

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Stupefacenti

La decisione

Stupefacenti - Illegalità della pena - Inammissibilità del ricorso in cassazione - Rilevabilità - Rimessione alle Sezioni unite (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73; c.p.p. artt. 606, 609, 620).

Va rimessa alle Sezioni unite la seguente questione. Se sia rilevabile d'ufficio, nel giudizio di cassazione, l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione d'incostituzionalità di norme attinenti al trattamento sanzionatorio, anche in caso di inammissibilità del ricorso.

Stupefacenti - Sentenza di patteggiamento - Pena concordata sulla base della normativa incostituzionale, ma che rientra nella nuova cornice edittale - Necessità di rideterminazione della pena - Rimessione alle Sezioni unite (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73; c.p.p. art. 444, 606, 609, 620).

Va rimessa alle Sezioni unite la seguente questione. Se per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, in relazione alle droghe c.d. leggere, la pena applicata con sentenza di patteggiamento sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale debba essere rideterminata anche nel caso in cui la stessa rientri nella nuova cornice edittale applicabile.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SETTIMA, 9 gennaio 2015 (c.c. 8 gennaio 2015) - ROTUNDO, *Presidente* - VILLONI, *Relatore* - Jazouli, *ricorrente*.

Il commento

**Due questioni rimesse alle Sezioni unite
a seguito della sent. n. 32/2014 della Corte costituzionale:
illegalità della pena e ricorso per cassazione inammissibile;
rideterminazione della pena e annullamento delle sentenze di
patteggiamento**

1. L'interminabile saga innescata dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, continua instancabilmente al più alto livello¹. Negli ultimi mesi, infatti, vi sono stati ben quattro provvedimenti di rimessione alle Sezioni unite

¹ Sulla novità scaturite dalla sent. n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, cfr. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014; PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varasò, Padova, 2014; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014; VIGLIONE, *Le modifiche al sistema sanzionatorio in tema di stupefacenti*, Torino, 2014.

penali in materia di stupefacenti.

Tra le menzionate pronunce spicca l'inconsueta ordinanza di rimessione alle Sezioni unite da parte della Settima sezione, avente ad oggetto due differenti questioni seppure collegate tra loro dal comune tema delle conseguenze dell'illegittimità costituzionale di una norma che incide sul trattamento sanzionatorio.

La prima questione - demandata alle Sezioni unite sulla disciplina degli stupefacenti - concerne la rilevanza d'ufficio o meno dell'illegalità della pena a seguito della declaratoria d'incostituzionalità delle norme contenute nella legge "Fini-Giovanardi", in presenza di un ricorso per cassazione ritenuto inammissibile.

La seconda questione riguarda il potere della Suprema Corte di rideterminare la pena applicata con sentenza di patteggiamento in relazione alle droghe "leggere", pure se il trattamento sanzionatorio rientri nella cornice edittale ripristinata per effetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 32 cit.

2. Prendiamo le mosse dal primo tema controverso: quello attinente alla relazione tra l'inammissibilità del ricorso in cassazione e l'illegalità della pena.

Ora, come diremo, l'immediata inapplicabilità delle norme riconosciute invalide dalla sent. n. 32 del 2014 Corte costituzionale nel caso in cui il processo sia pendente in Cassazione, deve operare non solo quando l'impugnazione sia ammissibile, ma pure quando essa sia inammissibile per determinate cause.

Anzitutto, in relazione ai ricorsi per cassazione "ammissibili", non v'è dubbio che la disciplina scaturita all'esito della pronuncia di incostituzionalità deve applicarsi immediatamente per i processi in corso, senza alcuna necessità che essa sia dedotta con motivi nuovi².

La suprema Corte accertata, pertanto, la sopravvenuta illegalità del trattamento sanzionatorio è tenuta essa stessa - previo annullamento senza rinvio della sentenza limitatamente all'entità della pena - a rideterminare la sanzione nei limiti del nuovo assetto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale (art. 619, co. 3, c.p.p. e art. 620, lett. h), c.p.p., in cui la Corte di cassazione è giudice del merito: annulla senza rinvio sostituendo con una sua pronuncia quella annullata); a meno che siano necessarie nuove valutazioni di fatto o apprezzamenti discrezionali incompatibili con le attribuzioni del Giudice di legittimità, e che impongono quindi l'annullamento con rinvio della decisione³.

² Cfr. GAMBARELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., 5 ss.

