

Penale Sent. Sez. U Num. 22533 Anno 2019

Presidente: CARCANO DOMENICO

Relatore: MAZZEI ANTONELLA PATRIZIA

Data Udiienza: 25/10/2018

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Salerno Francesco, nato a Roma il 05/10/1977

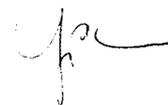
avverso la sentenza del 08/05/2017 della Corte di appello di Catanzaro

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal componente Antonella Patrizia Mazzei;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Procuratore generale aggiunto, Francesco Maria Iacoviello, che ha concluso chiedendo il parziale annullamento senza rinvio della sentenza impugnata con applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena;

udito il difensore, avv. Salvatore Sciullo, che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso con particolare riguardo all'ultimo motivo.



RITENUTO IN FATTO

1. Francesco Salerno, con sentenza del 7 marzo 2013 emessa dal Tribunale monocratico di Castrovillari all'esito di giudizio abbreviato condizionato, fu dichiarato responsabile del delitto previsto dall'art. 73, commi 1 e 1-*bis*, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, commesso in Castrovillari il 15 gennaio 2013, per avere illecitamente detenuto sostanza stupefacente del tipo *marijuana* del peso complessivo di grammi 166, non destinata all'uso esclusivamente personale, e, con le attenuanti generiche e la riduzione per il rito, fu condannato alla pena di tre anni di reclusione ed euro dodicimila di multa, con interdizione temporanea dai pubblici uffici, confisca e distruzione della sostanza stupefacente in sequestro.

Tale decisione, impugnata dall'imputato, fu parzialmente riformata dalla Corte di appello di Catanzaro, giusta sentenza dell'8 maggio 2017, ferma la dichiarata responsabilità di Salerno per il delitto, così come contestato, con riduzione del trattamento sanzionatorio ad anni uno e giorni venti di reclusione ed euro quattromila di multa e revoca della pena accessoria, in considerazione della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, determinante la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nel testo antecedente le modifiche introdotte dall'art. 4-*bis* d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, che poneva limiti edittali di pena più miti per le droghe cosiddette leggere, come quella sequestrata all'imputato.

2. Avverso quest'ultima sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato tramite il difensore, avvocato Salvatore Scullo, il quale ha dedotto quattro motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo il ricorrente ha denunciato, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1 e 1-*bis*, d.P.R. n. 309 del 1990, e il vizio di motivazione.

Illegittimamente il Tribunale aveva utilizzato, nella decisione di condanna, gli esiti delle analisi chimiche, attestanti il numero di dosi singole (738) ricavabili dalla sostanza stupefacente (*marijuana*) sequestrata, benché il referto degli esami, eseguiti a cura di esperti della polizia scientifica di Reggio Calabria, non fosse stato presente nel fascicolo processuale al momento della richiesta del giudizio abbreviato.

Ad avviso del ricorrente, la Corte di appello aveva respinto tale eccezione con motivazione del tutto inadeguata, limitandosi a richiamare la generica disponibilità del Tribunale e del Pubblico Ministero a fornire i chiarimenti richiesti dall'imputato circa il documento di analisi denunciato come assente in atti.



Tali chiarimenti non erano stati mai forniti dalle Autorità adite, con la conseguente vanificazione della prova generica in punto di natura stupefacente ed entità delle pretese dosi ricavabili dalla sostanza sequestrata, non surrogabile dagli altri atti richiamati dalla Corte territoriale, inclusi nel fascicolo processuale, quali il verbale di sequestro e gli esiti delle immediate analisi eseguite dall'operatore di polizia scientifica presso il Commissariato di Castrovillari.

2.2. Con il secondo motivo il ricorrente ha dedotto, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1 e 1-bis, d.P.R. n. 309 del 1990, e il vizio di motivazione.

La propria condanna sarebbe stata fondata sul mero dato ponderale della sostanza detenuta e su una motivazione insufficiente ed errata.

Inidonee a sostenere la finalità di cessione a terzi della *marijuana* sequestrata sarebbero i seguenti elementi, valorizzati, invece, nella sentenza impugnata: il trasporto della sostanza nell'autovettura guidata dall'imputato, controllato mentre era diretto a Roma, avendo lo stesso dichiarato di aver acquistato la marijuana a Castrovillari, da dove proveniva, per la maggiore convenienza del prezzo ivi praticato; l'impossibilità di consumare personalmente tutta la sostanza sequestrata, fondata sull'errato presupposto del suo deterioramento mentre il decorso del tempo ne avrebbe accresciuto, secondo il ricorrente, l'effetto drogante.

Al contrario, non era stata apprezzata l'assenza di elementi rivelatori della finalità di cessione a terzi, in ragione del mancato rinvenimento di elenchi di potenziali clienti, di strumenti di misurazione e confezionamento di dosi da destinare al commercio, di denaro illegittimamente acquisito.

