



**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
QUINTA SEZIONE PENALE**

Ufficio Esame Preliminare Ricorsi

Al Presidente Aggiunto
della Corte Suprema di Cassazione

Oggetto: ricorso n. **34442/2020 R.G.**

Si trasmette il ricorso in oggetto per le valutazioni della S.V. ai sensi dell'art. 610, comma 2, cod. proc. pen..

1. All'udienza del 9 dicembre 2021, 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 tra cause di inammissibilità del ricorso per ragioni diverse dalla tardività e rilevabilità d'ufficio della pena illegale irrogata secondo le "ordinarie" comminatorie codicistiche, nel caso di reato di competenza del Giudice di pace; questione rilevante nel caso in esame, posto che l'imputato - all'esito dell'assoluzione dai 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 di legittimità, comporterebbe l'immediata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

2. Il tema della rilevabilità d'ufficio della pena illegale impone, necessariamente, di delimitarne la nozione, poiché è solo dalla concreta declinazione del profilo di illegittimità implicato che possono scrutinarsi i rapporti tra le preclusioni processuali correlate al principio devolutivo ed i poteri di rilievo d'ufficio del giudice dell'impugnazione.

A tal fine, rientra nella nozione di pena illegale "*ab origine*" quella che si risolve in una pena diversa, per specie, da quella stabilita dalla legge, ovvero quantificata in misura inferiore o superiore ai relativi limiti edittali, e non la sanzione che sia complessivamente legittima ma determinata secondo un percorso argomentativo viziato (*ex multis* Sez. 5, n. 8639 del 20/01/2016, De Paola, Rv. 266080; Sez. 2, n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255729); con la conseguenza che solo per la prima categoria l'inammissibilità del ricorso potrebbe non precluderne il rilievo.

La sussunzione entro un'unica nozione di pena illegale, rispetto alla quale risolvere la questione dei rapporti tra inammissibilità dell'impugnazione e rilevanza d'ufficio, ha, invero, dato luogo a contrastanti indirizzi interpretativi, ancora irrisolti quanto alla questione posta dal ricorso in oggetto.

2.1. Il tradizionale orientamento di legittimità non escludeva, in via generale, che la violazione del principio di legalità della pena fosse rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di cassazione a condizione, tuttavia, che il ricorso non fosse inammissibile e l'esame della questione rappresentata non comportasse accertamenti in fatto o valutazioni di merito incompatibili con il giudizio di legittimità (*ex multis* Sez. 2, n. 44667 del 08.07.2013, Aversano, Rv. 257612).

E tanto, in ragione della prevalenza della causa di inammissibilità del ricorso, in quanto preclusiva della formazione di un valido rapporto di impugnazione e, dunque, in grado di impedire l'esercizio del potere di cognizione del giudice *ad quem* anche per le questioni rilevabili *ex officio*.

2.1.1. L'ambito dei poteri di rilievo della Corte di cassazione in tema di illegalità della pena è stato, successivamente, rimeditato alla luce dei principi affermati da Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv. 258649 in riferimento all'intervento, *in executivis*, sulla pena determinata nella vigenza di disposizione dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7, par. 1, della Convenzione Edu, successivamente all'irrevocabilità della condanna. Nell'affermare che la pena dell'ergastolo, inflitta in applicazione dell'art. 7, comma primo, D.L. n. 341 del 2000 all'esito di giudizio abbreviato richiesto dall'interessato nella vigenza dell'art. 30, comma primo, lett. b), legge n. 479 del 1999 - il quale disponeva, per il caso di accesso al rito speciale, la sostituzione della sanzione detentiva perpetua con quella temporanea nella misura precisata - non può essere ulteriormente eseguita, ma deve essere sostituita con quella di anni trenta di reclusione, le Sezioni unite Ercolano hanno precisato come il divieto di dare esecuzione ad una sanzione penale, contemplata da una norma dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi, esprima un valore che prevale su quello della intangibilità del giudicato e trova attuazione nell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87.

2.1.2. Pronunciandosi sempre in riferimento al potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena in seguito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260697 hanno affermato la necessità di rimodulazione della pena, se non interamente eseguita, in favore del condannato pur se il provvedimento "correttivo" da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo il giudice avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione.

