



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

a.a. 2023-2024

Sentenza di patteggiamento con sospensione condizionale della pena e ricorso in cassazione

Relatore: Chiar.mo Professor Marcello Daniele

Studentessa: Arianna Borgato

Matricola: 2058243

Indice

Capitolo I - La sospensione condizionale della pena subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero ex art. 165 comma 5 cod. pen...	5
<i>Introduzione</i>	5
1. La disciplina codicistica della sospensione condizionale della pena ex art. 163 e ss. cod. pen.....	6
2. L'evoluzione legislativa degli obblighi del condannato.....	11
2.1 <i>Obblighi restitutori, risarcimento del danno, pubblicazione della sentenza ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato</i>	11
2.2 <i>Attività non retribuita: limiti all'efficacia vincolante dell'accordo di patteggiamento nei confronti del giudice</i>	14
2.3 <i>L'orientamento delle Sezioni Unite in tema di determinazione della durata dell'attività non retribuita</i>	17
2.4 <i>Obblighi previsti per l'imputato nel caso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e dei reato di furto in abitazione e furto con strappo</i>	18
3. Il Codice Rosso: l'introduzione del quinto comma dell'art. 165 cod. pen. e gli specifici percorsi di recupero.....	20
3.1 <i>Introduzione e successive modifiche al quinto comma dell'art. 165 cod. pen.</i>	20
3.2 <i>La funzione degli specifici percorsi di recupero</i>	21
3.3 <i>Determinazione da parte del giudice della durata del percorso: il parere della Cassazione</i>	23
3.4 <i>Le modifiche apportate al quinto comma dalla legge n. 168 del 2023</i>	24
3.5 <i>Il ruolo degli enti del terzo settore: problematiche nell'accesso ai percorsi e assenza di una disciplina organica sul punto</i>	29
3.6 <i>Indagine ISTAT sui c.d. Cuav: centri per uomini autori di violenza</i>	30

Capitolo II - L'illegalità della pena come motivo di ricorso per cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen.....	33
<i>Introduzione.....</i>	<i>33</i>
1. L'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 e ss cod. proc. pen.....	34
1.1. <i>Il patteggiamento c.d. minor e il patteggiamento c.d. maior.....</i>	<i>37</i>
1.2. <i>Profili procedurali.....</i>	<i>39</i>
1.3 <i>L'accertamento della responsabilità penale nella sentenza di patteggiamento.....</i>	<i>42</i>
2. I motivi di ricorso per cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen....	44
2.1 <i>La disciplina delle impugnazioni: la proponibilità dell'appello e l'orientamento della giurisprudenza sull'accesso al giudizio di legittimità.....</i>	<i>44</i>
2.2 <i>I vizi attinenti all'espressione di volontà dell'imputato.....</i>	<i>47</i>
2.3 <i>Il difetto di correlazione tra richiesta delle parti e sentenza del giudice.....</i>	<i>54</i>
2.4 <i>Erronea qualificazione giuridica del fatto.....</i>	<i>57</i>
3. La nozione di illegalità della pena ai fini dell'impugnazione.....	59
3.1 <i>L'illegalità della pena come motivo di impugnazione della sentenza di patteggiamento.....</i>	<i>60</i>
Capitolo III – Il contrasto giurisprudenziale in merito alla deducibilità con ricorso per cassazione della violazione dell'art. 165 comma 5 cod. pen.....	69
<i>Introduzione.....</i>	<i>69</i>
1. Le tesi della giurisprudenza favorevole.....	70
2. Le tesi della giurisprudenza contraria.....	80
3. I possibili rimedi all'illegalità della pena da parte del giudice dell'esecuzione.....	91
Bibliografia.....	99
Indice delle pronunce giurisprudenziali.....	102

Capitolo I – La sospensione condizionale della pena subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero ex art. 165 comma 5 cod. pen.

SOMMARIO: Introduzione - 1. La disciplina codicistica della sospensione condizionale della pena ex art. 163 e ss. cod. pen. - 2. L'evoluzione legislativa degli obblighi del condannato. - 2.1 Obblighi restitutori, risarcimento del danno, pubblicazione della sentenza ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato - 2.2 Attività non retribuita: limiti all'efficacia vincolante dell'accordo di patteggiamento nei confronti del giudice - 2.3 L'orientamento delle Sezioni Unite in tema di determinazione della durata dell'attività non retribuita - 2.4 Obblighi previsti per l'imputato nel caso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e dei reati di furto in abitazione e furto con strappo - 3. Il Codice Rosso: l'introduzione del quinto comma dell'art. 165 cod. pen. e gli specifici percorsi di recupero - 3.1 Introduzione e successive modifiche al quinto comma dell'art. 165 cod. pen. - 3.2 La funzione degli specifici percorsi di recupero - 3.3 Determinazione da parte del giudice della durata del percorso: il parere della Cassazione - 3.4 Le modifiche apportate al quinto comma dalla legge n. 168 del 2023 - 3.5 Il ruolo degli enti del terzo settore: problematiche nell'accesso ai percorsi e assenza di una disciplina organica sul punto - 3.6 Indagine ISTAT sui c.d. Cuav: centri per uomini autori di violenza

Introduzione

Questo elaborato si propone di analizzare i principali istituti e orientamenti giurisprudenziali di cui si occupa la sentenza n. 5352 del 6 Febbraio 2024 delle Sezioni Unite Penali.

La pronuncia giunge a negare la proponibilità del ricorso per Cassazione avverso una sentenza di patteggiamento che abbia disposto la sospensione condizionale della pena in violazione della norma dell'art. 165 cod. pen. in materia di obblighi del condannato. Il caso di specie, ad avviso di chi propone ricorso alla Corte, ovvero il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Genova, integra un'ipotesi di pena illegale ovvero, a norma dell'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen., uno dei motivi di ricorribilità per Cassazione della sentenza di

patteggiamento.

Il primo capitolo approfondisce il tema della sospensione condizionale della pena¹ con particolare attenzione all'evoluzione legislativa degli obblighi del condannato e ai percorsi di recupero introdotti dal Codice Rosso al quinto comma dell'art. 165 cod. pen.

1. La disciplina codicistica della sospensione condizionale della pena ex art. 163 e ss cod. pen.

L'istituto della sospensione condizionale della pena è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge 26 giugno 1904 n. 267, la legge Ronchetti, e risponde alle esigenze rieducative dei delinquenti primari ovvero condannati per reati di contenuta gravità.

Le pene detentive brevi infatti, se da un lato non consentono di completare efficacemente il percorso rieducativo del reo, dall'altro sono in grado di innescare il "contagio criminale"² ovvero quel fenomeno in base al quale l'occasione ambientale del carcere e il riflesso psicologico della pena conducono il responsabile all'antisocialità, inducendolo ad esempio alla recidiva. La sospensione condizionale della pena è collocata tra le cause di estinzione del reato e consente la messa alla prova del reo all'esterno dell'ambiente carcerario con il conseguente effetto estintivo.

La sospensione condizionale della pena può essere concessa quando la durata

¹A. Bartulli, *La sospensione condizionale della pena: prospettive dogmatiche*, Giuffrè, 1971. A. Buzzelli, *La sospensione condizionale della pena sotto il profilo processuale*, Giuffrè, 1972.

B. Assumma, *La sospensione condizionale della pena*, E. Jovene, 1984.

F. Palazzo, *Certezza o flessibilità della pena?: verso la riforma della sospensione condizionale*, G. Giappichelli, 2007.

G. Cocco et al, *Punibilità e pene*, III ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2022.

T. Padovani, *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, RIDPP 1985

² T. Padovani, *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, RIDPP 1985, pag. 987.

della condanna, a pena detentiva o pecuniaria, non superi il limite di due anni. Il limite è innalzato a due anni e sei mesi per i soggetti che al momento del fatto abbiano tra i 18 e i 21 anni oppure superino i 70. È previsto inoltre il limite di tre anni per i minorenni. Il giudice può ordinare la sospensione per cinque anni se la condanna è per delitto e per due anni nel caso della contravvenzione. La legge 11 giugno 2004 n. 145 ha introdotto alcune novità in merito all'istituto in esame. È stato previsto per il giudice il potere di prescrivere al reo il compimento di prestazioni a favore della collettività al fine di eliminare le conseguenze del reato ed è stata introdotta al quarto comma dell'art. 163 cod. pen. la sospensione breve di un anno per i casi in cui la durata della pena sia inferiore ad un anno. La disposizione dell'art. 164 cod. pen. consente al giudice di ammettere la sospensione condizionale della pena solo quando vi sia la presunzione che il reo si asterrà dal commettere ulteriori reati³. A norma dello stesso articolo la sospensione condizionale non può essere concessa a chi abbia riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto né a chi sia identificabile come delinquente o contravventore abituale o professionale⁴.

Il beneficio non può essere concesso nemmeno nel caso in cui si renda necessaria l'applicazione di una misura di sicurezza personale, in aggiunta alla pena, perché il colpevole è considerato dall'ordinamento una persona socialmente pericolosa. La sospensione condizionale della pena non può essere concessa più di una volta a meno che la pena da infliggere nel secondo giudizio,

³ Art. 164 c. 1 cod. pen.: "La sospensione condizionale della pena è ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati"

⁴ Art. 164 c. 2 cod. pen.: "La sospensione condizionale della pena non può essere concessa:

- 1) a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, né al delinquente o contravventore abituale o professionale;
- 2) allorché alla pena inflitta deve essere aggiunta una misura di sicurezza personale, perché il reo è persona che la legge presume socialmente pericolosa".

cumulata con quella della precedente condanna, non superi i limiti previsti dalla disposizione dell'art. 163 cod. pen.

Generalmente, a norma dell'art. 166 comma 2 cod. pen., la sospensione condizionale della pena si estende anche alle pene accessorie. L'effetto estintivo anticipato è dato dalla contenuta rilevanza dei crimini commessi e dalle condotte riparatorie che vengono prescritte al responsabile. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 167 cod. pen., se il condannato non commette, nei termini stabiliti, un delitto o una contravvenzione della stessa indole e adempie ai suoi obblighi, il reato si considera estinto e non ha luogo l'esecuzione delle pene. La richiesta di patteggiamento ex art.444 cod. proc. pen., può essere subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena ma se il giudice non ritiene ammissibile l'accesso al beneficio rigetta la richiesta. Essendo il beneficio della sospensione condizionale rinunciabile dall'imputato o dal suo difensore, dotato di procura speciale, le parti possono concordarne anche la revoca. La sospensione condizionale non si può considerare applicabile d'ufficio quando le parti non ne abbiano fatto menzione nella richiesta di patteggiamento. È illegittima la pronuncia del giudice che subordini la concessione della sospensione condizionale al risarcimento del danno quando questo non sia stato previsto dall'accordo delle parti: quest'ultimo infatti deve accettare la richiesta delle parti nella sua totalità oppure respingerla integralmente, con conseguente passaggio al rito ordinario, qualora la ritenga illegittima. Il giudice può condizionare la sospensione condizionale della pena soltanto a uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. e, in particolare, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento solo dove abbia quantificato direttamente l'obbligo risarcitorio o abbia assegnato una provvisionale.

Ai sensi dell'art. 168 cod. pen. la revoca del beneficio è obbligatoria se il

condannato, nei termini stabiliti, commetta un delitto o una contravvenzione della stessa indole puniti con pena detentiva, anche patteggiata, sostitutiva di detenzione breve o del lavoro di pubblica utilità.

La sospensione condizionale è revocata anche nel caso in cui il reo non adempia ai suoi obblighi ex art. 165 cod. pen. o riporti una condanna per un delitto anteriore la cui pena, cumulata a quella sospesa, ecceda i limiti previsti dall'art. 163 cod. pen. Il presupposto della revoca si ha quando, nel corso dei cinque anni successivi al passaggio in giudicato della sentenza con cui è stata concessa la sospensione condizionale, sia commesso un altro delitto di qualsiasi natura, mentre non rileva il passaggio in giudicato dopo i cinque anni della pronuncia che lo abbia accertato.

La revoca risulta invece facoltativa quando la condanna successiva per il delitto anteriore comporti una pena che, cumulata con quella precedente, non superi i limiti previsti dall'art. 163 cod. pen. Qualora la revoca non venga disposta dal giudice in fase di cognizione provvede il giudice dell'esecuzione e il provvedimento, avente natura dichiarativa, opera dal momento in cui si è avverata la condizione. La sospensione condizionale viene revocata anche se è stata concessa ex art. 444 c.3 cod. proc. pen. ovvero quando la parte abbia condizionato l'efficacia dell'accordo alla concessione del beneficio in esame. La revoca non ha luogo quando l'inadempimento degli obblighi ex art. 165 cod. pen. non sia imputabile al reo purchè si tratti di impossibilità comprovata e assoluta o nel caso in cui i fatti per cui la sospensione è concessa non siano più considerati dalla legge come reato.

La sospensione condizionale della pena è, come già ricordato, una causa di estinzione del reato ma trova il suo presupposto e i suoi limiti nella condanna e nei suoi effetti e poiché inoltre opera dopo la sentenza la sua struttura è più affine

alle cause di estinzione della pena. Questo beneficio comporta l'estinzione delle pene principali, delle pene accessorie (in base a quanto previsto dalla legge 7 Febbraio 1990 n. 19) e, a norma dell'art.164 c.3 cod. pen., l'inapplicabilità delle misure di sicurezza, fatta eccezione per la confisca.

L'estinzione del reato non determina l'estinzione degli effetti penali della condanna di cui quindi si deve tenere conto ai fini della recidiva. La sospensione condizionale della pena comporta l'iscrizione della pronuncia del giudice nel casellario giudiziale sebbene essa non possa più essere menzionata dopo l'estinzione.

Secondo un orientamento minoritario, alla sospensione condizionale della pena è preferibile l'indulto quando esso sia maggiormente vantaggioso per il reo in ragione dei suoi immediati effetti estintivi. Per la giurisprudenza invece è preferibile la sospensione condizionale, per due ordini di ragioni: da un lato l'indulto è applicabile soltanto a pene suscettibili di esecuzione e dall'altro essendo quest'ultimo un istituto di simultanea applicazione impedisce che si ponga la questione della revocabilità della sospensione la quale persegue l'obiettivo della rieducazione del condannato.

Non si può inoltre sostenere che il reo abbia interesse all'applicazione simultanea dell'indulto poiché la pena sospesa non è esecutiva. Inoltre, non risulta alcun danno al condannato poiché, nel caso in cui non risulti decorso con esito positivo il periodo di prova con conseguente mancata estinzione del reato, egli può, attraverso l'incidente di esecuzione ex art. 672 cod. proc. pen., chiedere l'applicazione dell'indulto⁵.

⁵ G. Cocco et al, *Punibilità e pene*, III ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2022.

2. L'evoluzione legislativa degli obblighi del condannato

2.1 Obblighi restitutori, risarcimento del danno, pubblicazione della sentenza ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato

Il primo comma dell'art. 165 cod. pen., rubricato "Obblighi del condannato", recita: "La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna⁶".

La disposizione in esame⁷ è stata modificata più volte dal legislatore. In particolare, la norma originale, contenuta dapprima nel codice di procedura penale del 1913 e poi trasferita nel codice penale del 1930, prevedeva al primo comma la possibilità di subordinare la concessione della sospensione condizionale solamente agli obblighi restitutori, al pagamento del risarcimento del danno e alla pubblicazione della sentenza. La legge 24 novembre 1981 n. 689, per favorire la riparazione non solo in forma risarcitoria ma anche in forma specifica delle conseguenze dannose del reato, ha introdotto l'ulteriore possibilità di subordinare la concessione del beneficio "all'eliminazione delle conseguenze

⁶ Art. 165 c.1 cod. pen.

⁷ Come ricordano le Sezioni Unite in un passaggio della sentenza n. 5352 del 6 febbraio 2024.

dannose o pericolose del reato⁸”.

Dopo aver analizzato il profilo normativo della disciplina si rende opportuno considerarne i punti salienti e le criticità alla luce delle pronunce più recenti della giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni Unite con la sentenza n. 32939 del 27 luglio 2023 sono state chiamate a pronunciarsi sulla necessità della costituzione di parte civile al fine di ottenere la sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento dell'obbligo alle restituzioni. La Corte, partendo da un'analisi storico-letterale del primo comma dell'art. 165 cod. pen., ha evidenziato come, prima dell'intervento dell'art. 128 della legge 24 novembre 1981 n. 689, la giurisprudenza considerasse la norma in esame solo con riguardo al danno civilistico e a come esso venisse in rilievo solo nel caso di avvenuta costituzione di parte civile, “stante l'inscindibilità della condanna alle restituzioni ed al risarcimento dei danni dal presupposto dell'accertamento, in sede penale, di un'obbligazione di interessi civili⁹”.

Solo con l'intervento della legge 689 del 1981 è stato previsto che il beneficio possa essere subordinato anche all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Si è innestato quindi un contrasto giurisprudenziale sul punto. La distinzione tra il danno civilistico, indicato dalla prima parte del comma 1 dell'art. 165 cod. pen., e il *danno criminale*, contenuto nella seconda parte, in alcuni casi, rimessi alla prassi giurisprudenziale, è andata sfumando a tal punto da giungere alla sovrapposizione delle due sfere concettuali. Le Sezioni Unite, nel decidere la questione, nella sentenza n. 32939 del 27 luglio 2023, hanno privilegiato l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che esclude la

⁸ Art. 165 c.1 cod. pen.

⁹A. Roiati, *Le sezioni unite escludono la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento degli obblighi restitutori in mancanza di costituzione della parte civile*, nota a sentenza Corte di Cassazione, sez. un., 27 luglio 2023, n. 32939, in *Processo penale e Giustizia* 2/2024, pp. 327-333.

possibilità di subordinare la sospensione condizionale all'obbligo di restituzione in assenza della costituzione di parte civile. Può ritenersi possibile subordinare il beneficio ad obblighi di ripristino o riparatori, a prescindere dalla costituzione di parte civile, esclusivamente con riferimento al danno criminale, "stante l'evidente connotazione pubblicistica dell'obbligo di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato¹⁰".

La *ratio* degli interventi del legislatore sulla disposizione in esame è la volontà dell'ordinamento di tutelare non solo chi ha subito un pregiudizio economico ma anche il bene giuridico protetto dalla norma penale che è stata violata dando la possibilità di subordinare la sospensione condizionale alla riparazione del danno. Nella prassi giudiziaria si è assistito alla sovrapposizione del profilo della restituzione a quello dell'eliminazione delle conseguenze della fattispecie criminosa. La questione assume rilievo pratico ogni volta in cui il giudice debba decidere circa la subordinazione del beneficio all'adempimento di obblighi specifici in assenza di costituzione di parte civile.

Le Sezioni Unite nel 2023, con la sentenza in esame, hanno stabilito che il giudice possa subordinare il beneficio della sospensione condizionale al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno nonché all'adempimento dell'obbligo della restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato¹¹.

¹⁰ A. Roiati, *Le sezioni unite escludono la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento degli obblighi restitutori in mancanza di costituzione della parte civile*, nota a sentenza Corte di Cassazione, sez. un., 27 luglio 2023, n. 32939, in *Processo penale e Giustizia* 2/2024, pp. 327-333.

¹¹ Cassazione Sezioni Unite, 27 Luglio 2023, n. 32939: "Le considerazioni espone nei paragrafi precedenti inducono ad affermare che l'orientamento giurisprudenziale attualmente maggioritario (passato in rassegna nel paragrafo 3.1.), che esclude la possibilità, da parte del giudice di cognizione, di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, ai sensi dell'art. 165 cod. pen., in assenza di una parte civile costituita in giudizio, si fonda su ragioni di ordine sistematico insuperabili".

2.2 Attività non retribuita: limiti all'efficacia vincolante dell'accordo di patteggiamento nei confronti del giudice

La legge n. 145 11 giugno 2004¹² ha previsto la possibilità per il reo di prestare “attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa¹³”. Con riferimento alla concessione del beneficio nei giudizi di patteggiamento le Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi, con la sentenza n. 23400 del 15 giugno 2022, sulla possibilità per il giudice di ritenere implicita la subordinazione della sospensione condizionale ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. nei casi in cui il reo abbia già ottenuto, in un precedente processo, il beneficio. Sul tema esistevano due orientamenti. Il primo orientamento, per evitare che il beneficio della sospensione venga percepito come “mera clemenza”¹⁴, ritiene di dover preferire le esigenze della disciplina sostanziale che nel tempo ha ampliato il catalogo degli obblighi del condannato, prevedendo anche l'attività non retribuita: quest'ultima, anche se prevede la non opposizione del responsabile, si può adattare a tutti i casi ed è quindi sempre applicabile. Il legislatore ha eliminato dal secondo comma dell'art. 165 cod. pen. “l'eccezione di impossibilità”¹⁵ impedendo in questo modo al condannato di sottrarsi agli obblighi nel caso di una seconda concessione del beneficio e, per alcuni reati, anche nel caso della prima. Con tali interventi il legislatore mira a configurare la sospensione non come mera concessione dell'ordinamento al responsabile del reato ma come valida alternativa

¹² Modifiche al codice penale e alle relative disposizioni di coordinamento e transitorie in materia di sospensione condizionale della pena e di termini per la riabilitazione del condannato

¹³ Art. 165 c.1 cod. pen.

¹⁴ A. Martini, *Esigenze della pena sospesa e dinamiche del patteggiamento*, in *Giurisprudenza italiana* 1/2023, pp. 172-179.

¹⁵ *Ibidem*

all'esecuzione della condanna.

Secondo questo primo orientamento il contenuto dell'accordo nei giudizi di patteggiamento, anche nel caso in cui esso non contenga indicazioni in merito agli obblighi del reo, non vincolerebbe il giudice a rigettare o accogliere integralmente il rito poiché si dovrebbe presumere che nella richiesta di applicazione della pena subordinata alla sospensione sia presente un'implicita adesione anche a quanto previsto dall'art. 165 cod. pen. Questo orientamento si basa sull'argomento per cui l'accordo delle parti sulla pena non impedisce al giudice di applicare le sanzioni previste dalla legge: le parti possono vincolare il giudice al *quomodo* della pena ma non possono condizionare i contenuti di quest'ultima che sono determinati al fine di garantire la rieducazione e il reinserimento sociale del reo.

Esiste un secondo orientamento in base al quale la compressione dei diritti conseguente al rito del patteggiamento potrebbe risultare bilanciata solo dalla assoluta certezza delle conseguenze sanzionatorie che il reo dovrà subire. Nel caso in cui quindi nell'accordo le parti non si pronuncino sulla sospensione della pena il giudice potrà solamente accogliere o rigettare integralmente il rito: il giudice non potrebbe quindi concedere il beneficio d'ufficio.

Questo orientamento troverebbe ulteriore conferma nel fatto che avverso la pronuncia di patteggiamento l'unico rimedio di impugnazione esperibile sia il ricorso per cassazione proponibile, ex art. 448 cod. proc. pen. come riformato dalla legge 23 giugno 2017 n. 103¹⁶, per erronea qualificazione giuridica, illegalità della pena e della misura di sicurezza, invalidità formale dell'espressione della volontà dell'imputato e difetto di correlazione tra richiesta e sentenza.

¹⁶ Nell'ambito della riforma Orlando questa legge prevede modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario.

Sarebbe quindi precluso al giudice integrare o modificare l'accordo anche nel limite della sola determinazione dell'obbligo da imporre al condannato ex art. 165 cod. pen. Il giudice dovrebbe quindi rigettare integralmente il rito restituendolo al lento incedere del contraddittorio in dibattimento. Per evitare quest'ultimo esito l'ordinamento attribuisce al giudice il potere di sollecitare le parti tramite un invito a comparire (art. 446 c.5 cod. proc. pen.), in sede di comparizione (art. 447 c.2 cod. proc. pen.) oppure con un rigetto allo stato degli atti a cui segua la possibilità di riformulare la proposta, ex art. 448 comma 1¹⁷ cod. proc. pen.