2.3. Con il terzo motivo il ricorrente ha lamentato, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1, 1-bis e 5, d.P.R. n. 309 del 1990, 133, 133-bis, 62-bis e 69 cod. pen., e il vizio di motivazione.

La Corte avrebbe erroneamente escluso la qualificazione del fatto in termini di lieve entità, omettendo la valutazione della modesta rilevanza oggettiva della violazione e della positiva personalità e condotta dell'imputato, unitariamente deponenti a favore della fattispecie meno grave.

2.4. Con il quarto motivo il ricorrente ha denunciato, sempre ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1, 1-bis e 5, d.P.R. n. 309 del 1990, 133, 133-bis, 62-bis e 69 cod. pen., e il vizio di motivazione.

Nonostante la sussistenza di tutte le condizioni per l'applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena, come ridotta in appello per la ripristinata disciplina sanzionatoria più favorevole, nessuna motivazione era stata resa con riguardo al riconoscimento del detto beneficio, affatto ignorato nella sentenza impugnata.

3. La Terza Sezione della Corte, investita del ricorso, dopo aver incidentalmente scrutinato i primi tre motivi, ritenendoli inammissibili, ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'obbligo del giudice di appello di motivare, comunque, la mancata applicazione di ufficio della sospensione condizionale della pena.

3.1. La Sezione rimettente ha rilevato che un primo indirizzo interpretativo assume che il giudice di appello non è tenuto a concedere di ufficio la sospensione condizionale della pena né a motivare specificamente sul punto, quando l'interessato si limiti, nell'atto di impugnazione e in sede di discussione, ad un generico e assertivo richiamo dei benefici di legge, senza indicare alcun elemento di fatto potenzialmente idoneo a fondare l'accoglimento della richiesta (Sez. 7, n. 16746 del 13/01/2015, Ciaccia, Rv. 263361; Sez. 4, n. 1513 del 03/12/2013, Shehi, Rv. 258487; Sez. 4, n. 43113 del 18/09/2012, Siekierska, Rv. 253641; Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560; Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468; Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254, in tema di circostanze attenuanti generiche).

3.2. Secondo un altro orientamento, invece, il giudice di appello deve, sia pure sinteticamente, dare ragione del concreto esercizio, positivo o negativo, del potere-dovere attribuitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., qualora ricorrano le condizioni previste dalla legge per l'applicazione della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, tanto più quando una delle parti (anche il pubblico ministero nell'interesse dell'imputato) ne abbia fatto esplicita richiesta, con riferimento a dati di fatto astrattamente idonei al suo accoglimento. Ne consegue la legittimazione e l'interesse dell'imputato a dolersi, in sede di legittimità, del mancato esercizio di tale potere-dovere da parte del giudice di appello, purché siano indicati dal ricorrente gli elementi di fatto in base ai quali il giudice avrebbe potuto ragionevolmente e fondatamente esercitarlo (Sez. 3, n. 47828 del 12/10/2017, Esposito, Rv. 271815; Sez. 3, n. 3856 del 4/11/2015, Gamboni, Rv. 266138; Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, Coluccio, Rv. 245924; Sez. 5, n. 37461 del 20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323; Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729).

3.3. Le due letture giurisprudenziali convergono sulla necessità della astratta ricorrenza delle condizioni di applicazione della sospensione condizionale della pena e, dunque, sulla sussistenza del concreto interesse dell'imputato a lamentarsi dell'omessa motivazione; ove tali condizioni non sussistano (e, comunque, non siano nemmeno dedotte in sede di legittimità), il giudice di appello non è tenuto a giustificare l'omesso esercizio delle prerogative che l'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., gli assegna di ufficio.

Al contrario, se le condizioni per l'applicazione del beneficio sussistono, è comunque necessario, secondo alcune pronunce, l'impulso proveniente dall'imputato ai fini dell'esercizio del potere di applicare d'ufficio la sospensione condizionale della pena, con conseguente obbligo di motivare la decisione solo in presenza di pertinente richiesta; secondo altre, invece, tale impulso non è richiesto sicché il giudice di appello è obbligato a motivare comunque le ragioni della propria decisione, qualunque essa sia, e l'omessa motivazione sul punto è censurabile con ricorso per cassazione.

Nel caso in esame, osserva la Sezione rimettente, il beneficio era astrattamente concedibile, pur in assenza di richiesta o sollecitazione da parte dell'imputato, e l'assenza di motivazione del giudice di appello, circa il mancato esercizio del suo potere di ufficio, rende rilevante la soluzione del contrasto rappresentato.