2.1.3. L'estensione del potere emendativo del giudicato è stato ancorato, nelle decisioni richiamate, alla natura ed agli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale che, palesando «*un evento di patologia normativa*», determina l'espunzione dall'ordinamento di una norma costituzionalmente illegittima perché affetta da una invalidità originaria, giustificando la proiezione "retroattiva", sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, già da essa disciplinati, della intervenuta pronuncia di incostituzionalità; sicché tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati.

Nei predetti termini, le Sezioni Unite hanno affrontato il problema di fondo costituito dal bilanciamento tra il valore dell'intangibilità del giudicato e l'intollerabilità dell'esecuzione «*di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima*», affermando il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato.

Siffatto avanzamento giurisprudenziale si è, dunque, incentrato sulla portata applicativa dell'art. 673 cod. proc. pen., fondando la *ratio decidendi* dell'interpretazione estensiva del principio di retroattività, propria della declaratoria di illegittimità di norma incriminatrice, anche alla declaratoria di illegittimità di norma sul trattamento sanzionatorio, in tal modo ponendo al centro dell'intero ragionamento la *ragione della illegalità*, data da una pronuncia retroattiva di incostituzionalità, *ex se* capace di vincere il giudicato formale.

2.2. I principi enunciati dalle sentenze richiamate hanno alimentato una nuova riflessione sulla delimitazione dei limiti del sindacato della Corte di cassazione sull'illegalità della pena, soprattutto in riferimento al trattamento sanzionatorio previsto per i reati di competenza del giudice di pace.

2.2.1. Richiamandosi *a fortiori* ai principi espressi da Sez. U. Ercolano, Sez. 5, n. 46122 del 13/06/2014, Oguekemma, Rv. 262108 ha affermato come l'illegalità della pena, dipendente da una statuizione "*ab origine*" contraria all'assetto normativo vigente al momento consumativo del reato, sia rilevabile d'ufficio nel giudizio di cassazione, anche nel caso in cui il ricorso è inammissibile (fattispecie in cui la Corte, annullando senza rinvio la sentenza con la quale l'imputato era stato condannato per il reato di minacce, di competenza del Giudice di pace, alla pena di euro 100 di multa, ha rideterminato la pena nel massimo edittale di euro 51 di multa).

La sentenza Oguekemma ha, altresì, valorizzato i principi espressi in materia di sopravvenienza di *lex mitior* da Sez. 4, n. 39631 del 24/09/2002, Gambini, Rv. 225693, che aveva affermato come la violazione del principio di legalità della pena

dovesse essere rilevata d'ufficio dal giudice dell'impugnazione, in applicazione analogica del principio fissato nell'art. 129 cod. proc. pen., anche quando dipendente da una riforma legislativa che modifichi il trattamento sanzionatorio, in senso favorevole all'imputato, dopo la sentenza impugnata, ed a prescindere dalla prospettazione di specifiche doglianze sul punto nei motivi dell'impugnazione o nel corso del relativo giudizio (fattispecie nella quale la Corte ha annullato la sentenza d'appello che, pur dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, relativo alla competenza penale del Giudice di pace, non aveva d'ufficio rilevato l'applicabilità del più favorevole trattamento sanzionatorio previsto, per il reato di cui al comma 5 dell'art. 187 del codice della strada, in forza dell'art. 64 comma 2 del citato decreto legislativo).

In tal senso, la preclusione derivante dall'inammissibilità del ricorso – che, in quanto ostativa alla formazione di un valido rapporto di impugnazione è, quindi, idonea ad impedire l'esercizio del potere di cognizione del giudice *ad quem* anche per le questioni rilevabili *ex officio* – è stata reputata recessiva rispetto al principio della funzione rieducativa della pena, imposta dall'art. 27, comma 3, che, in ossequio alla evoluzione interpretativa determinata dai principi della Cedu, le Sezioni unite Ercolano hanno, invece, ritenuto in contrasto con l'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, pure successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima.

