



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Proc. n. 34442/2020

Udienza 31 marzo 2022 – SEZIONI UNITE Ric. M. E.

REQUISITORIA del PROCURATORE GENERALE
(art. 611 c.p.p.)

1. Con nota del 20 dicembre 2021, l'Ufficio Esame Preliminare Ricorsi della Quinta Sezione ha trasmesso al Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione – per le valutazioni di competenza ex art. 610 comma 2 c.p.p. - il ricorso n. 34442/2020, prospettando l'opportunità di rimessione alle Sezioni Unite sul seguente quesito: ***<<se, in presenza di ricorso per cassazione, inammissibile per ragioni diverse dalla tardività, sia consentito alla corte di cassazione rilevare ex officio la legalità della pena, qualora sia stata erogata in specie diversa da quella legale o in misura superiore al massimo edittale, e non si tratti di illegalità determinata da sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di norma sul trattamento sanzionatorio e/o da mutamento normativo in melius>>***.

Nella nota si premette che la Settima sezione, alla quale il ricorso è stato trasmesso per l'inammissibilità dei motivi afferenti l'affermazione di responsabilità, ha disposto la restituzione degli atti alla Quinta sezione penale, rilevando l'esistenza di un contrasto, nella giurisprudenza di questa Corte, in ordine al rapporto fra cause di inammissibilità del ricorso per ragioni diverse dalla tardività nel caso di reato di competenza del giudice di pace; questione rilevante nel caso in esame, posto che l'imputato – all'esito dell'assoluzione dei reati originariamente contestati – è stato condannato alla pena di mesi tre di reclusione per il reato di lesioni lievissime, di competenza del giudice di pace, e che il rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena, non dedotta con l'impugnazione legittimità, comporterebbe l'immediata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Più nello specifico, dando atto preliminarmente della progressiva rimeditazione giurisprudenziale - a partire dalle Sezioni Unite *Ercolano e Gatto* – in ordine al potere di rilevare l'illegalità della pena a fronte di sentenza passata in giudicato, la nota fa menzione di un primo orientamento (paradigmaticamente rappresentato da Sez. 5, Sentenza n. 46122 del 13/06/2014, Rv. 262108 – 01) per il quale l'illegalità della pena, dipendente da una statuizione *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento consumativo del reato, è rilevabile d'ufficio nel giudizio di cassazione anche nel caso in cui il ricorso è inammissibile; indirizzo cui si contrappone la contraria posizione (da ultimo, Sez. 2, Sentenza n. 44667 del 08/07/2013, Rv. 257612 – 01) secondo cui la violazione del principio di legalità della pena è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di cassazione a condizione che il ricorso non sia inammissibile e l'esame della questione rappresentata non comporti accertamenti in fatto o valutazioni di merito incompatibili con il giudizio di legittimità.

Nella nota trasmessa al Presidente Aggiunto si richiamano inoltre le Sezioni Unite *Butera* (Sez. U., Sentenza n. 47766 del 26.6.2015), occasione in cui il supremo consesso – anche in virtù di un attento esame della decisione adottata nelle Sezioni Unite *Jazonli* (Sez. U., Sentenza n. 33040 del 26.02.2015) – ha sottolineato come l'approdo ad una categoria unitaria delle cause di inammissibilità abbia condotto a riconoscere – con il limite del ricorso tardivo – la prevalenza della declaratoria di inammissibilità su quella della non punibilità, realizzando una progressiva erosione degli spazi riservati alla operatività dell'art. 129 c.p.p. in quanto, in presenza di una fattispecie di invalidità della impugnazione, non si stabilisce un valido rapporto processuale; con la sola eccezione dei casi in cui la cognizione del giudice, nonostante il ricorso inammissibile, verta sull'accertamento della *abolitio criminis* e della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto della imputazione.

La nota rende conto della specifica dicotomia – nella giurisprudenza di legittimità – in ordine a quella specifica declinazione della illegalità della pena che consiste nella applicazione delle sanzioni codicistiche ai reati di competenza del Giudice di pace:

- per la rilevabilità di ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso per motivi diversi dalla tardività, si colloca, tra le altre Sez. 5, Sentenza n. 552 del 07/07/2016, Rv. 268593 – 01, che valorizza un passaggio delle SS.UU. *Della Fazia* (Sez. U., Sentenza n. 46653 del 26/06/2015), in cui è stato affermato che, nel giudizio di cassazione, in presenza di ricorso inammissibile per qualunque ragione e privo di motivi riferiti al trattamento sanzionatorio, è comunque rilevabile d'ufficio l'applicabilità del nuovo trattamento sanzionatorio più favorevole, conseguente a successione di leggi nel tempo;
- a sostegno della tesi contraria, si staglia, da ultimo, Sez. 5, Sentenza n. 15817 del 18/02/2020, Rv. 279252 – 01, che valorizza un passaggio delle citate SS.UU. *Butera* laddove si osserva che il rilievo, da parte della Corte di Cassazione, della illegalità della pena si muove di pari passo con la possibilità che tale vizio sia rilevabile anche *in executivis*: ambito nel quale non sarebbe tuttavia prospettabile un intervento del giudice dell'esecuzione volto a “correggere” la pena codicistica inflitta in luogo di quella prevista dal

d. lgs. n. 274/2000, giacchè in tal caso <<è l'intero modello sanzionatorio a dover essere rielaborato, con scelte che attengono alle attribuzioni alle attribuzioni tipiche del giudice del merito>>.