Qualora le parti rimangano inerti il giudice potrà dichiarare il rigetto integrale del rito, prospettando l'accordo l'applicazione di una pena illegittima. Pervenire alla formazione di un accordo valido e completo, anche attraverso le sopra citate opportunità di sollecitazione delle parti, risulta molto rilevante soprattutto quando l'obbligo previsto in conseguenza della sospensione condizionale della pena sia l'attività non retribuita: le Sezioni Unite hanno chiarito infatti come questa prescrizione abbia "una funzione non tanto omologabile a quella di una sanzione quanto a quella di cui è investita nella disciplina della messa alla prova"¹⁸. Il rigetto del rito, infatti, non rappresenta un esito favorevole per nessuna delle parti poiché il processo ordinario rappresenta un costo sia per la collettività sia per il reo.

Nel caso della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cod. proc. pen. subordinata

¹⁷ Art. 448 c.1 cod. proc. pen.: "Nell'udienza prevista dall'articolo 447, nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice, se ricorrono le condizioni per accogliere la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, pronuncia immediatamente sentenza. Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza. La richiesta non è ulteriormente rinnovabile dinanzi ad altro giudice. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta".

¹⁸ Sezioni Unite Penali, 15 giugno 2022, n. 23400.

ad una seconda concessione del beneficio in esame le parti hanno tre fondamentali alternative: possono chiedere l'applicazione di una pena illegale tacendo sugli obblighi, hanno la possibilità di rimettere al giudice la determinazione di tutti i presupposti e le conseguenze della sospensione condizionale oppure possono decidere di determinare nell'accordo i limiti della scelta degli obblighi imponibili al responsabile. Il giudice dovrebbe rigettare integralmente in rito sia nel caso in cui, anche se sollecitate, le parti non modificano il contenuto dell'accordo sia nel caso in cui quest'ultimo non sia conforme alla valutazione commisurativa del giudicante stesso.

2.3 L'orientamento delle Sezioni Unite in tema di determinazione della durata dell'attività non retribuita

Alle Sezioni Unite è stato chiesto di chiarire se il giudice nel determinare la durata dell'attività non retribuita dovesse rispettare solamente il limite edittale della pena principale sospesa o se fosse vincolato dalle altre norme dell'ordinamento, in particolare l'art. 18 bis delle disposizioni di coordinamento per il codice penale e l'art. 54 c. 2 del decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274, che impongono una durata massima di sei mesi per il lavoro di pubblica utilità. Una parte della giurisprudenza non riteneva applicabile l'art. 54 c. 2 del decreto legislativo 274 del 2000 che prevede il limite da dieci giorni a sei mesi per la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità poiché la riforma del 2004, che aveva introdotto l'attività non retribuita ex art. 165 cod. pen., aveva anche previsto che la durata di quest'ultima non potesse eccedere quella della pena sospesa.

Un altro orientamento sosteneva invece che i due limiti citati fossero perfettamente compatibili: la durata dell'attività non retribuita doveva essere al massimo corrispondente a quella della pena sospesa e in ogni caso non

superiore a sei mesi.

Le Sezioni Unite per rispondere alla questione in esame hanno innanzitutto evidenziato l'importanza di distinguere la pena sospesa dalla condanna a pena sostitutiva ricordando che l'art. 20 bis, introdotto dall'art. 1 del decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150, ovvero dalla riforma Cartabia, colloca il lavoro di pubblica utilità nel catalogo ristretto delle pene sostitutive di quelle detentive brevi, ovvero fino a tre anni. Le Sezioni Unite, basandosi su un'interpretazione letterale delle norme citate in materia di limiti di durata dell'attività non retribuita, hanno escluso l'incompatibilità delle disposizioni in esame, fermo restando che in ogni caso i contenuti dell'obbligo debbano essere determinati ex art. 54 del decreto legislativo 274 del 2000.

La Corte ha quindi affermato che il combinato disposto delle norme sui limiti di durata del lavoro di pubblica utilità determina un sistema caratterizzato da un duplice limite massimo di durata dell'obbligo imposto al reo: la durata della pena sospesa, comunque non superiore a sei mesi.

2.4 Obblighi previsti per l'imputato nel caso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e dei reati di furto in abitazione e furto con strappo

Il legislatore nel 2019 con la legge n. 3¹⁹ del 9 Gennaio è intervenuto in materia di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione apportando delle modifiche al quarto comma dell'art. 165 cod. pen. che recita: "Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento della somma determinata a titolo di riparazione

¹⁹Definita legge Spazzacorrotti, ha previsto misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici.

pecuniaria ai sensi dell'articolo 322-quater, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno²⁰”.

Anche il quinto comma dell'art. 165 cod. pen., “della cui violazione si duole il pubblico ministero ricorrente²¹”, ha subito nel tempo delle modifiche da parte del legislatore per il cui approfondimento si rinvia al paragrafo 3 del presente capitolo. Con la legge 26 aprile 2019 n. 36, in tema di modifiche al regime della legittima difesa, è stato introdotto l'attuale comma settimo dell'art. 165 cod. pen. che prevede, in caso di condanna per il reato di furto in abitazione e furto con strappo ex art. 624 bis cod. pen.²², che la sospensione condizionale della pena sia “comunque subordinata al pagamento integrale dell'importo dovuto per il risarcimento del danno alla persona offesa²³”.

Le Sezioni Unite, nella sentenza n. 5352 del 6 Febbraio 2024, sottolineano come l'ampliamento degli obblighi a cui è subordinata la concessione del beneficio della sospensione condizionale non muti la sua natura e la sua funzione: essa rimane, sin dall'origine, una misura alternativa alla detenzione, “rispondente alla *ratio* di sottrarre alla privazione della libertà e alla restrizione in carcere chi non avesse

²⁰ Art.165 c.4 cod. pen.

²¹ Sezioni Unite Penali, 6 febbraio 2024, n. 5352.

²² Art. 624 bis cod. pen.: “Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, mediante introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa, è punito con la reclusione da quattro a sette anni e con la multa da euro 927 a euro 1.500.

Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, strappandola di mano o di dosso alla persona. La pena è della reclusione da da cinque a dieci anni e della multa da euro 1.000 a euro 2.500 se il reato è aggravato da una o più delle circostanze previste nel primo comma dell'articolo 625 ovvero se ricorre una o più delle circostanze indicate all'articolo 61.

Le circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 625 bis, concorrenti con una o più delle circostanze aggravanti di cui all'articolo 625, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti”.

²³ Art.165 c.7 cod. pen.

ancora conosciuto l'esperienza detentiva, orientata a ridurre il fenomeno della detenzione breve (o brevissima)²⁴.

3. Il Codice Rosso: l'introduzione del quinto comma dell'art. 165 cod. pen. e gli specifici percorsi di recupero

3.1 Introduzione e successive modifiche al quinto comma dell'art. 165 cod. pen.

Tra gli obblighi del condannato cui può essere subordinata la concessione della sospensione condizionale rientrano anche le previsioni del quinto comma dell'art. 165 cod. proc. pen.²⁵ che è stato introdotto dall'art. 6 della legge 19 luglio 2019 n. 69 in tema di "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", conosciuta comunemente con il nome di "Codice Rosso". Il medesimo comma è stato poi modificato dalla legge 27 settembre 2021 n. 134 e, da ultimo, dall'art. 15 della legge 24 novembre 2023 n. 168 rubricata "Disposizioni per il contrasto

²⁴Art.165 c.7 cod. pen.

²⁵ Art. 165 c.5 cod. pen.: "Nei casi di condanna per il delitto previsto dall'articolo 575, nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis, nonché agli articoli 582 e 583-quinquies nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, la sospensione condizionale della pena è sempre subordinata alla partecipazione, con cadenza almeno bisettimanale, e al superamento con esito favorevole di specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, accertati e valutati dal giudice, anche in relazione alle circostanze poste a fondamento del giudizio formulato ai sensi dell'articolo 164. Del provvedimento che dichiara la perdita di efficacia delle misure cautelari ai sensi dell'articolo 300, comma 3, del codice di procedura penale è data immediata comunicazione, a cura della cancelleria, anche per via telematica, all'autorità di pubblica sicurezza competente per le misure di prevenzione, ai fini delle tempestive valutazioni concernenti l'eventuale proposta di applicazione delle misure di prevenzione personali previste nel libro I, titolo I, capo II, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, fermo restando quanto previsto dall'articolo 166, secondo comma, del presente codice. Sulla proposta di applicazione delle misure di prevenzione personali ai sensi del periodo precedente, il tribunale competente provvede con decreto entro dieci giorni dalla richiesta.

La durata della misura di prevenzione personale non può essere inferiore a quella del percorso di recupero di cui al primo periodo.

Qualsiasi violazione della misura di prevenzione personale deve essere comunicata senza ritardo al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di condanna, ai fini della revoca della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 168, primo comma, numero 1".

della violenza sulle donne e della violenza domestica²⁶.

Prima della legge 19 luglio 2019 n. 69 all'art. 165 cod. pen. era prevista solo la sospensione condizionale subordinata alla riparazione del danno alla quale, invece, oggi si aggiunge una "sospensione trattamentale²⁷". La novella della legge 69 del 2019 si inserisce nell'orientamento determinato a connotare la sospensione condizionale di contenuti positivi, restituendole le funzioni proprie della pena non sospesa.

3.2 La funzione degli specifici percorsi di recupero

La sospensione trattamentale ha una funzione di prevenzione speciale positiva che meglio si realizza, rispetto alla pena, con i percorsi di recupero. La prevenzione speciale positiva evidenzia la funzione rieducativa della pena: il modo migliore per ridurre il rischio di recidiva è quello di offrire al condannato percorsi di rieducazione. Alla base dell'idea rieducativa c'è il principio solidaristico di una pena che si pone in modo dialogico nei confronti del condannato attraverso l'offerta di un percorso che garantisca possibilità di cambiamento. In quest'ottica si pone anche la consapevolezza che tra i fattori che portano alla commissione del reato va considerata anche la responsabilità della società; alle istituzioni pubbliche spetta, pertanto, prevedere una pena che sappia garantire al condannato effettive possibilità di reinserimento nella società. I reati previsti al quinto comma dell'art. 165 cod. pen. si riferiscono alle relazioni interpersonali e

²⁶ La legge 19 luglio 2019 n. 69, comunemente nota con il nome "Codice Rosso", ha rafforzato le tutele processuali delle vittime di reati violenti, con particolare riferimento ai reati di violenza sessuale e domestica, ha introdotto alcuni nuovi reati nel codice penale (tra cui il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, quello di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e quello di costrizione o induzione al matrimonio) ed aumentato le pene previste per i reati che più frequentemente sono commessi contro vittime di genere femminile (maltrattamenti, atti persecutori, violenza sessuale).

²⁷ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201

sono caratterizzati da un elevato rischio di recidiva che depotenzia la “capacità specialpreventiva della pena, soprattutto carceraria²⁸”. La legge 69 del 2019, volendo delineare la pena sospesa come polifunzionale, ha introdotto nella sospensione trattamentale elementi tipici della pena propriamente intesa come l'applicazione obbligatoria e generalizzata.

In questa visione lo specifico percorso di recupero, oltre ad una finalità terapeutica, è in grado anche di compensare l'esigenza di punizione che non viene soddisfatta a causa della mancata esecuzione della pena. L'imposizione sempre obbligatoria e generalizzata del trattamento terapeutico presenta delle contraddizioni, può cioè sottendere la volontà di intervenire coattivamente, con gli strumenti del processo, in questioni profondamente personali come le relazioni affettive. In quest'ottica il diritto penale raggiungerebbe obiettivi estranei al suo terreno di competenza contravvenendo alle garanzie costituzionali senza, peraltro, assicurare alcun particolare beneficio in termini di effettività. Potrebbe emergere inoltre una “finalità retributiva²⁹” dei percorsi di recupero che trovano applicazione, essendo obbligatori e generalizzati, anche quando il trattamento non sia strettamente necessario. Il giudice svolge, ex art. 164 cod. pen., l'analisi circa il *risk assessment* ovvero riguardo l'astensione del responsabile dal compimento di futuri reati. Successivamente all'esito positivo del giudizio sulla concessione del beneficio esso sarà condizionato allo svolgimento del percorso: manca quindi, in quest'ultimo caso, un giudizio sull'*an* del trattamento. Le osservazioni svolte sinora dimostrano che l'applicazione obbligatoria e generalizzata dell'obbligo allo svolgimento del percorso mal si

²⁸A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201

²⁹*Ibidem.*

concilia con la finalità specialpreventiva dello stesso che, anzi, finisce per esserne distorta.

Il legislatore del Codice Rosso ha previsto che, nel caso della commissione di reati in materia di violenza domestica e di genere, il beneficio della sospensione condizionale della pena sia subordinato alla partecipazione a percorsi terapeutici, obbligatori fin dalla prima condanna. Nel caso di questi specifici percorsi di recupero quindi, a differenza di quanto avviene ad esempio quando il reo sia obbligato alla restituzione o al risarcimento del danno, la prescrizione imposta al responsabile del reato non si perfeziona in un unico momento ma è costituita da un *facere* infungibile del condannato che si protrae nel tempo. Il legislatore non si esprime specificatamente circa l'ipotesi in cui il reo non partecipi ai percorsi di recupero o li interrompa ma è da ritenersi applicabile a questo caso quanto previsto dal n. 1 del primo comma dell'art. 168 cod pen.: la sospensione condizionale è revocata di diritto nel caso in cui il condannato, nei termini stabiliti, "non adempia agli obblighi impostigli³⁰" ex art. 165 cod. pen.

3.3 Determinazione da parte del giudice della durata del percorso: il parere della Cassazione

Nel caso degli specifici percorsi di recupero, però, è difficile immaginare che il giudice possa stabilire con precisione "il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti³¹" poiché la prescrizione in esame tende alla rieducazione e al reinserimento sociale del reo in un'ottica di prevenzione della reiterazione della condotta di reato: le tempistiche di raggiungimento di questi obiettivi, fortemente dipendenti dall'indole e dalla reattività del soggetto coinvolto, potrebbero essere

³⁰ Art. 168 c.1 n.1 cod. pen.

³¹ Art. 165 c.6 cod. pen.

effettivamente difficili da determinarsi.

Il tema è stato affrontato dalla prima sezione della Corte di Cassazione penale nella sentenza n. 8104 del 23 Febbraio 2024³². La pronuncia ha accolto la tesi difensiva che sosteneva, sulla base dell'art. 165 c. 6 cod. pen., che il giudice debba limitarsi ad indicare il termine entro cui il reo deve adempiere all'obbligo impostogli ex art. 165 c.5 cod. pen., non pronunciandosi invece circa la durata del percorso di recupero a cui è subordinato il beneficio della sospensione condizionale della pena. La Corte ha osservato che senza dubbio il termine per l'adempimento dell'obbligo è collegato alla durata del percorso di recupero ma quest'ultima non può essere determinata dal giudice: sarà il giudice dell'esecuzione a doversi documentare circa la durata del percorso per stabilire un termine per l'esecuzione che ne tenga conto e che gli consenta, alla scadenza, di effettuare un controllo circa l'effettivo adempimento dell'obbligo.

3.4 Le modifiche apportate al quinto comma dalla legge n. 168 del 2023

L'intervento più recente del legislatore sul quinto comma dell'art. 165 cod. pen. è stato realizzato attraverso l'art. 15 della legge n. 168 del 24 novembre 2023. Questa disposizione opera sulla disciplina degli specifici percorsi di recupero con tre "interpolazioni"³³. La legge n. 69 del 2019 non si era soffermata sulla determinazione dei criteri da seguire durante giudizio circa il *risk assessment* né aveva provveduto a stabilire le modalità di *risk management* in sede di attuazione e valutazione del percorso. Il *risk management* consiste nell'individuare l'intervento più adatto allo specifico caso, in considerazione dei fattori di rischio e

³² Il Quotidiano Giuridico, a cura della Redazione Wolters Kluwer, *Estinzione del reato e della pena, Il giudice non può indicare la durata del percorso di recupero cui è subordinata la pena sospesa*, 5 marzo 2024.

³³ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo 2/2024*, pp. 193-201.

delle esigenze di gestione della situazione concreta. Sul tema è intervenuta la legge n. 168 del 2023 introducendo il secondo comma dell'art. 18 bis disp. att. cod. pen. e integrando il disposto del comma quinto dell'art. 165 cod. pen. con la previsione della cadenza "almeno bisettimanale³⁴" dei percorsi che devono essere "accertati e valutati dal giudice³⁵".

L'art. 18 bis disp. att. cod. pen. riconosce all'ufficio esecuzione penale esterna (U.E.P.E.) la funzione di raccordo tra enti, incaricati di organizzare e svolgere gli specifici percorsi, e autorità giudiziaria prevedendo che "la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza la trasmetta, al passaggio in giudicato, all'ufficio di esecuzione penale esterna³⁶". All' U.E.P.E. compete poi accertare che il reo abbia partecipato effettivamente al percorso e comunicarne l'esito al pubblico ministero. L' art. 18 bis disp. att. cod. pen. disciplina anche il ruolo degli enti e il loro rapporto con l'U.E.P.E. e l'autorità giudiziaria. L'ente deve comunicare qualsiasi violazione ingiustificata del percorso da parte del reo all'ufficio che ne darà conto al pubblico ministero ai fini della revoca della sospensione ex art. 168 c. 1 cod. pen. Emerge dal testo della disposizione del secondo comma dell'art. 18 bis disp. att. cod. pen. una scarsa definizione circa il concetto di violazione del percorso che potrebbe essere intesa, alla luce di un'interpretazione letterale espansiva, anche come la mera assenza del reo alla seduta terapeutica. La norma in esame inoltre risulta particolarmente pregiudizievole per il condannato al quale, nel caso della violazione, si applica il primo comma dell'art. 168 cod. pen., quindi la revoca di diritto della sospensione e non quella facoltativa prevista al secondo comma. La possibilità di interpretare in modo espansivo il

³⁴ Art. 165 c.5 cod. pen.

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Art. 18 bis c. 2 disp. att. cod. pen.

concetto di violazione del percorso, da cui discende la revoca di diritto del beneficio, mette in crisi la funzione rieducativa che dovrebbe essere propria dell'istituto.

Secondo quanto previsto dalla legge 168 del 2023 i due momenti del *risk assessment* e del *risk management* sono separati. La prima fase viene attribuita al giudice che gode della consulenza dell'U.E.P.E. per giungere al "giudizio prognostico di non recidivanza ex art. 164³⁷". Se viene concesso il beneficio non si procede a nessuna valutazione sull'*an* del trattamento poiché questo è, per previsione di legge, sempre obbligatorio. Nella successiva fase di *risk management*, circa le modalità specifiche del trattamento, l'organo competente è l'U.E.P.E. che procederà all'individuazione dell'ente. Quest'ultimo, in accordo con l'ufficio, deve redigere il programma del trattamento da attuare che sarà rimesso, alla fine, alla valutazione del giudice.

L'art. 18 bis disp. att. cod. pen. rappresenta la trasposizione esecutiva degli articoli 164 e 165 cod. pen. Nella stessa ottica volta all'esecuzione l'U.E.P.E. è lo strumento attraverso cui il giudice giunge ad una decisione in merito alla concessione della sospensione condizionale e determina l'esito del percorso. Il giudice gioca in entrambe le fasi il ruolo centrale. Il legislatore avrebbe potuto attribuire almeno parte della competenza al giudice dell'esecuzione ma è rimasto coerente alla tendenza attuale di anticipare in fase di cognizione poteri propri delle fasi esecutive del giudizio. Il giudice rimette all'U.E.P.E. il compito di individuare l'ente e il percorso che il reo dovrà affrontare ma sono del tutto assenti le indicazioni normative per la determinazione di questi ultimi, circostanza questa che lede il principio di legalità.

³⁷ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201.

La seconda interpolazione sull'art. 165 cod. pen. prevede che il giudice debba considerare unicamente i percorsi di recupero con esito favorevole. La sospensione della pena nel caso di specie è subordinata quindi dall'esito negativo del percorso di recupero che diventa condizione risolutiva del beneficio. Rimane aperto, a questo punto, l'interrogativo circa il valore dei percorsi con esito negativo. La medesima questione si è posta anche in merito alla nuova disciplina della giustizia riparativa che stabilisce la rilevanza del solo esito positivo della mediazione. Nel caso della giustizia riparativa però, a differenza di quanto avviene per la sospensione condizionale che viene revocata, l'esito negativo non produce alcuna conseguenza pregiudizievole per le parti. Questo dislivello di disciplina si giustifica in base al fatto che mentre la giustizia riparativa è un istituto ad accesso volontario, il percorso di recupero è obbligatorio. Si potrebbe ipotizzare la mancata revoca del beneficio quando l'esito negativo del percorso sia stato determinato dalla patologia psichica che ne costituisce la base giustificativa: in questo caso sarebbe ingiusto attribuire al reo il fallimento dell'*iter* terapeutico, si tratterebbe di "un'esternalità negativa di cui deve farsi carico solo lo Stato"³⁸.

Il terzo intervento sull'art. 165 cod. pen. da parte della legge 168 del 2023 riguarda la persona offesa. La norma prevede che della sospensione condizionale debba essere informata l'autorità di pubblica sicurezza competente a richiedere misure di prevenzione personali; sulla proposta di applicazione di queste misure il tribunale provvede entro dieci giorni. La norma fa riferimento alla sola autorità di pubblica sicurezza e non anche al pubblico ministero: questa previsione è giustificata dal fatto che l'autorità possiede materiali cognitivi

³⁸ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201.

estranei al processo (sopravvenuti o non compatibili con i principi del giusto processo) idonei a determinare l'applicazione di misure di prevenzione. Il giudice può comunque provvedere, *motu proprio*, alla comunicazione al pubblico ministero.

La riforma operata dalla legge 168 del 2023 precisa che “la durata della misura di prevenzione personale non può essere inferiore a quella del percorso di recupero³⁹”. La norma segna quindi un collegamento diretto tra percorso e misura e conferma il diffuso pregiudizio circa la permanente pericolosità sociale degli autori dei reati considerati dall'art. 165 c.5 cod. pen., i c.d. “*sex offenders*”⁴⁰. In questo modo il legislatore mostra uno scarso affidamento verso la valutazione del giudice prevista dall'art. 164 cod. pen., prevede cioè l'applicazione di una misura di prevenzione ad un soggetto a cui è già stata concessa la sospensione condizionale della pena sulla base della fondata presunzione che non commetterà ulteriori reati.

Il testo riformato del quinto comma dell'art. 165 cod. pen. prevede, infine, che eventuali violazioni della misura di prevenzione personale debbano essere comunicate al pubblico ministero ai fini della revoca della sospensione condizionale della pena. Come già ricordato, l'art. 168 cod. pen. al primo comma disciplina la revoca di diritto del beneficio. Dalla lettera riformata del quinto comma dell'art. 165 cod. pen. deriverebbe quindi che ogni violazione delle misure di prevenzione personali comporterebbe la revoca di diritto della sospensione condizionale. Questo automatismo suscita dubbi di legittimità costituzionale ed

³⁹ Art. 165 c.5 cod. pen.

⁴⁰ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201.

“è espressione della tendenza a trasferire obblighi e prescrizioni intrinsecamente punitivi all’interno della sospensione condizionale⁴¹”.

3.5 Il ruolo degli enti del terzo settore: problematiche nell’accesso ai percorsi e assenza di una disciplina organica sul punto

Con specifico riferimento ai percorsi di recupero manca nel nostro ordinamento una disciplina organica in materia di finanziamento e accreditamento degli enti. Questi ultimi appartengono solitamente al terzo settore e sono finanziati da fondi regionali secondo quanto previsto da un’intesa del 2022 adottata in sede di Conferenza Permanente Stato-Regioni. La legge 168 del 2023⁴² non è intervenuta ad integrare quanto previsto dal testo dell’intesa che è una fonte di *soft law* ma si è limitata ad un richiamo a decreti interministeriali da adottare nel termine di sei mesi per la determinazione dei criteri di riconoscimento e accreditamento degli enti competenti a predisporre i percorsi di recupero. Mancando la disciplina in tema di finanziamento, la predisposizione dei percorsi grava sugli enti dapprima e infine sul reo che dovrà affrontare le spese del trattamento terapeutico cui è subordinata la sospensione della pena. L’operatività effettiva del quinto comma dell’art. 165 cod. pen. si registra quindi solamente nei confronti dei soggetti in grado di sostenere queste spese: per i meno abbienti l’unica via praticabile rimane quella dell’esecuzione, che segna un profondo *vulnus* al principio di uguaglianza. La stessa preclusione è presente per la sospensione subordinata alla riparazione del danno: in questo caso la giustificazione viene quasi in automatico dal fatto che l’obbligo stesso a cui è condizionato il beneficio è una prestazione patrimoniale. La medesima

⁴¹ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell’art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201.

