

Penale Ord. Sez. 5 Num. 9523 Anno 2022

Presidente: PALLA STEFANO

Relatore: BRANCACCIO MATILDE

Data Udiienza: 17/02/2022

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

SACCHETTINO CIRO nato a NAPOLI il 02/09/1981

avverso la sentenza del 22/02/2021 del TRIBUNALE di TRIESTE

udita la relazione svolta dal Consigliere MATILDE BRANCACCIO;

lette le conclusioni del PG GIUSEPPINA CASELLA che ha chiesto il rigetto del ricorso

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Trieste ha applicato a **Ciro Sacchettino** la pena di anni 4 e mesi 2 di reclusione, oltre 600 euro di multa, ritenuto l'aumento per la continuazione tra il reato di furto aggravato di cui al presente processo e quelli posti in continuazione, relativi alla sentenza passata in giudicato del Tribunale di Cremona del 6.7.2020.

L'imputato è accusato, in concorso con altri complici, di furto pluriaggravato, per aver rubato farmaci, in particolare oncologici, per un valore di circa 392.000 euro, dalla farmacia dell'Ospedale Maggiore di Trieste il 12.2.2019.

2. Avverso la sentenza propone ricorso **Ciro Sacchettino**, tramite il difensore, deducendo un unico motivo con cui denuncia l'illegalità della pena, per violazione di legge in relazione all'erronea applicazione dell'art. 69 del codice penale: le circostanze attenuanti generiche, riconosciute in favore dell'imputato, sono state ritenute equivalenti alla sola aggravante della recidiva, escludendone gli effetti favorevoli quanto alle ulteriori, plurime aggravanti previste dall'art. 625 cod. pen. pure contestate.

Tale violazione ha determinato che la pena inflitta sia stata commisurata ad un limite edittale massimo illegale, quello previsto dal disposto dell'art. 625, comma secondo, cod. pen., piuttosto che alla pena massima prevista per il reato di furto semplice, ipotesi alla quale avrebbe dovuto essere rapportata la dosimetria sanzionatoria se si fosse applicato il corretto giudizio di bilanciamento delle circostanze ex art. 62-bis cod. pen. a tutte le aggravanti ritenute sussistenti.

Secondo la difesa, l'errore del giudice sarebbe reso ancor più evidente dalla motivazione della parallela sentenza, resa in seguito a giudizio abbreviato, con cui sono state definite le posizioni degli altri complici, decisione nella quale si è prospettata, da parte dello stesso organo giudicante, la possibilità per gli imputati di proporre appello, di fronte ad una pena determinata con un analogo procedimento.

3. Ha depositato memorie e note conclusive la parte civile costituita, **ASUGI (Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina)**, in persona del direttore generale e suo rappresentante legale, nonché procuratore speciale, chiedendo l'inammissibilità o il rigetto del ricorso.

4. Il Sostituto Procuratore Generale ha chiesto il rigetto del ricorso con requisitoria scritta.

Aderendo alle argomentazioni di Sez. 6, n. 28031 del 27/4/2021, Di Bernardo, Rv. 282104, il PG ha sostenuto che, sebbene determinata attraverso un erroneo procedimento di bilanciamento delle circostanze contestate e ritenute sussistenti, la pena

applicata nei confronti del ricorrente non è illegale, risultando comunque coerente con quella prevista dalla legge per il delitto contestatogli, sia per specie che per quantità.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che l'esame del ricorso attenga a un tema sul quale vi è contrasto e difformità applicativa nella giurisprudenza di questa Corte, sicchè è necessario che la questione sollevata dal ricorrente venga rimessa alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen.

2. Anzitutto è necessario delineare i contorni della fattispecie, per trarne il nucleo giuridico controverso.

La pena inflitta all'esito del patteggiamento dal giudice di Trieste, secondo quello che emerge con chiarezza, nonostante una modalità espositiva poco precisa, è stata così determinata:

- pena base anni 5 e mesi 3 di reclusione, oltre 600 euro di multa per il reato di furto nell'ipotesi aggravata, riconosciute le attenuanti generiche equivalenti alla sola contestata recidiva semplice, in ragione della ammissione dei fatti resa dall'imputato (è evidente il giudizio di equivalenza "selettivo" rispetto a tale sola aggravante, pur non esplicitato);

- pena aumentata ad anni 6 e mesi 3 di reclusione ed euro 900 di multa, ritenuta la continuazione tra il reato in giudizio e quelli in relazione ai quali è stata emessa sentenza passata in giudicato il 6.7.2020 dal GUP del Tribunale di Cremona (evidentemente anch'essa con rito premiale, sicchè si è fuori dall'ambito applicativo della questione risolta dalle Sezioni Unite con la sentenza Sez. U, n. 35852 del 22/2/2018, Cesarano, Rv. 273547);

- pena ridotta ex art. 444 cod. proc. pen. nella misura finale di anni 4 e mesi 2 di reclusione ed euro 600 di multa.

Deve, altresì, precisarsi che la recidiva, ritenuta sussistente poiché entrata in gioco nel procedimento di commisurazione sanzionatoria, va considerata come "semplice", in mancanza di ulteriori puntualizzazioni sulla sua tipologia, come è nel caso di specie, in cui il giudice, mutuando l'espressione dalla contestazione del pubblico ministero riportata negli atti della cautela, evoca la suddetta aggravante con la dizione "Recidiva", priva di altre specificazioni.

Ed infatti, il Collegio rammenta che vi è necessità di contestazione puntuale dei singoli tipi di recidiva in ogni ipotesi in cui, dalla sussistenza di una specifica tipologia di tale aggravante, derivi all'imputato un effetto giuridicamente apprezzabile (cfr. Sez. 6, n.