La nota della Quinta Sezione evidenzia infine come la questione segnalata intercetti:

- da una parte, i consolidati principi espressi dalla Corte di Cassazione circa la preclusione della rilevanza e della conseguente possibilità di dichiarare le cause di non punibilità, ex art. 129 c.p.p., per l'impossibilità di costituire un valido rapporto processuale, scaturente dalla inammissibilità del ricorso per la manifesta infondatezza dei motivi o per rinuncia al ricorso o comunque per qualunque altra causa;

- sotto altro aspetto, il tema di una generalizzata assimilazione – a fini della rilevanza di ufficio – delle cause di illegalità della pena, assimilazione non priva di criticità alla luce della ontologica diversità fra istituti quali l'*abolitio criminis*, la sopravvenienza della *lex mitior*, la declaratoria di incostituzionalità di una norma penale in riferimento alla determinazione della pena, l'inesatta applicazione di sanzioni in relazione a determinate fattispecie di reato.

2. Con provvedimento del 13 gennaio 2022, il Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione ha **assegnato** il ricorso alle **Sezioni Unite penali** per dirimere il contrasto segnalato nella nota succitata.

3. Tanto premesso, deve innanzitutto riconoscersi – ad avviso di questa Procura - la riconducibilità della pena irrogata nella odierna fattispecie alla nozione di “**pena illegale**”.

Secondo la consolidata giurisprudenza, l'illegalità della pena ricorre solo quando la stessa, così come indicata nel dispositivo, non sia per legge irrogabile (Sez. 5, Sentenza n. 45360 del 04/10/2019, Rv. 277956 – 01), ma non anche quando il trattamento sanzionatorio sia di per sé complessivamente legittimo ed il vizio attenga al percorso argomentativo attraverso il quale il giudice è giunto alla conclusiva determinazione dell'entità della condanna (Sez. 2, Sentenza n. 22136 del 19/02/2013, Rv. 255729 – 01).

L'illegalità della pena deve dipendere da una statuizione *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento consumativo del reato (Sez. 5, Sentenza n. 46122 del 13/06/2014, Rv. 262108 – 01), situazione ravvisata nei casi in cui la sentenza abbia inflitto una pena illegale per specie, genere o quantità (Sez. 5, Sentenza n. 24128 del 27/04/2012, Rv. 253763 – 01).

Più di recente, in Sez. 6, n. 23517 del 09/07/2020, n.m., questa Corte ha ripercorso i punti salienti della questione, osservando:

<<la nozione di pena illegale è frutto della elaborazione giurisprudenziale, per vero a tratti sovrapposta, soprattutto nelle più risalenti sentenze a quella di pena illegittima, e, da ultimo è stata ricostruita, sul piano sistematico e con maggiore precisione concettuale e terminologica, nella sentenza a Sezioni Unite n. 33040 del 26 febbraio 2015 (Jazouli, Rv. 264205) Le Sezioni Unite hanno rilevato che la giurisprudenza si riferisce alla pena illegale quando questa non corrisponde, per specie ovvero per quantità (sia in difetto che in eccesso), a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale. Nella nozione di pena illegale rientrano altresì i classici casi di illegalità ab origine, costituiti, ad esempio, dalla determinazione in concreto di una pena diversa, per

specie, da quella che la legge stabilisce per quel certo reato, ovvero inferiore o superiore, per quantità, ai relativi limiti edittali (tra le tante, Sez. 6, n. 32243 del 15/07/2014, Rv. 260326; sez. 6, n. 22136 del 19/02/2013, Rv. 255729; sez. 2, n. 20275 del 07/05/2013, Rv. 255197). Le Sezioni Unite, analizzando la giurisprudenza di legittimità, sono pervenute alla conclusione che mentre non configura un'ipotesi di illegalità della pena il trattamento sanzionatorio che risulti complessivamente legittimo, anche se frutto di un vizio del percorso argomentativo attraverso il quale il giudice giunge alla conclusiva determinazione dell'entità della condanna, diversamente, con riferimento ad una pena inflitta extra o contra legem, la giurisprudenza ha sempre ribadito come in tali casi essa debba essere rimossa non solo con i rimedi previsti in sede di cognizione, ma anche dal giudice di esecuzione, dopo il passaggio in giudicato della sentenza. In sintesi, si osserva, la Corte di cassazione ha sempre ritenuto illegale la pena non prevista dall'ordinamento giuridico oppure eccedente per specie e quantità il limite legale con un'affermazione di principio, riferibile sia alle pene detentive sia alle pene pecuniarie, che vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge - anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria - possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato (Sez. 1, n. 38712 del 23/10/2013, Villirillo, Rv. 256879; sez. 5, n. 809 del 29/04/1985, Rv. 169333)>>.

