola dal suo isolamento, poniamola nella concatenazione del suo contesto ed, insieme a questo, in una situazione di vita vissuta"⁶: in ciò sta l'atto di interpretare. Perché è proprio questo che dobbiamo fare con le parole, altrimenti non si comprende cosa sono e come funziona il loro significato. La frase è il ponte tra il significato e l'intendimento, è la frase che limita il significato, unitamente al contesto ed alla situazione inerente. È di tutto che occorre tener conto.

Seguendo idealmente tale indicazione, le Sezioni Unite si soffermano sul termine "inflitta" dell'art. 187 delle disp. att. c.p.p., che rimanda inequivocabilmente alla pena in concreto irrogata dal giudice della cognizione, che è quella già ridotta per il rito. Questa soluzione sarebbe, secondo le Sezioni Unite, coerente con la natura "derogatoria" della disposizione di attuazione, cioè l'art. 187, rispetto all'art. 81c.p.⁷. Infatti, l'art. 81 c.p. è sempre stato interpretato dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che la violazione più grave è quella punita in astratto con la pena edittale più severa⁸, mentre per l'art. 187, limitato all'applicazione della continuazione in fase esecutiva, non si può che prendere atto della valutazione effettuata dal giudice della cognizione, che deve necessariamente riferirsi alle pene più gravi che sono state inflitte concretamente. Non c'è nessuna incompatibilità: l'art. 187 è proprio ispirato all'esigenza di adattamento dell'istituto della continuazione alle caratteristiche proprie dell'esecuzione. Mentre in sede di cognizione l'individuazione della violazione più grave è affidata alla valutazione discrezionale del giudice, nella fase esecutiva incontra il limite della pena più grave che è stata inflitta. E che sia stata inflitta significa che deve essere scontata, tenendo conto della diminuzione per il rito. In questo caso la violazione più grave non è da determinare ma è già determinata.

Azzardo un pensiero: malgrado io ritenga che questa soluzione sarebbe stata condivisa dal prof. Gallo, che ha sempre tenuto in considerazione dirimente

⁶ M. GALLO, *Perché "Appunti"*, in *Appunti di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2001.

⁷ In senso conforme, SS.UU. n. 25939 del 28/2/2013.

⁸ "In tema di reato continuato, la violazione più grave va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione tra esse", SS.UU. n. 25938 del 28/2/2013. Solo una chiosa: questa sentenza, utilizzata dalle SS.UU. a sostegno della tesi secondo cui la violazione più grave dipende dalla pena edittale comminata, facendo riferimento alle circostanze ed al modo in cui la fattispecie si è manifestata, sembra richiamare, in realtà, gli aspetti concreti.

gli effetti concreti, le Sezioni Unite ricorrono ad una argomentazione che si allontana dal pensiero del Maestro. Il punto nodale sta nell'interpretazione dell'articolo 81 cpv e, segnatamente, della locuzione "violazione più grave".

Anche Marcello Gallo parte dall'interpretazione della norma: come le Sezioni Unite mostrano di voler fare e per un certo tratto argomentativo fanno, prima di cadere vittima di posizioni tralatizie che, al contrario, dalla interpretazione attenta della norma si allontanano. L'articolo 81 è norma complessa, lo stesso Marcello Gallo rileva che la statuizione dell'art. 81 non detta un criterio sufficientemente chiaro a cui fare riferimento per individuare la violazione più grave ed il silenzio del legislatore è "piuttosto imbarazzante"⁹. Infatti, non può farsi riferimento all'art. 16, 3 comma, del codice di procedura penale, perché questo ci indica semplicemente che i delitti sono più gravi delle contravvenzioni e che fra i delitti -o fra le contravvenzioni- si considera più grave quello che ha la sanzione edittale più grave nel massimo e, in caso di parità nel massimo, quello che ha la sanzione più elevata nel minimo e così via. L'art. 16 risolve una questione tutta interna al processo: la competenza territoriale. Un Foro deve comunque essere stabilito, ma questo non fornisce criteri di merito. È molto diverso il caso in cui si deve leggere un dato di fattispecie di diritto sostanziale che non riguarda un problema meramente ordinatorio. Non abbiamo, quindi, appigli normativi per determinare la "violazione più grave" dell'articolo 81, ripetuta nell'articolo 187. *Rebus sic stantibus*, occorre determinare, secondo l'interpretazione di Marcello Gallo, il significato di violazione più grave affidandosi al sistema e ad una "singolare traccia semantica". L'art. 81, sia al I sia al II comma, utilizza un termine alquanto insolito nel linguaggio legislativo: *violazione*. Usualmente, quando una norma fa riferimento ad una astratta figura criminosa usa il termine 'reato'. Se il legislatore avesse usato il termine 'reato' avrebbe corroborato l'idea che la violazione più grave deve essere quella con la pena edittale maggiore, che è quella a cui fanno riferimento le Sezioni Unite. Al contrario, usando il termine 'violazione', il legislatore ha inteso dare rilievo alla misura della pena in concreto irrogabile. Ne discende che la pena base sulla quale deve operarsi l'aumento per la continuazione è quella che si sarebbe applicata alla violazione che, in concreto, risulta più grave. Che è lo stesso ragionamento che sorregge l'individuazione della pena più grave nell'applicazione in fase di esecuzione della continuazione fra reati. Le Sezioni Unite, quindi, avrebbero potuto valersi di un'argomentazione ben più efficace. Anziché far riferimento alla "compatibilità" tra l'articolo 81 c.p. e l'art. 187 disp. att. c.p.p. -che sarebbe caratterizzato dalle peculiarità proprie della fase esecutiva- avrebbero potuto parlare di vera e propria identità. Non si tratta di differenze dovute al momento

⁹ Questa l'esatta espressione che il professor Gallo utilizza negli *Appunti di diritto penale*, volume I, cit.

applicativo, tutto consegue ad un'unica interpretazione della "violazione più grave" che guarda al concreto. Argomentazione, a mio sommesso parere, convincente, che ha il pregio di costruire un ordine sistematico¹⁰.