5335 del 27/2/1996, Caccavallo, Rv. 205072; Sez. 1, n. 19681 del 8/2/2001, Chiardola, Rv. 219283).

Di qui la necessità di ritenere la recidiva come "semplice" qualora non vi sia stata contestazione di una specifica, diversa e più grave tipologia tra quelle previste dall'art. 99 cod. pen. (così Sez. 2, n. 5663 del 20/11/2012, dep. 2013, Alexa Catalin, Rv. 254692 e Sez. 3, n. 43795 del 1/12/2016, Bencantando, Rv. 270843, secondo le quali la contestazione della recidiva "ex art. 99 cod. pen.", senza ulteriori specificazioni, esclude che il giudice possa ritenere la sussistenza di una tipologia di recidiva diversa e più grave di quella semplice).

La sussistenza di un'ipotesi di recidiva semplice implica che, nonostante la pena finale sia stata stabilita oltre il limite di due anni, al di là del quale si configura il cd. patteggiamento "allargato", non vi siano problemi di regolarità circa l'ammissibilità del rito, che l'art. 444, comma secondo, cod. proc. pen. preclude solo al *recidivo qualificato ex art. 99, quarto comma, cod. pen.*, "qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria" (sulla preclusione, cfr. Sez. 6, n. 23052 del 4/4/2017, Nahi, Rv. 270489).

3. Il ricorrente denuncia l'illegalità della pena poiché l'erronea applicazione dell'art. 69 del codice penale ha determinato conseguenze in tema di commisurazione del trattamento sanzionatorio, parametrato ai limiti edittali previsti per il furto doppiamente aggravato, contestato e ravvisato del caso di specie, piuttosto che a quelli, del tutto diversi e più favorevoli, enunciati dall'art. 624 cod. pen.

3.1. In effetti, per quanto già chiarito, le circostanze attenuanti generiche, riconosciute in favore dell'imputato, sono state ritenute equivalenti alla sola aggravante della recidiva, escludendone gli effetti favorevoli quanto alle ulteriori, plurime aggravanti previste dall'art. 625 cod. pen., in violazione del criterio unitario dettato dall'art. 69, comma terzo, cod. pen., applicabile anche alle circostanze in esame, ai sensi del successivo quarto comma della medesima disposizione.

La Cassazione, infatti, ha costantemente affermato che, in tema di concorso di circostanze del reato, il giudizio di bilanciamento ha carattere unitario e riguarda tutte le circostanze coinvolte nel procedimento di comparazione, sia quelle comuni che ad effetto speciale, in quanto la disciplina differenziata per queste ultime concerne solo l'applicazione degli aumenti o delle diminuzioni di pena e non il concorso di circostanze attenuanti ed aggravanti; la preclusione al bilanciamento unitario opera solo nei casi in cui vi sia un espresso divieto di comparazione (Sez. 2, n. 17347 del 26/1/2021, Angelini, Rv. 281217).

Non è, pertanto, consentito operare il bilanciamento tra le attenuanti ed una sola delle aggravanti, dovendosi invece procedere alla simultanea comparazione di tutte le circostanze contestate e ritenute dal giudice (Sez. 1, n. 28109 del 11/6/2021,

Cardaropoli, Rv. 281671; Sez. 5, n. 12988 del 22/2/2012, Benatti, Rv. 252313; Sez. 5, n. 4991 del 28/4/1981, Morandi, Rv. 149034).

Sempre che, ovviamente, non si tratti di aggravanti che divengono "privilegiate" nel giudizio di comparazione e siano autonomamente valutate, quindi, in forza di una norma appositamente prevista: in tema, si richiama la recente sentenza Sez. U, n. 42414 del 29/4/2021, Cena, Rv. 282096 relativa alla disposizione speciale di cui all'art. 624-bis, comma 4, cod. pen. che, relativamente al delitto di furto in abitazione e furto con strappo, prevede che le aggravanti elencate nell'art. 625 cod. pen. siano sostanzialmente sottratte al giudizio di comparazione pur se concorrenti con altre aggravanti soggette a bilanciamento.

La fattispecie sottoposta al Collegio è, invece, relativa al reato di furto ex art. 624 cod. pen., aggravato da alcune delle circostanze previste dall'art. 625 cod. pen. (l'aver approfittato di condizioni di minorata difesa e precisamente dell'orario di chiusura notturno della farmacia ospedaliera teatro del delitto; l'ingente valore della refurtiva; l'aver agito in almeno tre persone e l'aver agito in edificio destinato a pubblico servizio), sicchè andava applicato il criterio di bilanciamento unitario con le ritenute circostanze attenuanti generiche, ai sensi del citato comma terzo dell'art. 69 cod. pen.

4. Posto, dunque, che – nel caso di specie – un errore nel giudizio di comparazione è stato commesso dal giudice, il Collegio evidenzia come, in tema di patteggiamento, nel corso degli anni, la Cassazione abbia tracciato alcune linee interpretative di ordine generale circa i limiti del sindacato di legittimità in tale ambito, recepite dal legislatore attraverso la modifica dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. - disposizione introdotta con la l. 23 giugno 2017, n. 103 -, secondo cui il pubblico ministero e l'imputato possono ricorrere per cassazione contro la sentenza di patteggiamento solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato stesso, al difetto di correlazione tra richiesta e sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e *all'illegalità della pena o della misura di sicurezza* (e recentemente Sez. 5, n. 21497 del 12/3/2021, Ricciardi, Rv. 281182 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale nuova disposizione sul presupposto che la limitazione della facoltà di ricorso alle sole ipotesi espressamente previste dalla norma trovi ragionevole giustificazione, nell'ambito delle scelte discrezionali riservate al legislatore, nell'esigenza di limitare il controllo di legittimità alle sole decisioni che contrastano con la volontà espressa dalle parti o che costituiscono disapplicazione dell'assetto normativo disciplinante l'illecito oggetto di cognizione; sui limiti imposti dall'art. 448, comma 2-bis, cit. cfr. Sez. U, n. 21368 del 26/9/2019, Savin, Rv. 279348, in motivazione).