Orbene, la giurisprudenza di questa Corte è concorde nel riconoscere il carattere della illegalità, secondo le descritte coordinate, nella pena “ordinaria” erroneamente applicata in luogo di quella prevista dall'apparato sanzionatorio dedicato al giudice onorario: il percorso interpretativo, contrassegnato in tale direzione da plurimi arresti delle Sezioni semplici (Sez. 2, Sentenza n. 759 del 19/12/2005, Rv. 232862 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 7020 del 25/11/2009, Rv. 246149 – 01; Sez. 2, n. 24411 del 09/06/2010, Rv. 247856; Sez. 5, Sentenza n. 13589 del 19/02/2015, Rv. 262943) ha trovato consacrazione al più alto livello ermeneutico con le Sezioni Unite *Butera* (Sez. U, Sentenza n. 47766 del 26/06/2015, Rv. 265109 – 01) che qualificano espressamente come illegale l'omessa erronea applicazione da parte del tribunale delle sanzioni previste per i reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace.

Ed invero, non può essere revocato in dubbio che il legislatore del D. Lgs. n. 274 del 2000 abbia inteso dettare una disciplina sanzionatoria **autonoma**, che non si inserisce e non incide sull'apparato ordinario delle sanzioni criminali configurato dal codice penale, ma che è invece e semplicemente legata alla particolarità del rito e delle funzioni stesse del giudice onorario; di modo che la mancata applicazione delle specifiche misure punitive previste dal d.lgs. 274/2000 e la contemporanea irrogazione di quelle codicistiche ordinarie integra una pena illegale, in quanto non corrispondente - sembra di poter dire persino per *genere* – alla tipologia di sanzione normativamente previste.

4. Una volta riconosciuto il carattere di illegalità della pena, il **quesito** rimesso al Supremo collegio riguarda **la possibilità che tale vizio possa essere riconosciuto e rimosso dalla Corte di Cassazione investita di ricorso inammissibile per ragioni diverse dalla tardività della impugnazione.**

5. Alla domanda deve darsi – a giudizio di questo Ufficio di Procura Generale - convinta **risposta negativa.**

6. Soccorrono – a conforto di siffatta convinzione - i **principi** affermati nella giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di **inammissibilità del ricorso per cassazione**.

Si fa riferimento innanzi tutto alle Sezioni Unite *De Luca* (Sez. U, n. 32 del 22/11/2000, Rv. 217266), le cui affermazioni sono state poi sviluppate nelle Sezioni Unite *Bracale* (Sez. U, n. 23428 del 22/03/2005, Bracale, Rv. 231164) e successivamente riprese – tra le altre - dalle note sentenze *Ricci* (Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015 Rv. 266818) e *Aiello* (Sez. U, n. 6903 del 27/05/2016, Rv. 268966).

In tali fondamentali pronunce, si è affermato:

- che l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi, alla assoluta genericità delle doglianze, non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 cod. proc. pen. ed in particolare l'estinzione del reato per prescrizione, pur maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non dedotta né rilevata da quel giudice, dedotta o meno nei motivi di ricorso;

- che tale fenomeno giuridico si verifica anche “parzialmente”, nel senso che in caso di ricorso avverso una sentenza di condanna cumulativa, che riguardi più reati ascritti allo stesso imputato, l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali i motivi dedotti siano inammissibili, con la conseguenza che per tali reati, nei cui confronti si è formato il giudicato parziale, è preclusa la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello.

Più in particolare:

- la sentenza ***De Luca*** ricostruisce, a superamento della residuale distinzione tra le due diverse categorie di inammissibilità e in aderenza al dato normativo, una categoria unitaria di inammissibilità dell'impugnazione e conseguentemente afferma che il potere-dovere di immediata declaratoria di eventuali cause di non punibilità si attiva soltanto in presenza di un valido atto d'impugnazione. Se questo è connotato, invece, da mera apparenza, nel senso che è privo dei requisiti previsti dagli artt. 581, 591 e 606 cod. proc. pen. e, quindi, è sin dall'origine inammissibile, rimane precluso l'accesso al nuovo grado di giudizio. La natura *dichiarativa* della pronuncia di inammissibilità fa sì che tale pronuncia sia meramente ricognitiva della mancata instaurazione del giudizio di legittimità e che il relativo accertamento, pur non sempre agevole, implichi una tipologia di verifica che prescinde da qualsiasi «scrutinio contenutistico del ricorso» nel confronto con la sentenza impugnata.