Se ne è tratta la conclusione dell'irragionevolezza della soluzione ermeneutica per cui l'illegalità della pena inflitta, dipendente da una statuizione *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato, non possa essere rilevata, prima della formazione del giudicato formale ed a prescindere dalla articolazione di un corrispondente motivo di impugnazione, pure in presenza di un ricorso caratterizzato da inammissibilità, anche non originaria.

2.2.2. Siffatta affermazione si è posta in consapevole contrasto con l'orientamento contrario, espresso da Sez. 5, n. 24926 del 03/12/2003, dep. 2004, Marvullo, Rv. 229812 e Sez. 5, n. 36293 del 09/07/2004, Raimo, Rv. 230636 (entrambe in fattispecie di applicazione in appello di pena illegittima per il reato di lesioni lievissime - che rientra nella competenza del Giudice di pace ed è punito, ex artt. 4, 63, 64, d. lgs. n. 274 del 2000, con la multa e non con la reclusione, sanzione che deve essere irrogata anche nel caso in cui, per qualsiasi ragione, il processo sia celebrato dal giudice ordinario - e pur ritenendo, in assenza di specifiche doglianze al riguardo da parte dei ricorrenti, che si trattasse di questione rilevabile d'ufficio, hanno affermato - sussistendo una causa di inammissibilità del ricorso - la prevalenza di quest'ultima, in quanto preclusiva della formazione di un valido rapporto di impugnazione e, quindi, in grado di impedire l'esercizio del potere di cognizione del giudice *ad quem* anche per le

questioni rilevabili *ex officio*), e Sez. 2, n. 44667 del 2013, Aversano, *cit.* (fattispecie in cui la Corte aveva, invece, rilevato l'illegittimità della pena, per essere stata la riduzione del giudizio abbreviato applicata senza effettuare il previo temperamento previsto dall'art. 78 cod. pen.).

2.3. Richiamando i principi espressi dalle Sezioni unite Ercolano e Gatto, nella successiva giurisprudenza di legittimità si registrano decisioni che hanno ammesso la rilevabilità di ufficio della pena illegale, in presenza di ricorso inammissibile, anche in fattispecie del tutto avulse dalle *rationes decidendi* delle predette pronunce, finendo per estenderne la portata fino a ricomprendervi anche i casi di mero errore del giudice sui limiti massimi della pena già prevista e dando corpo ad un contrapposto fronte ermeneutico.

2.3.1. Investite della questione della rilevabilità o meno, di ufficio, della pena illegale in presenza di ricorso inammissibile, Sez. U. n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265106 hanno limitato la loro pronuncia alla fattispecie concreta, in cui veniva in rilievo la inammissibilità per tardività del ricorso, ed hanno ribadito come solo tal genere di inammissibilità sia ostativa al predetto rilievo (sotto tale profilo, analogamente, ma in tema di remissione di querela e tardività del ricorso, v. Sez. U. n. 24246 del 25/02/2004, Rv. 227681, Chiasserini), senza tuttavia affermare, né espressamente né implicitamente, una generalizzata rilevabilità dell'illegalità della pena nei casi diversi.

Non a caso, infatti, Sezioni unite Butera hanno, anzitutto, esaminato la decisione adottata dalla sentenza Jazouli (Sez. U., n. 33040 del 26/02/2015, Rv. 264205, 264206, 264207) circa la possibilità, per la Corte di cassazione, di rilevare d'ufficio, anche in caso di inammissibilità del ricorso, la nullità sopravvenuta della sentenza in conseguenza della illegalità della pena conseguente a declaratoria di illegittimità costituzionale; e, inquadrando la questione nel più generale tema della illegalità della pena e dell'ambito applicativo dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., il supremo consesso 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 cod. proc. pen. in quanto, in presenza di una fattispecie di invalidità della impugnazione, non si stabilisce un valido rapporto processuale, ad eccezione dei casi in cui la cognizione del giudice, nonostante il ricorso inammissibile, verta sull'accertamento dell'*abolitio criminis* o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione.