⁴² Legge 24 novembre 2023 n.168.

spiegazione non si può estendere al caso della sospensione trattamentale per la quale l'indisponibilità economica del soggetto coinvolto non può giustificare il mancato accesso alle cure necessarie.

Una problematica assai poco nota è quella dei tempi di attesa per l'accesso ai percorsi in esame determinati dall'insufficienza della capacità del settore della prevenzione e del recupero rispetto alle richieste di trattamento. Per risolvere questo problema e rendere effettive le funzioni di rieducazione e reinserimento sociale dei condannati sarebbe opportuno modificare le modalità e i casi di imposizione di questi obblighi alla luce dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. È auspicabile una politica legislativa coerente che distingua il livello della prevenzione da quella della repressione ovvero distingua, alla luce dell'oggettiva gravità del comportamento, i casi in cui si rende necessaria l'imposizione dei percorsi di recupero da quelli per cui sarebbero sufficienti interventi di sostegno economico o sociale, come opportunità lavorative o aiuti sul piano educativo. Rinunciando all'approccio obbligatorio e generalizzato e applicando un trattamento mirato nei confronti dei soggetti per cui i percorsi sono realmente necessari, si eviterebbe un'inutile dispersione di risorse e si diminuirebbero i tempi di accesso al trattamento terapeutico presso gli enti.

3.6 Indagine ISTAT sui c.d. Cuav: centri per uomini autori di violenza

Tra questi enti un ruolo particolarmente rilevante ricoprono i centri di accesso ai percorsi per gli autori di violenza di genere. L'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) ha pubblicato la seconda indagine nazionale sui Centri per uomini autori di violenza (i c.d. *Cuav*)⁴³ che è stata svolta nel 2023 nell'ambito del progetto

⁴³ CNR- IRPPS Policy Brief, *Centri per uomini autori di violenza, I dati della seconda indagine nazionale, 2023*, <https://www.istat.it/it/files//2018/04/cuav-dati-seconda-indagine-nazionale-novembre-2023.pdf>

VIVA – Analisi e valutazione degli interventi di prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne. Il 31 dicembre 2022 risultavano attivi in Italia 94 centri ma grazie all'istituzione di ulteriori sedi secondarie i punti di accesso ai percorsi sono aumentati fino a 141. Nel 2017, nell'ambito della prima indagine nazionale, i *Cuav* censiti erano solo 54. I centri sono più diffusi nelle regioni settentrionali, in particolare in Emilia Romagna, Piemonte, Lombardia e Veneto. Rimangono sprovviste di questi centri la Valle D'Aosta, il Molise e la Basilicata. La possibilità di accesso ai percorsi da parte degli autori di violenza varia quindi a seconda della collocazione geografica.

Questi centri operano sulla base delle linee guida della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa⁴⁴ per la prevenzione e la lotta alla violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

I programmi rivolti agli autori di violenza sono orientati prioritariamente a garantire la sicurezza delle ex partner e dei loro figli in un'ottica di prevenzione della recidiva. Le prestazioni erogate più frequentemente dai *Cuav* sono l'ascolto telefonico e la consulenza psicologica. La durata media dei programmi che i centri stabiliscono è di almeno dodici mesi.

La maggior parte di questi centri ha come promotori e come gestori soggetti privati che operano nel sociale ma può capitare che a occuparsi della gestione siano anche le aziende sanitarie locali. La Convenzione di Istanbul prevede che all'interno dei centri debba operare personale formato in ambito psicologico e

⁴⁴ La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica è stata sottoscritta l'11 maggio 2011. Essa rappresenta il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante che crea un quadro giuridico completo per proteggere le donne contro qualsiasi forma di violenza. Il trattato stabilisce una serie di delitti che gli Stati dovrebbero includere nei loro codici penali o in altre forme di legislazione. I reati sono la violenza psicologica (art. 33), gli atti persecutori (art. 34), la violenza fisica (art. 35), la violenza sessuale (art. 36), il matrimonio forzato (art. 37), le mutilazioni genitali femminili (art. 38), l'aborto forzato e la sterilizzazione forzata (art. 39) e le molestie sessuali (art. 40).

competente sul tema della violenza di genere al fine di raggiungere gli obiettivi della responsabilizzazione dei condannati rispetto ai danni provocati e una maggiore consapevolezza critica sui modelli di genere appresi. Come emerge dallo studio in analisi, nel corso del 2022 sono stati 4174 gli uomini che hanno frequentato i *Cuav*: l'aumento della presenza sul territorio dei punti di accesso ai percorsi ha permesso di registrare questo dato che dimostra la capacità dei centri di intercettare una domanda crescente.

L'intervento legislativo sull'art. 165 cod. pen., attuato con la legge 69 del 2019⁴⁵, ha determinato un rafforzamento della collaborazione tra i Centri per uomini autori di violenza e la giustizia penale. I dati dell'indagine nazionale del 2023 hanno messo in evidenza che, dall'entrata in vigore del Codice Rosso al 2022, gli uomini che hanno avuto accesso ai percorsi nei centri sono stati 2126, ovvero il 32% dei nuovi presi in carico⁴⁶. Gli ingressi nei *Cuav* ex art. 165 c.5 cod. pen. sono riconducibili per la maggior parte a reati di maltrattamento o atti persecutori verso il partner mentre in misura inferiore sono dovuti a reati di maltrattamento verso i figli o gli altri familiari.

Da quest'analisi emerge che, nonostante nel 2019 e nel 2023 il nostro legislatore, contravvenendo a quanto richiesto dall'art. 8 della Convenzione di Istanbul, "abbia lasciato gli enti del terzo settore al proprio destino"⁴⁷, "essi hanno rappresentato il vero motore dei percorsi"⁴⁸ di recupero di cui all'art. 165 comma 5 cod. pen., cercando di colmare, nei limiti delle loro possibilità, il vuoto normativo e formativo tutt'ora esistente.

⁴⁵ Legge 19 luglio 2019 n. 69.

⁴⁶ CNR- IRPPS Policy Brief, *Centri per uomini autori di violenza, I dati della seconda indagine nazionale, 2023*, <https://www.istat.it/it/files//2018/04/cuav-dati-seconda-indagine-nazionale-novembre-2023.pdf>

⁴⁷ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201.

⁴⁸ *Ibidem*

Capitolo II – L’illegalità della pena come motivo di ricorso per cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen.

SOMMARIO: Introduzione - 1. L’applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 e ss cod. proc. pen.- 1.1. Il patteggiamento c.d. minor e il patteggiamento c.d. maior - 1.2. Profili procedurali - 1.3 L’accertamento della responsabilità penale nella sentenza di patteggiamento - 2. I motivi di ricorso per cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. - 2.1 La disciplina delle impugnazioni: la proponibilità dell’appello e l’orientamento della giurisprudenza sull’accesso al giudizio di legittimità - 2.2 I vizi attinenti all’espressione di volontà dell’imputato - 2.3 Il difetto di correlazione tra richiesta delle parti e sentenza del giudice - 2.4 Erronea qualificazione giuridica del fatto - 3. La nozione di illegalità della pena ai fini dell’impugnazione - 3.1 L’illegalità della pena come motivo di impugnazione della sentenza di patteggiamento

Introduzione

In questo capitolo viene approfondito il tema del rito speciale della pena su richiesta⁴⁹ delle parti, disciplinato dagli art. 444 e seguenti cod. proc. pen., con particolare riferimento ai motivi per cui è proponibile il ricorso in cassazione

⁴⁹ A. Camon, et al., *Fondamenti di procedura penale*, 4. ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2023.

A. Trinci, *La pena illegale. Casi e rimedi : gli esempi di calcolo della pena aggiornati alla riforma Orlando ; gli errori più frequenti nella determinazione del trattamento sanzionatorio ; le principali questioni in tema di tentativo, circostanze, continuazione e recidiva ; la determinazione della pena nei riti premiali ; sospensione condizionale e non menzione della condanna ; le sanzioni sostitutive ; i rimedi contro la pena illegale diversi dall’impugnazione*, Giuffrè, 2017.

M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013.

B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell’esecuzione*, CEDAM, 2017.

B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 331.

F. Rocchi, *Illegalità vs illegittimità della pena: una controversa dicotomia nello statuto della pena concordata*, *Giurisprudenza italiana*, 10/2023, pp. 2182-2189.

G. Faillaci, *L’elaborazione giurisprudenziale sul concetto di «pena illegale»*, 18/04/2023, *NJus*, La Tribuna.

G. Todaro, *Più ombre che luci nella disciplina dei rapporti tra riti speciali e pena illegale*, *Cassazione penale*, 5/2023, pp. 1479-1497.

S. Tognazzi, *Le sezioni unite della Cassazione fanno il punto sulla rilevanza processuale del rapporto fra legalità e legittimità della pena*, *Il Foro italiano*, 2/2023, 2, pp. 94-100.

T. Bene, T. Alesci, *Illegalità della pena: problemi antichi e prospettive nuove*, *Diritto penale e processo* 2/2023, pp. 326-339.

avverso la sentenza di patteggiamento.

Nell'ambito dell'analisi delle ipotesi in cui è consentito l'accesso al giudizio di legittimità, ai sensi del comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen., particolare rilievo assume il concetto di illegalità della pena e l'evoluzione giurisprudenziale sul tema.

La nozione di illegalità della pena è fondamentale per comprendere il percorso logico compiuto dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 5352 del 6 Febbraio 2024. Proprio sulla base di questo motivo, infatti, il Procuratore generale della Corte d'appello di Genova propone il ricorso, sulla cui ammissibilità la Corte si pronuncia, avverso la sentenza di patteggiamento emessa dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Genova il 13 luglio 2022. Nel corso di questo secondo capitolo si tenterà di affrontare dapprima il tema del rito speciale della pena su richiesta delle parti, con particolare riferimento all'impugnazione della sentenza che ne deriva. Successivamente si approfondirà il concetto di illegalità della pena sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale del medesimo.

1. L'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 e ss cod. proc. pen.

L'applicazione della pena su richiesta, comunemente nota come patteggiamento, è un rito speciale che si attiva sulla base della richiesta delle parti, rivolta all'organo giudicante, di pronunciare una sentenza di condanna il cui contenuto, per quanto attiene alla pena applicabile, è determinato sulla base di un accordo tra imputato e pubblico ministero.

Il rito in esame, rispetto al giudizio ordinario, permette di ridurre costi e tempi soprattutto grazie alla mancanza della fase del dibattimento. Il pubblico ministero e l'imputato si accordano sull'applicazione di una pena sostitutiva o di una pena

pecuniaria o detentiva che consente la diminuzione fino ad un terzo. L'applicazione della pena su richiesta delle parti è possibile solo nei casi in cui la pena detentiva prevista non superi i cinque anni⁵⁰. Si tratta, dunque, di un rito a base negoziale e di tipo premiale.

Il legislatore del 1988⁵¹, ha scelto di circoscriverne l'operatività ai soli reati per cui fosse applicabile in concreto una pena non superiore a due anni di reclusione. Per potenziarne l'efficacia la legge 12 giugno 2003 n. 134 ha ampliato l'ambito di applicabilità del procedimento in esame estendendolo anche ai reati puniti con una pena non superiore a cinque anni di reclusione.

La previsione di limiti specifici per l'operatività della pena su richiesta si rende necessaria per evitare la deriva che porterebbe a connotare questo istituto per una quasi negoziabilità della sanzione criminale, la quale è doveroso evitare dovendosi contemperare da un lato le esigenze deflative e dall'altro il primato della giurisdizione nell'accertamento della responsabilità e nella determinazione della pena applicabile.

È fondamentale sottolineare che scegliendo questo rito speciale l'imputato non si dichiara colpevole, ma semplicemente opta per una via alternativa al giudizio ordinario che gli consente di ottenere una risposta in tempi più rapidi con la possibilità di ricevere una diminuzione della pena.

L'assenza della fase dibattimentale non è una caratteristica solo del patteggiamento ma appartiene anche al rito abbreviato: anche quest'ultimo,

⁵⁰ Art. 441 c. 1 cod. pen.: "L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una pena sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria. L'imputato e il pubblico ministero possono altresì chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata, salvo quanto previsto dal comma 3-bis, e di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato".

⁵¹ Anno dell'introduzione del rito speciale nel nostro ordinamento.

come quello in esame, è un rito speciale che consente un notevole risparmio di tempi e risorse rispetto al giudizio ordinario e che offre la possibilità all'imputato di ottenere benefici premiali soprattutto in ordine al *quantum* della pena. Il patteggiamento presenta però, rispetto al giudizio abbreviato, delle differenze che lo caratterizzano. La prima differenza consiste nel fatto che, nell'applicazione pena su richiesta delle parti, la riduzione di un terzo della pena non è assicurata all'imputato: all'esito del rito speciale la diminuzione potrebbe essere inferiore. La seconda differenza è che mentre l'esito contenuto nella sentenza a valle di un giudizio abbreviato è incerto, ovvero l'imputato potrebbe essere condannato o assolto, nell'istituto ex art. 444 ss. c.p.p., la richiesta concerne inevitabilmente la pronuncia di una sentenza di condanna seppure ad una pena diminuita. Il giudizio abbreviato inoltre si applica a tutti i delitti esclusi quelli puniti con la pena dell'ergastolo, a differenza del patteggiamento che può essere richiesto solo per i delitti la cui pena detentiva non supera in concreto i cinque anni di durata. La riforma Cartabia⁵² prevede come incentivo che l'imputato e il pubblico ministero possano accordarsi per chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie e la confisca, nei casi in cui quest'ultima sia facoltativa. L'accordo può inoltre selezionare i beni dell'imputato che saranno soggetti a confisca. Restano escluse dalla possibilità di qualsiasi accordo le sanzioni amministrative.

È opportuno sottolineare che, a fronte degli incentivi premiali appena descritti, con il patteggiamento l'imputato compie, rispetto alle facoltà che gli sono attribuite nel corso del giudizio ordinario, una serie di rinunce. Egli rinuncia, innanzitutto, a controvertere sul fatto e sulla qualificazione giuridica: se, ad esempio, l'imputazione ha ad oggetto il reato di omicidio stradale, egli non controverte sul

⁵² Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n.150.

fatto ma accetta la ricostruzione fattuale e giuridica offerta dal pubblico ministero. L'imputato nel rito di patteggiamento rinuncia inoltre ad esercitare il proprio diritto alla prova e accetta quindi di essere giudicato solo ed esclusivamente in forza degli atti compiuti durante le indagini preliminari. Infine, rinuncia a controvertere sulla specie della pena e sulla misura della stessa.

1.1. *Il patteggiamento c.d. minor e il patteggiamento c.d. maior*

Ai fini di una più completa analisi dell'istituto occorre dare conto di una distinzione interna ad esso: infatti, per i reati lievi (ovvero quelli con pena in concreto non superiore a due anni), si parla di patteggiamento *minor* e si parla invece di patteggiamento *maior* dal 2003 nel caso in cui questo rito speciale riguardi anche reati puniti con pena detentiva superiore ai due anni ma inferiore ai cinque. Gli incentivi premiali comuni al patteggiamento *maior* e *minor* riguardano, come già sottolineato, la riduzione della pena sino ad un terzo e, a seguito della riforma Cartabia, la possibilità anche di negoziare sulle pene accessorie e sulla confisca. Un ulteriore incentivo premiale che accomuna il patteggiamento *minor* e *maior* è rappresentato dal fatto che la sentenza di patteggiamento, a partire dalla riforma Cartabia, non ha efficacia extrapenale e non può essere utilizzata ai fini della prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile⁵³: la *ratio* di questa modifica legislativa risiede nella convinzione che il rito della pena su richiesta non costituisca in alcun modo un'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato.

⁵³ Art. 445 c.1 bis cod. proc. pen.: "La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, alla sentenza di condanna. Salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna".

Questa scelta legislativa conduce ad un bivio interpretativo sul tema della classificazione e quindi della possibile valorizzazione della sentenza di patteggiamento nel giudizio penale stesso: se da un lato si sostiene che essa possa continuare ad essere impiegata ai fini probatori, dall'altro si sottolinea come questo utilizzo della pronuncia possa addirittura costituire un modo di procedere costituzionalmente illegittimo ovvero in violazione dell'articolo 3 della Costituzione poiché determina una disparità di trattamento rispetto agli altri procedimenti sopra citati.

Il patteggiamento *minor*, concesso per reati puniti con pena detentiva fino a due anni, consente di ottenere ulteriori vantaggi per l'imputato. Anzitutto concede l'esenzione dalle spese processuali e dall'applicazione delle pene accessorie e delle misure di sicurezza. La sentenza di patteggiamento *minor* inoltre, non viene annotata nel certificato del casellario giudiziario e la pena contenuta nell'accordo tra imputato e pubblico ministero può essere sottoposta a sospensione condizionale⁵⁴. Il giudice che ritenga di non poter concedere la sospensione deve rigettare *in toto* l'istanza di patteggiamento⁵⁵. In questo caso l'imputato, nell'ipotesi di accoglimento della richiesta, gode della sospensione e nel caso di esito negativo della valutazione del giudice non può comunque essere sottoposto

⁵⁴ Art.444 c.3 cod. proc. pen.: "La parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia alla concessione della sospensione condizionale della pena. In questo caso il giudice, se ritiene che la sospensione condizionale non può essere concessa, rigetta la richiesta".

⁵⁵ Cassazione penale sezione IV, 21 gennaio 2011: "Questa Suprema Corte ha, invero, chiarito che nel caso in cui l'imputato abbia subordinato la richiesta di applicazione della pena alla concessione della sospensione condizionale, in presenza del consenso del P.M., il giudice è tenuto a pronunciarsi sulla concedibilità o meno del beneficio, ratificando in caso positivo l'accordo delle parti, oppure rigettando in toto la richiesta di patteggiamento. Il giudice, chiamato all'applicazione della pena concordata tra le parti, ove il richiedente abbia subordinato l'efficacia dell'accordo alla concessione della sospensione condizionale della pena, a termini dell'espressa disposizione di cui all'art. 444 c.p.p., comma 3, è cioè tenuto a pronunciarsi sulla concedibilità o meno del beneficio, ratificando, in caso positivo, l'accordo delle parti, oppure rigettando, in caso negativo, la richiesta di "patteggiamento".

ad una pena immediatamente eseguibile dovendosi procedere con il rito ordinario.

1.2. Profili procedurali

La richiesta di patteggiamento deve essere presentata entro la fase delle conclusioni in udienza preliminare e deve indicare il fatto, la qualificazione giuridica di quest'ultimo e la pena ritenuta congrua. Il fatto che l'accordo si possa perfezionare solo entro la conclusione dell'udienza preliminare assicura l'efficacia deflattiva del rito poiché esso si conclude con una sentenza di condanna senza che si debba arrivare al dibattimento.

L'istanza può essere presentata dalle parti congiuntamente o disgiuntamente ma nel secondo caso serve il consenso dell'altra parte. La richiesta può essere orale o scritta ed è un atto personalissimo in cui l'imputato deve esprimere la sua volontà di patteggiare: quest'ultima deve essere espressa personalmente o tramite procuratore speciale⁵⁶.

A differenza di ciò che avviene nel rito abbreviato, il pubblico ministero può non acconsentire all'accordo ma deve indicare le ragioni del suo dissenso⁵⁷.

Nel rito speciale della pena su richiesta inoltre il giudice non si pronuncia sulla domanda presentata dalla parte civile: il danneggiato quindi non gode di nessun potere in questo procedimento non potendosi opporre nemmeno all'accordo delle parti. L'imputato potrebbe essere condannato semplicemente al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile.

Il patteggiamento può essere richiesto anche durante la fase delle indagini preliminari: se la richiesta è presentata dal pubblico ministero quest'ultima

⁵⁶ Art. 446 c.3 cod. proc. pen.: "La volontà dell'imputato è espressa personalmente o a mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata da un notaio, da altra persona autorizzata o dal difensore".

⁵⁷ Art. 446 c.6 cod. proc. pen.: "Il pubblico ministero, in caso di dissenso, deve enunciarne le ragioni".

costituisce una forma speciale di esercizio dell'azione penale e deve quindi contenere anche l'imputazione⁵⁸.

Secondo la giurisprudenza fino a quando la controparte non abbia prestato il consenso l'istanza può essere revocata.

Pur allargando l'ambito di operatività del patteggiamento anche ai reati puniti con la detenzione fino ai cinque anni, il legislatore ha ritenuto fondamentale escludere la possibilità di accedere all'applicazione del patteggiamento in presenza di determinati reati di particolare allarme sociale quandanche risultassero avere, in concreto, una pena inferiore ai cinque anni⁵⁹. Anzitutto ha escluso la possibilità di patteggiare in tutti i casi di criminalità organizzata, reati di terrorismo, reati contro la personalità individuale e reati contro la libertà sessuale (prostituzione minorile, produzione e commercio di materiale pedopornografico). Inoltre non può mai essere ammesso a patteggiare chi sia già stato dichiarato delinquente abituale, professionale e per tendenza e la cui pena da applicare superi in concreto i due anni, congiunti o meno a pena pecuniaria. Per i reati commessi contro la pubblica amministrazione l'accesso al rito del patteggiamento è consentito a condizione della restituzione integrale del prezzo o del profitto. Per quanto riguarda l'accesso al rito, spetta all'organo giudicante verificare se il patteggiamento sia stato richiesto nei casi previsti dalla legge. Il giudice non può modificare l'accordo raggiunto dalle parti, gli è consentito esclusivamente di

⁵⁸ Art. 407 bis c.1 cod. proc. pen.: "Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, V e V- bis del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio".

⁵⁹ Art. 444 c. 1 bis cod. proc. pen.: "ono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600 bis, 600 ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600 quater, secondo comma, 600 quater 1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600 quinquies, nonché 609 bis, 609 ter, 609 quater e 609 octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria".

accettarlo o rigettarlo *in toto*. Prima ancora, però, di procedere alla verifica prodromica sulla legittimità della richiesta di patteggiamento il giudice deve verificare se esistono delle cause di immediata declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.⁶⁰: se sussistono queste cause, il giudice deve emettere una sentenza di proscioglimento. In questa dinamica del giudizio risulta evidente la differenza con quanto avviene nel dibattimento: al giudice, infatti, è affidato non il compito di accertare in positivo che l'imputato risulti colpevole, ma piuttosto, in negativo, che non risulti innocente⁶¹. La regola di giudizio, in questo modo, risulta invertita nel patteggiamento rispetto a quella applicabile in dibattimento ai sensi degli artt. 530 ss.: il dubbio, che normalmente comporta il proscioglimento, conduce in questa sede alla condanna⁶².

Accertata l'impossibilità di prosciogliere ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. il giudice effettua una verifica di natura tecnico giuridica in relazione alla corretta qualificazione giuridica del fatto, alla legittimità della richiesta di patteggiamento per il reato in oggetto e alla valutazione di congruità della pena. Con riferimento a quest'ultimo elemento, il passaggio dal testo previgente a quello riformato dalla Riforma del 2022 prevede la sostituzione del sostantivo singolare "pena congrua" al plurale "pene congrue" includendo nella valutazione del giudice le pene sostitutive e quelle accessorie ovvero l'insieme del trattamento sanzionatorio applicato in concreto al reo.

Il giudice deve accertare la volontà dell'imputato circa la richiesta di accesso al

⁶⁰ Art. 129 cod. proc. pen.: "1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza.

2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta".

⁶¹ A. Camon, et al. *Fondamenti di procedura penale*. 4. ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2023, pag. 760.

⁶² *Ibidem*.

rito speciale e può anche disporre la comparizione⁶³.

Il giudice, successivamente al vaglio di ammissibilità, può ritenere lecita la richiesta delle parti e applicare la pena prevista nell'accordo oppure può rigettare l'istanza e procedere secondo le fasi del rito ordinario.