- la sentenza ***Bracale*** approfondisce il tema del giudicato *sostanziale*, precisando che l'intervenuta formazione dello stesso, derivante dalla proposizione di un atto di impugnazione invalido, perché contrassegnato da uno dei vizi indicati dalla legge (art. 591, comma 1, c.p.p., con eccezione della sola ipotesi di successiva rinuncia), preclude ogni possibilità sia di far valere una causa di non punibilità

precedentemente maturata, sia di rilevarla di ufficio. Il giudicato sostanziale si concretizza allo scadere dei termini per proporre impugnazione sia in caso di mancanza o di irrituale presentazione di essa, sia in caso di gravame invalido, mentre l'irrevocabilità, che rileva solo ai fini dell'esecuzione della sentenza, si determina all'atto della declaratoria di inammissibilità. La decisione ribadisce che di fronte ad un atto di impugnazione invalido e, quindi, inidoneo ad attivare il corrispondente rapporto processuale, non è possibile riconoscere alle cause di non punibilità già maturate in sede di merito (come la prescrizione) una loro effettività sul piano giuridico, rimanendo le stesse relegate nella categoria di «fatti storicamente verificatisi ma giuridicamente indifferenti per essersi già formato il giudicato sostanziale». Al giudice dell'impugnazione è solo consentito, quale eccezione alla regola, di confrontarsi, privilegiando l'applicazione dell'art. 129 cod. proc. pen., con peculiari cause di non punibilità rigorosamente delimitate, quali l'*abolitio criminis*, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione, l'ipotesi in cui debba essere dichiarata l'estinzione del reato a norma dell'art. 150 cod. pen., l'ulteriore ipotesi (già considerata da Sez. U, n. 24246 del 25/02/2004, Chiasserini, Rv. 227681) di estinzione del reato per remissione di querela, intervenuta in pendenza del ricorso per cassazione e ritualmente accettata. Si tratta di ipotesi (tranne quella relativa alla remissione di querela) in cui sarebbe comunque possibile incidere *in executivis* sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del giudicato formale, per cui per ragioni pratiche ed in ossequio al principio della "ragionevole durata del processo" di cui all'art. 111, secondo comma, della Costituzione, si ammette che a tanto possa provvedere il giudice dell'impugnazione inammissibile;

- la sentenza **Ricci** ribadisce il collegamento tra la formazione del giudicato sostanziale e l'impossibilità di rilevare le cause di proscioglimento, che viene correttamente estesa anche a quelle cause già maturate in appello;

- la sentenza **Aiello** affronta infine il caso di sentenza cumulativa relativa a più imputazioni, ricordando che i singoli capi della sentenza sono autonomi ad ogni effetto giuridico e, perciò, anche ai fini dell'impugnazione, stante il principio della pluralità delle azioni penali che sono tante per quanti sono gli imputati e, per ciascun imputato, tante quante sono le imputazioni; con la conseguenza che, per quanto i diversi capi siano contenuti in una sentenza documentalmente unica con la quale il giudice di merito ha statuito in ordine alle distinte imputazioni, ognuno di essi conserva la propria individualità e passa in cosa giudicata se non investito da impugnazione; e con l'ulteriore conseguenza che le cause estintive del reato sono applicabili indipendentemente dai limiti devolutivi dell'impugnazione, tranne l'ipotesi in cui esse attengano ad un capo di sentenza passato in giudicato perché non toccato, nella sua interezza, dalle censure formulate con i motivi di gravame operando in tal caso la preclusione processuale correlata all'effetto devolutivo delle impugnazioni ed al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni. La regola trova applicazione anche in caso di ricorso avverso sentenza plurima o cumulativa dal punto di vista oggettivo, considerata la pacifica autonomia dell'azione penale per ciascuno

dei reati e degli imputati e la parimenti pacifica pluralità dei rapporti di impugnazione relativi ai diversi reati e ai relativi capi (e punti) della sentenza impugnata.

7. Dalla rapida ricognizione giurisprudenziale appena effettuata emerge con nettezza che tutte le cause di **inammissibilità del ricorso per cassazione** (ad eccezione della rinuncia ad un valido atto di impugnazione, costituente causa sopravvenuta di inammissibilità) costituiscono una **categoria unitaria**, perché integrano un vizio originario ed intrinseco dell'atto, che impedisce la valida costituzione di un rapporto processuale ed è perciò di ostacolo alla rilevazione di ipotesi di nullità della sentenza (ancora da ultimo, Sez. 3, Sentenza n. 43917 del 14/10/2021, Rv. 282218 – 01) o di cause di non punibilità o improcedibilità dell'azione (Sez. 3, Sentenza n. 23929 del 25/02/2021, Rv. 282021 – 01; Sez. 7, Ordinanza n. 43883 del 19/11/2021, in corso di massimazione, con riferimento all'effetto preclusivo della inammissibilità rispetto alla possibile declaratoria di improcedibilità del giudizio per superamento del termine di durata massima di un anno di cui all'art. 344-bis cod. proc. pen. inserito dall'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 27 settembre 2021, n. 134), essendo ormai già intervenuto il giudicato sostanziale.