Siffatte deroghe sono state giustificate dall'eccezionale possibilità di incidere in sede esecutiva sul provvedimento in relazione al quale si è formato il giudicato

formale, così come previsto dall'art. 673 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 32 del 22/11/2000, De Luca, Rv. 217266; n. 23428 del 22/03/2005, Bracale, Rv. 231164 e, da ultimo, la già citata Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto), tali da giustificare il rilievo d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, con il limite del ricorso tardivo, unica ipotesi, quindi, di deroga alla prevalenza del rilievo della illegalità della pena sul giudicato sostanziale, in quanto il decorso del termine derivante dalla mancata proposizione della impugnazione ha già trasformato il giudicato sostanziale in giudicato formale.

2.3.2. La preclusione al rilievo dell'illegalità sopravvenuta della pena derivante dall'inammissibilità per tardività è stata, inoltre, confermata, per le pene accessorie, da Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, Rv. 276286.

L'inammissibilità originaria del ricorso perché sottoscritto personalmente dall'imputato non è stata, invece, ritenuta ostativa al rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena accessoria fallimentare, divenuta tale per effetto di declaratoria di illegittimità costituzionale (Sez. 5, n. 8899 del 19/01/2021, Golin, Rv. 280538; analogamente Sez. 3, n. 38018 del 17/05/2019, P., Rv. 277835), in quanto il ricorso per cassazione, presentato personalmente dall'imputato successivamente alla modifica dell'art. 613, comma 1, cod. proc. pen. ad opera dell'art. 1, comma 63, della legge 23 giugno 2017 n. 103, pur se inammissibile, consente - ove sia tempestivo ed a differenza di quello tardivo - l'instaurazione del rapporto processuale, determinando l'irrevocabilità della sentenza solo alla data in cui è pronunciata la decisione che ne dichiara l'inammissibilità o che lo rigetta.

3. Al di fuori delle ipotesi di tardività dell'impugnazione, il rapporto tra inammissibilità e rilevanza *ex officio* della pena illegale resta tuttora controverso.

3.1. Un primo profilo di criticità si ravvisa nella pretesa *reductio ad unum* della nozione stessa di *pena illegale* in correlazione al grado di resistenza del giudicato, che si declina diversamente a seconda dell'incidenza sul trattamento sanzionatorio di fenomeni del tutto eterogenei (*abolitio criminis*; sopravvenienza della *lex mitior*; declaratoria di incostituzionalità di una norma penale in riferimento alla determinazione della pena; erronea applicazione di sanzioni in relazione a determinate fattispecie di reato), imponendo di verificarne le singole peculiarità.

Si rinvencono, inoltre, decisioni (ad es. Sez. 4, n. 17221 del 02/04/2019, Iacovelli, Rv. 275714) che hanno enunciato il principio della prevalenza della rilevanza della pena illegalmente determinata sull'inammissibilità in fattispecie in cui il ricorso è stato ritenuto infondato, la questione relativa al trattamento sanzionatorio era stata, seppur genericamente, posta e l'illegalità della pena si

concretizzava nell'irrogazione di una sanzione superiore al massimo edittale, rivelando una sovrapposizione non chiara degli istituti coinvolti.

3.2. Diformi opzioni interpretative continuano, infine, a registrarsi in riferimento a quella specifica declinazione di illegalità della pena che consiste nell'applicazione delle sanzioni codicistiche ai reati di competenza del Giudice di pace, e che rileva nel caso in esame.

3.2.1. Secondo un primo indirizzo, l'illegalità della pena - derivante dalla erronea applicazione, da parte del Tribunale, delle sanzioni previste dagli artt. 22 e ss. cod. pen. in luogo di quelle previste dagli artt. 52 e ss. D.Lgs. 274 del 2000 - può essere rilevata d'ufficio dal giudice di legittimità investito di ricorso che, per cause diverse dalla sua tardività, appaia inammissibile (Sez. 5, n. 552 del 07/07/2016, dep. 2017, Jomle, Rv. 268593; Sez. 5, n. 51726 del 12/10/2016, Sale, Rv. 268639; Sez. 5, n. 40473 del 16/04/2018, Bongiovanni; Sez. 5, n. 10966 del 14/11/2019, dep. 2020, Mascia).