La valutazione che il giudice compie sull'ammissibilità della richiesta di patteggiamento è sotto alcuni profili abbastanza discrezionale e può essere condizionata dalla consistenza e dalla qualità degli atti di indagine, questo a fronte dei notevoli benefici che l'imputato può ottenere ad esito del rito speciale. Queste caratteristiche del patteggiamento comportano l'esigenza di sottoporre ad un riesame successivo il vaglio prodromico del giudice. L'esito negativo della valutazione può dipendere, ad esempio, dal dissenso del pubblico ministero che è pertanto tenuto ad argomentarlo garantendo in questo modo la possibilità di un sindacato successivo. L'imputato che si sia visto rigettare la richiesta, per dissenso del pubblico ministero o per volontà del giudice, può rinnovarla entro la dichiarazione di apertura del dibattimento: il giudice dibattimentale può ritenerla fondata e condannare immediatamente alla pena patteggiata oppure, nel caso la respinga, impedirne l'ulteriore rinnovazione. Lo stesso sindacato sull'esito negativo della richiesta di patteggiamento può essere effettuato dal giudice alla chiusura del dibattimento o nel giudizio di impugnazione: se ritiene ingiustificati il dissenso del pubblico ministero o il rigetto del giudice della fase preliminare, può applicare la pena richiesta dall'imputato.

1.3 L'accertamento della responsabilità penale nella sentenza di patteggiamento

Prima dell'entrata in vigore della riforma Cartabia sussistevano due opinioni contrastanti in merito al fatto che il rito di patteggiamento potesse o meno

⁶³ Art. 446 c.5 cod. proc. pen.: "Il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta o del consenso, dispone la comparizione dell'imputato".

implicare un accertamento della responsabilità penale.

Secondo un primo orientamento, ossia secondo la teoria acognitiva, questo accertamento non ci sarebbe: il patteggiamento infatti si limita ad accertare che non sussistono i presupposti per il proscioglimento. Deporrebbe in questo senso il disposto dell'art. 445 comma 1 bis cod. proc. pen.⁶⁴: il legislatore avendo precisato che la sentenza di patteggiamento è equiparata a quella di condanna ha sottolineato come quest'ultima presenti caratteri costitutivi non pienamente coincidenti con la prima. È coerente con questa interpretazione l'assenza di efficacia extrapenale della sentenza di patteggiamento poiché l'accertamento del fatto in essa contenuto non ha la compiutezza per assicurare la vincolatività nei giudizi diversi da quello penale. Nel procedimento caratterizzato dalla pena su richiesta il giudice, una volta accertati i requisiti per l'applicazione del rito speciale, può pronunciare la sentenza di condanna alla pena concordata dalle parti anche quando le prove non gli consentano di superare ogni ragionevole dubbio. La riforma Cartabia, non consentendo la valorizzazione della sentenza di patteggiamento nei giudizi anche diversi da quello penale, sposa questo orientamento.

La teoria cognitiva invece, sostenuta dall'orientamento contrario, fa leva su un'interpretazione letterale dell'art 445 comma 1 bis cod. proc. pen. Il modello costituzionale di processo è di tipo cognitivo e impone una ricostruzione interpretativa che ponga l'accertamento della colpevolezza come condizione necessaria della condanna. Questo comporta che nella sentenza di

⁶⁴ Art. 445 c. 1 bis cod. proc. pen. "La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, alla sentenza di condanna. Salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna".

patteggiamento debba essere contenuto un accertamento della responsabilità penale dell'imputato anche se effettuato allo stato degli atti e secondo la regola di giudizio "in negativo" di cui all'art. 129 cod. proc. pen.

A completare il quadro, secondo questo orientamento, sta la modifica apportata dalla legge 12 giugno 2003 n. 134 alla norma dell'art. 629 cod. proc. pen.⁶⁵ che ha ammesso la revisione delle sentenze di condanna anche se pronunciate ai sensi dell'art. 444 comma 2 cod. proc. pen.: il legislatore ritiene quindi che possa essere effettuato un sindacato di giustizia anche su queste sentenze sulla base degli elementi probatori che devono costituire solido fondamento e sui quali si regge la motivazione.

2. I motivi di ricorso per cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen.

2.1 La disciplina delle impugnazioni: la proponibilità dell'appello e l'orientamento della giurisprudenza sull'accesso al giudizio di legittimità

La disciplina delle impugnazioni della sentenza di patteggiamento è volta a non compromettere gli obiettivi di economia processuale cui il rito speciale della pena su richiesta è finalizzato. Non sarebbe ragionevole consentire a chi ha chiesto e accettato un determinato esito processuale di rimetterlo in discussione. Si rende tuttavia necessario predisporre un sistema di rimedi che consentano di denunciare eventuali profili di ingiustizia o illegalità contenuti nelle pronunce ad esito del rito in esame.

In base a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 448 cod. proc. pen.,

⁶⁵ Art. 629 cod. proc. pen.: "È ammessa in ogni tempo a favore dei condannati, nei casi determinati dalla legge, la revisione delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell'articolo 444, comma 2, o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili, anche se la pena è già stata eseguita o è estinta".

l'appello è precluso all'imputato poiché la sua rinuncia al dibattimento in primo grado comporta la presunzione della medesima anche per il secondo grado di merito. Lo stesso principio vale per il pubblico ministero che abbia acconsentito all'accordo. La decisione invece è appellabile dal magistrato inquirente nel caso in cui il giudice abbia applicato la pena richiesta dall'imputato nonostante il suo dissenso.

L'imputato e il pubblico ministero possono, entrambi, ricorrere in cassazione avverso la sentenza patteggiata per i motivi indicati dal comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. ovvero solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza. Un ricorso presentato per motivi diversi, incluse le censure riguardo il difetto di motivazione, è da ritenersi inammissibile. Il ricorso per cassazione, anche se originariamente non menzionato dall'art. 448 cod. proc. pen., doveva reputarsi comunque ammissibile per tutti i motivi di cui all'art. 606 cod. proc. pen.⁶⁶.

La giurisprudenza da lungo tempo ha intrapreso un'intensa attività interpretativa

⁶⁶ Art. 606 cod. proc. pen.: "1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi:
a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri;
b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale;
c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza;
d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2;
e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame.
2. Il ricorso, oltre che nei casi e con gli effetti determinati da particolari disposizioni, può essere proposto contro le sentenze pronunciate in grado di appello o inappellabili.
2-bis. Contro le sentenze di appello pronunciate per reati di competenza del giudice di pace, il ricorso può essere proposto soltanto per i motivi di cui al comma 1, lettere a), b) e c).
3. Il ricorso è inammissibile se è proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli articoli 569 e 609 comma 2, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello".

volta a ricostruire i limiti di accesso alla giurisdizione di terza istanza, riflettendo sulla natura pattizia del fondamento della sentenza di patteggiamento. La cassazione, attraverso le sue pronunce, ha ridotto notevolmente i motivi effettivi per cui è proponibile il ricorso, imponendo una particolare severità nella valutazione di questi ultimi. È necessario però sottolineare che la natura del rito di patteggiamento non implica che la manifestazione di volontà in esso contenuta comprenda anche un'implicita rinuncia a denunciare eventuali vizi della sentenza.

Ciò che può essere oggetto di accordo, e non può essere successivamente censurato in cassazione, attiene ai profili lasciati all'autonomia degli interessati; al contrario, pur essendo parte integrante del *pactum*, ogni questione sottratta agli spazi negoziali per il carattere indisponibile del bene, deve poter essere denunciabile innanzi al giudice di legittimità, per violazione di legge⁶⁷. La giurisprudenza, per superare il tema degli elementi negoziabili, sposta l'attenzione sul rilievo che il ricorso in cassazione sia richiesto proprio dalle parti: risulta agevole per questa via impedire alle parti di ricorrere sostenendo che in questo modo esse avrebbero la possibilità di revocare a posteriori il consenso all'accordo. L'atteggiamento della giurisprudenza in merito a questo tema dimostra l'exasperato bisogno di ridurre l'accesso al giudizio di cassazione ma mascherato da profonda riflessione giuridica: contrariamente a quanto sostenuto da questo orientamento, infatti, va sottolineato che la possibilità del ricorso garantisce alle parti di segnalare profili di illegalità o illegittimità della sentenza al fine di ripristinarne la conformità alla legge.

⁶⁷ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 268-269.

Nel 2017⁶⁸ il legislatore è intervenuto sui limiti della proponibilità del ricorso avverso la sentenza di patteggiamento riducendoli e riconducendoli strettamente alle questioni legate ai vizi dell'accordo: lo scopo della riforma è stato quello di sollevare parzialmente la Corte di cassazione dal peso dei ricorsi soprattutto se proposti con riferimento a sentenze intervenute ad esito di un rito semplificato. È discutibile che il legislatore abbia positivizzato nella norma del comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. gli orientamenti della giurisprudenza in tema di ricorribilità per cassazione delle sentenze a pena concordata. “La riforma legislativa palesa (...) ufficialmente l'intervenuta inversione dei ruoli fra legislatore e giudice – perché è il primo a recepire le scelte effettuate dal secondo, e non il contrario. Per altro verso, la positivizzazione degli approdi giurisprudenziali finisce per generare una disposizione che, lungi dall'assumere le caratteristiche della generalità e dell'astrattezza, appare di tipo casistico⁶⁹”.

La riforma è quindi intervenuta nell'ambito oggettivo del giudizio di impugnazione indicando gli aspetti della questione di cui è ammessa la devoluzione al giudice di legittimità. La complessità è data dal fatto che, come precedentemente analizzato, la declaratoria delle cause di non punibilità viene pronunciata a valle di un rito che non presenta le tradizionali cadenze processuali e per il quale è limitato l'accesso ai rimedi impugnatori.

2.2 I vizi attinenti all'espressione di volontà dell'imputato

La prima patologia ricorribile in cassazione riguarda i vizi concernenti l'espressione di volontà dell'imputato. È stato ritenuto opportuno, da parte del legislatore, porre attenzione alle scelte dell'imputato e garantire la possibilità di

⁶⁸ Legge 23 giugno 2017, n. 103.

⁶⁹ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 272.

contestare la sentenza nel caso in cui l'accordo nasca viziato e non esprima quindi le sue effettive intenzioni.

La giurisprudenza continua a mostrarsi indisponibile rispetto all'analisi di questi casi di ricorso correndo il rischio che il controllo sulla corretta manifestazione di volontà, che dovrebbe costituire un momento fondamentale per il corretto sviluppo del rito speciale, diventi una garanzia solo apparente, imposta con l'unico fine di dimostrare il rispetto formale del settimo comma dell'art. 111 della Costituzione⁷⁰.

La previsione del comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen., come interpretata dal diritto vivente, non garantisce l'annullabilità delle pronunce fondate su un accordo in cui manchi la scelta libera e consapevole dell'imputato. Già prima della riforma la sentenza di patteggiamento era ricorribile per cassazione quando, ad esempio, il difensore chiedesse il rito alternativo in assenza della procura speciale o proponesse un accordo i cui contenuti eccedessero la sua procura ovvero nei casi in cui la manifestazione di volontà provenisse da un soggetto incapace di intendere o di volere e di stare nel processo.

La Corte di cassazione ha sempre escluso la rilevanza penale di ripensamenti o difetti di volontà o di intelligenza che avessero determinato il consenso all'accordo dell'imputato sostenendo che tali patologie non sono previste dalla disciplina degli atti processuali dato che il codice non consente di prendere in considerazione nullità diverse da quelle previste normativamente⁷¹.

Nelle aule di giustizia si possono verificare alcune situazioni in cui la

⁷⁰ Art. 111 c.7 Cost.: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra".

⁷¹ Art.177 cod. proc. pen.: "L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge".

manifestazione di volontà dell'imputato appare viziata ma che non troverebbero alcuna possibilità di essere denunciate se la disposizione del comma 2 bis continuasse ad essere interpretata alla luce dell'orientamento della giurisprudenza precedentemente descritto: si pensi, ad esempio, all'imputato straniero al quale non sia stato tradotto il contenuto della procura sottoscritta. Il tema della volontà dei soggetti coinvolti nel giudizio penale è un tema delicato, complesso e nuovo in questo settore poiché non è mai stato oggetto di attenzione da parte del legislatore anche quando le sorti di determinati rapporti processuali fossero legati ad una dichiarazione di volontà. Oggi però, in un sistema fortemente caratterizzato dal potere dispositivo delle parti, l'assenza di interesse sul tema appare grave: le fattispecie negoziali introdotte a partire dal 1988 nel nostro ordinamento hanno acquisito infatti una notevole dimensione. "Ed allora, se la negozialità, nonostante l'indisponibilità dei valori coinvolti, assume sempre maggiori spazi nello sviluppo del processo, non si può continuare ad ignorare che la dichiarazione di volontà che ha determinato il sorgere, il modificarsi o l'estinguersi di situazioni giuridicamente rilevanti, possa essere viziata. L'affermazione è tanto più importante allorché si pone mente all'istituto del patteggiamento ove, la manifestazione di volontà dell'imputato condiziona il rito, il merito e la determinazione della pena. Il patteggiamento, non a caso, viene tradizionalmente inquadrato nei modelli di giustizia negoziata forte che si differenziano da quelli c.d. deboli in ragione del grado di partecipazione dell'imputato alle modalità operative alternative a quelle tipiche dei modelli di giustizia imposta⁷²".

È fondamentale sottolineare inoltre che, sebbene il patteggiamento si basi

⁷² E. La Rocca, *La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà*, p. 588.

sull'accordo di entrambe le parti, l'imputato e il pubblico ministero non si trovano sullo stesso piano al momento in cui decidono di accedere al rito speciale: il loro *status* all'interno del processo è diverso e questo si riflette sulle scelte di entrambi e sulle ragioni che le governano.

La dottrina in tempi recenti ha cercato di individuare il modo più adatto a dare rilievo anche nel settore penale ai vizi della volontà, non tanto con riferimento alla violenza e al dolo, quanto all'errore. Si è ipotizzato per le situazioni più gravi il ricorso all'ipotesi di nullità della sentenza prevista dalla lettera b del primo comma dell'art. 178 cod. proc. pen.⁷³, motivata sulla base della violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dell'azione penale. In alternativa è possibile valorizzare quanto previsto alla lettera c⁷⁴ della medesima disposizione ovvero contestare che il patto viziato comporti la lesione del diritto di intervento e di difesa dell'imputato.

Altra parte della dottrina ritiene applicabile l'istituto della revisione, in particolare riconducendo la fattispecie alla norma della lettera d dell'art. 630 cod. proc. pen.⁷⁵ nei casi in cui la causa del vizio di volontà sia la condotta di reato commessa da terzi.

Il fatto che sia stata introdotta una specifica norma contenente la previsione del ricorso in cassazione per i vizi della manifestazione di volontà dell'imputato potrebbe portare a pensare che il legislatore abbia iniziato a nutrire interesse per la rilevabilità delle cause incidenti sulla volontà e ad individuare la soluzione da

⁷³ Art. 178 c.1 lettera b cod. proc. pen.: "È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: b) l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento".

⁷⁴ Art. 178 c.1 lettera c cod. proc. pen.: "È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante".

⁷⁵ Art. 630 lettera d cod. proc. pen.: "La revisione può essere richiesta: d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato".

adottare nel caso in cui la patologia incida su scelte processuali importanti. Se la disposizione del comma 2 bis si legge in combinato disposto al quinto comma dell'art. 446 cod. proc. pen. si può giungere ad ipotizzare che il legislatore abbia introdotto nel settore del processo penale la tutela dei casi di invalidità connessa alla manifestazione di volontà perlomeno nell'ambito del patteggiamento dove le scelte dell'imputato producono effetti rilevanti. Devono ricondursi alla norma dell'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. i vizi che abbiano portato l'interessato a prestare un consenso che, in mancanza, non avrebbe dato. Oggi non è quindi più necessario discutere sulla possibile applicazione al processo penale della disciplina civilistica del negozio giuridico o cercare ipotesi ulteriori di nullità rispetto a quelle previste dal codice e si potrebbe giungere alla conclusione che proprio il legislatore, con questa innovazione normativa, abbia previsto il rimedio per i casi in cui il consenso sia viziato da errore. La interpretazione innanzi proposta, pertanto, sembrerebbe trovare conforto nelle pronunce della Corte di Strasburgo, la quale, se rileva la necessità di procedere ad una attenta verifica della consapevolezza del consenso offerto dal soggetto debole, attribuendo tale onere al giudice; impone al tempo stesso che l'indagine avvenga secondo criteri propri del rito penale⁷⁶. Il legislatore affida al giudice il controllo circa la validità del consenso dell'imputato, manifestato personalmente o per mezzo di un procuratore speciale, convocandolo in udienza. Il giudice deve accertare che l'interessato abbia compreso chiaramente le conseguenze processuali della scelta dell'applicazione del rito della pena su richiesta e dell'adesione all'accordo. Il destinatario della convocazione è l'imputato e non il pubblico ministero: questo

⁷⁶ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 292-293.

dimostra la consapevolezza del legislatore circa il fatto che gli effetti dell'accordo si riflettono sui diritti personalissimi di una parte e non dell'altra e la presunzione che il pubblico ministero, in quanto parte tecnica, sia a conoscenza del significato del rito richiesto. Il legislatore si prefigura la possibilità che l'imputato venga indotto a prestare il suo consenso non sulla base di scelte corrispondenti alla sua volontà ma in condizioni di inconsapevolezza e disinformazione.

La norma del quinto comma dell'art.446 cod. proc. pen. dimostra che il legislatore ha previsto che la richiesta di patteggiamento possa essere viziata ma per privarla della validità non ha ritenuto opportuno ricorrere né all'inammissibilità né alla nullità. La soluzione a questa patologia è individuata nella revoca, se ancora possibile, o, nel caso in cui sia già stata pronunciata la decisione, nel ricorso per cassazione. Dalle sentenze di quest'ultima emerge un atteggiamento di chiusura sul tema che ripropone le medesime posizioni della giurisprudenza precedenti all'intervento della riforma, ignorando che oggi esiste un dato normativo che dovrebbe condurre a conclusioni diverse. Questa posizione si pone in antitesi anche alle fonti sovranazionali poiché la stessa Corte di Strasburgo ha stabilito che nei casi di giustizia consensuale debbano essere previsti sistemi di controllo sulla rinuncia dell'imputato alle garanzie processuali del rito ordinario.

La Corte ha precisato che la capacità cognitiva dell'imputato che si priva della possibilità di contestare l'addebito deve essere perfetta e che l'accertamento deve essere tanto più profondo quanto più gravi sono le conseguenze della scelta. Pertanto, anche per la Corte di Strasburgo non è sufficiente che l'imputato abbia prestato il suo consenso per iscritto, oralmente o tramite i suoi rappresentanti, essendo indispensabile che il giudice rilevi che la parte abbia compreso con esattezza il significato ed i termini dell'accordo e gli effetti ad esso

collegati⁷⁷.

Anche nel caso in cui la giurisprudenza dovesse mostrare un'apertura verso i vizi della manifestazione della volontà come motivo di ricorso in cassazione sarebbe assai difficile per quest'ultima riconoscerli. Infatti il controllo necessario per valutare il grado di consapevolezza circa gli effetti derivanti dal consenso prestato all'accordo presuppone degli accertamenti di fatto che sono preclusi alla Corte. L'indagine in merito a questi profili è molto complessa poiché riguarda la psiche dell'imputato e si basa su elementi meramente sintomatici. Il controllo diviene quindi frutto di valutazioni quasi discrezionali ed esula dalle funzioni tipiche attribuite alla Corte di cassazione.

Inoltre, essendo quasi improbabile che il difetto di volontà sia rilevabile attraverso la sola lettura della sentenza, si renderebbe necessario procedere in ambito probatorio affinché l'imputato abbia la possibilità di dimostrare l'errore in cui è incorso nel momento in cui ha presentato la richiesta di accesso al rito speciale. Questi elementi probatori, che con ogni probabilità richiederebbero l'ascolto orale dell'imputato, non possono essere raccolti nel corso del giudizio di legittimità che, per la sua struttura, osta ad ogni approfondimento istruttorio. Le uniche ipotesi in cui il vizio potrebbe essere valorizzato dalla cassazione sarebbero quelle di patologie già accertate come l'incapacità di intendere e di volere e l'incapacità di stare nel processo. Si potrebbe giungere ad esiti diversi solo se la disposizione del comma 2 bis fosse letta come attributiva delle competenze necessarie alla cassazione per assolvere a questa nuova funzione di sindacato sul vizio della volontà dell'imputato.

⁷⁷ D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, p. 491.

2.3 Il difetto di correlazione tra richiesta delle parti e sentenza del giudice

Un ulteriore motivo per cui è proponibile, ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen., ricorso in cassazione avverso una sentenza di patteggiamento è il difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza. Il legislatore riconosce quindi alle parti l'interesse ad inficiare una sentenza che ratifica, anche solo parzialmente, un accordo diverso da quello stabilito.

La violazione in oggetto si configura quando il giudice non applichi la pena pattuita ma la sostituisca con la libertà controllata oppure quando non riconosca i benefici concordati tra le parti o li preveda quand'anche essi non siano contenuti nell'accordo⁷⁸.

Le differenze tra contenuto dell'accordo e contenuto della sentenza che possono legittimare il ricorso in cassazione sono solo quelle che riguardano gli elementi negoziabili dalle parti: il giudice rimane libero di applicare le pene accessorie, le sanzioni amministrative o i provvedimenti previsti dal codice come conseguenza della pronuncia di una sentenza di patteggiamento. Infatti, anche se la giurisprudenza ammette che le parti possano estendere il contenuto dell'accordo anche su temi che esulano la loro disponibilità, le relative richieste non sono vincolanti per il giudice che potrà accogliere il patto ma disattendere queste ultime disposizioni dell'accordo. Il giudice, in quest'ultimo caso, dovrà indicare le ragioni per le quali ha ritenuto opportuno discostarsi dalle previsioni delle parti⁷⁹.

⁷⁸ Corte di Cassazione, Sezione IV, 21 ottobre 2008, n. 40950: "Nel procedimento speciale di applicazione della pena su richiesta delle parti, il beneficio della sospensione condizionale della pena, oltretutto nella ipotesi di subordinazione dell'efficacia della richiesta alla concessione, specificamente prevista dall'art. 444 c.p.p., comma 3, può essere concesso soltanto allorché la relativa domanda abbia formato oggetto della pattuizione intervenuta tra le parti. Poiché l'imputato non ha chiesto l'applicazione del beneficio della sospensione della pena nel procedimento ex art. 444 c.p.p. la sua applicazione deve ritenersi illegittima. La sentenza impugnata deve dunque essere annullata limitatamente alla statuizione in questione che viene eliminata".

⁷⁹ Corte di Cassazione, Sezione VI, 14 ottobre 2016, n. 54977: "Nel rito del c. d. "patteggiamento", il giudice non è vincolato alle richieste delle parti in tema di confisca, in quanto esse esulano dall'area della negoziabilità individuata e delimitata dall'art. 444 c.p.p., ma, ove le disattenda, il giudicante deve indicare

Senonché, di recente, con un *overruling* giurisprudenziale, le Sezioni unite hanno mutato parzialmente orientamento e hanno stabilito che se il patto si estende alle misure di sicurezza il giudice, investito della richiesta, deve accettare *in toto* la proposta oppure rigettarla integralmente⁸⁰.

La norma non indica le ragioni per le quali il giudice potrebbe condannare l'imputato ad una pena diversa da quella stabilita nell'accordo. È possibile ipotizzare che ciò avvenga nei casi in cui egli volontariamente modifichi l'accordo non ritenendolo condivisibile oppure quando cada in errore, anche a causa della scarsa chiarezza della richiesta predisposta dalle parti.

Prima della riforma, la cassazione riteneva esperibile, con riguardo agli errori contenuti nella sentenza di patteggiamento, il rimedio di cui all'art. 130 cod. proc. pen.⁸¹ e all'art. 619 comma 2 cod. proc. pen.⁸²: la scelta tra i due veniva effettuata sulla base della lettura del verbale di udienza in cui era contenuto il testo dell'accordo.