Non contrasta con tale ricostruzione l'assetto disegnato dal comma 5bis dell'art. 610 c.p.p. (introdotto dall'art. 1, comma 62 della legge 23 giugno 2017 n. 103) in tema di rilevazione della inammissibilità, che sembra delineare una distinzione tra cause di inammissibilità “formali” (difetto di legittimazione; inoppugnabilità del provvedimento; violazione delle norme concernenti la presentazione o la spedizione dell'atto di impugnazione; violazione delle norme concernenti i termini per impugnare; rinuncia all'impugnazione), rilevabili oggettivamente, e cause di inammissibilità “sostanziali” (mancanza di interesse a impugnare; violazione delle norme concernenti la forma e dunque il contenuto dell'impugnazione ex art. 581 c.p.p.; ricorrenza di una delle tre cause speciali di inammissibilità del ricorso per cassazione previste dall'art. 606 co. 3 c.p.p.), per riscontrare le quali sono invece necessarie valutazioni che superano l'oggettività delle situazioni.

La distinzione infatti attiene semplicemente – in un'ottica dichiaratamente semplificatrice e deflattiva del rito di legittimità - al modulo procedimentale da seguire, nel senso che le inammissibilità del primo tipo, proprio per la loro tendenziale rilevazione oggettiva ed automatica, possono essere dichiarate dalla Corte «senza formalità di procedura», ossia senza più obbligo di avvisare i difensori della data fissata per la decisione in camera di consiglio ai sensi dell'art. 610 co. 1 c.p.p., e senza possibilità, per questi ultimi, di presentare memorie prima dell'udienza camerale non partecipata (art. 611 co. 1 c.p.p.), ma con la possibilità di esperire contro il provvedimento adottato *de plano* il ricorso straordinario a norma dell'art. 625-bis c.p.p.; laddove invece per le altre inammissibilità la procedura decisionale segue invece le ordinarie cadenze dell'art. 610 co. 1 c.p.p., lievemente ritoccate dalla novella del 2017 quanto alle informazioni che devono essere fornite ai destinatari dell'avviso di cui al citato art. 610 co. 1, nel senso che la causa di inammissibilità rilevata deve essere enunciata «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso», al fine

di consentire al ricorrente di essere meglio informato della ragione del rilievo d'inammissibilità del ricorso e di replicare con una memoria puntuale.

Tutte le cause di inammissibilità del ricorso sono e rimangono dunque ricomprese all'interno della consacrata nozione unitaria, ivi inclusa quella che deriva dalla immediatamente rilevata genericità o manifesta infondatezza dei motivi.

Come osservato infatti nella sentenza **Bracale**, la manifesta infondatezza resta definita sulla base di una cognizione "sommara" con effetti di stretto diritto processuale consistenti nel precludere l'accesso al rapporto di impugnazione; e ciò al fine di evitare che tale rapporto venga utilizzato come strumento non soltanto per procrastinare la formazione del titolo esecutivo, ma anche per conseguire effetti di favore di ordine sostanziale in presenza di un gravame soltanto apparente.

In un regime in cui al *favor impugnationis* fa da rigoroso contrappunto l'esigenza di conformare l'atto di impugnazione ai requisiti prescritti dalla legge, così da assegnare all'attributo "manifesta" la significazione di palese inconsistenza delle censure e da tracciare un limite invalicabile all'impiego di moduli volti ad eludere lo schema del giudizio di legittimità, il cui accesso resta comunque subordinato all'osservanza del precetto di cui all'art. 606, comma 1, del codice di rito.

La manifesta infondatezza va, perciò, annoverata – proseguono le Sezioni Unite *Bracale* – tra le cause di inammissibilità intrinseche al ricorso, la cui metodica di accertamento è assolutamente conforme ed identica a quella indispensabile per dichiarare le altre cause di inammissibilità previste dall'art. 606, comma 3, codice di rito.

Pertanto, l'intervenuta formazione del giudicato sostanziale, derivante dalla proposizione di un atto di impugnazione invalido perché contrassegnato da uno dei vizi indicati dalla legge (art. 591, comma, 1, con eccezione della rinuncia ad un valido atto di impugnazione; art. 606, comma 3), preclude ogni possibilità sia di far valere una causa di non punibilità precedentemente maturata sia di rilevarla di ufficio.

Infatti, l'intrinseca incapacità dell'atto invalido di accedere davanti al giudice dell'impugnazione viene a tradursi in una vera e propria *absolutio ab instantia*, derivante da precise sequenze procedurali, che siano in grado di assegnare alle cause estintive già maturate una loro effettività sul piano giuridico, divenendo altrimenti fatti storicamente verificatisi ma giuridicamente indifferenti per essersi già formato il giudicato sostanziale.