Dunque, il sindacato di legittimità in tema di patteggiamento è oggi fortemente limitato dal vincolo normativo riferito al suo perimetro di operatività e, di conseguenza, *diventa*

essenziale, per definirne i confini applicativi, l'interpretazione delle sue componenti, ivi compresa, per quel che interessa in questa sede, la nozione di illegalità della pena.

La questione, del resto, si era posta già nei medesimi termini in epoca antecedente alla novella legislativa, sostanzialmente corrispondente, come detto, alle indicazioni della giurisprudenza di legittimità sedimentatesi precedentemente: sul sindacato di legittimità delle sentenze di patteggiamento in punto di determinazione quantitativa della sanzione, limitato alla sola denuncia dell'illegalità della pena, cfr. Sez. 3, n. 10286 del 13/2/2013, Matteliano, Rv. 254980; Sez. 3, n. 1883 del 22/9/2011, dep. 2012, La Sala, Rv. 251796; Sez. 6, n. 38943 del 18/9/2003, Conciatori, Rv. 227718.

Proprio il concetto di "pena illegale" ha rappresentato, tuttavia, nonostante l'apparente linearità del precetto di nuova adozione e le affermazioni della giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite, un fronte ermeneutico continuamente "aperto", fortemente influenzato dalle fattispecie concrete esaminate e dal livello di sensibilità al tema dell'interprete.

Non fa eccezione il caso sottoposto all'esame del Collegio, in cui, come si dirà più approfonditamente di qui a poco, si fronteggiano due orientamenti sulla questione relativa al *se configuri "pena illegale", ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen.*

Una tesi interpretativa, infatti, ritiene che, in tema di patteggiamento, sia illegale la pena applicata dal giudice che, operando il giudizio di bilanciamento tra le circostanze, compari le attenuanti ed una sola delle aggravanti, in quanto l'art. 69 cod. pen. impone di procedere alla simultanea comparazione di tutte le circostanze ritenute (tra le pronunce massimate, cfr. Sez. 5, n. 9818 del 27/01/2021, Santese, Rv. 280626; Sez. 5, n. 24054 del 23/05/2014, Restaino, Rv. 259894; tra quelle non massimate, Sez. 4, n. 35351 del 2015 n.m.; Sez. 4, n. 2376 del 2014 n.m.; vedi anche Sez. 2, n. 4798 del 2021 n.m.). Altra opzione, invece, afferma che, in tema di patteggiamento, non è illegale la pena applicata dal giudice che, operando il giudizio di bilanciamento tra circostanze, non proceda alla simultanea comparazione di tutte le circostanze attenuanti ed aggravanti, in quanto l'erronea pena così determinata corrisponde comunque, per specie e quantità, a quella astrattamente prevista dalla fattispecie incriminatrice (Sez. 6, n. 28031 del 27/4/2021, Di Bernardo, Rv. 282104. Vedi anche Sez. 5, n. 19757 del 16/4/2019, Bonfiglio, Rv. 276509).

Prima di esaminare i diversi punti di vista dei due orientamenti, anche rispetto alle implicazioni sanzionatorie delle fattispecie concrete decise, è necessario fare un passo indietro e premettere le basi interpretative generali, non prive di risvolti sistematici, sottese alla citata divisione di pensiero.

4.1. Da un punto di vista generale, è opportuno partire dalle affermazioni delle Sezioni Unite sul tema dell'illegalità della pena, con particolare riguardo a come esso sia stato declinato nell'ambito del patteggiamento.

Le due più recenti sentenze "dedicate" del massimo collegio nomofilattico hanno fatto il punto degli approdi sull'argomento, analizzando i propri precedenti arresti: si tratta di Sez. U, n. 21368 del 26/9/2019, dep. 2020, Savin, Rv. 279348 - inerente al rapporto tra patteggiamento, misura di sicurezza e art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. - e di Sez. U, n. 40986 del 19/7/2018, P., Rv. 273934, che, risolvendo la questione sottoposta, relativa a problemi sanzionatori derivati da successione di leggi penali nel tempo e precisamente da una novella legislativa più sfavorevole, al fine di decidere, si è approfonditamente interrogata, sui limiti entro i quali errori in diritto nella determinazione della pena "patteggiata" possano dar luogo all'annullamento della sentenza ex art. 444 cod. proc. pen., interrogativo, che, come rilevano le Sezioni Unite, ruota intorno alla nozione di "pena illegale".

La sentenza Savin sintetizza il percorso dei plurimi interventi delle Sezioni Unite sul tema della pena illegale, richiamandosi alla sentenza "Pittalà" - la citata pronuncia n. 40986 del 2018, P. - e sottolineando come, *nell'ambito della categoria dell'illegalità della pena individuata dal massimo collegio per la nomofilachia, non rientra la sanzione che risulti complessivamente legittima, anche se determinata secondo un percorso argomentativo viziato.*

La sentenza n. 40986 del 2018 evidenzia come detta nozione, sin da tempi risalenti, sia stata valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità nella prospettiva di riconoscere alla Corte di cassazione un potere decisorio, *in bonam partem*, che travalicasse il principio devolutivo ovvero al fine di circoscrivere il sindacato di legittimità in tema di patteggiamento, rimarcando, altresì, come la nozione di "pena illegale" sia stata al centro di varie pronunce delle Sezioni Unite.