³ Cfr. Cass., Sez. VI, 20 marzo 2014, La Rosa, in *Mass. Uff.*, n. 259253; Id., Sez. VI, 5 marzo 2014, El

Quanto poi ai ricorsi in cassazione “inammissibili”, conviene muovere dalla distinzione tra i requisiti prescritti a pena di inammissibilità che richiedono una mera verifica “in fatto”, e quindi una semplice constatazione di fatto dell’inammissibilità; e quelli che impongono una valutazione “in diritto”, dove la valutazione della inammissibilità del ricorso implica invece un giudizio. E annoverare di conseguenza tra le cause di inammissibilità in via “di diritto”, ad esempio, le cause attinenti: ai motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o non specifici, della mancanza d’interesse a ricorrere e della manifesta infondatezza dell’istanza⁴. Allora in presenza di quest’ultima tipologia di inammissibilità, resta nondimeno ferma – come diremo – la rilevabilità d’ufficio dell’illegalità della pena per effetto della sentenza di incostituzionalità.

Insomma, per le impugnazioni pendenti in cassazione “inammissibili” che impongono una valutazione “in diritto”, nonostante dunque l’inammissibilità dell’istanza non può farsi riferimento alla disciplina in materia di stupefacenti in vigore al momento della proposizione del ricorso per cassazione o comunque alla normativa materialmente preesistente. Si tratta di una questione – relativa all’illegittima applicazione di una pena, giacché dichiarata contrastante con i principi costituzionali e dunque di una pena non prevista dall’ordinamento – che la Corte di cassazione deve rilevare anche d’ufficio ex art. 609, co. 2, c.p.p.⁵; e che perciò impedisce una eventuale pronuncia di inammissibilità⁶.

Abbas, *ivi*, n. 259354; Id., Sez. III, 8 aprile 2014, Pantaloni, *ivi*, n. 259367 (nel caso di specie, essendosi determinato il trattamento sanzionatorio sulla base del minimo editale previsto dalla norma nel frattempo dichiarata incostituzionale, la Corte di cassazione ha ritenuto che la rideterminazione della pena in base alla previsione sanzionatoria più favorevole può essere compiuta – ai sensi dell’art. 620 lett. 1 c.p.p. – dalla stessa Corte). In senso difforme, è orientata tuttavia una parte della giurisprudenza, secondo la quale la reintroduzione per le droghe cosiddette “leggere” di un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo, comporta comunque l’annullamento con rinvio della sentenza di condanna che abbia inflitto una pena utilizzando quale riferimento per la sua determinazione i parametri edittali demolti dalla decisione di incostituzionalità. Ferme dunque le statuizioni sulla responsabilità penale dell’imputato e sulla qualificazione del fatto attribuitogli, il giudice di merito deve perciò rideterminare nuovamente la pena (Cass., Sez. VI, 5 marzo 2014, Costanzo, in *Mass. Uff.*, n. 259355; Id., Sez. VI, 26 marzo 2014, Lampugnano, *ivi*, n. 259359; Id., Sez. IV, 14 maggio 2014, Napoli, *ivi*, n. 259383).

⁴ Per questa distinzione, in dottrina cfr. APRATI, voce *Inammissibilità e decadenza (proc. pen.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da Cassese, IV, Milano, 2006, 3028 ss. Sul tema dell’inammissibilità del ricorso nel giudizio di cassazione, v. le approfondite considerazioni di IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, Milano, 2013, 801 ss.

⁵ Cfr. Cass., Sez. IV, 20 aprile 2004, in *Mass. uff.*, n. 228962.

⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 6 marzo 2014, Rubino, in *Mass. uff.*, n. 258777; Id., Sez. IV, 12 marzo 2014, Iori, *ivi*, n. 259363; Id., Sez. VI, 5 marzo 2014, El Abbas, cit. In senso difforme, Id., Sez. VI, 20 marzo 2014, La Rosa, *ivi*, n. 259254, secondo cui l’illegalità della pena, per effetto di una sentenza di incostituzionalità, intervenuta successivamente alla presentazione del ricorso, può essere fatta valere dal ricorrente purché egli con i motivi originari dell’impugnazione abbia investito la Corte del controllo della motivazione in tema di definizione della pena.

Per esempio, nel giudizio di Cassazione è rilevabile di ufficio, pure in caso di inammissibilità per manifesta infondatezza del ricorso, la nullità sopravvenuta della sentenza impugnata nel punto relativo al trattamento sanzionatorio, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma attinente alla determinazione della pena⁷.