8. Questo Ufficio non trascura evidentemente la maturazione giurisprudenziale - ampiamente richiamata nella nota della Quinta sezione - relativa alla **possibilità per la Corte di Cassazione di intervenire su statuizioni illegittime irrogate dal giudice di merito nel caso di inammissibilità del ricorso.**

Ne costituiscono testimonianza le diverse pronunce (di seguito indicate senza pretesa di esaustività) in cui la Corte ha affermato:

- che l'inammissibilità del ricorso per cassazione, per qualunque causa verificatasi, non impedisce la possibilità di dichiarare la depenalizzazione del reato nel frattempo intervenuta, né di revocare le statuizioni civili e di annullare le sanzioni civili illegittimamente irrogate (da ultimo, Sez. 2, Sentenza n. 48552 del 10/09/2018, Rv. 274241 – 01);

- che in tema di successione di leggi nel tempo, la Corte di cassazione può, anche d'ufficio, ritenere applicabile il nuovo e più favorevole trattamento sanzionatorio per l'imputato, anche in presenza di un ricorso inammissibile, disponendo, ai sensi dell'art. 609 cod. proc. pen., l'annullamento sul punto della sentenza impugnata pronunciata prima delle modifiche normative "in melius"

(Sez. U, Sentenza n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazio, Rv. 265111 – 01);

- che l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, previsto dall'art. 131-bis cod. pen., avendo natura sostanziale, è applicabile, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione e per solo questi ultimi la relativa questione, in applicazione degli artt. 2, comma quarto, cod. pen. e 129 cod. proc. pen., è deducibile e rilevabile d'ufficio ex art. 609, comma secondo, cod. proc. pen. anche nel caso di ricorso inammissibile (Sez. U, Sentenza n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266593 – 01, dove in motivazione la Corte ha specificato che, quando, invece, non si discute dell'applicazione della sopravvenuta legge più favorevole, la inammissibilità del ricorso preclude la deducibilità e la rilevabilità d'ufficio della questione);

- che l'inammissibilità del ricorso per cassazione, tranne che per tardività, non preclude la possibilità di dichiarare l'annullamento della sentenza impugnata relativamente alla condanna di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con la sentenza n. 25 del 2019 (Sez. 2, Sentenza n. 29642 del 30/05/2019, Rv. 276978 – 01);

- che l'inammissibilità del ricorso per cassazione non preclude la possibilità di far valere, o di rilevare di ufficio, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., l'estinzione del reato per prescrizione, maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, nel caso in cui la causa estintiva del reato non avrebbe potuto essere dedotta o rilevata nel giudizio di merito, in quanto derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice contestata, intervenuta successivamente alla proposizione del ricorso in cassazione, che, comportando una diversa qualificazione giuridica della fattispecie, abbia modificando il regime sanzionatorio in senso più favorevole all'imputato, riducendo i limiti edittali della pena e, conseguentemente, il termine prescrizionale del reato.

(Sez. 3, Sentenza n. 45958 del 27/06/2017, Rv. 271795 – 01, in una fattispecie relativa alla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 181, comma 1-bis, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in tema di illeciti paesaggistici, da parte della sentenza della Corte Costituzionale n. 56 del 2016, con conseguente riqualificazione del reato come contravvenzione ai sensi dell'art. 181, comma 1, stesso d.lgs.);

- che nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di

inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo. (Sez. U, Sentenza n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207 - 01).

9. Orbene, l'analisi della riflessione effettuata dalla Corte non pare affatto contrastante con la posizione espressa in ordine al quesito rimesso, offrendo anzi ulteriori elementi a sostegno.

Guardando infatti ai *dicta* espressi negli arresti citati (e negli altri conformi rintracciabili nel repertorio), risulta che le ipotesi di cognizione della illegalità della pena da parte del giudice dell'impugnazione inammissibile, oltre a quella in cui debba essere dichiarata l'estinzione del reato per morte dell'imputato a norma dell'art. 150 cod. pen., sono circoscritte a quelle relative all'accertamento dell'*abolitio criminis*, alla sopravvenienza della *lex mitior*, ovvero alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice o del trattamento sanzionatorio (sempre salvo il caso di proposizione tardiva del gravame).

Siffatte situazioni, pur tra loro presentando – come anche sottolineato nella nota di trasmissione alle Sezioni Unite – una ontologica diversità, presentano tuttavia un **tratto comune**, decisivo ai fini della questione che occupa, quale è quello del **venir meno *in astratto*** – tanto per effetto della abolizione della fattispecie, quanto per l'avvento di una nuova disposizione più mite, quanto ancora per la rilevata incostituzionalità del precetto o della sanzioni - **del <<quadro legale>>** in base al quale la pena è stata determinata ed irrogata dal giudice: venendo appunto meno in modo *oggettivo* (e senza necessità di particolari accertamenti) quella cornice legale, si è allora condivisibilmente ritenuto - in virtù di quelle ragioni e sulla base di quei fondamenti di ordine costituzionale e convenzionale ampiamente indicati in giurisprudenza e in dottrina - che la Corte di Cassazione, ancorchè destinataria di un atto intitolato come ricorso per cassazione ma non avente le caratteristiche prescritte dalla legge per potere essere *ricevuto* come tale, possa comunque intervenire sulla pena.