Effettivamente, molte sentenze del massimo collegio nomofilattico, sopraggiunte dal 2014 in poi, hanno tracciato direttrici interpretative riguardo all'estensione del concetto di pena illegale, adeguandole alle diverse ipotesi problematiche sottoposte al loro scrutinio.

Si sono, così, delineati casi di pena illegale:

a) collegati a declaratorie di illegittimità costituzionale di norme sostanziali, anche a contenuto sanzionatorio: Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264206, relativa a una sentenza di applicazione della pena ex art. 444 cod. proc. pen. concordata sulla base dei parametri edituali dettati per le cosiddette "droghe leggere" dall'art. 73 d.P.R. 09/10/1990 n. 309 nella formulazione oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale; con accenti orientati a valorizzare il ruolo del giudice dell'esecuzione nel "ripristino" della pena costituzionalmente corretta: Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv.

258651; Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260696; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857, sullo stesso tema della sentenza Jazouli, ma in fase esecutiva;

b) riferiti all'illegalità della pena perché di specie diversa e ricompresa nel sistema sanzionatorio autonomo del decreto legislativo n. 274 del 2000: Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265106, che ha chiarito come, nel giudizio di cassazione, l'illegalità della pena non sia rilevabile d'ufficio in presenza di un ricorso inammissibile perché presentato fuori termine;

c) incentrati su una più ampia ricostruzione del concetto di pena illegale, applicato al caso di *lex mitior* sopravvenuta: Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazia, Rv. 265111, che, risolvendo la questione se possa ritenersi illegale una pena inflitta in base ad un quadro normativo sanzionatorio, successivamente mutato in senso favorevole all'imputato, qualora la pena risulti comunque formalmente compatibile anche con la nuova forbice edittale prevista per il reato, ha rammentato come il principio costituzionale di legalità della pena riguardi non solo l'*an* dell'irrogazione della pena bensì anche il *quomodo* ed in particolare il *quantum* di pena inflitta. Pertanto, con un ragionamento complesso, calibrato sulla fattispecie in decisione, la sentenza ha esteso ai ricorsi inammissibili l'applicabilità del trattamento sanzionatorio più favorevole sopravvenuto, distinguendo tra pena ingiusta, e non sempre illegale, e pena illegale perché, pur rimanendo nei margini edittali di tale più favorevole disciplina, ne stravolga i parametri di riferimento - in particolare il principio di proporzionalità - e sia applicata in modo incompatibile con la disciplina normativa successiva.

Riprendendo la sentenza Jazouli, con cui le Sezioni Unite hanno stabilito che è illegale la pena determinata dal giudice attraverso *un procedimento di commisurazione che si sia basato su limiti edittali successivamente dichiarati incostituzionali*, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione normativa, rivissuta per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità, il Collegio rammenta che la giurisprudenza riferisce alla nozione di pena illegale quella *"che non corrisponde, per specie ovvero per quantità (sia in difetto che in eccesso), a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale. L'ambito dell'illegalità della pena si riferisce anche ai 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, Tanzi, Rv. 260326; Sez. 6, n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255729; Sez. 2, n. 20275 del 07/05/2013, Stagno, Rv. 255197). In queste decisioni la Corte ha precisato come non configuri 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 è stato 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" (così, la sentenza Jazouli).

Fondamentale, nell'approccio delle Sezioni Unite al tema dell'illegalità - sia che essa derivi dalla dimensione finale della pena inflitta sia che il deficit di legalità attinga il procedimento commisurativo ed i parametri edittali di riferimento - è il richiamo al principio di proporzione tra illecito e sanzione: ne costituiscono chiaro manifesto le sentenze Jazouli e Della Fazia.

Seguendo la scia della giurisprudenza costituzionale, si osserva che il principio di uguaglianza «esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione della difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali» (Corte cost., sent. n. 409 del 1989); la fondamentale finalità rieducativa della pena, poi, non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», implicando la presenza costante del "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (Corte cost., sentenze n. 313 del 1990 e n. 105 del 2014; nonché sent. n. 391 del 1994).

Con affermazioni che possono avere valenza nell'esame della questione che il Collegio intende rimettere alle Sezioni Unite, si evidenzia come la sentenza Jazouli, nel chiarire i presupposti logico-giuridici dell'approdo ermeneutico cui perviene, abbia precisato che l'ipotesi di illegalità esaminata possiede una "particolare" natura, non solo perché non attiene ad un errore materiale nella determinazione della quantità o del tipo di sanzione, ma perché ciò che è illegale non è la sanzione in sé, *quanto l'intero procedimento di commisurazione giudiziale* (che - nella fattispecie decisa - si è basato su criteri edittali incostituzionali e quindi mai esistenti), procedimento che ha portato, tra l'altro, all'applicazione di una pena in contrasto con il principio di proporzionalità e di colpevolezza.

L'elaborazione delle Sezioni Unite ha, quindi, ribadito come la legalità della pena debba permeare anche la fase esecutiva, poiché la conformità a legge della pena deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione fino a quello della sua esecuzione (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 258649; Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260696; vedi anche Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857-58).

A testimonianza di come il tema dell'illegalità della pena, in generale ed a prescindere dall'abbinamento alla questione processuale imposta dall'art. 448, comma 2-bis, cod.

proc. pen., occupi costantemente la scena interpretativa, il Collegio rammenta che pende dinanzi alle Sezioni Unite, con udienza fissata al 31 marzo 2022, la questione relativa a se, a fronte di ricorso inammissibile per ragioni diverse dalla tardività dello stesso, la Corte di cassazione possa rilevare *ex officio* l'illegalità della pena in quanto di specie diversa rispetto a quella di legge o superiore al massimo edittale, al di fuori delle ipotesi in cui ciò derivi da sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della relativa norma e/o da mutamento normativo *in melius* della stessa (cfr. il provvedimento dell'ufficio spoglio della Quinta Sezione Penale del 20/12/2021).