Nel caso esaminato dalla decisione Jomle, oggetto del ricorso era una sentenza emessa ex art. 444 cod. proc. pen., la cui pena era stata applicata in violazione dell'art. 63 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274; la pronuncia citata aveva escluso che l'errore fosse emendabile in sede esecutiva, in applicazione dei principi sanciti da Sezioni Unite Butera, pervenendo ad un annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e disponendo la trasmissione degli atti al competente Tribunale per l'ulteriore corso.

Esaminando la possibilità, in sede di legittimità, in presenza di un ricorso che risulti inammissibile per motivi diversi dalla tardività, di rilevare d'ufficio l'illegalità della pena, per violazione dell'art. 63 d.lgs. 274/00, ed assumere le conseguenti statuizioni, la sentenza ha ripercorso le argomentazioni di Sezioni Unite Butera ed ha, quindi, considerato come ulteriore pronuncia di riferimento, Sezioni Unite, 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, 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: *«Se ne trae la non illogica convinzione che le Sezioni Unite, nell'udienza del 26 giugno 2015, abbiano voluto affrontare in modo unitario il tema dei limiti al sindacato della Corte di legittimità nel caso di ricorso inammissibile e che le sentenze citate debbano, pertanto, leggersi in una sola ottica interpretativa che individua la preclusione del giudicato formale nel decorso dei termini per l'impugnazione. Conseguentemente, poiché, da un lato - sulla base della giurisprudenza sopra citata - l'erronea applicazione, da parte del Tribunale, delle pene previste dagli artt. 22 ss. c.p. in luogo di quelle previste dagli artt. 52 ss. d.lgs. 274/00, in violazione dell'art. 63 d.lgs. 274/00, non può essere dedotta*

avanti al giudice dell'esecuzione, e poiché, dall'altro, solo nel caso di ricorso inammissibile per intempestività è precluso al giudice di legittimità 'correggere' ex officio la pena illegale, deve ragionevolmente ritenersi che l'illegalità derivante dalla violazione dell'art. 63 d.lgs.244/00 possa (e debba) essere rilevata d'ufficio dalla Corte di cassazione investita di ricorso che, per cause diverse dalla sua tardività, appaia, per altre ragioni, inammissibile».

La sentenza Jomle, tuttavia, omette di considerare come Sezioni Unite Della Fazio abbia esaminato esclusivamente i casi di modifica della pena derivante da *ius superveniens* o da declaratoria di incostituzionalità, senza affrontare il profilo, del tutto diverso, di erronea disapplicazione delle pene previste per i reati di competenza del Giudice di pace; la stessa sentenza Jomle richiama Sez. 5, n. 13589 del 19/02/2015, P.G. in proc. B., Rv. 262943, in cui era stata annullata senza rinvio la sentenza di patteggiamento che aveva applicato, in riferimento al reato di lesioni personali lievi, la pena illegale della reclusione, anziché la pena prevista per i reati di competenza del Giudice di pace, senza considerare, tuttavia, che in detto ultimo caso era stato proposto ricorso per cassazione dal Procuratore generale territoriale proprio in riferimento all'illegalità della pena.

3.2.2. Allo stesso filone si ascrive Sez. 5, n. 51726 del 12/10/2016, Sale, Rv. 268639 che - sempre in un caso di pena illegale derivante dalla mancata applicazione delle sanzioni relative ai reati di competenza del Giudice di pace da parte del Tribunale - ha richiamato l'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., affermando la rilevabilità della illegalità della pena, in sede di legittimità, anche in caso di ricorso inammissibile per manifesta infondatezza.

Allo stesso modo, Sez. 5, n. 37931 del 05/05/2017, T., Rv. 270824, ha ribadito che nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena non è rilevabile nel solo caso in cui l'impugnazione sia stata dichiarata tardiva.