Nell'ultimo passaggio, per rafforzare l'argomentazione relativa alla posizione assunta, le Sezioni Unite sostengono che la diminuzione per il rito, se è vero che è processuale, non si risolve in una mera operazione aritmetica senza conseguenze sostanziali, perché viene ad incidere in concreto sulla nozione giuridica di pena. Pensare che la diminuzione per il rito abbia solo le conseguenze processuali che si risolvono in una aritmetica riduzione della pena trascura che da questa operazione processuale scaturiscono conseguenze sostanziali¹¹. Seppur non esplicitata dal Supremo Collegio, la commistione tra norme sostanziali e processuali è l'idea che sorregge la norma penale reale, propugnata da Marcello Gallo.

Nell'opinione del Maestro le norme sostanziali e quelle processuali costituiscono un unico sistema e non si possono operare distinzioni quando (come nel caso di specie) gli effetti sono assolutamente reali e concreti, non processuali ma sostanziali. Pensare diversamente significherebbe non cogliere le peculiarità della diminuzione per il rito, trascurando che dalla natura processuale scaturiscono conseguenze sanzionatorie. La riduzione per il rito realizza una commistione tra condotte processuali ed effetti indiretti, ma automatici, sul trattamento sanzionatorio dell'imputato in caso di condanna. Non è tanto questione di natura, ma di effetti. La diminuzione per il rito, pur disciplinando aspetti processuali connessi all'esito sanzionatorio del giudizio abbreviato, coniuga questi aspetti con una indubbia portata sostanziale, che integra un trattamento penale di favore, sia pure con caratteristiche peculiari perché ricollegabili alla condotta dell'imputato successiva al reato e connotata dalla scelta del rito alternativo. Ma gli effetti sostanziali ci sono e ciò non può essere trascurato. Queste le considerazioni del prof. Gallo: " Se non si riduce il fenomeno giuridico a fenomeno puramente intellettualistico, ravvisando in esso soltanto un particolare modo di considerare la realtà, e cioè una serie di giudizi di liceità o illiceità posti in astratto o predicati in concreto, occorre riconoscere che la valutazione normativa non è fine a se stessa e può essere espressa

¹⁰ L'idea della ricostruzione sistematica è un altro fra i caposaldi del pensiero del Maestro.

¹¹ La portata sostanziale della diminuzione per il rito abbreviato è sottolineata dalle SS.UU. n. 2977 del 6/3/1992, secondo cui la diminuzione per il rito si risolve indiscutibilmente in un trattamento di favore con caratteristiche peculiari perché si ricollegano ad un comportamento dell'imputato successivo al reato e di natura processuale ma gli aspetti processuali sono strettamente collegati con aspetti sostanziali, quali la diminuzione o la sostituzione di pena. A riprova sta che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di varie disposizioni concernenti il giudizio abbreviato per non limitare il diritto di difesa dell'imputato su aspetti che hanno conseguenze sul piano sostanziale.

dall'ordinamento solo attraverso l'atteggiamento pratico che esso assume davanti a comportamenti umani; vale a dire, attraverso le conseguenze ricollegate al loro verificarsi"¹².

Le Sezioni Unite hanno sposato la norma penale reale¹³, che coniuga il diritto penale sostanziale e quello processuale perché consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata questa fattispecie e come vanno pronunciate – o meglio: irrogate- le conseguenze sanzionatorie. Solo per ragioni di comodità i segmenti della prima categoria sono chiamati diritto sostanziale e i segmenti della seconda categoria (quelli che riguardano i modi di accertamento) sono denominati diritto processuale penale.

La norma penale reale è, nell'idea di Marcello Gallo, un concetto puro: un concetto, cioè, del quale deve dirsi che se da esso non possono trarsi regole positive, è altrettanto vero che la sua validità non ne dipende. Fa parte, insomma, del limitato arsenale dei concetti che sono di teoria pura del diritto, proprio perché prescindono dal contenuto normativo, reale o pensato come tale.

Le Sezioni Unite in questa pronuncia realizzano quell'intreccio tra dottrina e giurisprudenza che, secondo il prof. Marcello Gallo, doveva caratterizzare il diritto penale attraverso una reciproca influenza che tenda verso la giustizia¹⁴.

¹² M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, cit., p. 18.

¹³ Non è certo l'unico caso, ma mi pare il più recente.

¹⁴ Utilizzo una famosa frase di Martin Luther King, calandola in un diverso contesto: "l'arco dell'universo morale è lungo, ma tende verso la giustizia".