5. Riportando al tema del patteggiamento i criteri generali fissati dalle Sezioni Unite in tema di pena illegale - e, in alcune delle sentenze citate (è il caso delle pronunce Jazouli e Marcon), declinati proprio in fattispecie relative ad applicazione della pena su richiesta delle parti (il cd. patteggiamento) - Sez. U, n. 40986 del 2018, P., cit. ritiene centrale, al fine di circoscrivere il sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., il rilievo che, nel procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'accordo si forma non tanto sulla pena inizialmente indicata e sulle eventuali operazioni con le quali essa viene determinata, bensì sul risultato finale delle operazioni stesse, in linea con l'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità.

Si afferma, pertanto, che: *«Dalla natura negoziale dell'accordo sulla pena e dall'individuazione del relativo oggetto (il "risultato finale") discende una duplice ricaduta sul piano della sindacabilità, quanto alla determinazione della pena stessa, della sentenza di patteggiamento: per un verso, la generale irrilevanza degli errori relativi ai vari "passaggi" attraverso i quali si giunge al "risultato finale" e, per altro verso, la rilevanza di tali errori quando conducano ad una pena illegale.*

Dunque, non rilevano, se non si traducono in una pena illegale, gli errori relativi ai singoli passaggi interni per la determinazione della pena concordata (Sez. 6, n. 44907 del 30/10/2013, Marchisella, Rv. 257151; conf., ex plurimis, Sez. 4, n. 1853 del 17/11/2005 - dep. 2006, Federico, cit.; Sez. 4, n. 518 del 28/01/2000, Carrello, cit.), tra i quali gli errori compiuti nell'iter di determinazione della pena base (Sez. 5, n. 5047 del 21/10/1999, Paulon, Rv. 214602)».

Tra i casi, invece, individuati dalla giurisprudenza di legittimità come integranti ipotesi di pena illegale con riferimento al patteggiamento, le Sezioni Unite P. richiamano, con puntuali richiami giurisprudenziali ai quali il Collegio si riporta, quelli della pena inferiore al minimo edittale ex art. 23 cod. pen.; dell'applicazione di una pena congiunta per una contravvenzione punita con pena alternativa; dell'erronea applicazione della pena detentiva in luogo di quella pecuniaria; della mancata applicazione della pena prevista per il reato rientrante nella competenza del giudice di pace.

Nel caso deciso dalla sentenza delle Sezioni Unite in esame, viene in rilievo una pena illegale perché in contrasto, prima di tutto, con il principio di irretroattività della legge

penale più sfavorevole sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.: il procedimento di commisurazione del giudice del patteggiamento si è infatti sviluppato all'interno di una comminatoria edittale in radice - e in toto - illegale perché lesiva di un principio che dà corpo alla tutela di un «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» (Corte cost., sent. n. 394 del 2006; sent. n. 236 del 2011).

Si tratta di una fattispecie analoga a quella della pena illegale perché frutto di un procedimento commisurativo fondato su parametri dichiarati incostituzionali *ex tunc*, come è stato per le Sezioni Unite Jazouli, sentenza con cui la Cassazione, sancendo definitivamente, con affermazione poi stabilmente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, che l'illegalità della pena su cui si è formato l'accordo, derivata da dichiarazione di incostituzionalità, determina la nullità di esso ed implica l'annullamento senza rinvio della sentenza di patteggiamento, ha egualmente enucleato una casistica di pene illegali, per esemplificazione (oltre agli esempi già esaminati dalla sentenza n. 40986 del 2018, P., si richiama l'ipotesi in cui si sia indicata come pena-base una pena inferiore a quella prevista come minimo edittale per il reato unito con il vincolo della continuazione - Sez. 5, n. 1411 del 22/09/2006, Braidich; Sez. 3, n. 34302 del 14/06/2007, Catuogno - ovvero si sia individuata la pena applicata, in esito al cumulo ex art. 81 cpv. cod. pen., con un valore inferiore al minimo fissato per il reato più grave tra quelli in continuazione (Sez. 6, n. 44336 del 05/10/2004, Mastrolorenzi).

In conclusione dell'analisi sin qui condotta, è opportuno, altresì, rammentare, sempre in un'ottica di inquadramento sistematico della questione controversa, quanto chiarito ancora dalle Sezioni Unite Jazouli, e cioè che, soprattutto a seguito degli interventi normativi di cui alla legge n. 134 del 2003, che hanno modificato l'originaria figura del patteggiamento, deve riconoscersi che il rapporto tra *pactum* e giurisdizione - ovvero tra la componente negoziale dell'istituto e il ruolo del giudice - non possa dirsi comunque sbilanciato a favore del primo, nel senso che anche in questo rito l'accertamento che il giudice è chiamato a compiere assume un essenziale rilievo, sebbene non si tratti di un vero e proprio giudizio, ma di un controllo da svolgere sull'intero progetto di decisione, che deriva dall'accertamento del fatto compiuto dal pubblico ministero e accettato dall'imputato e che trova la sintesi nell'accordo sulla pena.

Nella stessa prospettiva si muove la sentenza Savin, che pone l'accento sulla necessità di trovare un punto di equilibrio, nell'analisi giudiziale del patteggiamento, tra assetto predisposto dalle parti e controllo giurisdizionale, analizzando anche la Relazione governativa (A.C. 2798) di accompagnamento del disegno di legge che ha dato vita alla novella di cui alla legge n. 103 del 2017, esitato dopo un lungo iter parlamentare e riprodotto, poi, nel testo definitivo della norma di cui all'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen.