Non è perciò accoglibile la diversa impostazione secondo cui, in via generale, l'inammissibilità del ricorso preclude la rilevabilità d'ufficio della illegalità della pena a seguito di pronuncia di incostituzionalità.

Per contro, la rideterminazione del trattamento sanzionatorio *in mitius* è invece impedita dall'inammissibilità "in fatto" del ricorso: quando, ad esempio, l'impugnazione è stata proposta tardivamente; si è formato qui il giudicato in senso formale⁸, in quanto sono scaduti i termini per proporre l'impugnazione davanti alla suprema Corte⁹. La decisione risulta immutabile: è venuto meno il potere del giudice di pronunciarsi sul risultato dell'accertamento processuale, essendosi formato il giudicato formale al momento del decorso del termine per impugnare¹⁰. Né in quest'ultima ipotesi è invocabile l'argomento pratico, nel senso che potrebbe essere contrario al principio di ragionevole durata del processo rinviare unicamente nel tempo l'applicazione del trattamento sanzionatorio *in mitius*, il quale – come si ricava dalle statuizioni delle recenti Sezioni unite "Gatto" del 2014 – è certamente richiedibile dal condannato in sede esecutiva. Il sistema non può piegarsi fino a permettere soluzioni che, seppure vantaggiose sul piano pratico, non rispettino le sue coordinate fondamentali: nel caso di specie, la formazione del giudicato e l'intangibilità dell'accertamento processuale allorché sia trascorso il termine per proporre il ricorso innanzi alla suprema Corte.

In definitiva, facendo applicazione delle indicazioni dettate in argomento della sent. n. 32 del 2014 Corte costituzionale, occorre sostenere che la norma su cui qui è basato il calcolo della pena è affetta da un radicale vizio del procedimento legislativo; e non solo pertanto essa "cessa di avere efficacia" e non può più essere impiegata dal giudice nei processi in corso, ma non possiede nemmeno l'idoneità ad abrogare la disciplina precedente.

Deve ritenersi, quindi, che la manifesta infondatezza del ricorso o le altre cause di inammissibilità "in diritto" non siano di ostacolo all'applicabilità della normativa più favorevole prevista nella stesura originaria contenuta nel d.P.R.

⁷ Cass., Sez. IV, 15 maggio 2014, Marena, in *Mass. uff.*, n. 259385; Id., Sez. IV, 15 maggio 2014, Kure, *ivi*, n. 259383.

⁸ Cfr., sul concetto di giudicato formale, A. GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 54.

⁹ In tal senso, cfr. Cass., Sez. IV, 6 maggio 2014, Valle, in *Mass. uff.*, n. 259381.

¹⁰ Cfr. CAPRIOLI, *Irrevocabilità, esecutività, giudicato*, in *Procedura penale dell'esecuzione*, a cura di Caprioli, Vicoli, Torino, 2011, 42 ss.

9 ottobre 1990 n. 309, in quanto la questione della legalità della pena (rilevabile d'ufficio ex art. 609 c.p.p.) - che altro non vuol dire che la sanzione irrogata dal giudice non è prevista (né è stata mai validamente prevista) dall'ordinamento giuridico¹¹ - non può considerarsi preclusa dalla formazione del giudicato in senso sostanziale. E conseguentemente bisogna stimare non legittima la determinazione della sanzione operata nella vicenda concreta con riferimento alla norma incostituzionale¹².

3. Veniamo ora alla seconda questione rimessa alle Sezioni unite, che si riferisce ai ricorsi per cassazione avverso sentenze di patteggiamento per il reato di cui all'art. 73 t.u. stup. Ebbene, la richiesta delle parti per l'applicazione della pena è stata qui formulata sulla scorta delle norme in materia di stupefacenti dichiarate incostituzionali, e non può certamente definirsi un accordo sanzionatorio conforme a criteri di legalità. L'intesa tra le parti recepita nella sentenza ex art. 444 c.p.p. è stata, appunto, raggiunta sul presupposto di una norma originariamente invalida, annullata poi dalla pronuncia costituzionale¹³. In tali ipotesi - in cui le norme incostituzionali hanno certamente spiegato una qualche incidenza non favorevole nel calcolo della pena applicata all'imputato ai sensi dell'art. 444 c.p.p. -, la suprema Corte è tenuta ad annullare senza rinvio la sentenza di patteggiamento con la trasmissione degli atti al giudice di merito. Si tratta di una causa di invalidità delle decisione rilevabile d'ufficio, che concerne l'illegale determinazione del trattamento sanzionatorio applicato a carico dell'imputato perché la sanzione inflitta non è (mai stata) prevista dall'ordinamento¹⁴.