Sez. 5, n. 13787 del 30/01/2020, Ottoni, Rv. 279201 ha affermato il medesimo principio, specificando come il ricorso inammissibile perché proposto per motivi non consentiti (nel caso di specie ex art. 606 comma 2-bis cod. proc. Pen. Come introdotto dall'art. 39-bis D. Lgs. 28.8.2000 n. 274) sia assimilabile ai ricorsi idonei ad instaurare un valido rapporto processuale di impugnazione e non sia preclusivo, a differenza dal ricorso tardivo, della possibilità per la Corte di cassazione di rilevare la pena originariamente illegale.

3.2. Di segno opposto sono le conclusioni raggiunte dal contrario orientamento.

3.2.1. Sez. 5, n. 15817 del 18/02/2020, Di Rocco, Rv. 279252 ha articolatamente affermato che, in caso di inammissibilità del ricorso per ragioni diverse dalla tardività, non può essere rilevata d'ufficio, in assenza di uno specifico motivo di doglianza, l'illegalità della pena per l'erronea applicazione, da parte del

Tribunale, per i reati di competenza del Giudice di pace, delle sanzioni previste dal codice penale in luogo di quelle di cui agli artt. 52 e ss. d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

In senso conforme si è pronunciata Sez. 7, n. 41172 del 25/09/2019, Stigliano, *non massimata*.

Le decisioni valorizzano un passaggio motivazionale contenuto nella citata sentenza Sez. U., n. 47766 del 26/06/2015, Butera, lì dove il potere officioso di rilievo della illegalità della pena, da parte della Corte di cassazione, viene fatto discendere dalla possibilità di emendare l'errore anche nella fase esecutiva.

Sezioni Unite Butera escludono, invero, l'ammissibilità di un intervento *in executivis* in ipotesi di mancata applicazione delle sanzioni previste dal Titolo II del d.lgs. n. 274 del 2000, giacché, in tale caso, è «l'intero modello sanzionatorio a dover essere rielaborato, con scelte che attengono alle attribuzioni tipiche del giudice del merito». L'art. 52, comma 2, lettera b), d. lgs. n. 274 del 2000, prevede, infatti, che, quando il reato è punito con la sola pena della reclusione o dell'arresto, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da euro 516 a euro 2.582, o la pena della permanenza domiciliare da quindici giorni a quarantacinque giorni, ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi; sicché il giudice che applica quel modello sanzionatorio e gli istituti processuali correlati è chiamato ad effettuare una valutazione contenutistica di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio alla luce delle risultanze processuali, operando le conseguenti determinazioni, non soltanto sulla quantità del trattamento, ma anche sulla specie della sanzione da applicare.

Ne deriva, pertanto, che «una simile rimodulazione della pena, lungi dal porsi come mera opera di nuova commisurazione o sostituzione matematicamente scontata, rispetto a quello che costituisce oggetto del trattamento illegale applicato dal giudice della cognizione, si pone quale complessivo nuovo giudizio, del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro il quale può trovare spazio l'intervento del giudice della esecuzione».

3.2.2. Valorizzando siffatti principi, in sequenza logica, le sentenze Di Rocco e Stigliano traggono la conclusione che:

- se il rilievo di ufficio della illegalità della pena dipende dalla rilevabilità del vizio *in executivis*;

- se la illegalità della pena, inflitta in base ai parametri codicistici, per i reati di competenza del giudice di pace, non può essere "corretta" dal giudice dell'esecuzione;

deriva che tale ultima illegalità non può essere rilevata di ufficio, nel caso di ricorso inammissibile.

3.3. Nei termini predetti, resta controversa la rilevabilità di ufficio, ai sensi dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., in assenza di ricorso sul punto, della illegalità della pena derivante dalla erronea applicazione delle pene in tema di reati di competenza del Giudice di pace.

Come osservato nella sentenza Di Rocco, *«il mero richiamo all'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., appare largamente insufficiente nella misura in cui appare necessario perimetrare il concetto di "questioni rilevabili di ufficio", corredarlo con il concetto di preclusione alla instaurazione del rapporto processuale - in cui si sostanzia la dichiarazione di inammissibilità - e, infine, alla luce di detti principi, individuare l'ambito di operatività del Giudice di legittimità al fine di considerarne il potere di inserirsi in un ordito processuale non solo definito da una pronuncia di manifesta infondatezza, ma il cui contenuto non ha neanche costituito oggetto di doglianza, da parte del ricorrente, in riferimento a tutte le possibili questioni suscettibili di ricorso per cassazione»*.