Le Sezioni Unite sottolineano come, in tale Relazione - coerente con le valutazioni già espresse dalla Commissione ministeriale - si sia evidenziato che «il modulo consensuale

di definizione del processo, proprio del cosiddetto patteggiamento, non meriti l'attuale, troppo ampia ricorribilità per cassazione, constatato, d'altra parte, l'esito largamente prevalente di inammissibilità dei relativi ricorsi, con inutile dispendio di tempo e di costi organizzativi. Si ritiene pertanto di limitarne la ricorribilità ai soli casi in cui l'accordo non si sia formato legittimamente o non si sia tradotto fedelmente nella sentenza, ovvero il suo contenuto presenti profili di illegalità per la qualificazione giuridica del fatto, per la pena o per la misura di sicurezza, applicata od omessa.»

6. Orbene, pur se le Sezioni Unite hanno dettato criteri generali ed esemplificativi tra loro coerenti, nonostante i differenti casi giurisprudenziali risolti, le Sezioni semplici, in relazione ad alcune ulteriori ipotesi di determinazione sanzionatoria nel patteggiamento, anche per la complessità e molteplicità delle fattispecie che si prospettano nella quotidiana realtà applicativa, hanno mostrato atteggiamenti interpretativi non coincidenti relativamente all'estensione del concetto di illegalità della pena e, di conseguenza, all'ambito del sindacato di legittimità ex art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.

Sembra, in verità, che, a fronte di una nozione di illegalità della pena che le Sezioni Unite tendono ad estrarre "in purezza" (anche in ossequio, come si è visto, alla *ratio legis* dell'istituto premiale), circoscrivendola in maniera netta ai casi più eclatanti, come quelli derivati da incostituzionalità della disciplina sanzionatoria, e "classici", come le ipotesi 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, dell'individuazione dei quali non vi sia dubbio, esistano innegabilmente contesti di criticità ed instabilità interpretativa, coincidenti con quegli ambiti nei quali il calcolo errato della pena contenuto nel progetto sanzionatorio avallato dal giudice del patteggiamento può determinare spostamenti significativi nella determinazione finale della pena stessa.

Detto altrimenti, esiste una "terra di mezzo", collocabile tra le ipotesi di illegalità macroscopiche già enunciate (ovvero quelle sicuramente ad esse riferibili, come nel caso di pena illegale perché applicata in violazione del divieto di *bis in idem*: Sez. 6, n. 34088 del 5/11/2020, Jarmouni, Rv. 280111) ed i casi di manifesta irrilevanza di errori di calcolo sulla misura finale della sanzione inflitta in esito al patteggiamento (ai quali, in limitati casi, si può porre rimedio eventualmente con la nuova procedura di correzione prevista dall'art. 130-*bis* del codice di rito, introdotto sempre dalla novella del 2017: cfr. Sez. 6, ord. n. 21891 del 8/7/2020, D., Rv. 277599); "terra di mezzo" nella quale si muovono ipotesi più problematiche da catalogare, che contemplanoinesattezze nei passaggi intermedi attraverso i quali si giunge alla determinazione finale della pena.

6.1. Ispirandosi alla tendenziale linea interpretativa delle Sezioni Unite, una parte della recente giurisprudenza delle Sezioni semplici ha riaffermato, in linea generale, che, in tema di patteggiamento, anche dopo l'introduzione dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc.

pen. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, non sono deducibili con il ricorso per cassazione gli errori commessi nelle operazioni di calcolo funzionali alla determinazione della pena concordata, se il risultato finale non si discosta da quello concordato dalle parti e non si traduce in una pena illegale (Sez. 5, n. 18304 del 23/1/2019, Rosettani, Rv. 275915, in una fattispecie nella quale l'aumento per la ritenuta recidiva era stato erroneamente computato sulla pena già incrementata per la continuazione).

In altre parole, si è ritenuto inammissibile, ai sensi dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., il ricorso per cassazione che deduca motivi concernenti, non l'illegalità della pena, intesa come sanzione non prevista dall'ordinamento giuridico ovvero eccedente, per specie e quantità, il limite legale, ma profili commisurativi della stessa, discendenti dalla violazione dei parametri di cui all'art. 133 cod. pen., ovvero attinenti al bilanciamento delle circostanze del reato o alla misura delle diminuzioni conseguenti alla loro applicazione (Sez. 5, n. 19757 del 16/4/2019, Bonfiglio, Rv. 276509, in una fattispecie di furto aggravato, che è parte del contrasto oggetto di interesse da parte del Collegio, come si dirà di qui a poco).

L'orientamento si salda con le pronunce antecedenti alla novella del 2017, che allo stesso modo evidenziavano l'irrilevanza dei passaggi intermedi di calcolo della pena e la necessità di guardare solo al risultato finale al fine di valutare la legalità o l'illegalità della sanzione frutto dell'accordo tra le parti (cfr. Sez. 5, n. 51736 del 12/10/2016, Lopis, Rv. 268850, in tema di calcolo della recidiva, in cui la Corte ha ritenuto congrua e legittima la pena finale in un caso in cui l'aumento applicato per la ritenuta recidiva era stato disposto in misura superiore al cumulo delle pene risultanti dalle condanne precedenti; si vedano, altresì, le sentenze Sez. 6, n. 44907 del 30/10/2013, Marchisella, cit.; Sez. 1, n. 29668 del 17/6/2014, Cannizzo, Rv. 263217).

In altri casi, tuttavia, il concetto di illegalità della pena si colora di toni più sfumati, dando vita ad innegabili distanze ermeneutiche tra arresti relativi ad identiche fattispecie.