4. Con decreto dell'11 settembre 2018 il Primo Presidente Aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali e ne ha fissato la trattazione per la odierna pubblica udienza, all'esito della quale le parti hanno rassegnato le conclusioni in epigrafe riportate.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni unite è stata così formulata: "*se il giudice dell'appello deve rendere conto del concreto esercizio, positivo o negativo, del dovere attribuitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena in assenza di specifica richiesta*".

2. Secondo una prevalente e consolidata lettura, il potere riconosciuto al giudice di appello dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen. di applicare, anche di ufficio, i benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen. e una o più circostanze attenuanti si pone come eccezionale e discrezionale rispetto al principio generale, dettato dal primo comma dello stesso art. 597, secondo il quale l'appello

attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti.

Conseguentemente, il mancato esercizio di tale potere - limitato alle sole ipotesi di rilevabilità dagli atti delle condizioni e degli elementi che consentono l'applicazione dei benefici o di una o più attenuanti, senza che siano necessarie ulteriori indagini (Sez. 2, n. 6458 del 21/01/1991, La Marca, Rv. 187618) - non è censurabile in cassazione, né è configurabile un obbligo di motivazione, in assenza di una specifica richiesta, oltre che nei motivi di appello, nel corso del giudizio di secondo grado (così, Sez. 1, n. 8558 del 02/05/1997, Chiavaroli, Rv. 208572); e ciò anche nel caso di condanna dell'imputato, già assolto in primo grado, su impugnazione del pubblico ministero (Sez. 3, n. 7911 del 12/08/1993, Todisco, Rv. 194662).

Tanto perché «l'obbligo di motivazione da parte del giudice di appello sussiste soltanto in relazione a quanto dedotto con l'atto di impugnazione o, se si tratta del mancato esercizio di un potere esercitabile di ufficio - come quello relativo alla concessione di benefici ai sensi del comma 5 dell'art. 597 cod. proc. pen. - anche in relazione a quanto dedotto e richiesto in sede di discussione. Peraltro, perché sussista l'obbligo della motivazione, è necessario che la richiesta non sia generica (come nella dizione: "applicazione di tutti i benefici di legge"), ma in qualche modo giustificata con riferimento a dati di fatto astrattamente idonei all'accoglimento della richiesta stessa» (Sez. 5, n. 1099 del 26/11/1997, dep. 1998, Pirri, Rv. 209683).

Specularmente è stato ritenuto fondato il ricorso per cassazione in riferimento alla mancata applicazione dell'art. 62-*bis* cod. pen., a norma dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., riconoscendo «la legittimazione e l'interesse dell'imputato a dolersi, in sede di legittimità, del mancato esercizio del potere-dovere» del giudice, poiché il ricorrente, nel corso del giudizio di appello, pur non avendo proposto motivo sul punto, aveva tuttavia specificatamente indicato gli elementi a fondamento della richiesta, ossia l'assenza di precedenti penali e la modesta entità del fatto criminoso (così, Sez. 2, n. 8418 del 02/06/1998, Maodo, Rv. 211189).

Le ragioni di tale orientamento della giurisprudenza sul tema di interesse, con riferimento proprio ad un caso di mancato esercizio del potere di applicare di ufficio la sospensione condizionale della pena a favore di imputato, tra l'altro infraventunenne, sono più diffusamente esposte nella sentenza della Sezione Seconda, n. 15930 del 19/02/2016, Moundi, Rv. 266563, che ritiene infondato il motivo di ricorso inerente alla omessa applicazione del beneficio, poiché, come si legge in motivazione: «è pur vero che il giudice di appello è titolare del potere di applicare d'ufficio il beneficio della sospensione condizionale della pena ex art. 597, comma 5, cod. proc. pen., ma si tratta di un potere eccezionale e

discrezionale [...] per cui la parte che ha un autonomo potere di chiedere l'applicazione del beneficio, non è legittimata ad impugnare la sentenza d'appello a motivo del mancato esercizio di tale potere, se non abbia formulato [...] la corrispondente richiesta; né può costituire motivo di ricorso per cassazione, ex art. 606, lett. e), cod. proc. pen., l'omessa motivazione circa il mancato esercizio, ex officio, di tale potere. Infatti l'obbligo di motivazione del giudice di appello sussiste soltanto in relazione a quanto dedotto con l'atto di impugnazione o, se si tratta del mancato esercizio di un potere d'ufficio [...], anche a quanto dedotto e richiesto in sede di discussione dovendo la parte manifestare un interesse concreto all'applicazione del beneficio. Peraltro, - precisa la sentenza a chiusura della motivazione - perché sussista l'obbligo di motivazione è necessario che la richiesta non sia generica, ma in qualche modo giustificata con riferimento a dati di fatto astrattamente idonei all'accoglimento della richiesta stessa». (In senso sostanzialmente conforme alla interpretazione prevalente v., Sez. 3, n. 23228 del 12/04/2012, Giovanrosa, Rv. 253057; Sez. 6, n. 6880 del 27/01/2010, Mezini, Rv. 246139; Sez. 6, n. 22120 del 29/04/2009, Tatone, Rv. 243946; Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468; Sez. 3, n. 21273 del 18/03/2003, Gueli, Rv. 224850; Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254).