Si tratta – in altri termini – della riconosciuta (ed anzi doverosa) possibilità per la Corte, investita di una impugnazione inammissibile, di **adeguare** il contenuto decisorio della pronuncia irrevocabile alla sopravvenienza di ***fattori oggettivi esterni*** alla singola procedura che abbia rappresentato l'antecedente logico/giuridico della sua formazione.

Non così invece nell'ipotesi **di illegalità** della pena derivante da ***errore soggettivi in diritto*** commesso ***nella concretezza del caso*** dal giudice, e non rappresentato alla Corte mediante ricorso idoneo a instaurare un valido rapporto di impugnazione: qui il quadro legale astratto è perfettamente valido e vigente, essendo occorso appunto solo un errore da parte del giudice (con l'irrogazione di pena diversa o eccedente) nella sua corretta applicazione; con la conseguenza – in assoluta coerenza con l'intero sistema normativo, sul punto perfettamente conforme a Costituzione e alle regole convenzionalmente sottoscritte in tema di diritti dell'uomo - **che a tale errore si può porre rimedio attraverso il ricorso ai mezzi ordinari di impugnazione e che esso diventa però impossibile da rimediare, in sede di cognizione, dopo il consolidamento della cosa giudicata causata da una impugnazione inammissibile** (nè – sia detto per inciso – sembra praticabile, per porre rimedio all'errore di diritto

commesso dal giudice nella determinazione della pena, la diversa strada prevista dall'art. 619 c.p.p., che contempla un intervento di rettifica avente ad oggetto un errore non relativo alla sostanza del contenuto decisorio e che comunque presuppone la rituale investitura della Corte di Cassazione – cfr. Sez. 5, Sentenza n. 32347 del 15/02/2018, Rv. 273312 - 01).

A differenza delle situazioni contemplate negli arresti appena sopra richiamati - che attengono al mutamento generale e astratto del parametro legale sulla base della quale la sanzione è stata inflitta, così da giustificare l'operazione ortopedica sulla pena anche in caso di ricorso inammissibile non per tardività, in nome di una evidente e imperativa ragione di legalità costituzionale (per cui, detto grossolanamente ed in estrema sintesi, non può essere irrogata ed eseguita una pena che non è mai esistita o non esiste più nell'ordinamento - l'ipotesi dell'errore in diritto del giudice nella determinazione della pena è invece, e per adoperare una sorta di ossimoro, una *patologia* che trova *fisiologica* soluzione nel sistema, attraverso la corretta attivazione degli ordinari meccanismi impugnatori, il cui esaurimento segna tuttavia il limite ultimo dell'intervento correttivo in sede di cognizione.

L'inammissibilità del ricorso determina, in sostanza, una **assenza di giurisdizione**, di modo che a fronte di tale situazione possono essere giustificati solo ed esclusivamente quegli interventi di correzione che, in ragione dei presupposti sopra ampiamente indicati, si limitano ad una operazione che, a ben guardare, **non integra un *ius dicere in senso proprio***, risolvendosi in una rilevazione automatica della mancanza del quadro legale generale e astratto in base al quale la pena è stata irrogata.

Diversamente ragionando – ammettendo cioè che la Corte prenda in esame il ricorso inammissibile per il solo fatto della rilevazione dell'errore in diritto sulla pena commesso dal giudice di merito, con quanto ne consegue, una volta superato il filtro della inammissibilità, circa la possibilità di rilevare anche le altre cause di improcedibilità/non punibilità ex art. 609 comma 2 c.p.p. (come per esempio nella vicenda che occupa, l'intervenuta prescrizione) – si finirebbe per mettere in evidente crisi il principio di tassatività delle impugnazioni, configurando di fatto una inedita situazione non contemplata dall'ordinamento, idonea (per come sottolineato anche in dottrina) a provocare una progressiva ed ingovernabile “liquefazione” del giudicato.

10. Da ultimo.

Sebbene non immediatamente facente parte nel quesito rimesso alla decisione delle Sezioni Unite, la questione coinvolge – come efficacemente osservato nella nota di trasmissione alle Sezioni Unite - il tema del possibile **intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale**.

L'analisi della giurisprudenza sviluppatasi in materia sembra infatti evidenziare un rapporto di corrispondenza fra il potere officioso, da parte della Corte di Cassazione, di rilevare l'illegalità della pena e la possibilità di riparazione postuma in fase di esecuzione: rapporto di corrispondenza che – come già osservato in precedenza - trova esplicita affermazione nell'insegnamento delle citate Sezioni Unite *Butera*.

In quella occasione il supremo consesso ha osservato come le già citate ipotesi (*abolitio*, dichiarazione di illegittimità costituzionale, etc.) in cui l'impugnazione inammissibile non condiziona l'accertamento del giudice sono le stesse che giustificano l'eccezionale possibilità di incidere *in executivis* sul provvedimento in relazione al quale si è formato il giudicato formale, così come previsto dall'art. 673 cod. proc. pen..