Ad esempio, riguardo alle conseguenze del mancato aumento di pena per i reati satellite, a fronte di un'opzione che, nella scia della predetta concezione sistematica della nozione di "pena illegale", intesa soltanto come quella che si pone fuori, per natura o quantità, dai limiti legali, ha ribadito l'inammissibilità del ricorso per cassazione del pubblico ministero volto a denunciare l'omessa applicazione dell'incremento sanzionatorio imputabile alla continuazione tra i reati (Sez. 5, n. 15413 del 5/3/2020, Rama, Rv. 279080), si ritrovano sentenze che, invece, in simili casi, ritengono ammissibile l'impugnazione dinanzi a questa Corte da parte del pubblico ministero (Sez. 4, n. 10688 del 5/3/2020, Tonoli, Rv. 278970), magari perché, ritenuta sussistente la recidiva reiterata, sia stato disposto un aumento per la continuazione inferiore al minimo di un terzo della pena irrogata per il reato più grave (Sez. 6, n. 4726 del 20/1/2021, Casati, Rv. 280875).

Terreno fertile per la coltura di atteggiamenti ermeneutici distonici è poi, inevitabilmente, quello degli errori sul calcolo delle circostanze attenuanti o aggravanti, nel cui perimetro può farsi rientrare anche la questione controversa al centro del ricorso proposto al Collegio e relativa a se configuri "pena illegale", ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen.

6.2. Come si è anticipato, secondo una prima opzione, in tema di patteggiamento, è illegale la pena applicata dal giudice che, operando il giudizio di bilanciamento in equivalenza tra le circostanze, compari le attenuanti ed una sola delle aggravanti, in quanto l'art. 69, comma terzo, cod. pen. impone di procedere alla simultanea comparazione di tutte le circostanze ritenute (tra le pronunce massimate, cfr. Sez. 5, n. 9818 del 27/01/2021, Santese, Rv. 280626; Sez. 5, n. 24054 del 23/05/2014, Restaino, Rv. 259894; tra quelle non massimate, Sez. 4, n. 35351 del 2015 n.m.; Sez. 4, n. 2376 del 2014 n.m.; anche la sentenza Sez. 2, n. 4798 del 2021 n.m. ha enunciato il principio secondo cui deve ritenersi illegale la pena applicata dal giudice che operi il giudizio di bilanciamento tra le circostanze in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 69 cod. pen, in una fattispecie riferita, però, al divieto di bilanciamento in prevalenza previsto dall'art. 69, comma quarto, cod. pen.).

La sentenza Santese è stata emessa in una fattispecie analoga a quella oggi all'esame del Collegio, in cui il bilanciamento in equivalenza delle circostanze attenuanti generiche era stato applicato unicamente con riguardo alla recidiva e non anche alle circostanze aggravanti previste dall'art. 625 cod. pen., pure ritenute sussistenti, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen.

La pronuncia ha ritenuto che la pena così concordata e applicata dal giudice debba ritenersi illegale, per la violazione della regola del giudizio di comparazione unitario prevista dall'art. 69 cod. pen. poiché l'elisione delle aggravanti indebitamente sottratte al bilanciamento ha determinato che si tenesse conto, per la base di calcolo, della cornice edittale e del tipo di sanzione più gravi previsti dalla disposizione dell'art. 625 cod. pen., laddove, invece, avrebbe dovuto farsi riferimento alle pene individuate dal primo comma dell'art. 624 cod. pen. per il caso di furto non aggravato.

La decisione si rivela omogenea al caso sottoposto all'esame del Collegio, nella fattispecie e nelle conseguenze logico-giuridiche connesse, poiché, anche per l'odierno ricorrente, l'aver sottratto erroneamente le circostanze aggravanti previste dall'art. 625 cod. pen. al giudizio di bilanciamento ha determinato che la cornice edittale di riferimento per la commisurazione del trattamento sanzionatorio sia stata quella più grave stabilita da quella norma, piuttosto che quella base, prescritta dall'art. 624 cod. pen. per il furto senza aggravanti; ciò è vero al punto che il progetto sanzionatorio siglato con il

patteggiamento esplicitamente prende l'avvio da una pena base pari ad anni 5 e mesi 3 di reclusione, oltre 600 euro di multa "per il reato di furto nell'ipotesi aggravata".

La prospettiva della sentenza Santese, e delle pronunce omologhe non massimate già richiamate, sposta l'asse di verifica dell'illegalità dalla misura della pena finale, di cui sostanzialmente non si tiene conto, al procedimento commisurativo, che, in virtù dell'errore nell'applicazione dell'art. 69 cod. pen., si basa su limiti edittali diversi e più elevati da quelli che avrebbero dovuto essere utilizzati come parametro.

Peraltro, considerato che le Sezioni Unite hanno più volte sottolineato come costituisca pena illegale quella che fuoriesca dai limiti edittali previsti dalla fattispecie incriminatrice astratta, risulta evidente l'importanza di verificare quale sia la "fattispecie astratta" di confronto: quella "contestata" e ritenuta configurabile, a prescindere dal giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, o quella scaturente dal giudizio di bilanciamento, se fosse stato correttamente effettuato?