L'accordo delle parti sulla pena - recepito dal giudice - si è formato su una cornice edittale sensibilmente più severa prevista dalla legge dichiarata incostituzionale (da 6 a 20 anni di reclusione). Limiti edittali più afflittivi che in realtà non sono mai entrati stabilmente in vigore, perché - come espressamente asserito nella Corte cost. n. 32 del 2014- va postulata la perdurante vigenza della previgente disciplina che punisce (e puniva) la detenzione di droghe leggere ex art. 73 cit. con la pena da 2 a 6 anni di reclusione.

¹¹ Sul concetto di pena illegale, cfr. le considerazioni di RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹² Cass., Sez. VI, 5 marzo 2014, El Abbas, cit.

¹³ Cass., Sez. IV, 28 maggio 2014, Barhoumi, in *Mass. uff.*, n. 259389; Id., Sez. IV, 14 maggio 2014, Manfrè, *ivi*, n. 259386.

¹⁴ Cass., Sez. III, 3 aprile 2014, Marku, in *Mass. uff.*, n. 259384; Id., Sez. IV, 10 aprile 2014, Monaco, in *Mass. uff.*, n. 259374. Cfr., poi, per una analoga questione relativa alla incostituzionalità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., Id., Sez. VI, 17 novembre 2010, Nasri, in *Cass. pen.*, 2011, 1348, con nota di GAMBARDELLA.

Soltanto per le ipotesi di reato concernenti le “droghe pesanti”, occorre tenere fermo l'accordo formatosi sulla base della norma invalidata dalla Corte costituzionale e ratificato dal giudice: giacché si tratta di una disciplina favorevole rispetto a quella ripristinata e va pertanto reputata ancora operante per i c.d. “fatti concomitanti”, nonostante l'efficacia retroattiva dell'annullamento normativo derivante dalla pronuncia costituzionale di accoglimento.

In quest'ultima ipotesi, si tratta di una finzione giuridica che permette di salvaguardare la garanzia connessa al principio costituzionale di irretroattività (art. 25, co. 2, Cost.) e al principio di legalità convenzionale ex art. 7 CEDU, il quale presuppone la prevedibilità della pena che potrebbe essere inflitta al soggetto in caso di condanna¹⁵. Il soggetto agente ha orientato la sua condotta sulla base della norma di favore poi dichiarata invalida; norma annullata *ex tunc* facendo rivivere la preesistente disciplina meno favorevole, che formalmente dovrebbe considerarsi vigente al momento del fatto. Per rispettare la *ratio* del principio costituzionale di irretroattività, bisogna però accordare all'agente la garanzia che egli non possa essere assoggettato ad un trattamento peggiore rispetto a quello stabilito dal sistema penale nel momento in cui ha tenuto realmente la condotta presa in considerazione¹⁶.

4. Questa impostazione, concernente la seconda questione rimessa alle Sezioni unite, è stata avvalorata in via generale da una parte della giurisprudenza con ulteriori precisazioni condivisibili nella sostanza.

In relazione ai reati aventi ad oggetto sostanze stupefacenti “leggere”, si è sostenuto che devono essere annullate senza rinvio le sentenze di patteggiamento che hanno applicato la pena calcolandola attraverso i parametri edittali previsti dalla disciplina dichiarata incostituzionale. In queste ipotesi vi è stata, infatti, la reintroduzione di un trattamento sanzionatorio di maggior favore per il reo a seguito della reviviscenza della normativa previgente.

L'annullamento senza rinvio deve essere pronunciato sia nel caso in cui la pena applicata risulti superiore al limite edittale massimo reinserito dopo la sentenza n. 32 del 2014 Corte costituzionale¹⁷; sia nel caso in cui la pena applicata rispetti anche la nuova cornice sanzionatoria¹⁸.

¹⁵ In tal senso DELLA BELLA, VIGANO, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in www.penalecontemporaneo.it; MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti della democrazia penale*, *ivi*.

¹⁶ Per lo sviluppo di tali argomentazioni, cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Cass. pen.*, 2007, 449 ss., con nota di GAMBARDELLA, in particolare il § 6.4. del *considerato in diritto*.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, 10 aprile 2014, Monaco, in *Mass. uff.*, n. 259374; Id., Sez. III, 16 maggio 2014, Devic, *ivi*, n. 259394, nel caso di specie il giudice di merito aveva individuato quale pena base quella di

In tal senso, depone la considerazione secondo cui il contenuto dell'accordo che la parti avevano concluso non sarebbe stato ragionevolmente lo stesso qualora non fosse stata in (pseudo) vigore la disciplina - meno favorevole per le droghe leggere (a ragione dei limiti edittali più severi) - ritenuta incostituzionale. Cosicché, ad esempio, il computo della pena non sarebbe partito da una pena base che all'epoca corrispondeva al minimo edittale, mentre attualmente corrisponde al massimo edittale.