In realtà il criterio di scelta appena enunciato appare poco efficace poiché la

le ragioni per le quali ha provveduto, al riguardo, in termini difformi da quelli concordemente prospettati dal pubblico ministero e dalla difesa, motivando, sul punto, in maniera adeguata, poichè le caratteristiche di sinteticità della motivazione, tipiche delle sentenze emesse nell'ambito del rito in esame, non possono estendersi alla tematica relativa alla confisca. Il giudice deve dunque specificare per quali ragioni ritiene di dover disporre la confisca di specifici beni o, come nel caso di specie, di determinate somme di danaro, nella quantificazione da lui assunta.”

⁸⁰ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 309.

⁸¹ Art. 130 cod. proc. pen.: “1. La correzione delle sentenze, delle ordinanze e dei decreti inficiati da errori od omissioni che non determinano nullità, e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto, è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, e l'impugnazione non è dichiarata inammissibile, la correzione è disposta dal giudice competente a conoscere dell'impugnazione.

1-bis. Quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'art. 619, comma 2.

2. Il giudice provvede in camera di consiglio a norma dell'articolo 127. Dell'ordinanza che ha disposto la correzione è fatta annotazione sull'originale dell'atto”.

⁸² Art. 619 c.2 cod. proc. pen.: “Quando nella sentenza impugnata si deve soltanto rettificare la specie o la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la corte di cassazione vi provvede senza pronunciare annullamento”.

questione non verte sull'essenza del patto ma sui motivi per cui il giudice se ne sia discostato. Se il giudice ha valutato positivamente l'ammissibilità della richiesta di pena ma ha commesso errori nel documentarla sarà possibile applicare l'art. 130 cod. proc. pen. Se invece il giudice ha disatteso le previsioni contenute nell'accordo perché poco chiare o perché non le riteneva condivisibili e ha applicato una pena diversa, sarà necessario il ricorso per cassazione per annullare il provvedimento viziato e restituire gli atti al giudice di merito. Il giudice, di fronte ad un'istanza di correzione di errore materiale, potrebbe ritenere di aver applicato la pena prevista e quindi rigettarla perché infondata, oppure, a seguito dei chiarimenti dell'imputato, potrebbe rilevare un errore concettuale ma sarebbe comunque costretto a rigettare l'istanza non potendola ratificare a posteriori.

Il dubbio sull'*iter* processuale da seguire potrebbe annullare le esigenze deflattive di accesso al giudizio di legittimità che nel 2017 avevano condotto il legislatore a ridurre i motivi di ricorso in cassazione avverso la sentenza di patteggiamento. In particolare, l'incertezza sul meccanismo da attivare dovrebbe spingere la parte a scegliere sempre il ricorso al giudizio di legittimità perché potrebbe essere rilevata una prescrizione non evidenziata in sede di patteggiamento e perché, nel caso in cui venisse presentata un'istanza di correzione di errore materiale non condivisa dal giudice, si dovrebbe in ogni caso impugnare in cassazione il provvedimento di rigetto⁸³.

Se lo scopo della riforma era diminuire l'ingolfamento della Corte di cassazione, si sarebbe potuto ipotizzare un percorso processuale unico: l'interessato, di fronte ad una divergenza fra il patto e la sentenza in punto di pena, dovrebbe

⁸³ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 314.

sempre procedere nelle forme della rettificazione investendo dell'istanza il giudice di merito, il quale, qualora reputasse che l'errore sia determinato da un lapsus espressivo ovvero, riteniamo, da un errore di valutazione dallo stesso, poi, condiviso in ragione delle argomentazioni prospettate, potrebbe procedere direttamente alla correzione. E, unicamente contro il provvedimento di rigetto, si consentirebbe il ricorso per cassazione⁸⁴.

2.4 Erronea qualificazione giuridica del fatto

La sentenza di patteggiamento è ricorribile in cassazione anche per erronea qualificazione giuridica del fatto. Per questa ipotesi, prima del 2017, la giurisprudenza ammetteva la proposizione del ricorso riconducendo il vizio all'errore di diritto di cui all'art. 606 comma 1 lettera b cod. proc. pen.⁸⁵. Anche in questo caso, sulla base di un'interpretazione restrittiva, la giurisprudenza ha ammesso l'impugnazione soltanto nei casi in cui l'errore sulla qualificazione fosse manifesto o nelle ipotesi in cui l'accordo rischiasse di essere non sulla pena ma sui reati ricondotti alla responsabilità dell'imputato. La limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità si spiega con l'interpretazione confusa, ad opera della giurisprudenza, con riferimento alla distinzione tra l'area di negoziabilità e l'area di disponibilità di cui godono le parti.

La posizione dei giudici rimane la medesima anche dopo la riforma del 2017 nonostante il dato normativo del comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. non ponga alcun limite in termini di gravità dell'erronea qualificazione come requisito per l'accesso al giudizio di legittimità. La norma, che fa riferimento genericamente

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Art. 606 comma 1 lettera b cod. proc. pen.: "Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale".

ad un vizio di denominazione, dovrebbe spingere la giurisprudenza a ritenere ogni ipotesi di mancata corrispondenza tra fatto e fattispecie motivo idoneo alla presentazione del ricorso. Il diritto vivente invece continua a presumere il carattere pretestuoso del gravame ogni qualvolta questo riguardi aspetti estranei all'area di negoziabilità.

“In forza della malcelata considerazione della natura speculativa del ricorso, il diritto vivente ha prescritto pure un onere di motivazione assai rigoroso nella predisposizione dell'atto di impugnazione, richiedendo l'articolazione di una critica specificamente argomentata e puntualmente correlata alla disamina degli elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) del fatto delineato nel tema d'accusa e della sua sussumibilità nello schema normativo della contestazione. Per cui, in queste evenienze, il vaglio di ammissibilità per accedere al giudizio di terza istanza sarebbe più severo perché il ricorrente dovrebbe superare la presunzione, di produzione giurisprudenziale, per la quale l'impugnazione sarebbe unicamente funzionale a disattendere il precedente accordo⁸⁶”.

La genericità dell'espressione contenuta nel comma 2 bis consente di procedere al controllo della qualificazione giuridica anche delle circostanze impiegate ai fini del calcolo della pena e del giudizio di comparazione: in altri termini, il ricorso per cassazione sarebbe esperibile anche se il giudice avesse condiviso la qualificazione di queste circostanze idonee a incidere sul computo del trattamento sanzionatorio. Era stata la stessa cassazione⁸⁷ a chiarire che il

⁸⁶ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 319.

⁸⁷ Corte di Cassazione, Sezione VI, 29 gennaio 2016, n. 6673, M.A.N., in Dir. giust., 19 febbraio 2016, con nota di G. Pellicoli, *L'accertamento sulla corretta qualificazione giuridica del fatto si estende anche alla recidiva: pena l'invalidità della sentenza di patteggiamento*: “Il controllo della corretta qualificazione giuridica del fatto, che la legge pone espressamente a carico del giudice, si estende pacificamente alle circostanze che connotino l'imputazione formulata e, dunque, ove risulti contestata la recidiva anche a quest'ultima. Ne consegue che, stante l'intervenuta estinzione, ex lege, del solo precedente in forza del quale era stata elevata all'imputato la circostanza di cui all'art. 99 c.p., si è qui in presenza di un errore

sindacato sulla corretta qualificazione del fatto doveva estendersi anche alle circostanze contestate.

Il comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. prevede, come ultimo motivo di proponibilità del ricorso in cassazione avverso la sentenza di patteggiamento, l'illegalità della pena o della misura di sicurezza: per l'analisi di questo motivo di gravame si rinvia al paragrafo seguente.

3. La nozione di illegalità della pena

La categoria della pena illegale è stata elaborata dalla giurisprudenza e comprende i casi in cui il giudice applichi una sanzione di specie più grave rispetto a quella prevista dalla norma incriminatrice o superiore rispetto ai limiti edittali indicati dalla medesima. L'illegalità della pena ricorre solo quando essa eccede i valori assegnati dal legislatore al tipo astratto nel quale viene sussunto il fatto storico reato⁸⁸.

L'illegalità della pena travolge il principio della prevedibilità della sanzione che è presupposto essenziale del rispetto del principio di colpevolezza nell'ambito della responsabilità penale.

La Corte europea dei diritti dell'Uomo interpreta l'articolo 7⁸⁹ della Convenzione non solo come un divieto all'applicazione retroattiva del diritto penale, quando questo sia sfavorevole all'imputato, ma anche come espressivo della necessità di prevedere non solo il precetto ma anche le specifiche conseguenze del reato:

che inficia la stessa legittimità dell'accordo di patteggiamento intervenuto tra le parti, con conseguente invalidità dello stesso e della sentenza che lo ha recepito".

⁸⁸G. Faillaci, *L'elaborazione giurisprudenziale sul concetto di «pena illegale»*, 18/04/2023, NJus, La Tribuna.

⁸⁹Art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo: "1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

la Corte ha precisato che la prevedibilità attiene alla possibilità per il destinatario di calcolare le conseguenze del suo agire in rapporto alle circostanze del caso. La pena illegale contravviene alle funzioni assegnate alla sanzione dalla Costituzione, in particolare a quella rieducativa: quest'ultima non può essere soddisfatta da una pena *extra* o *contra legem* che non trovi fondamento nelle statuizioni del legislatore.

La pena illegale confligge con l'articolo 13⁹⁰ della Costituzione che, vietando ogni forma di detenzione e di restrizione della libertà personale non fondata sulla base di un atto motivato dell'autorità giudiziaria e non prevista dalla legge, ribadisce la necessità della base legale della pronuncia giudiziale che incide sui diritti dell'individuo.

3.1 L'illegalità della pena come motivo di impugnazione della sentenza di patteggiamento

Nel corso del tempo l'interesse della giurisprudenza nei confronti del tema della pena illegale⁹¹ è aumentato. Questo mutamento giurisprudenziale è stato indotto da fattori interni ed esterni al sistema penale, in particolare dall'elevato numero di novelle in materia di trattamento sanzionatorio e dall'influenza crescente che

⁹⁰Art. 13 Costituzione: "La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva".

⁹¹A. Trinci, *La pena illegale. Casi e rimedi : gli esempi di calcolo della pena aggiornati alla riforma Orlando ; gli errori più frequenti nella determinazione del trattamento sanzionatorio ; le principali questioni in tema di tentativo, circostanze, continuazione e recidiva ; la determinazione della pena nei riti premiali ; sospensione condizionale e non menzione della condanna ; le sanzioni sostitutive ; i rimedi contro la pena illegale diversi dall'impugnazione*. Giuffrè, 2017.

la Corte europea dei diritti dell'uomo esercita in riferimento ad alcuni principi e istituti, con decisioni che hanno frequentemente accertato l'illegittimità convenzionale, e quindi anche costituzionale, di alcune disposizioni punitive⁹². La disposizione contenuta nel comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. rappresenta un passaggio fondamentale dell'evoluzione del concetto in esame poiché questa norma, introdotta dalla riforma Orlando con la legge 23 giugno 2017 n. 103, è la prima del codice a contenere, *expressis verbis*, il nuovo concetto di illegalità della pena.

Nell'ambito del concetto di pena illegale, la giurisprudenza distingue tra pena illegale *ab origine* e pena illegale sopravvenuta. La prima ricorre nei casi in cui il trattamento sanzionatorio contenuto nella sentenza non corrisponda per specie o quantità a quella prevista dalla fattispecie incriminatrice, contravvenendo alla disciplina contenuta nel codice penale. Si parla invece di pena illegale sopravvenuta quando intervenga una dichiarazione di illegittimità costituzionale che investa la sanzione oppure entri in vigore una *lex mitior*.

La pena illegale ha come necessaria conseguenza la sua rimozione sulla base di quanto impone, come sostenuto recentemente dalle Sezioni Unite⁹³, il rispetto

⁹²F. Palazzo, *Il principio di legalità` tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, www.lalegislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016, 2.

⁹³ Cassazione penale, Sezioni Unite, 12 gennaio 2023 n. 877: "La legalità della pena è un valore garantito, oltre che dall'art. 1 c.p., dall'art. 25, comma 2, e dall'art. 27, comma 3, Cost.: la pena può essere irrogata solo in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso e deve tendere alla rieducazione del reo, non potendo consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. La corretta individuazione della misura della pena irrogabile incide sulla corretta operatività dei principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27 Cost., comma 3,), tale dovendo ritenersi soltanto quella in concreto idonea a tendere alla rieducazione del condannato; per altro verso, la predeterminazione di una cornice edittale inviolabile per il giudice costituisce il punto di equilibrio fra legalità ed individualizzazione della pena. Come già chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, "l'art. 25 Cost., comma 2, (...) affermando che nessuno può essere punito se non in forza di legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non soltanto proclama principio della irretroattività della norma penale, ma dà fondamento legale alla potestà punitiva del giudice. E poiché questa potestà si esplica mediante l'applicazione di una pena adeguata al fatto ritenuto anti-giuridico, non si può contestare che pure la individuazione della sanzione da comminare risulta legata al comando della legge", senza che rilevi la soppressione, in sede di formulazione definitiva della norma, della frase "e con le pene da essa stabilite" compiuta, per altri fini, dal Costituente (Corte Cost., sent. n. 15 del 1962). D'altro canto, "è la previsione legale della pena, secondo

del principio di legalità, previsto non solo dalla Costituzione ma anche dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dall' art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁹⁴.

Tuttavia, in questi anni la giurisprudenza di legittimità ha altresì chiarito che l'illegalità della pena non è ravvisabile in presenza di qualsiasi violazione di legge riconducibile all'applicazione degli istituti di diritto sostanziale, seppur incidenti sulla dosimetria sanzionatoria, quale, ad esempio, il concorso formale di reati, con riguardo all'indicatore di cui all'art. 81, 1° comma, c.p. Essa ricorre solo in presenza della determinazione di una pena che si collochi al di fuori del sistema sanzionatorio delineato nel codice penale con riguardo a tutti i limiti che presiedono alla determinazione unitaria della pena⁹⁵.

Prima dell'intervento del legislatore la giurisprudenza non aveva mai negato il ricorso al giudice di legittimità per i casi in cui la pena fosse stata ritenuta illegale: l'accordo, invalido, rendeva la pronuncia che l'avesse recepito impugnabile per violazione di legge ai sensi della lettera b dell'art. 606 cod. proc. pen.

L'attuale previsione legislativa del comma 2 bis, che autorizza a ricorrere in cassazione solo nel caso di violazione del principio di legalità con riferimento al trattamento sanzionatorio, ratifica quindi, ancora una volta, l'orientamento della giurisprudenza. È fondamentale stabilire i confini della nozione di pena illegale essendosi questa progressivamente ampliata nel corso del tempo.

la Costituzione, a fondare la stessa potestà punitiva del giudice. Si tratta di una valorizzazione centrale, perché dimostra l'esistenza di limiti all'esercizio del potere pubblico il cui superamento non può essere tollerato dall'ordinamento per la centralità che la Carta costituzionale assicura ai diritti fondamentali della persona, tra i quali si colloca il fondamentale diritto di libertà personale garantito dall'art. 13 Cost., in condizioni di uguaglianza per tutti i consociati (art. 3 Cost.)".

⁹⁴ Adottato a New York nel 1966.

⁹⁵ F. Rocchi, *Illegalità vs illegittimità della pena: una controversa dicotomia nello statuto della pena concordata*, Giurisprudenza italiana, 10/2023, pag. 2184.

La giurisprudenza successiva alla riforma del 2017 ha utilizzato questo concetto per ottenere l'annullamento di sentenze di patteggiamento contenenti forme di ingiustizia sostanziale che altrimenti non avrebbero trovato rimedi nell'ordinamento.

Tradizionalmente viene qualificata illegale la sanzione che sia superiore o inferiore ai limiti edittali ovvero di specie o genere diverso da quello stabilito dalla legge⁹⁶.

Il controllo di legalità sulla pena contenuta nella sentenza ha ad oggetto anche gli aumenti o le diminuzioni previsti tramite il riconoscimento delle circostanze e all'esito del giudizio di bilanciamento: la verifica imposta dal secondo comma dell'art. 444 cod. proc. pen.⁹⁷ non si limita alla configurabilità ma riguarda anche la conformità ai criteri legali. È stata definita illegale anche la pena più gravosa applicata sulla base di una disciplina sfavorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto ovvero, *a contrariis*, l'applicazione di un trattamento sanzionatorio abrogato prima della commissione del fatto.

La Corte di cassazione, soffermandosi sull'ipotesi in cui sia intervenuta una dichiarazione di illegittimità costituzionale con riferimento ad uno specifico trattamento sanzionatorio, ha affermato che, nel caso di una sentenza di patteggiamento non ancora divenuta irrevocabile e avente ad oggetto la pena su cui si è pronunciata la Consulta, l'accordo alla base della decisione - anche se

⁹⁶ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 323.

⁹⁷ Art.444 c.2 cod. proc. pen.: "Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, le determinazioni in merito alla confisca, nonché congrue le pene indicate, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3. Si applica l'articolo 537 bis".

formalmente valido - deve considerarsi inefficace, non essendo possibile applicare, neanche con il consenso dell'imputato, una pena illegittima. L'accordo in questo caso va rinnovato.

La medesima soluzione non può considerarsi applicabile quando la sentenza di patteggiamento sia passata in giudicato: il vizio sulla pena che deriva dall'accordo non può influire sul provvedimento formale che si è correttamente formato. Se la decisione è divenuta irrevocabile il consenso delle parti relativamente alla qualificazione giuridica, alle circostanze e al bilanciamento rimane integro. La questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite⁹⁸ che non hanno ritenuto condivisibile né l'opinione di chi sosteneva che la rideterminazione della pena dovesse essere effettuata sulla base di un criterio matematico-proporzionale né quella di chi riteneva che dovesse essere garantita la massima libertà di autodeterminazione. Le Sezioni Unite hanno quindi prospettato una terza soluzione basata sull'art. 188 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale⁹⁹ che – a loro dire – individua l'*iter* da seguire per ripristinare l'equità della pena illegale patteggiata. Questa disposizione consente alle parti di rinnovare l'accordo, rispettando l'essenza del patteggiamento, per ottenere i vantaggi previsti in termini di trattamento sanzionatorio.

In questa ipotesi quindi le parti devono proporre un nuovo accordo al giudice dell'esecuzione. La richiesta può pervenire anche dal pubblico ministero che può inoltre rifiutare il nuovo patto: nel caso in cui il dissenso di quest'ultimo sia

⁹⁸ Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2015, n. 37107.

⁹⁹ Art. 188 disp. att. cod. proc. pen.: "Fermo quanto previsto dall'articolo 137, nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, questa e il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, quando concordano sulla entità della sanzione sostitutiva o della pena detentiva, sempre che quest'ultima non superi complessivamente cinque anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, ovvero due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, nei casi previsti nel comma 1-bis dell'articolo 444 del codice. Nel caso di disaccordo del pubblico ministero, il giudice, se lo ritiene ingiustificato, accoglie ugualmente la richiesta".

ingiustificato o qualora rimanga inerte, il giudice può comunque dar seguito all'istanza del condannato¹⁰⁰.

Per la Corte di Strasburgo il principio di legalità ha un valore assoluto che non ammette deroghe: non è rilevante la ragione per la quale la pena sia disposta in violazione della legge, la pena è considerata illegale se c'è stata violazione del principio di prevedibilità sia della condotta penalmente rilevante sia della determinazione del trattamento sanzionatorio.

In ragione dell'equiparazione tra fonte normativa e prassi della giurisprudenza, la pena può definirsi illegale anche qualora sia contenuta in una decisione imprevedibile ovvero quando vi siano sulla questione interpretazioni contraddittorie e si assista al mutamento repentino dell'orientamento giurisprudenziale.

Il concetto di illegalità della pena, dopo la riforma del 2017, è stato ulteriormente ampliato andando a ricomprendere delle ipotesi che violano il principio di legalità in senso lato. La cassazione ha giudicato illegale la pena contenuta in una sentenza di patteggiamento che ha recepito l'accordo in mancanza delle condizioni soggettive e oggettive necessarie per accedere al rito della pena su richiesta. L'errore commesso dal giudice in questo caso comporta una violazione del principio di legalità poiché consente all'imputato di ottenere un vantaggio

¹⁰⁰ Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2015, n. 37107: "Sulla base di quanto precede possono affermarsi i seguenti principi di diritto:

- "La pena applicata con la sentenza di patteggiamento avente ad oggetto uno o più delitti previsti dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, relativi alle droghe c.d. leggere, divenuta irrevocabile prima della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, può essere rideterminata in sede di esecuzione in quanto pena illegale";

- "La rideterminazione avviene ad iniziativa della parti, con le modalità di cui al procedimento previsto dall'art. 188 disp. att. c.p.p., sottoponendo al giudice dell'esecuzione una nuova pena su cui è stato raggiunto l'accordo";

- "In caso di mancato accordo o di pena concordata ritenuta non congrua il giudice dell'esecuzione provvede autonomamente alla rideterminazione della pena ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p.p."

premiabile a cui non aveva diritto¹⁰¹. La pronuncia supera il concetto tradizionale di illegalità perché la sanzione irrogata rientrava nei limiti edittali mentre, si è detto, il tratto qualificante della categoria consiste proprio in un difetto di corrispondenza, qualitativo o quantitativo, tra la previsione sostanziale e il debito punitivo concretamente inflitto¹⁰².

In questa ipotesi, infatti, il vantaggio riconosciuto all'imputato è frutto di un errore valutativo del giudice che ha ritenuto sussistessero i presupposti per l'applicazione del rito della pena su richiesta. L'illegalità non deriva quindi dalla violazione delle disposizioni sulla pena ma dall'inosservanza delle norme procedurali che regolano l'accesso al rito speciale. La giurisprudenza supera il concetto originario di illegalità della pena e sancisce che vi rientri anche il trattamento sanzionatorio contenuto in una sentenza di patteggiamento pronunciata ad esito di un procedimento illegittimo. In sintesi, secondo la Corte l'illegalità della pena deve essere apprezzata tenendo presente tutte le disposizioni di diritto sostanziale e processuale che influiscono nella sua concreta determinazione, pure in via indiretta, la cui violazione si presti ad essere

¹⁰¹ Cassazione penale, sezione III, 10 luglio 2019, n.552: "Il D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 13 bis, comma 2, richiede espressamente, per l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. ai delitti previsti da tale decreto (eccettuati quelli di cui agli artt. 4, 5, 10 bis, 10 ter e 10 quater, cfr., in proposito, Sez. 3, n. 38684 del 12/04/2018, Incerti, Rv. 273607), l'estinzione dei debiti tributari, mediante integrale pagamento degli importi dovuti (anche a seguito delle speciali procedure conciliative di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie), o il ravvedimento operoso.

Nel caso in esame la sentenza di applicazione della pena su richiesta è stata pronunciata in relazione a due contestazioni di violazione del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 5 (capi A et B), nonché a una contestazione di violazione dell'art. 10 (capo C) e a una di violazione dell'art. 8 (capo D), sicché in relazione a tali ultime due contestazioni essa, in mancanza della suddetta condizione di ammissibilità del rito, di cui non si dà atto nella sentenza, non avrebbe potuto essere pronunciata, e quindi, non avrebbe potuto applicata la diminuzione di un terzo della pena, con la conseguente violazione del disposto dell'art. 13 bis citato, comma 2 che determina l'illegalità della pena.

Tale disposizione deve, infatti, ritenersi applicabile anche alle condotte realizzate anteriormente alla sua entrata in vigore (essendo stata inserita dal D.Lgs. n. 158 del 2015, art. 12), trattandosi di norma di natura esclusivamente procedimentale, quale condizione per accedere al rito speciale, da applicare al momento della pronuncia della sentenza, indipendentemente dall'epoca di realizzazione delle condotte (cfr. Sez. 6, n. 9990 del 25/01/2017, Mirelli, Rv. 269645; Sez. 6, n. 25257 del 22/03/2018, Perfetti, Rv. 273656 - 01).

¹⁰² B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 329-330.

qualificata come contraria al dettato normativo¹⁰³.