Tale indicazione può avere rilievo nel caso in cui l'errore nell'applicazione dell'art. 69, comma terzo, cod. pen. (ma, come visto, analogamente può argomentarsi quanto al quarto comma della medesima disposizione) determini l'effetto che la commisurazione sanzionatoria sia stata fondata su limiti edittali difformi rispetto a quelli previsti per l'ipotesi di reato cui si sarebbe dovuto accedere in caso di corretta applicazione del giudizio di bilanciamento, benchè sia ricompresa nel delta sanzionatorio del reato contestato ed in relazione al quale è stata applicata la pena ex art. 444 cod. proc. pen. Ed infatti, mentre nel caso del ricorrente, la misura della pena finale si rivela superiore al massimo edittale previsto dall'art. 624 cod. pen. e, pur se si immaginasse ridotta per il rito premiale, si terrebbe al di sopra di tale limite anche nella sua determinazione finale, a prescindere dall'aumento per la continuazione (cui ha fatto seguito l'unica riduzione per il patteggiamento nel calcolo effettuato dal giudice del provvedimento impugnato), nella sentenza Santese e nelle pronunce non massimate già sopra richiamate, invece, la misura finale della pena rientra pur sempre nei limiti edittali massimi previsti dall'art. 624 cod. pen.

Ancora differente è la fattispecie presa in esame dalla sentenza Restaino, in cui la Cassazione, ritenendo la pena fissata nel patteggiamento "illegale", ha annullato senza rinvio la sentenza con cui, in relazione al reato di rissa aggravata ai sensi dell'art. 588, comma secondo cod. pen., il giudice, dopo aver riconosciuto all'imputato le circostanze attenuanti generiche, aveva effettuato il giudizio di comparazione solo tra queste e la recidiva e non anche con la suddetta aggravante di cui al citato art. 588, comma secondo, cod. pen., poiché dall'elisione di tale aggravante, attraverso l'esito corretto del bilanciamento, avrebbe dovuto scaturire l'impossibilità di tenere conto per la base di calcolo della cornice edittale e del tipo di sanzione più gravi previsti dalla disposizione suindicata, dovendosi invece fare riferimento alle pene individuate dal primo comma dello stesso articolo per il caso della rissa non aggravata (cfr., in una fattispecie non identica

ma collegata, la sentenza Sez. 5, n. 5018 del 19/10/1999, dep. 2000, Rezel, Rv. 215673).

6.3. L'altra, diversa opzione interpretativa presente nella giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa, richiamandosi esplicitamente alla giurisprudenza delle Sezioni Unite, ritiene invece che, in tema di patteggiamento, non è illegale la pena applicata dal giudice che, operando il giudizio di bilanciamento tra circostanze, non proceda alla simultanea comparazione di tutte le circostanze attenuanti ed aggravanti, in quanto l'erronea pena così determinata corrisponde comunque, per specie e quantità, a quella astrattamente prevista dalla fattispecie (Sez. 6, n. 28031 del 27/4/2021, Di Bernardo, Rv. 282104. Vedi anche Sez. 5, n. 19757 del 16/4/2019, Bonfiglio, Rv. 276509).

La sentenza Di Bernardo - dichiaratamente evidenziando il contrasto con le pronunce espressione dell'opposto orientamento e preso atto, nella fattispecie esaminata, dell'errore riferito alla mancata applicazione del giudizio unitario di bilanciamento ex art. 69 cod. pen. - parte dal presupposto generale, ispirato alla giurisprudenza delle Sezioni Unite già esaminata, secondo cui la pena può definirsi "illegale" solo quando non corrisponde, per specie ovvero per quantità, sia in difetto che in eccesso, *a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione*, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio delineato dal codice penale (ciò che si verifica anche nel caso in cui la cornice edittale di riferimento sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima oppure sia stata dal giudice individuata in violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole).

Secondo la pronuncia, esula dall'ambito della pena illegale il trattamento sanzionatorio che risulti complessivamente legittimo, anche se frutto di un vizio del percorso argomentativo attraverso il quale il giudice sia giunto alla conclusiva determinazione dell'entità della condanna, in quanto, nel procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'accordo si forma non tanto sulla pena inizialmente indicata e sulle eventuali operazioni con le quali essa viene determinata, bensì sul risultato finale di queste ultime: si insiste, pertanto, nel sostenere l'irrilevanza degli errori relativi ai vari passaggi interni, attraverso i quali si giunge a tale risultato.

Per tali ragioni - afferma la sentenza - non configura "pena illegale" ogni pena semplicemente sbagliata, per calcolo aritmetico o per inosservanza di una qualsiasi delle disposizioni contenute nel Titolo II del Libro I del codice penale; e ciò anche in ossequio alla *ratio* legislativa deflattiva del giudizio di cassazione sottesa alla novella del 2017, che punta ad una accelerazione della formazione del giudicato.

Nel caso di specie, la pena è stata ritenuta legale, poichè, a fronte del limite edittale ricompreso nel delta della reclusione da due a sei anni, previsto dall'art. 368, primo comma, cod. pen., all'imputato era stata comunque applicata una sanzione finale di undici mesi e venti giorni di reclusione.

La seconda pronuncia espressiva dell'orientamento in esame (Sez. 5, n. 19757 del 16/4/2019, Bonfiglio, Rv. 276509), già in parte analizzata al par. 6.1., ha ribadito il principio secondo cui l'errore relativo al bilanciamento di circostanze eterogenee è irrilevante rispetto alla verifica di illegalità della pena, in una fattispecie in cui la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso volto censurare l'omesso bilanciamento della circostanza aggravante di cui all'art. 625, n. 7 cod. pen. con le circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis cod. pen.

7. Rilevato, dunque, il contrasto tra i due diversi orientamenti presenti nella giurisprudenza di legittimità, è necessario devolvere il ricorso alle Sezioni Unite, affinché risolvano la questione *"se configuri "pena illegale", ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen."*

P. Q. M.

Visto l'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso il 17 febbraio 2022.

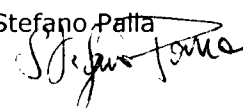
Il Consigliere estensore

Matilde Brancaccio



Il Presidente

Stefano Patta



CORTE DI CASSAZIONE
V SEZIONE PENALE