Si pensi al seguente esempio: reato di cessione di sostanze stupefacenti, nella specie droghe c.d. leggere. Le parti patteggiano sulla base della norma che puniva tale reato con la pena da 6 a 20 anni di reclusione. La pena presa come base per il calcolo della pena è 6 anni di reclusione, che rappresentava *illo tempore* il minimo edittale. Oggi tale pena non è in senso stretto *contra legem*, perché la cornice edittale è da 2 a 6 anni di reclusione: si tratta però del massimo della pena edittale.

Orbene occorre domandarsi: il contenuto dell'accordo definito tra le parti sarebbe stato il medesimo se si fosse fatto riferimento alla norma ripristinata con la diversa e più favorevole forbice edittale di pena? Si sarebbe partiti per il calcolo della pena dal massimo edittale?

In particolare, quest'orientamento giurisprudenziale ha preso in esame il caso della sentenza di patteggiamento che non abbia violato i limiti edittali stabiliti dalla normativa ripristinata.

Si muove qui dalla natura premiale, a fronte dell'effetto deflattivo, del trattamento sanzionatorio per l'imputato nel procedimento di cui agli artt. 444 e ss. c.p.p. Si è così affermato che stante la *ratio* premiale del rito a struttura negoziale, l'imputato ha un interesse tutelato dall'ordinamento ad ottenere la più mite delle sanzioni, nell'ambito chiaramente della congruità della pena indicata dalle parti che il giudice ha il compito di verificare¹⁹.

E pertanto nel caso in cui la mitigazione del regime sanzionatorio consegua a una declaratoria di incostituzionalità, non può non attribuirsi all'imputato - mediante l'annullamento senza rinvio della sentenza di patteggiamento - la

8 anni e 3 mesi di reclusione, pena senza dubbio eccedente il limite edittale massimo di 6 anni reintrodotta per effetto della pronuncia di incostituzionalità.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 3 aprile 2014, Marku, in *Mass. Uff.*, n. 259384; Id., Sez. IV, 14 maggio 2014, Manfrè, *ivi*, n. 259386; Id., Sez. III, 22 maggio 2014, Lamagna, *ivi*, n. 259398. In senso difforme, v. Id., Sez. III, 12 giugno 2014, Tirocchi, *ivi*, n. 259401, secondo cui la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, pur comportando la reintroduzione per le droghe cosiddette "leggere" di un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo, non determina automaticamente l'illegalità della pena inflitta utilizzando quale riferimento i parametri edittali previsti dalla disciplina dichiarata incostituzionale, dovendosi verificare in concreto l'adeguatezza della sanzione.

¹⁹ Cass., Sez. III, 3 aprile 2014, Marku, in *Mass. Uff.*, n. 259384.

facoltà di fruire del sopravvenuto quadro normativo più favorevole, ossia del trattamento punitivo che la disciplina incostituzionale gli aveva precluso. Chiarendosi che diverso è l'esito nel caso di mitigazione della pena per effetto di una fisiologica successione di leggi *in mitius*, posteriore alla stipulazione del negozio processuale; essa non può aver alcuna conseguenza sull'accordo delle parti se la pena risulti ancora essere all'interno della cornice edittale vigente.

5. Non sembra, invece, condivisibile l'ulteriore tesi giurisprudenziale che tende a non considerare illegale la pena applicata concordata tra le parti compatibile con i valori edittali vigenti.

In tal senso, si è sostenuto che non è *contra legem* una pena compresa entro la forbice edittale delle norme ripristinate dalla pronuncia costituzionale n. 32 del 2014; e dunque non può considerarsi nulla la sentenza resa *ex art.* 444 c.p.p. Precisandosi che l'asserzione concerne l'identificazione della pena base e non il risultato finale per effetto di aumenti e diminuzioni connessi alle circostanze e al rito: illegale è dunque quella pena, indicata come valore di partenza, superiore al massimo edittale rivissuto a seguito della decisione della Consulta (ossia 6 anni di reclusione)²⁰.