L'analisi svolta in merito al concetto di illegalità della pena ha dimostrato come, anche prima della riforma del 2017, la giurisprudenza abbia tentato di ampliare il più possibile questo concetto per permettere l'accesso al sistema dei rimedi a esigenze di giustizia sostanziale che altrimenti non vi avrebbero fatto ingresso. Dopo la riforma Orlando, quest'operazione è stata volta a superare le rigide preclusioni previste per l'introduzione del giudizio di legittimità avverso la sentenza di patteggiamento. Quest'orientamento della giurisprudenza, anche se guidato da un nobile intento, incontra un ostacolo non indifferente nella tendenza stessa contenuta nelle sentenze a trattare in modo non sempre uguale situazioni sovrapponibili. In particolare è evidente la maggiore propensione dei giudici ad espandere i confini del concetto dell'illegalità della pena quando questo sia utile a caducare le sentenze che concedono ai loro destinatari più benefici di quelli dovuti in base alla lettera della legge, al contrario di quello che succede quando la violazione delle norme comporti un'illegittima attribuzione del trattamento sanzionatorio comprimendo, oltre il dovuto, la libertà e i diritti del condannato.

¹⁰³ B. Nacar, *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 331.

Capitolo III – Il contrasto giurisprudenziale in merito alla deducibilità con ricorso per cassazione della violazione dell'art. 165 comma 5 cod. pen.

SOMMARIO: Introduzione - 1. Le tesi della giurisprudenza favorevole. - 2. Le tesi della giurisprudenza contraria. - 3. I possibili rimedi all'illegalità della pena da parte del giudice dell'esecuzione.

Introduzione

Il percorso argomentativo condotto attraverso i due precedenti capitoli culmina in quest'ultimo con l'analisi dei due opposti orientamenti giurisprudenziali in merito all'impugnazione di fronte al giudice di legittimità della sentenza di patteggiamento che abbia omesso di subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena alla partecipazione, da parte del condannato, a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni qualificati.

Come già ricordato, l'occasione del presente elaborato è rappresentata dalla sentenza n. 5352 del 6 febbraio 2024 con cui le Sezioni Unite si sono pronunciate sul tema consacrando l'orientamento sfavorevole a tale proposizione del ricorso per cassazione.

Nel caso di specie, con sentenza del 13 luglio 2022, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Genova aveva applicato all'imputato, nel corso di un rito di patteggiamento, la pena condizionalmente sospesa di un anno e otto mesi di reclusione per i delitti previsti dal codice penale agli articoli 81, secondo comma, 609 bis, terzo comma, 609 ter, secondo comma, e 612, secondo comma. Le Sezioni Unite, nell'argomentare la loro posizione contraria al ricorso proposto avverso la sentenza di patteggiamento da parte del Procuratore generale della Corte d'appello di Genova, danno conto dell'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali opposti sul tema che si analizzeranno nei primi due paragrafi

del presente capitolo.

Infine, per quanto attiene ai possibili rimedi esperibili avverso una sentenza che disponga nei confronti del condannato una pena *contra legem*, è opportuno approfondire anche i possibili strumenti di cui dispone, in tal senso, il giudice dell'esecuzione¹⁰⁴.

1. Le tesi della giurisprudenza favorevole

L'orientamento della giurisprudenza favorevole alla proponibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento che abbia concesso il beneficio della sospensione condizionale omettendo di imporre la partecipazione agli specifici percorsi di recupero previsti dal quinto comma dell'art. 165 cod. pen. si fonda sul principio in base al quale la nozione di pena illegale comprende anche gli istituti che incidono sull'effettiva e concreta applicazione delle sanzioni. Questo indirizzo, anche se condivide con quello sfavorevole il rilievo della centralità dell'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen., accoglie una nozione diversa di pena illegale ovvero si basa sulla convinzione che non possa ritenersi imposta dall'ordinamento un'interpretazione restrittiva della norma in esame: questa disposizione, infatti, ad avviso dei giudici, deve essere interpretata tenendo presenti le esigenze di celerità e deflazione sottese al procedimento speciale della pena su richiesta delle parti.

L'istituto della sospensione condizionale della pena incide sulla legalità della

¹⁰⁴A. Camon, et al., *Fondamenti di procedura penale*, 4. ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2023
B. Lavarini, *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative*, Archivio penale, n. 3, 2019, pag. 93-114

B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, CEDAM, 2017

G. Faillaci, *Illegalità della pena: il giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere la pena illegale inflitta dal giudice della cognizione*, NJus, La Tribuna, 01/09/2021

T. Alesci, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale: presupposti e limiti*, Processo penale e giustizia, n. 4, 2015, pag. 106-114

V. Virga, *Pena illegale e poteri del giudice dell'esecuzione*, Il Foro italiano, 1/2023, 2, pag. 27-31.

sanzione determinando i casi in cui la pena non deve essere eseguita oppure può esserlo solo in presenza di determinate condizioni.

In tal senso, ad esempio, si è espressa la quarta sezione della cassazione con la sentenza n. 47202 del 18 novembre 2022. La questione sottoposta all'attenzione dei giudici di legittimità aveva avuto origine dal ricorso del Procuratore generale presso la Corte di appello di Cagliari proposto avverso una sentenza di patteggiamento con cui era stata concessa la sospensione condizionale della pena senza subordinare il beneficio a uno degli obblighi di cui all'art. 165 cod. pen. (nel caso di specie l'imputato aveva già usufruito della sospensione condizionale). Il Procuratore riteneva che il ricorso fosse proponibile sulla base dell'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. essendo riconducibili alla nozione di illegalità della pena anche gli istituti inerenti la concreta ed effettiva applicazione della sanzione. La Corte in questo caso ha ritenuto che tale vizio fosse riconducibile al concetto di pena illegale¹⁰⁵. In particolare ad avviso della quarta sezione si tratta di bilanciare i principi costituzionali della proponibilità del ricorso in cassazione e della legalità della sanzione con la natura negoziale del rito speciale e le esigenze di celerità e deflazione sottese al procedimento ex art. 444 e seguenti cod. proc. pen.: questa operazione consente di fornire un'interpretazione estensiva della nozione di pena illegale. È condivisibile sul

¹⁰⁵ Cass. Sez. IV, 18/11/2022, n. 47202: "A questa domanda preliminare il Collegio ritiene debba essere data risposta positiva così dando continuità all'orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, secondo la quale può considerarsi illegale anche una pena che sia stata condizionalmente sospesa senza rispettare le disposizioni di cui all'art. 163 c.p., e s.s.. Se è vero infatti che, introducendo l'art. 448 c.p.p., comma 2- bis, il legislatore ha delineato, per le sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 444 c.p.p., e s.s., un regime di deducibilità dei motivi di ricorso in Cassazione nettamente differenziato rispetto a quello indicato, in via ordinaria, dall'art. 606 c.p.p.; è pur vero che tale scelta deflattiva, volta a circoscrivere l'area del giudizio di legittimità con riferimento alle sentenze di "patteggiamento", non esclude che la deroga così introdotta possa essere interpretata restrittivamente, al fine di evitare che rimangano non deducibili in sede di legittimità vizi del trattamento sanzionatorio - pur concordato tra le parti e ratificato dal giudice - aventi carattere strutturale, perchè destinati a incidere sulla concreta esecuzione della pena".

punto un indirizzo giurisprudenziale che sostiene che debba rientrare in quest'ultimo concetto tutto ciò che incide sul trattamento punitivo e perciò anche le norme che sospendono l'esecuzione della pena contestualmente alla pronuncia della sentenza di condanna¹⁰⁶. Ne consegue che non può essere considerata estranea alla nozione la questione relativa alla necessità giuridica di subordinare il beneficio in esame a uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. e non può esserlo nemmeno il tema dei limiti entro il quale il medesimo beneficio può essere concesso.

La cassazione afferma che in questo caso il ricorso è l'unico rimedio per far valere l'errore di diritto commesso, prima ancora che dal giudice, dal magistrato inquirente che ha prestato il suo consenso ad una illegittima concessione della sospensione condizionale¹⁰⁷.

Il Collegio ritiene che l'omessa subordinazione del beneficio a uno degli obblighi previsti per il condannato non esuli dall'ambito delle censure deducibili nel giudizio di legittimità ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. Il ricorso oltre a doversi ritenere ammissibile, è anche fondato: dal certificato penale allegato dal Procuratore generale risulta che l'imputato avesse già goduto del beneficio e perciò l'ulteriore concessione del medesimo doveva, a norma del secondo comma dell'art. 165 cod. pen., essere subordinata ad una delle prescrizioni

¹⁰⁶ Cass. Sez. IV, 18/11/2022, n. 47202: "Ai fini che qui interessano, infatti, non v'è ragione di espungere dal concetto di legalità della pena i profili che attengono alle concrete modalità di esplicazione del regime punitivo. Come opportunamente sottolineato nella sentenza Sez. 4, n. 5064 del 06/11/2018, dep. 2019, Bonomi, Rv. 275118 (pag. 3 della motivazione), la nozione di pena non può essere circoscritta "all'irrogazione di una o più delle sanzioni previste dall'art. 17 c.p., ma va identificata in un più ampio plesso concettuale che comprende anche gli istituti che incidono sulla concreta ed effettiva applicazione di tali sanzioni".

¹⁰⁷ Cass. Sez. IV, 18/11/2022, n. 47202: "La revoca in sede esecutiva della sospensione condizionale della pena, infatti, è stata estesa dall'art. 168, comma 3, come novellato dalla L. 26 marzo 2001, n. 128, art. 1, anche alla sospensione concessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., comma 3, ma tale revoca è prevista "solo per violazione del divieto di concederla più di una volta e senza l'osservanza dei limiti di pena cumulata sospesa" e non anche per la violazione dell'art. 165 c.p., comma 2".

previste dal primo comma della medesima disposizione. La quarta sezione ha quindi accolto il ricorso annullando la sentenza di patteggiamento impugnata. Un altro argomento su cui si fonda l'orientamento favorevole è quello per cui anche alla sospensione condizionale è attribuibile un - seppur limitato - contenuto afflittivo che consiste nell'intimidazione nei confronti del reo di astenersi dal commettere ulteriori reati con l'ammonimento che nel caso in cui invece ciò avvenga sarà data esecuzione alla pena inflitta. Ad avviso della cassazione il carattere afflittivo sarebbe ancora più evidente nei casi in cui il beneficio sia subordinato all'adempimento di obblighi specifici.

A tal proposito è interessante la sentenza n. 17119 del 14 marzo 2019 della sesta sezione che ha accolto il ricorso proposto avverso una sentenza di patteggiamento che ha concesso il beneficio della sospensione in violazione del quarto comma dell'art. 164 e del secondo comma dell'art. 165 cod. pen.: queste due disposizioni prevedono la necessaria subordinazione a uno degli obblighi previsti per il condannato quando quest'ultimo abbia già fruito del beneficio. Il Collegio ha sottolineato come il contenuto punitivo della sospensione condizionale si percepisca maggiormente quando venga subordinato alle prescrizioni di cui all'art. 165 cod. pen. essendo in questi casi il condannato tenuto a farvi fronte con l'ammonimento che, nel caso in cui non lo faccia nei termini stabiliti dalla sentenza, la pena verrà eseguita.

La cassazione ritiene di dover affermare il principio in base al quale la sospensione condizionale concessa in violazione di legge integra un vizio di illegittimità che investe la legalità della pena dato che la pena illegittimamente sospesa è illegale: si tratta di un beneficio che incide sulla pena sospendendone l'esecuzione ed escludendola completamente una volta decorso il periodo cui

conseguie l'estinzione del reato come previsto dall'art. 167 cod. pen.¹⁰⁸. Questo vale non soltanto quando la pena sospesa sia stata disposta dal giudice sebbene non fosse stata considerata dalle parti come condizione dell'accordo ma anche quando l'errore di diritto sia imputabile al pubblico ministero che abbia concorso all'adozione di una decisione viziata dando il proprio consenso alla concessione del beneficio: l'ordinamento riconosce infatti il diritto della parte pubblica di proporre ricorso per cassazione anche in riferimento ad una sentenza di patteggiamento che, sebbene conforme a quanto statuito dalle parti, integri uno dei casi di violazione di legge previsti dall'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen.¹⁰⁹. Tra le sentenze citate dal Procuratore generale della Corte d'appello di Genova vi è anche la decisione n. 32117 del 5 aprile 2023 con cui la terza sezione della cassazione penale ha ritenuto ammissibile il ricorso avverso una sentenza di patteggiamento motivato sulla base della violazione del quinto comma dell'art. 165 cod. pen.: anche in questo caso il giudice ha omesso di subordinare la concessione del beneficio della sospensione condizionale all'obbligo di partecipazione agli specifici percorsi di recupero previsti dalla norma per gli autori dei reati, nel caso di specie, di cui all'art. 609 quinquies cod. pen.¹¹⁰ (corruzione

¹⁰⁸ Art. 167 cod. pen.: "Se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto. In tal caso non ha luogo l'esecuzione delle pene".

¹⁰⁹Cass. Sez. VI, 14/03/2019, n. 17119: "Diversamente opinando, la pubblica accusa non avrebbe alcun mezzo di impugnazione per rimuovere una statuizione della sentenza di patteggiamento che, concedendo detto beneficio in violazione di legge, incide sulla stessa legalità della pena, intesa nel senso più ampio di legalità delle conseguenze punitive del reato.

La revoca in sede esecutiva della sospensione condizionale della pena, estesa dall'art. 168, comma 3, come novellato dalla L. 26 marzo 2001, n. 128, art. 1, anche alla sospensione concessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., comma 3, è, infatti, prevista dall'art. 674 c.p.p., comma 1-bis, solo per violazione del divieto di concederla più di una volta e senza l'osservanza dei limiti di pena cumulata sospesa, previsto dall'art. 164 c.p., comma 4, ma non anche per la violazione dell'art. 165 c.p., comma 2, che prevede l'obbligo di subordinare il beneficio a chi ne abbia già usufruito".

¹¹⁰ Art. 609 quinquies cod. pen.: "Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

di minorenni).

In questo caso la cassazione ha affermato che dalla norma dell'art. 165 comma 5 cod. pen. deriva il carattere obbligatorio della partecipazione ai percorsi in relazione alla cui necessità il giudice non gode di alcun potere discrezionale e che pertanto egli può sindacare solamente la concreta adeguatezza del programma di trattamento del condannato. Il giudice ha commesso un errore concedendo il beneficio senza alcuna subordinazione e tale vizio per la sua importante incidenza sull'assetto sanzionatorio complessivo concordato dalle parti travolge il patto nella sua interezza e determina la necessità di una pronuncia rescindente: la sentenza di patteggiamento risulta viziata nel suo insieme, non soltanto nel passaggio relativo alla sospensione condizionale, e va pertanto annullata.

Il Procuratore generale della Corte d'appello di Genova, argomentando le ragioni del suo ricorso, sottolinea che nelle precedenti decisioni delle Sezioni Unite non è stato espressamente affrontato il tema degli obblighi del condannato cui subordinare la concessione del beneficio e non sono state considerate la matrice riparativa della subordinazione della sospensione condizionale alla partecipazione ai percorsi di recupero e l'impossibilità di porre rimedio in fase esecutiva alla violazione di legge conseguente all'omissione, potendo in questa

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali.

La pena è aumentata:

- a) se il reato è commesso da più persone riunite;
- b) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività;
- c) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave;
- c-bis) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore.

La pena è aumentata fino alla metà quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di stabile convivenza".

sede essere definite solamente le modalità attuative dei percorsi.

Le Sezioni Unite ricordano come espressiva dell'orientamento favorevole in esame la sentenza n. 5064 del 6 novembre 2018 pronunciata dalla quarta sezione con riferimento al ricorso avverso una sentenza di patteggiamento con cui è stata concessa la sospensione condizionale della pena ad un soggetto che ne aveva già usufruito senza subordinarla agli obblighi previsti dal primo comma dell'art. 165 cod. pen. La cassazione in questo caso ha evidenziato come dalla lettera dell'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. possa evincersi la volontà del legislatore di delineare un regime di deducibilità dei motivi molto diverso rispetto a quello indicato in via ordinaria dall' art. 606 cod. proc. pen.¹¹¹. Da tempo, infatti, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità era volto ad evitare la proposizione di censure che di fatto si traducevano in una forma indebita di recesso postumo dall'accordo raggiunto in fase di patteggiamento¹¹². Quanto sinora esposto esclude la legittimità di interpretazioni analogiche che allargherebbero indebitamente l'area della deducibilità nel giudizio di cassazione.

¹¹¹ Art. 606 cod. proc. pen.: "1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi:

a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri;

b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale;

c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza;

d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2;

e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame.

2. Il ricorso, oltre che nei casi e con gli effetti determinati da particolari disposizioni, può essere proposto contro le sentenze pronunciate in grado di appello o inappellabili.

2-bis. Contro le sentenze di appello pronunciate per reati di competenza del giudice di pace, il ricorso può essere proposto soltanto per i motivi di cui al comma 1, lettere a), b) e c).

3. Il ricorso è inammissibile se è proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli articoli 569 e 609 comma 2, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello".

¹¹² Cass. Sez. IV, 06/11/2018, n. 5064: "Ciò spiega l'opzione legislativa inerente alla circoscritta attivabilità del rimedio impugnatorio, posto che la censura relativa al provvedimento che abbia accolto la richiesta dell' impugnante è volta a demolire proprio quanto domandato dalla stessa parte (Sez. U., n. 11493 del 24-6-1998, Verga, Rv. 211468)".

Al contrario, è legittimo adottare un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata volta ad evitare una serie di violazioni di legge che rimarrebbero altrimenti indeducibili di fronte al giudice di legittimità. In giurisprudenza la portata del concetto di illegalità della pena è stata identificata in ogni statuizione *ab origine* contraria alle norme vigenti al momento della consumazione del reato o, se più favorevole, dell'applicazione della sanzione penale.

In quest'ottica non possono essere escluse dalla nozione di legalità della pena le modalità concrete di esplicazione del regime punitivo. La nozione di pena non è circoscritta all'irrogazione di una o più sanzioni previste dall'art. 17 cod. pen. ma va identificata in un ambito concettuale più ampio che comprende anche gli istituti che incidono sull'applicazione in concreto delle predette sanzioni. Ne consegue che la doglianza circa la mancata subordinazione del beneficio della sospensione condizionale agli obblighi previsti dalla legge rientra nel concetto di illegalità della pena¹¹³. Questo vizio per la sua rilevante incidenza sull'assetto sanzionatorio complessivo concordato dalle parti travolge il patto nella sua interezza e comporta l'annullamento senza rinvio della sentenza.

La giurisprudenza favorevole sottolinea che, se si escludesse l'impugnabilità tramite ricorso in cassazione della sentenza di patteggiamento pronunciata in violazione dell'art. 165 cod. pen., non sussisterebbe alcuno strumento idoneo a

¹¹³Cass. Sez. IV, 06/11/2018, n. 5064: "Il che dà anche ragione della legittimazione del Procuratore generale a ricorrere per cassazione. In tema di patteggiamento, infatti, qualora il pubblico ministero abbia prestato il proprio consenso all'applicazione di un determinato trattamento sanzionatorio, l'impugnazione della sentenza che tale accordo abbia recepito è consentita solo qualora esso si ponga in contrasto con specifiche disposizioni normative e si configuri pertanto come illegale (Cass., Sez. 4 n. 33299 dell'8-72002; Sez. 4, n. 3946 del 19-2-1998). Ne deriva che, una volta concluso l'accordo tra pubblico ministero e imputato, il Procuratore generale, pur non essendo partecipe dell'accordo stesso, non può far valere, per la pubblica accusa, una sorta di ripensamento che non è consentito per l'imputato e non può formare oggetto di discriminazione tra le parti (Cass., Sez. 4, n. 10692 dell'11-3-10, Rv 246394; Sez. 6 n. 45688 del 20-11-2008, Rv 241666), tranne che la pena non sia illegale, come, per l'appunto, nel caso di specie".

rimuovere la statuizione illegittima contenuta nella decisione in quanto la revoca¹¹⁴ della sospensione condizionale in sede esecutiva è prevista solo con riferimento alla reiterazione del beneficio e all'inosservanza dei limiti di pena¹¹⁵. In tal senso si è espressa la sentenza n. 9951 del 15 novembre 2011 della quinta sezione con riferimento ad un ricorso presentato dall'imputato nei cui confronti è stata disposta dal giudice per le indagini preliminari la sospensione condizionale della pena subordinata all'obbligo di svolgere lavoro di pubblica utilità. Il destinatario della decisione chiede l'annullamento della medesima per violazione di legge ovvero per avere il giudice determinato la durata del lavoro di pubblica utilità in un periodo superiore alla durata massima prevista dalla legge, pari a sei mesi. La cassazione ritiene il ricorso fondato e lo accoglie.

Non sussiste, a parere del Collegio, nessun dubbio circa l'ammissibilità di quest'ultimo essendo la decisione viziata dall'illegalità della pena e dal difetto di correlazione tra la richiesta delle parti e la sentenza. Per quanto attiene al primo vizio la quinta sezione sposa l'orientamento in base al quale sono riconducibili al concetto di legalità della pena anche gli istituti che incidono sull'applicazione concreta delle sanzioni; per quanto riguarda invece il secondo vizio, il Collegio sottolinea che il consenso delle parti si è formato unicamente sull'entità della pena e sulla possibilità di condizionare la richiesta di patteggiamento al riconoscimento della sospensione condizionale, non anche sul tipo di obbligo a cui il condannato sarebbe stato sottoposto e tantomeno sulla sua durata. La cassazione afferma che, nel procedimento speciale della pena su richiesta

¹¹⁴ Art. 674 c. 1 bis cod. proc. pen.: "Il giudice dell'esecuzione provvede altresì alla revoca della sospensione condizionale della pena quando rileva l'esistenza delle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 168 del codice penale".

¹¹⁵ Art. 164 c.4 cod. pen.: "La sospensione condizionale della pena non può essere concessa più di una volta. Tuttavia, il giudice, nell'infliggere una nuova condanna, può disporre la sospensione condizionale qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163".

delle parti, l'accordo debba contenere anche disposizioni circa le prescrizioni connesse *ex lege* alla concessione del beneficio: in mancanza la sospensione non può essere accordata e, qualora al suo riconoscimento sia subordinata l'efficacia della richiesta stessa di applicazione della pena, quest'ultima dev'essere integralmente rigettata¹¹⁶.

Nel caso di specie, inoltre, la violazione di legge è doppia e rilevabile d'ufficio avendo il giudice dell'udienza preliminare previsto per l'obbligo ex art. 165 cod. pen. una durata di un anno e nove mesi, cioè pari a quella della pena sospesa: già in precedenza infatti le Sezioni Unite avevano affermato il principio in base al quale la durata della prestazione di attività non retribuita a favore della collettività soggiace al limite di sei mesi¹¹⁷.

A tal proposito è opportuno citare anche la decisione n. 11611 del 27 gennaio 2020 della seconda sezione che ha accolto il ricorso avverso una sentenza di patteggiamento che, come nei casi sin qui analizzati, ha concesso il beneficio della sospensione condizionale senza subordinarlo a nessuno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. nonostante l'imputato ne avesse già goduto in passato. Ad avviso della cassazione si tratta di una prescrizione obbligatoria che il giudice deve necessariamente disporre anche quando l'imputato non l'abbia

¹¹⁶ Cass. Sez. V, 15/11/2022, n. 9951: "Al giudice del patteggiamento", infatti, non è consentito subordinare motu proprio la concessione della sospensione condizionale concordata dalle parti ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 c.p., anche nel caso di reiterazione del beneficio, atteso che la scelta della prescrizione da imporre e la modulazione del relativo contenuto non sono elementi predeterminati dalla legge, ma rimessi alla discrezionalità del decidente, con la conseguente sottrazione alle parti della possibilità di prevedere come verrà in concreto esercitato il relativo potere (cfr. Sez. U, n. 23400 del 27/01/2022, Rv. 283191). In mancanza di un accordo tra le parti anche sulla individuazione dell'obbligo da adempiere per ottenere per la seconda volta il beneficio della sospensione condizionale della pena e delle relative modalità di esecuzione, in altri termini, il giudice non può integrare sul punto la volontà delle parti, dovendo egli semplicemente accogliere la richiesta di pena patteggiata, senza concedere la sospensione condizionale della pena, laddove se l'efficacia della richiesta di patteggiamento sia subordinata, come nel caso in esame, alla sospensione condizionale della pena, egli, in mancanza dell'accordo in questione, non ha altra scelta che rigettare in toto la suddetta richiesta".