Il tema intercetta, inoltre, i consolidati principi espressi da questa Corte circa la preclusione della rilevabilità e della conseguente possibilità di dichiarare le cause di non punibilità, ex art. 129 cod. proc. pen., per l'impossibilità di costituire un valido rapporto processuale, scaturente dalla manifesta infondatezza dei motivi (Sez. U, n. 32 del 22/11/2000, De Luca, Rv. 217266; Sez. 2, n. 28848 del 08/06/2013, Ciaffoni, Rv. 256463; Sez. 4, n. 18641 del 20/01/2004, Tricorni, Rv. 228349), con particolare riferimento, tra le altre cause, alla prescrizione maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non dedotta né rilevata da quel giudice (Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, dep. 2016, Ricci, Rv. 266818; Sez. U, n. 23428 del 22/03/2005, Bracale, Rv. 231164; Sez. 6, n. 25807 del 14/03/2014, Rizzo ed altro, Rv. 259202; Sez. 1, n. 6693 del 20/01/2014, Cappello, Rv. 259205; Sez. 3, n. 42839 del 08/10/2009, Imperato, Rv. 244999; Sez. 1, n. 24688 del 04/06/2008, Rayyan, Rv. 240594); dello stesso tenore le pronunce che hanno affermato come l'inammissibilità del ricorso per cassazione a seguito di rinuncia, escludendo in radice la possibilità per il giudice di prendere cognizione del ricorso presentato, preclude la dichiarazione di intervenuta abrogazione del reato (Sez. 5, n. 40290 del 14/04/2016, Flammini, Rv. 268205) e come la rinuncia al ricorso per cassazione, ovvero l'inammissibilità del ricorso per qualunque causa, determini l'immediata estinzione del rapporto processuale, cui consegue l'immediato passaggio in giudicato della sentenza all'atto della dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione.

A tanto aggiungasi la criticità insita nell'assimilazione *tout court* delle cause di illegalità della pena, ai fini della loro equiparazione in funzione della rilevabilità di ufficio, sottovalutando l'ontologica diversità tra 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; istituti rispetto ai quali debbono, invece, analiticamente misurarsi le deroghe all'intangibilità del giudicato.

4. Nel procedimento in oggetto, la Corte di appello ha assolto l'imputato dai reati di minaccia (capi A, B, C, E) e di danneggiamento seguito da incendio (capo F), mentre ne ha confermato la condanna solo per il reato di lesioni lievissime (giorni tre di malattia) di cui al capo D), rientrando nella competenza del Giudice di pace; la medesima Corte ha rideterminato la pena per il residuo reato di cui al capo D) in mesi tre di reclusione, in luogo della pena prevista per i reati di competenza del Giudice di pace.

Ne discende che la pena irrogata è stata illegalmente determinata in quanto di specie diversa da quelle previste dagli artt. 52 e ss. D.Lgs. 274 del 2000.

Il termine di prescrizione del reato, commesso il 19 marzo 2014, è spirato il 16 ottobre 2021 (tenuto conto di 27 giorni di sospensione).

Si pone, pertanto, la questione del se, a fronte di una pena connotata dalla predetta illegalità, conseguente al mero errore del giudice del merito e non già determinata da sopravvenute cause di illegittimità costituzionale e/o mutamento normativo *in melius*, l'inammissibilità del ricorso, tempestivamente proposto, sia, nel caso concreto, ostativa al rilievo della predetta illegalità della pena e, quindi, alla declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

L'ambito applicativo dell'art. 129 cod. proc. pen. presuppone, pertanto, nel caso di specie, la soluzione della questione controversa.

Alla luce di quanto premesso, si prospetta l'opportunità di rimessione del ricorso alle Sezioni unite di questa Corte, 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 illegalità della pena, qualora sia stata irrogata 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».*

Roma, il 20 dicembre 2021

Il Consigliere estensore



Il Coordinatore