Sviluppando il tema di tale riscontrato “**parallelismo**” e guardando al rigido paradigma operativo degli interventi rescissori e modificativi in sede di esecuzione, le Sezioni Unite *Butera* ricordano che al giudice dell'esecuzione è riconosciuta la possibilità di procedere alla emenda, tanto della pena principale (cfr. Sez. 1, 20/01/2014, n. 14677, Rv. 259733) che di quella accessoria (Sez. U, Sentenza n. 6240 del 27/11/2014, Basile, Rv. 262327), a patto che l'applicazione della stessa sia frutto non di argomentata valutazione ma di palese errore giuridico o materiale e che la pena corretta da applicare sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata.

Traendo la conclusione dell'articolato ragionamento, la *Butera* approda al principio per il quale <<l'illegalità della pena, derivante dall'omessa erronea applicazione da parte del tribunale delle sanzioni previste per i reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace, non è deducibile innanzi al giudice dell'esecuzione, giacché la richiesta rimodulazione della pena comporta una valutazione complessiva di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio, del tutto eccentrica rispetto all'ambito di intervento del giudice dell'esecuzione>> (Rv. 265109 – 01).

Orbene, ad avviso di questo Ufficio, siffatto specifico **insegnamento delle Sezioni Unite Butera** rappresenta, da una parte, un **ulteriore elemento a sostegno della tesi qui privilegiata** circa l'impossibilità di rilevazione di ufficio, da parte della Corte di Cassazione investita di ricorso inammissibile, della pena illegale, *sub specie* di pena ordinaria erroneamente irrogata in luogo di quella prevista dal d. lgs. n. 274 del 2000: se la rimodulazione della pena (detentiva) erroneamente inflitta con quella (pena pecuniaria o permanenza domiciliare o lavoro di pubblica utilità) costituisce operazione che è reputata del tutto “eccentrica rispetto all'ambito di intervento del giudice dell'esecuzione”, essa non può che essere ancor più “eccentrica” ove calata nel contesto di un possibile intervento della Corte finalizzato a riportare a legalità la pena irrogata con condanna passata in giudicato perché impugnata con ricorso inammissibile.

Detto in altri termini.

Difettano in radice gli spazi normativi – già con difficoltà rintracciabili in altre occasioni, quali quelle in cui l'“ortopedia” sulla pena si risolve in una operazione di eliminazione o conversione della pena originariamente inflitta, che implica pur sempre un margine di valutazione – per poter ipotizzare un intervento della Corte, investita del ricorso inammissibile, su situazioni in cui la *non automaticità* dell'emenda appare evidente; come appunto nella fattispecie, dovendosi evidentemente escludere che, tanto la scelta della specifica sanzione all'interno del catalogo del giudice onorario, quanto la concreta individuazione della misura e delle modulazioni operative legate alla particolarità delle sanzioni alternative a quella pecuniaria, possano essere effettuate in virtù di una operazione di chirurgia asettica sulla pena

(magari dilatando nella sua massima estensione il potere di correzione previsto dal già citato art. 619 comma 2 c.p.) che si dimostri immune da elementi di discrezionalità già immediatamente incompatibili con l'ambito del giudizio di legittimità ed ancor più all'interno di un sub-segmento esclusivamente deputato alla verifica della immediata ammissibilità dell'impugnazione.

Sotto altro e diverso profilo – e concludendo – l'insegnamento delle *Butera* non sembra peraltro chiudere definitivamente le porte, in un'ottica di individuazione di possibili soluzioni interpretative finalizzate ad assicurare la legalità della pena (non da irrogare ma) da eseguire, ad un possibile intervento correttivo *in executivis*.

Ad avviso di questa Procura, la risposta negativa fornita dalle Sezioni Unite *Butera* si arresta per lo meno sulla soglia della *ratio decidendi*, altro essendo il quesito di diritto al quale in quella occasione il supremo collegio era chiamato a rispondere (ovvero <<se fosse rilevabile d'ufficio, in sede di legittimità, in presenza di ricorso inammissibile, in quanto presentato fuori termine, l'illegalità della pena determinata dall'applicazione di sanzione ab origine contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato>>): di modo che non sembra preclusa una possibile rieditazione sul punto specifico, che tenga conto anche della progressiva elaborazione giurisprudenziale sul tema, controverso anche in dottrina, dei poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione del trattamento sanzionatorio (cfr., ad esempio, Sez. 1, Sentenza n. 28135 del 28/05/2021, Rv. 281678 – 01, in tema di quantificazione dell'aumento di pena per i reati satellite per effetto dell'applicazione della disciplina del reato continuato, dove è stato affermato che la discrezionalità del giudice dell'esecuzione incontra un limite solo con riferimento alla valutazione effettuata in sede di cognizione).

11. Per le rassegnate ragioni si chiede che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione vogliano fornire risposta **negativa** al quesito rimesso e dichiarare **inammissibile** il ricorso proposto.

Roma, 24 febbraio 2022

Il Sostituto Procuratore Generale

Pietro Molino