¹¹⁷ Previsto dal combinato disposto degli artt. 18 bis disp. coord. trans. c.p., e D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 54, comma 2, nonché a quello, se inferiore, stabilito dall'art. 165 cod. pen., comma 1, in relazione alla misura della pena sospesa.

prevista nella richiesta, tanto che, secondo parte della giurisprudenza, proprio questa obbligatorietà consente di ritenerne implicita l'accettazione da parte del condannato che si deve presumere consapevole del fatto che la reiterazione della concessione del beneficio comporta *ope legis* l'imposizione di uno degli obblighi ex art. 165 cod. pen. Il mancato rispetto di quest'ultima disposizione rappresenta una violazione di legge tale da rendere la sentenza affetta da nullità nel suo complesso e non solo nella parte relativa alla sospensione condizionale.

2. Le tesi della giurisprudenza contraria

La giurisprudenza contraria all'impugnabilità con ricorso per cassazione delle sentenze di patteggiamento che abbiano disposto illegittimamente la sospensione della pena senza subordinarla all'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. si fonda sull'esclusione della riconducibilità di tale vizio alla nozione di illegalità della pena.

In tal senso si è pronunciata la sentenza della sezione terza della cassazione n. 35485 del 23 aprile 2021, con particolare riferimento alla fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 165 cod. pen. Il ricorso, proposto anche in questo caso dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova, riguarda una sentenza di patteggiamento in cui è stata concessa la sospensione condizionale della pena, già in passato riconosciuta in favore del medesimo imputato, senza subordinarla ad uno degli obblighi previsti dal primo comma dell'art. 165 cod. pen. Ad avviso di chi propone il ricorso il caso di specie integra un'ipotesi di pena illegale che legittima la presentazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. La cassazione, rigettando il ricorso, lo definisce inammissibile. La Corte ritiene che l'orientamento favorevole a questo genere di impugnazione comporti un ampliamento eccessivo del concetto di pena illegale che finisce per

ricomprendere anche i profili di illegittimità della sanzione che sono definiti “accessori”¹¹⁸.

La Corte afferma che per pena illegale deve intendersi la sanzione che differisce per specie da quella che la legge indica per il reato oggetto della sentenza di condanna ovvero la pena inferiore o superiore ai limiti edittali dettati dalla norma ovvero inflitta in mancanza dei presupposti sostanziali o dei limiti legali necessari per la sua applicazione.

A modo di vedere della cassazione nel caso di specie la pena concordata fra il pubblico ministero e l'imputato è determinata, per tipo e quantità, in osservanza dei termini previsti dalla legge per il reato contestato. Il riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale in mancanza delle condizioni legittimanti previste dal secondo comma dell'art. 165 cod. pen. può determinare l'illegittimità della pena ma non costituisce fattore che ne sancisca l'illegalità.

A ulteriore dimostrazione del fondamento della sua tesi, la Corte sottolinea che con riferimento al beneficio in esame non sia corretto parlare in termini di contenuto affittivo, anche se limitato: la sospensione condizionale ha una funzione unicamente deterrente che mira al reinserimento sociale del reo e alla prevenzione della recidiva¹¹⁹. La cassazione ritiene che sposare la tesi contraria

¹¹⁸Cass. Sez. III, 23/04/2021, n. 35485: “Infatti, attraverso di esso, è veicolato un ampliamento del concetto di pena illegale che trasmoda rispetto ai termini di esso, andando a ricomprendere non solo la illegalità della sanzione in senso tecnico ma anche la illegittimità di taluno degli aspetti ad essa pena accessori, quali gli eventuali vizi dei termini della sua applicazione ovvero, come nel caso di specie, della sospensione della sua applicazione; una siffatta interpretazione, se appare conforme alla esegesi della espressione "trattamento sanzionatorio", dovendo in esso ricomprendersi tutti gli aspetti legati alle modalità con le quali viene applicata la punizione derivante dalla trasgressione di una disposizione penale, non appare, invece, corrispondere al generalmente inteso concetto di pena illegale”.

¹¹⁹Cass. Sez. III, 23/04/2021, n. 35485: “Deve, infatti, ritenersi che il beneficio della sospensione condizionale della pena (e già nella espressione comunemente utilizzata di "beneficio" appare arduo ritrovare dei contenuti affittivi) abbia per certo esclusivamente una funzione non sanzionatoria ma positivamente deterrente, sollecitando - al fine di promuoverne il reinserimento sociale e nella presunzione della sua successiva non ricaduta nel crimine - il soggetto che se ne sia giovato a non violare nuovamente la legge penale - anzi, inducendolo persino al *bonum facere* laddove la stessa sia subordinata ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 c.p., comma 2 - con il risultato, ricorrendone le condizioni, di consolidare ed implementare gli effetti favorevoli di quello; laddove la funzione punitiva risiede in tutto

a questo orientamento equivalga ad attribuire una funzione punitiva a quegli istituti che, prevedendo forme di esecuzione della pena meno afflittive, comportino il ripristino dell'originaria esigenza punitiva per effetto di eventi sopravvenuti al loro riconoscimento.

In altre pronunce il medesimo principio è stato affermato per la fattispecie di cui al quinto comma dell'art. 165 cod. pen.

La sesta sezione della cassazione penale con la sentenza n. 23416 del 10 marzo 2022 ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso una sentenza di patteggiamento che aveva concesso la sospensione della pena senza imporre al condannato l'obbligo di partecipare agli specifici percorsi di recupero previsti dalla legge. Il collegio, rifacendosi a quanto sostenuto anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹²⁰, osserva che la sospensione condizionale della pena è uno strumento per reiterare la minaccia general preventiva: si tratta quindi di un istituto che non incide sulla determinazione della pena ma che ne sostituisce l'esecuzione.

Nel caso di specie la pena concordata è correttamente determinata in quanto a specie, tipo e quantità e l'omessa previsione dell'obbligo di partecipazione ai percorsi rivela un profilo di mera illegittimità, non di illegalità, della sanzione.

La sesta sezione della cassazione penale con la sentenza n. 9690 del 21 marzo 2022 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto in relazione ad una sentenza pronunciata ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Padova che ha

ed esclusivamente nella pena originariamente irrogata, i cui effetti riprenderebbero pieno vigore ove il soggetto che avesse beneficiato della sospensione condizionale della pena si dimostrasse immeritevole di essa".

¹²⁰ Cass. Sez. VI, 15/06/2022, n. 23416: "La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha a sua volta affermato che, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, la pena inflitta da un giudice di uno stato contraente è stata eseguita o è effettivamente in corso di esecuzione attualmente allorchè l'imputato, conformemente al diritto di detto stato contraente, è stato condannato ad una pena detentiva alla cui esecuzione è stata applicata una sospensione condizionale" (CGUE, 18 luglio 2007, Kretzinger).

riconosciuto all'imputato il beneficio della sospensione senza alcuna condizione di operatività: anche in questo caso a parere del collegio non si tratta di un'ipotesi di pena illegale ma di pena meramente illegittima che non consente il ricorso in cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen¹²¹.

Altre pronunce, in termini più generali, hanno negato la possibilità di ricorrere in cassazione contro sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti in casi in cui lo scopo dell'impugnazione sia censurare la violazione di un divieto di legge che impedisce di riconoscere il beneficio della sospensione condizionale della pena: la Corte ritiene infatti che tale vizio sia estraneo alla nozione di illegalità della pena.

Un esempio di queste pronunce è la sentenza n. 29950 del 23 giugno 2022. In questo caso la sesta sezione della cassazione penale ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso una sentenza di patteggiamento che ha riconosciuto il beneficio della sospensione condizionale ad un soggetto che lo aveva già ottenuto due volte e quindi in violazione dell'art. 164 comma 4 cod. pen¹²². La Corte ritiene che anche in questo caso si sia di fronte ad un caso di illegittimità della pena che non consente il ricorso in cassazione. Ad avviso del Collegio depone in tal senso anche la natura stessa del beneficio che non ha natura afflittiva nonostante

¹²¹ Cass. Sez. VI, 17/02/2022, n. 9690: "In particolare, si è puntualizzato che tale disposizione - chiaramente finalizzata a ridurre i casi nei quali è ammissibile l'impugnazione di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti - è operante, nei limiti innanzi indicati, se le questioni poste con il ricorso attengono ai punti oggetto dell'accordo negoziale, mentre per le questioni relative a punti estranei a quell'accordo trova applicazione la disciplina generale dettata dall'art. 606 c.p.p.. Ne consegue che per l'impugnazione della sentenza di patteggiamento occorre far riferimento al regime generale, ad esempio laddove venga censurata l'erronea o l'omessa applicazione di sanzioni amministrative, alle quali l'art. 448, comma 1-bis, non fa riferimento; oppure laddove venga posta una questione concernente l'applicazione di una misura di sicurezza che non ha costituito oggetto dell'accordo delle parti. Al contrario, nei casi elencati in tale comma 2-bis, è necessario attenersi alle rigorose prescrizioni ivi fissate per delimitare la legittimazione oggettiva ad impugnare".

¹²² Art. 164 c. 4 cod. pen.: "La sospensione condizionale della pena non può essere concessa più di una volta. Tuttavia il giudice, nell'infliggere una nuova condanna, può disporre la sospensione condizionale qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163".

partecipi alla funzione rieducativa e di prevenzione speciale della pena. La concessione della sospensione condizionale comporta la paralisi del rapporto esecutivo e, successivamente all'avverarsi di una serie di elementi¹²³, l'estinzione del reato. Secondo la cassazione ciò che si verifica in concreto è un'astensione a tempo¹²⁴ dell'esecuzione della pena: la sospensione condizionale non è quindi un istituto inerente alla determinazione della sanzione ma sostitutivo della sua attuazione pratica il che non consente di far rientrare eventuali suoi vizi nell'alveo del concetto della pena illegale.

La Corte in chiusura precisa che rimane la possibilità per il pubblico ministero, una volta divenuta irrevocabile la sentenza, di adire il giudice dell'esecuzione per ottenere la revoca del beneficio concesso in presenza di una causa ostativa¹²⁵. Un altro esempio di questo orientamento della giurisprudenza è rappresentato dal rigetto del ricorso per cassazione presentato dalla Procura Generale presso la Corte di appello di Brescia contro una pronuncia ex art. 444 cod. proc. pen. che aveva concesso la sospensione condizionale della pena in contrasto con l'art. 164 comma 2 cod. pen. ovvero senza considerare le numerose precedenti condanne comminate al medesimo soggetto che hanno riconosciuto la recidiva¹²⁶. La sesta sezione della cassazione penale con la sentenza n. 18976 del 22 marzo 2022 ha dichiarato inammissibile questo ricorso perché proposto

¹²³ Decorso del tempo, adempimento degli obblighi, mancanza della revoca del beneficio.

¹²⁴ Corte Costituzionale, 07/07/2005, ordinanza n. 296: "la sospensione condizionale si traduce in una semplice "astensione a tempo" dall'esecuzione della pena, che - alla stregua della disciplina vigente al tempo della concessione dei benefici di cui si discute nel giudizio a quo - non implica alcuna limitazione della libertà personale del condannato".

¹²⁵ Art. 168 c. 3 cod. pen.: "La sospensione condizionale è altresì revocata quando è stata concessa in violazione dell'articolo 164, quarto comma, in presenza di cause ostative. La revoca è disposta anche se la sospensione è stata concessa ai sensi del comma 3 dell'articolo 444 del codice di procedura penale".

¹²⁶ Art. 99 c. 4 cod. pen.: "Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto".

fuori dai limiti previsti dall'art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen¹²⁷.

Un'altra pronuncia rilevante della cassazione che conferma l'orientamento sfavorevole della Corte è la n. 8803 del 15 Gennaio 2020. In questo caso la sentenza di patteggiamento è stata impugnata per due motivi: l'omesso ordine di confisca per equivalente dei beni per un valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato¹²⁸ e la violazione dell'art. 606 comma 1 lettera b) con riferimento al secondo comma dell'art. 165 cod. pen. Il ricorrente eccepisce che il Tribunale

¹²⁷ Cass. Sez. VI, 22/03/2022, n. 18976: "Ciò malgrado, aderendo alle valutazioni rese in altri precedenti di segno contrario cui è pervenuta la Corte, si ritiene che una concezione siffatta della nozione di pena illegale considerata dalla citata disposizione del codice di rito non possa essere condivisa perchè non in linea con le indicazioni di principio più volte offerte dalle Sezioni unite di questa stessa Corte nel rimarcare che la pena può essere definita illegale, così da legittimare il ricorso di legittimità avverso la sentenza di applicazione della pena concordata, solo quando, per specie o per quantità non corrisponda a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice, oppure quando è stata determinata attraverso un procedimento di commisurazione basato su una cornice edittale inapplicabile, perchè dichiarata costituzionalmente illegittima o perchè individuata in violazione del divieto di irretroattività della legge più sfavorevole. Indicazioni che dunque consentono di escludere che si possa parlare di pena illegale, nei termini innanzi tratteggiati, nel caso in cui, in accoglimento di una richiesta di applicazione di pena subordinata alla concessione della sospensione condizionale, il giudice del patteggiamento abbia accordato il beneficio senza rispettare i presupposti per la concessione del beneficio; ipotesi questa che da luogo ad un vizio di legittimità della decisione, estraneo ai limiti di proponibilità del ricorso ex art. 448 c.p.p., comma 2-bis e non propriamente ad una ipotesi di illegalità della pena, in quanto tale legittimante la verifica di legittimità".

¹²⁸ In questo caso la confisca è obbligatoria ai sensi dell'art. 445 cod. proc. pen.: "1. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento nè l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale. Nei casi previsti dal presente comma è fatta salva l'applicazione del comma 1-ter.

1-bis. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, alla sentenza di condanna. Salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna.

1-ter. Con la sentenza di applicazione della pena di cui all'articolo 444, comma 2, del presente codice per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis e 346 bis del codice penale, il giudice può applicare le pene accessorie previste dall'articolo 317 bis del codice penale.

2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena".

abbia erroneamente disapplicato quest'ultima disposizione avendo l'imputato già fruito del beneficio e a nulla rilevando che il reato oggetto della precedente condanna sia stato oggetto di depenalizzazione¹²⁹. Il primo motivo riguardo la confisca risulta ammissibile e fondato¹³⁰.

Il secondo motivo anche se ammissibile è infondato e perciò rigettato sulla base del precedente orientamento della giurisprudenza in base al quale le precedenti condanne relative a fatti non più costituenti reato per intervenuta *abolitio criminis* non precludono la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena¹³¹. Ad avviso della Corte è pacifico che la precedente condanna riportata dall'imputato riguardi un fatto che non è più previsto dalla legge come reato e che quindi, correttamente, il giudice di merito non abbia considerato la precedente pronuncia ai fini dell'applicazione del secondo comma dell'art. 165 cod. pen.

Va ricordata, al termine di questa disamina di pronunce, la sentenza della sesta sezione della cassazione penale n. 30147 del 3 Maggio 2023. Si tratta in questo caso di una sentenza di accoglimento del ricorso avverso una pronuncia ottenuta ad esito di un rito abbreviato che dispone la sospensione condizionale: il parere favorevole della Corte è dato in questo caso da motivi diversi dalla ragione di illegalità della pena che pure è stata dedotta dal ricorrente. Nel caso di specie la

¹²⁹ Cass. Sez. III, 15/01/2020, n. 8803: "Sarebbe stato necessario investire della questione il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p. per ottenere la revoca della sentenza di condanna, ciò che, nella specie, non è avvenuto".

¹³⁰*Ibidem*: "Come recentemente affermato dalle Sezioni unite di questa Corte (ud. 26/09/2019, ric. Savin), è ammissibile il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., con riferimento alle misure di sicurezza, personali o patrimoniali, che non abbiano formato oggetto dell'accordo delle parti, come, nella specie, la confisca".

¹³¹*Ibidem*: "Presupposto logico del principio ora affermato è che il giudice della cognizione può valutare incidentalmente le risultanze del casellario giudiziale per appurare l'intervenuta *abolitio criminis* dei fatti per i quali è intervenuta condanna definitiva, laddove ciò risulti evidente e non sia necessario il compimento di ulteriori accertamenti. Del resto, come affermato da questa Corte, l'abrogazione della norma incriminatrice fa cessare l'esecuzione e gli effetti penali della condanna, tra i quali ultimi deve annoverarsi l'attitudine della medesima a costituire precedente formalmente ostativo alla reiterazione della sospensione condizionale della pena".

cassazione ritiene che vada qualificata come violazione di legge e non come illegalità della pena l'omissione della condizione che subordini il beneficio alla partecipazione dell'imputato agli specifici percorsi di recupero previsti dal quinto comma dell'art. 165 cod. pen. La sentenza va però annullata in merito all'omessa pronuncia: la statuizione da assumere richiede accertamenti di fatto al fine di individuare l'ente presso cui il condannato debba seguire il percorso nonché la durata di quest'ultimo e pertanto l'annullamento senza rinvio è disposto ai sensi della lettera l) dell'art. 620 cod. proc. pen.¹³². ovvero a causa dell'omessa statuizione relativa alla subordinazione del beneficio agli obblighi previsti per il condannato.

Sulla base di quanto emerge dalle pronunce precedentemente analizzate si può evincere che, a parere della giurisprudenza che sposa l'orientamento sfavorevole alla proposizione del ricorso in cassazione per la violazione del quinto comma dell'art. 165 cod. pen., l'esclusione di questa possibilità di impugnazione della sentenza di patteggiamento si ricava dalla tassativa previsione dei motivi da parte del comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. Inoltre, secondo quanto ribadito dai giudici di legittimità, la nozione di pena illegale deve essere nettamente distinta da quella di pena illegittima e le disposizioni sulla sospensione condizionale sono estranee alla nozione di pena.

Il beneficio in esame è costituito da un meccanismo di sospensione della pretesa punitiva che persegue come unica finalità la prevenzione generale positiva, in funzione del potenziale recupero del condannato.

¹³² Art. 620 lettera l) cod. proc. pen.: "Oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge, la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio".

In questo solco argomentativo si colloca anche la sentenza delle Sezioni Unite¹³³ in esame che rappresenta la definitiva consacrazione dell'orientamento sfavorevole fin qui descritto e ne sancisce l'assoluta prevalenza su quello opposto¹³⁴. Le Sezioni Unite affermano che il carattere affittivo di alcuni degli obblighi previsti per il condannato nella fattispecie della sospensione condizionale della pena non muta la natura del beneficio e non consente quindi di assimilare tali prescrizioni alle pene che sono tassativamente indicate all'art. 17 cod. pen¹³⁵, e il cui contenuto è regolato dai capi II e III del libro primo del medesimo codice.

Gli obblighi previsti per il condannato dal quinto comma dell'art. 165 cod. pen., anche quando presentino il carattere della affittività, non sono qualificabili comunque come sanzioni: sono comportamenti imposti al reo in funzione special-preventiva e strumentali all'effetto estintivo che discende dalla mancata reiterazione del reato e dall'adempimento delle prescrizioni.

Da questo deriva l'estraneità della sospensione condizionale alla nozione di pena: infatti, pur concorrendo all'esecuzione della pena, il beneficio è accessorio rispetto a quest'ultima e ne determina una temporanea inibizione potendo inoltre provocare gli effetti estintivi di cui all'art. 167 cod. pen¹³⁶. Questo comporta anche l'impossibilità di definire illegale una pena per cui sia stata concessa la sospensione condizionale in difetto dei presupposti di applicabilità dell'istituto o omettendo le prescrizioni e gli obblighi previsti come necessari dalla norma dato che il beneficio non concorre a definire il concetto di pena: le eventuali violazioni

¹³³ Sezioni Unite, 06/02/2026, n. 5352.

¹³⁴ Descritto nel secondo paragrafo.

¹³⁵ Art. 17 cod. pen.: "Le pene principali stabilite per i delitti sono: l'ergastolo, la reclusione, la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: l'arresto, l'ammenda".

¹³⁶ Art. 167 cod. pen.: "Se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto".

di legge in questi casi non ne possono determinare l'illegalità che sola consente la proposizione del ricorso per cassazione ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen.

Le Sezioni Unite ricordano a tal proposito la Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio dell'Unione Europea relativa al meccanismo del reciproco riconoscimento delle decisioni di sospensione condizionale. In questa sentenza il Consiglio sottolinea l'importanza del riconoscimento delle decisioni che concedono la sospensione riflettendo sulla funzione di reinserimento sociale del reo perseguita attraverso la previsione del beneficio: il giudice comunitario afferma che quest'ultimo consente di mantenere i legami familiari, linguistici e culturali e di impedire la recidiva tenendo in debita considerazione la protezione delle vittime e del pubblico in generale.

Anche nella decisione del Consiglio dell'Unione Europea risulta chiara, ad avviso delle Sezioni Unite, la distinzione tra pena e sospensione condizionale con la conseguenza che non è possibile ricondurre omesse statuizioni sulle condizioni a cui è subordinata la concessione del beneficio alla nozione di pena illegale. Le Sezioni Unite precisano che la limitazione dei casi previsti dal comma 2 bis dell'art. 448 cod. proc. pen. per il ricorso in cassazione avverso una sentenza di patteggiamento non consente di estendere il concetto di pena illegale fino a comprendervi gli aspetti relativi alla sospensione condizionale della pena concessa in violazione di legge, in particolare in violazione della norma dell'art. 165 comma 5 cod. pen.: il caso non integra un'ipotesi di illegalità della pena poiché manca il contrasto con gli art. 24 comma 1¹³⁷ e 111 comma 7¹³⁸ della

¹³⁷ Art. 24 c.1 Cost.: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

¹³⁸ Art. 111 c.7 Cost.: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra".

Costituzione.

La cassazione afferma che l'eventuale omissione della subordinazione agli obblighi di cui al quinto comma dell'art. 165 cod. pen. può essere fatta valere con l'impugnazione della sentenza secondo le regole generali e che la non proponibilità del ricorso al giudice di legittimità ex art. 448 comma 2 bis cod. proc. pen. non contrasta con le previsioni della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 poiché quest'ultima richiede solamente l'assunzione di misure volte a incoraggiare l'adozione di comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali allo scopo di prevenire nuove violenze.

All'obiettivo appena esposto il nostro ordinamento ha adempiuto attraverso l'inserimento del quinto comma nella norma dell'art. 165 cod. pen.: dall'adempimento di tale obbligo convenzionale consegue che non possano desumersi ragioni per includere nella nozione di pena illegale le questioni relative al beneficio della sospensione condizionale della sanzione.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 5352 del 6 Febbraio 2024, hanno quindi statuito l'inammissibilità del ricorso presentato dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova in quanto proposto per un motivo non consentito ovvero fuori dai casi di cui all'art.448 comma 2 bis cod. proc. pen. e hanno enunciato il seguente principio di diritto: "La sentenza di patteggiamento con cui sia stata concessa la sospensione condizionale della pena non subordinata, come concordato tra le parti, agli obblighi di cui all'art. 165, quinto comma, cod. pen., necessariamente previsti in relazione ai reati ivi contemplati, non è ricorribile per cassazione, non determinando tale omissione un'ipotesi di illegalità della pena¹³⁹".

¹³⁹ Cass. Sezioni Unite, 6 febbraio 2024, n. 5352.

3. I possibili rimedi all'illegalità della pena da parte del giudice dell'esecuzione

Prima di addentrarsi nella ricerca dei possibili rimedi alla pena illegale posti dall'ordinamento a disposizione del giudice dell'esecuzione, occorre operare una breve premessa circa la fase specifica del rito in cui opera quest'ultimo. La fase dell'esecuzione¹⁴⁰ nel processo penale è disciplinata dal decimo libro del codice di rito e consiste nel momento di attuazione del contenuto delle decisioni passate in giudicato. Nel caso delle sentenze di condanna questa fase si esplica nell'applicazione delle sanzioni penali previste per il reo. Nel caso invece delle decisioni di proscioglimento la fase esecutiva ha una natura meno concreta poiché si sostanzia nella riaffermazione del diritto alla libertà della persona. Può comportare conseguenze maggiormente pratiche nelle ipotesi in cui il soggetto prosciolto si trovi in stato di carcerazione a titolo di custodia cautelare: in questo caso la fase esecutiva consiste nella liberazione della persona.