A sostegno di quest'ultima impostazione, si è osservato che la qualifica di illegalità della pena, nei casi in cui il trattamento sanzionatorio applicato rientra anche nei parametri edittali ripristinati, è argomentata dal diverso orientamento sulla scorta della incongruenza sopravvenuta tra la pena applicata in concreto e la relativa giustificazione, ritenendosi che i parametri impiegati dal giudice per la gradazione non siano ancorabili ai limiti edittali della legge sopravvenuta; e pertanto, la sopravvenuta inadeguatezza della valutazione di congruità operata all'epoca dal giudice determinerebbe una carenza di legalità della pena concordata dalle parti e poi applicata dal giudice²¹.

Si è obiettato in proposito che tale inquadramento integra un vizio della motivazione della sentenza piuttosto che l'illegalità del trattamento sanzionatorio. In pratica, l'errore giudiziale nella valutazione di congruenza è

²⁰ Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2014, Minardi, inedita. Cfr. inoltre Id., Sez. VI, 4 marzo 2014, Nabil, in *Mass. Uff.*, n. 259362; Id., Sez. III, 25 febbraio 2014, *ivi*, n. 258353, secondo cui per i reati commessi prima della data di entrata in vigore dell'art. 2 d.l. n. 146 del 2013 - che ha trasformato il fatto di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, da circostanza attenuante in ipotesi autonoma di reato, con riduzione del limite edittale massimo della pena detentiva - l'accordo concluso tra le parti e ratificato dal giudice in epoca precedente alla modifica normativa non implica l'applicazione di una pena illegale, quando quest'ultima è stata commisurata in relazione al minimo edittale, che è rimasto normativamente immutato.

²¹ Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2014, Minardi, inedita.

un vizio del provvedimento e non della pena. È un vizio riferibile alla sentenza, che attiene alla motivazione del giudizio di congruità e alla sua sindacabilità, e quindi ai meccanismi di controllo sul procedimento e sulla motivazione; e non invece una invalidità della decisione perché è stata applicata una pena sostanzialmente illegale²².

6. In realtà, non pare sostenibile che siamo in presenza di un sopravvenuto vizio della motivazione della sentenza di patteggiamento connesso al giudizio di congruità della pena concordata dalle parti.

Si tratta infatti dell'applicazione di un trattamento sanzionatorio non previsto dalla legge e che non poteva essere ratificato dal giudice, perché – secondo quanto scritto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 32 del 2014 – non entrato mai stabilmente in vigore: l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo a costituire una c.d. *lex posterior* ed a innovare l'ordinamento, e quindi per la normativa originaria non si è verificato l'effetto abrogativo²³. E ciò comporta l'invalidità della sentenza di patteggiamento rilevabile anche d'ufficio e la necessità del suo annullamento senza rinvio nel giudizio di cassazione.

La pena è dunque illegale giacché si tratta di una forbice edittale collegata ad una norma che non è mai stata effettivamente vigente, non è mai entrata in vigore perché non si è validamente verificato l'effetto abrogativo; e pertanto non può costituire il parametro edittale per un valido accordo sulla pena concluso tra le parti e ratificato dal giudice. La pronuncia di patteggiamento deve essere così annullata senza rinvio e le parti devono essere rimesse dinanzi al giudice della cognizione per rinegoziare la composizione sulla pena in base alla ripristinata cornice edittale (o per far proseguire il procedimento in altra forma, optando ad esempio per il giudizio ordinario).

Non c'è dubbio, inoltre, che il giudice ha valutato la correttezza dell'accordo intervenuto tra le parti in relazione alla congruità della sanzione, rispetto alle finalità della pena indicate dall'art. 27 Cost., sulla scorta di parametri edittali che non sono stati vigenti sin dall'origine. Invero, la "sopravvenienza" è nell'accertamento compiuto dalla Corte costituzionale, mentre il vizio procedurale che ha impedito l'entrata in vigore della norma della legge "Fini-Giovanardi" è originario: il Parlamento ha agito in una situazione di carenza di potere, non rispettando la funzione tipica della legge di conversione.

Ebbene, la congruenza della pena non può di certo essere valutata in termini assoluti, ma deve necessariamente essere parametrata alla specifica cornice

²² Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2014, Minardi, inedita.

²³ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. III, 22 maggio 2014, Lamagna, cit.

edittale stabilita dal legislatore per quella determinata incriminazione; di modo che il fatto storico possa essere misurato in termini di gravità e sanzionato secondo “proporzionalità”, anche in ragione dei valori edittali di pena previsti validamente dal legislatore.

MARCO GAMBARDILLA