Il presupposto del procedimento di esecuzione è l'esistenza di un titolo esecutivo ovvero di una sentenza divenuta irrevocabile perché passata in giudicato. L'ordine di esecuzione, ovvero l'atto con il quale si dà avvio all'azione esecutiva, è emesso dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 665 c.p.p.¹⁴¹ e può essere

¹⁴⁰A. Camon, et al., *Fondamenti di procedura penale*, 4. ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2023.

¹⁴¹ Art. 665 cod. proc. pen.: "1. Salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato

2. Quando è stato proposto appello, se il provvedimento è stato confermato o riformato soltanto in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, è competente il giudice di primo grado; altrimenti è competente il giudice di appello.

3. Quando vi è stato ricorso per cassazione e questo è stato dichiarato inammissibile o rigettato ovvero quando la corte ha annullato senza rinvio il provvedimento impugnato, è competente il giudice di primo grado, se il ricorso fu proposto contro provvedimento inappellabile ovvero a norma dell'articolo 569, e il giudice indicato nel comma 2 negli altri casi. Quando è stato pronunciato l'annullamento con rinvio, è competente il giudice di rinvio.

4. Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi da giudici diversi, è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo. Tuttavia, se i provvedimenti sono stati emessi da giudici ordinari e giudici speciali, è competente in ogni caso il giudice ordinario.

oggetto di contestazione da parte del suo destinatario: in questi casi vi è l'instaurazione dell'incidente di esecuzione di fronte al giudice dell'esecuzione. Nonostante la sentenza delle Sezioni Unite in esame non approfondisca il tema, si ritiene opportuno analizzare quelli che possono essere i rimedi esperibili dal giudice dell'esecuzione avverso una sentenza che, seppur divenuta irrevocabile, sia affetta dal vizio dell'illegalità della pena: per questa specifica ipotesi lo strumento a cui è possibile ricorrere è l'incidente di esecuzione.

L'istituto appena citato è disciplinato dall'art. 666 cod. proc. pen. e si instaura ogni qualvolta venga richiesto l'intervento del giudice dell'esecuzione per la contestazione del giudicato o dell'ordine di esecuzione. Questo particolare procedimento si svolge nella forma della camera di consiglio secondo il modello di cui all'art. 127 cod. proc. pen.¹⁴² anche se nel caso dell'incidente di esecuzione la disciplina è più dettagliata e valorizza maggiormente il contraddittorio. L'art. 666 cod. proc. pen. valorizza il principio della domanda prevedendo che il

4-bis. Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi dal tribunale in composizione monocratica e collegiale, l'esecuzione è attribuita in ogni caso al collegio".

¹⁴²Art. 127 cod. proc. pen.: "1. Quando si deve procedere in camera di consiglio il giudice o il presidente del collegio fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori. L'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta. Se l'imputato è privo di difensore, l'avviso è dato a quello di ufficio.

2. Fino a cinque giorni prima dell'udienza possono essere presentate memorie in cancelleria.

3. Il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso nonché i difensori sono sentiti se compaiono. Se l'interessato richiede di essere sentito ed è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, si provvede mediante collegamento a distanza, oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge, quando l'interessato vi consente. In caso contrario, l'interessato è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo.

4. L'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice.

5. Le disposizioni dei commi 1, 3 e 4 sono previste a pena di nullità.

6. L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico.

7. Il giudice provvede con ordinanza comunicata o notificata senza ritardo ai soggetti indicati nel comma 1, che possono proporre ricorso per cassazione.

8. Il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, a meno che il giudice che l'ha emessa disponga diversamente con decreto motivato.

9. L'inammissibilità dell'atto introduttivo del procedimento è dichiarata dal giudice con ordinanza, anche senza formalità di procedura, salvo che sia altrimenti stabilito. Si applicano le disposizioni dei commi 7 e 8.

10. Il verbale di udienza è redatto soltanto in forma riassuntiva a norma dell'articolo 140 comma 2".

giudice sia tenuto a procedere su richiesta del pubblico ministero, dell'interessato o del difensore, salvo i casi in cui si debba intervenire d'ufficio come, per esempio, nell'ipotesi della revoca del giudicato per *abolitio criminis*.

La richiesta di incidente di esecuzione è sottoposta ad un vaglio preliminare di ammissibilità allo scopo di impedire l'abuso dello strumento: in particolare è necessario che non risulti manifestamente infondata e che non consista nella riproposizione di una richiesta già declinata in precedenza.

Il giudice fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e avvisa gli interessati almeno dieci giorni prima. È prevista la facoltà per le parti di depositare memorie fino al quinto giorno antecedente quello dell'udienza. È necessaria la partecipazione del difensore e del pubblico ministero ma l'imputato può anche richiedere di essere sentito personalmente.

Per quanto attiene all'istruttoria è concesso al giudice di richiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni necessarie allo sviluppo del procedimento. Per l'assunzione di nuove prove il giudice procede d'ufficio senza particolari formalità¹⁴³ ma nel rispetto del principio del contraddittorio. In questo procedimento la raccolta delle prove dichiarative attraverso l'esame incrociato sarebbe eccessivamente dispendiosa poiché si è già esaurita la fase dell'accertamento della colpevolezza.

Il giudice decide con ordinanza che viene comunicata agli interessati e contro cui è proponibile il ricorso in cassazione senza effetto sospensivo a meno che il giudice non decida diversamente.

La prima sezione della cassazione con la sentenza n. 32213 del 15 giugno 2022 ha affermato che il giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere la pena

¹⁴³ Anche per quanto riguarda la citazione e l'esame dei testimoni e lo svolgimento della perizia.

illegale prevista dal giudice della cognizione¹⁴⁴. Le Sezioni Unite con la sentenza n. 6240 del 27 novembre 2014¹⁴⁵, dirimendo il contrasto insorto nella giurisprudenza di legittimità, hanno confermato tale principio anche con riguardo all'applicazione di una pena accessoria *extra* o *contra legem*: quest'ultima ipotesi può essere rilevata dal giudice dell'esecuzione anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza¹⁴⁶.

Attualmente nel nostro ordinamento sono previsti una serie di poteri del giudice dell'esecuzione che incidono, in diversa misura, sul giudicato: la dottrina li ha classificati in selettivi (art. 699 c.p.p.), risolutivi (art. 673 c.p.p.), di conversione (art. 2, comma 3 c.p.p.), modificativi (artt. 672, 676 c.p.p.), ricostruttivi (art. 671 c.p.p. e 188 disp. att. c.p.p.), complementari e supplementari (art. 674 c.p.p.)¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Cass. Sez. I, 15/06/2022, n. 32213: "La natura illegale della pena determinata da un giudice di merito privo di giurisdizione permette al giudice dell'esecuzione di pronunciarsi sulla richiesta del pubblico ministero di declaratoria di inefficacia di tale parte della pronuncia agli effetti esecutivi.

Sull'illegalità della pena si è espressa già la giurisprudenza di legittimità a proposito di pena pecuniaria inflitta con sentenza estera: Sez. 5 n. 3597 del 15/11/1993) Rv. 197024.

Si crea una invasione del giudicato estero, al di fuori di qualsiasi meccanismo convenzionale, così restando eluso il principio della prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale, che, ai sensi all'art. 696 c.p.p., costituisce la chiave di volta dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera.

Il giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere la pena illegale inflitta dal giudice della cognizione, cioè determinata in violazione dei principi fondamentali dello Stato, del diritto dell'Unione Europea e dell'ordinamento internazionale.

Il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 c.p. ed implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione.

Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato.

L'applicazione di pena illegale, per errore nella determinazione o nel calcolo di essa, non configura un caso di inesistenza giuridica o abnormità del provvedimento che la dispone, e, ove la sua determinazione sia frutto non di argomentata valutazione, ma di palese errore giuridico o materiale da parte del giudice della cognizione, se ne impone la rettifica o la correzione da parte del giudice dell'esecuzione, adito ai sensi dell'art. 666 c.p.p., nel rispetto dei principi contenuti nell'art. 25 Cost., comma 2, e nell'art. 7 CED, i quali escludono la possibilità d'infliggere una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso (Sez. 1, n. 14677 del 20/01/2014, Medulla,rett)".

¹⁴⁵Cass. Sezioni Unite, 27/11/2014, n. 6240: "In attuazione del principio di legalità della pena, sancito dall'art. 1 c.p. e implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, che informa tutto l'ordinamento giuridico penale, una pena inflitta *extra* o *contra legem* deve, quindi, essere rimossa non solo attraverso i rimedi previsti in sede di cognizione, ma anche, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, da parte del giudice dell'esecuzione".

¹⁴⁶ T. Alesci, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale: presupposti e limiti*, Processo penale e giustizia, n. 4, 2015, pag. 106-114.

¹⁴⁷G. Faillaci, *Illegalità della pena: il giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere la pena illegale inflitta dal giudice della cognizione*, NJius, La Tribuna, 01/09/2021.

Da queste disposizioni emerge l'anacronismo della risalente concezione in base alla quale la fase esecutiva avrebbe una natura secondaria ed accessoria rispetto a quella di cognizione: essa ha acquisito ad oggi una dimensione centrale e complementare e concorre al completamento funzionale del sistema processuale.

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 210 del 18 luglio 2013¹⁴⁸, ha sottolineato che il giudice dell'esecuzione non si limita a conoscere della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo ma può anche incidere su di esso ed è inoltre dotato di penetranti poteri di accertamento e di valutazione¹⁴⁹. L'illegalità della pena, non rilevabile d'ufficio in sede di legittimità in presenza di ricorso inammissibile perché tardivo, è quindi deducibile innanzi al giudice dell'esecuzione: ciò appare in linea con le coordinate fondamentali del nostro sistema processuale, rispettando la formazione del giudicato e l'intangibilità dell'accertamento processuale allorché sia trascorso il termine per proporre

¹⁴⁸Corte Costituzionale, 18/07/2013, n. 210: "Bisogna ora chiedersi quale sia il procedimento da seguire per conformarsi alla sentenza della Corte EDU e, in particolare, se il giudice dell'esecuzione abbia "competenza" al riguardo. In proposito va rilevato che il procedimento di revisione previsto dall'art. 630 cod. proc. pen., quale risulta per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 113 del 2011 di questa Corte, non è adeguato al caso di specie, nel quale non è necessaria una "riapertura del processo" di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata nella misura dalla legge.

Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione (che infatti è stato attivato nel caso oggetto del giudizio principale), specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale a tale giudice, che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)".

¹⁴⁹ Art. 671 cod. proc. pen.: "1. Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione. Fra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza.

2. Il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto.

2-bis. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma, del codice penale.

3. Il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione. Adotta infine ogni altro provvedimento conseguente".

ricorso per cassazione¹⁵⁰.

La giurisprudenza negli ultimi anni, al fine di garantire al ricorrente la possibilità di tutelarsi avverso l'inflizione di una pena illegale o la pronuncia di una sentenza di condanna anche se già passata in giudicato, ha ampliato sensibilmente il raggio d'azione del giudice dell'esecuzione, spingendosi molte volte a scardinare il principio di tassatività degli interventi esperibili *post iudicatum*. Questo ampliamento dei margini di intervento del giudice dell'esecuzione si basa sul presupposto che l'incidente di esecuzione ex art. 666 cod. proc. pen. sia l'ultima opzione che rimane quando occorra contestare il giudicato a tutela dei diritti individuali e non sia disponibile alcun altro strumento, complice in molti casi l'inerzia del legislatore¹⁵¹. Sebbene gli obiettivi perseguiti da questo orientamento siano indubbiamente meritevoli, gli effetti che ne derivano sono dirompenti soprattutto avuto riguardo del discrimine sussistente tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione: è emerso in particolare il problema dei limiti che il giudicato possa ancora opporre al giudice dell'esecuzione al fine di evitare che il controllo compiuto da quest'ultimo possa trasformarsi in una forma di impugnazione straordinaria.

Per quanto attiene in particolare alla pena illegale, l'ampliamento degli spazi della giurisdizione esecutiva ha comportato che alla potestà del giudice dell'esecuzione¹⁵² di dichiarare, in tutto o in parte, inesistente il titolo esecutivo

¹⁵⁰G. Faillaci, *Illegalità della pena: il giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere la pena illegale inflitta dal giudice della cognizione*, NJus, La Tribuna, 01/09/2021.

¹⁵¹B. Lavarini, *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative*, Archivio penale, n. 3, 2019, pag. 93-114.

¹⁵² Fondata sull'art. 670 cod. proc. pen.: "1. Quando il giudice dell'esecuzione accerta che il provvedimento manca o non è divenuto esecutivo, valutata anche nel merito l'osservanza delle garanzie previste nel caso di irreperibilità del condannato, lo dichiara con ordinanza e sospende l'esecuzione, disponendo, se occorre, la liberazione dell'interessato e la rinnovazione della notificazione non validamente eseguita. In tal caso decorre nuovamente il termine per l'impugnazione.

2. Quando è proposta impugnazione od opposizione, il giudice dell'esecuzione, dopo aver provveduto sulla richiesta dell'interessato, trasmette gli atti al giudice di cognizione competente. La decisione del

contenente una sanzione non prevista dalla legge o eccedente i limiti legali, si sia aggiunto il potere di rideterminare la pena a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme incidenti sulla sanzione irrogata o in recepimento di decisioni della Corte di Strasburgo che accertino l'illegalità convenzionale di determinate pene¹⁵³.

Un altro ambito per cui la giurisprudenza prevede l'ampliamento dei confini di esperibilità dell'incidente di esecuzione è costituito dai casi di successione normativa, non riconducibili ad abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale, che mettano in discussione i presupposti di applicazione della condanna già divenuta irrevocabile. La giurisprudenza inoltre riconosce ormai pacificamente al giudice dell'esecuzione il potere di revocare la condanna quando il reato per cui è stata prevista sia disciplinato da una disposizione in contrasto con la normativa penale europea: la disapplicazione costituisce in questo caso l'adempimento di quanto previsto dalla norma dell'art. 11 della Costituzione¹⁵⁴.

I tempi sarebbero maturi per un intervento legislativo che recepisce e mettesse a sistema quanto elaborato dal diritto vivente. Il legislatore potrebbe esplicitamente demandare al giudice dell'esecuzione il compito di porre rimedio

giudice dell'esecuzione non pregiudica quella del giudice dell'impugnazione o dell'opposizione, il quale, se ritiene ammissibile il gravame, sospende con ordinanza l'esecuzione che non sia già stata sospesa.

3. Se l'interessato, nel proporre richiesta perché sia dichiarata la non esecutività del provvedimento, eccepisce che comunque sussistono i presupposti e le condizioni per la restituzione nel termine a norma dell'articolo 175, e la relativa richiesta non è già stata proposta al giudice dell'impugnazione, il giudice dell'esecuzione, se non deve dichiarare la non esecutività del provvedimento, decide sulla restituzione. In tal caso, la richiesta di restituzione nel termine non può essere riproposta al giudice dell'impugnazione. Si applicano le disposizioni dell'articolo 175 commi 7 e 8".

¹⁵³ A questo proposito si ricorda il caso Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009 in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che la condanna all'ergastolo di un ricorrente fosse contraria al principio, desunto dall'art. 7 CEDU, di retroattività della disciplina più favorevole tra tutte quelle in vigore dal momento del fatto a quello della condanna definitiva.

¹⁵⁴ Art. 11 Cost.: "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo".

alle ipotesi di illegalità della pena o della condanna riferibili ad eventi sopravvenuti dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Per quanto riguarda invece i casi in cui i medesimi vizi siano preesistenti e non siano stati rilevati dal giudice di cognizione potrebbe essere opportuno eliminare la distinzione tra errore dichiarato ed errore implicito: in questo caso bisognerebbe però porre molta attenzione al fatto che, attribuendo al giudice dell'esecuzione un generalizzato potere di riesame delle valutazioni di diritto del suo collega, non cada il confine tra le due giurisdizioni.

La soluzione potrebbe essere quella di estendere all'errore di diritto la revisione ordinaria, superando di fatto la radicale preclusione a intervenire dopo il passaggio in giudicato, per porre rimedio ad una pena ingiusta: non sembra infatti comprensibile la ragione per cui ad oggi l'emersione di una nuova prova in merito all'esistenza o meno di una circostanza non possa giustificare una richiesta di revisione quando quest'ultima abbia lo scopo di non sacrificare la tutela della libertà personale compromessa dal passaggio in giudicato della sentenza. A conclusione dell'analisi della pronuncia delle Sezioni Unite n. 5352 del 6 Febbraio 2024 la soluzione che si potrebbe suggerire, in una prospettiva *de iure condendo* e lungi dal volersi sostituire alla Corte nella valutazione da quest'ultima effettuata, è proprio quella del ricorso all'istituto dell'incidente di esecuzione al fine di rimettere in discussione l'omessa previsione da parte della sentenza di patteggiamento degli obblighi a cui deve necessariamente essere subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena: in questo modo ci si potrebbe avvalere degli ulteriori poteri di accertamento e di valutazione di cui disporrebbe, a parere della giurisprudenza, il giudice dell'esecuzione.

Bibliografia

Alesci T., *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale: presupposti e limiti*, *Processo penale e giustizia*, n. 4, 2015, pag. 106-114

Assumma B., *La sospensione condizionale della pena*, E. Jovene, 1984.

Bartulli A., *La sospensione condizionale della pena: prospettive dogmatiche*, Giuffrè, 1971. A. Buzzelli, *La sospensione condizionale della pena sotto il profilo processuale*, Giuffrè, 1972.

Bartulli, A., *La sospensione condizionale della pena : prospettive dogmatiche*, A. Giuffrè, 1971.

Bene T., Alesci T., *Illegalità della pena: problemi antichi e prospettive nuove*, *Diritto penale e processo*, 2/2023, pp. 326-339.

Cocco G. et al., *Punibilità e pene*, III ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2022.

Camon A., et al., *Fondamenti di procedura penale*, 4. ed., Wolters Kluwer CEDAM, 2023.

Catania A., *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per "sex offenders". Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo* 2/2024, pp. 193-201

CNR- IRPPS Policy Brief, *Centri per uomini autori di violenza, I dati della seconda indagine nazionale*, 2023, <https://www.istat.it/it/files//2018/04/cuav-dati-seconda-indagine-nazionale-novembre-2023.pdf>

Cremonesi L., *Il patteggiamento nel processo penale*, Cedam, 2005.

La Rocca E., *La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà*, p. 588.

Faillaci G., *Illegalità della pena: il giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere la pena illegale inflitta dal giudice della cognizione*, NJus, La Tribuna, 01/09/2021

Faillaci G., *L'elaborazione giurisprudenziale sul concetto di «pena illegale»*, 18/04/2023, NJus, La Tribuna.

Fragòla S. P., *La sospensione condizionale della pena*, A. Giuffrè, 1966

Gaito A., *Esecuzione penale*, III ed, Giuffrè, 2016.

Gambardella M., *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013.

Il Quotidiano Giuridico, a cura della Redazione Wolters Kluwer, *Estinzione del reato e della pena, Il giudice non può indicare la durata del percorso di recupero cui è subordinata la pena sospesa*, 5 marzo 2024.

Lavarini B., *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative*, Archivio penale, n. 3, 2019, pag. 93-114.

Maniscalco M., *Il patteggiamento*, UTET, 2006.

Martini A., *Esigenze della pena sospesa e dinamiche del patteggiamento*, in *Giurisprudenza italiana* 1/2023, pp. 172-179.

Nacar B., *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, CEDAM, 2017.

Nacar B., *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Wolters Kluwer CEDAM, 2022, pag. 331.

Negri D., *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, p. 491.

Padovani T., *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, RIDPP 1985

Palazzo F., *Certezza o flessibilità della pena?: verso la riforma della sospensione condizionale*, G. Giappichelli, 2007.

Palazzo F., *Il principio di legalità` tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, www.lalegislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016, 2.

Peroni F. et al., *Patteggiamento allargato e giustizia penale*, G. Giappichelli, 2004.

Riccio G. et al., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Giuffrè, 2004.

Rigo F., *Il patteggiamento : patteggiamento «ordinario» e «allargato», elementi essenziali dell'accordo, contenuto e presentazione della richiesta, gli epiloghi decisori, l'equiparazione tra sentenza di patteggiamento e di condanna: effetti, i benefici premiali, impugnazioni*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

Rocchi F., *Illegalità vs illegittimità della pena: una controversa dicotomia nello statuto della pena concordata*, *Giurisprudenza italiana*, 10/2023, pp. 2182-2189.

Roiati A., *Le sezioni unite escludono la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento degli obblighi restitutori in mancanza di costituzione della parte civile, nota a sentenza Corte di Cassazione, sez. un., 27 luglio 2023, n. 32939*, in *Processo penale e Giustizia* 2/2024, pp. 327-333.

Storelli F. et al., *I riti alternativi nel processo penale: alla luce della più recente giurisprudenza*, Giuffrè, 2007.

Todaro G., *Più ombre che luci nella disciplina dei rapporti tra riti speciali e pena illegale*, *Cassazione penale*, 5/2023, pp. 1479-1497.

Tognazzi S., *Le sezioni unite della Cassazione fanno il punto sulla rilevanza processuale del rapporto fra legalità e legittimità della pena*, Il Foro italiano, 2/2023, 2, pp. 94-100.

Trinci A., *La pena illegale. Casi e rimedi : gli esempi di calcolo della pena aggiornati alla riforma Orlando ; gli errori più frequenti nella determinazione del trattamento sanzionatorio ; le principali questioni in tema di tentativo, circostanze, continuazione e recidiva ; la determinazione della pena nei riti premiali ; sospensione condizionale e non menzione della condanna ; le sanzioni sostitutive ; i rimedi contro la pena illegale diversi dall'impugnazione*, Giuffrè, 2017.

Venturoli M., *Sospensione condizionale della pena e obblighi riparatori al vaglio delle Sezioni Unite*, Giurisprudenza italiana, 2024, fasc. 1 pag. 177.

Virga V., *Pena illegale e poteri del giudice dell'esecuzione*, Il Foro italiano, 1/2023, 2, pag. 27-31.

Indice delle pronunce giurisprudenziali

Corte Cass., Sezioni Unite, n. 37107 del 26 febbraio 2015

Corte Cass., Sezioni Unite, n. 23400 del 15 giugno 2022

Corte Cass., Sezioni Unite, n. 32939 del 27 luglio 2023

Corte Cass., Sezioni Unite, n. 5352 del 6 febbraio 2024

Corte Cass. Penale, Sez. I, n. 32213 del 15 giugno 2022

Corte Cass. Penale, Sez. I, n. 8104 del 23 febbraio 2024

Corte Cass. Penale, Sez. II, n. 11611 del 27 gennaio 2020

Corte Cass. Penale, Sez. III, n. 8803 del 15 gennaio 2020

Corte Cass. Penale, Sez. III, n. 35485 del 23 aprile 2021

Corte Cass. Penale, Sez. III, n. 32117 del 5 aprile 2023

Corte Cass. Penale, Sez. IV, n. 5064 del 6 novembre 2018

Corte Cass. Penale, Sez. IV, n. 47202 del 18 novembre 2022

Corte Cass. Penale, Sez. V, n. 9951 del 15 novembre 2011

Corte Cass. Penale, Sez. VI, n. 17119 del 14 marzo 2019

Corte Cass. Penale, Sez. VI, n. 23416 del 10 marzo 2022

Corte Cass. Penale, Sez. VI, n. 9690 del 21 marzo 2022

Corte Cass. Penale, Sez. VI, n. 18976 del 22 marzo 2022

Corte Cass. Penale, Sez. VI, n. 29950 del 23 giugno 2022

Corte Cass. Penale, Sez. VI, n. 30147 del 3 maggio 2023

Corte Costituzionale, n. 210 del 18 luglio 2013

Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio dell'Unione Europea.