Inesplicito risulta, invece, il principio di diritto affermato nella sentenza delle Sezioni Unite, n. 10495 del 09/10/1996, Nastasi, Rv. 206175, «in tema di non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale», là dove si sostiene lapidariamente che «il giudice di secondo grado, in assenza di richiesta dell'impugnante, non ha alcun dovere di motivare il mancato esercizio del potere discrezionale, conferitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., di applicare d'ufficio il beneficio, né tale mancato esercizio può costituire motivo di ricorso per cassazione».

Un accento particolare sull'interesse del ricorrente all'applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena che potrebbe anche non sussistere nel caso concreto, rendendo paradossalmente impugnabile il positivo esercizio da parte del giudice di appello, senza alcuna richiesta di parte, del potere officioso di applicazione, si coglie nelle sentenze della Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560, e della Sez. 3, n. 28690 del 09/02/2017, Rochira, Rv. 270587, quest'ultima richiamante anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite (n. 6563 del 16/03/1994, Rusconi, Rv. 197535), che ha riconosciuto l'interesse dell'imputato ad impugnare l'applicazione (non richiesta) della sospensione condizionale della pena «tutte le volte in cui il provvedimento di concessione del beneficio sia idoneo a produrre in concreto la lesione della sfera giuridica dell'impugnante e la sua eliminazione consenta il conseguimento di una situazione giuridica più vantaggiosa».

3. Una diversa lettura dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., prende avvio dalla sentenza della Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729, relativa ad un caso di riforma di pronuncia assolutoria con condanna degli imputati in appello, senza applicazione dei benefici, sebbene il pubblico ministero appellante, nella discussione orale, ritenendo sussistenti le condizioni previste dalla legge, avesse richiesto l'applicazione dei benefici di legge.

La suddetta decisione prende esplicita posizione dissenziente dalla precedente giurisprudenza circa l'assenza di obbligo di motivazione, in capo al giudice di appello, che, pur ricorrendone le condizioni, in mancanza di espressa richiesta dell'imputato, non eserciti il suo potere officioso di applicazione dei benefici, confutando sia l'automatico nesso -affermato o presupposto dalla giurisprudenza prevalente- tra discrezionalità e assenza di obbligo di motivazione, sulla base della considerazione che un potere discrezionale non è un dovere; sia la funzione esclusivamente endoprocessuale attribuita alla motivazione, correlata alle richieste rivolte al giudice dalla parte potenzialmente interessata all'esercizio del potere officioso.

Secondo la sentenza in esame, che ha aperto un varco nella giurisprudenza già consolidata in senso contrario, «solo in presenza della motivazione è possibile il controllo di legalità sull'esercizio del potere del giudice sia all'interno del processo (funzione e valore endoprocessuale della motivazione come garanzia interna), sia all'esterno di esso (valore e funzione extraprocessuale della motivazione come condizione di controllo democratico e come fattore di pubblicità e di responsabilità)». Si è così sostenuto che in mancanza della richiesta dei benefici da parte dei difensori degli imputati - nella specie erano entrambi incensurati, di età avanzata e condannati a pene lievi - ritenere che non sussista l'obbligo di motivare sul mancato esercizio del potere-dovere di concedere i benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen. «implica l'adesione ad una concezione della giurisdizione fortemente potestativa e riduttivamente formale, anziché garantistica e conforme al principio costituzionalizzato dall'art. 111, sesto comma, Cost., che nella motivazione della decisione giudiziaria individua il valore e il connotato specifico del potere giurisdizionale».

La conclusione è nel senso che il giudice di appello deve, sia pure sinteticamente, dare ragione del concreto esercizio, positivo o negativo, del potere-dovere, attribuitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., tanto più quando una delle parti (anche il pubblico ministero nell'interesse dell'imputato) ne abbia fatto esplicita richiesta; pertanto sussiste la legittimazione e l'interesse dell'imputato di dolersi, in sede di legittimità, del mancato esercizio di tale potere-dovere del giudice di appello, purché egli indichi gli elementi di fatto in base a cui

il giudice avrebbe potuto ragionevolmente e fondatamente esercitare il suo potere-dovere.

Altre sentenze successive si iscrivono nello stesso filone interpretativo: in particolare, Sez. 6, n. 12839 del 10/02/2005, De Martino, Rv. 231431 (di annullamento con rinvio di sentenza di condanna, in riforma di giudizio assolutorio di primo grado, senza esercizio del potere del giudice di appello di applicare la sospensione condizionale della pena, "in assenza di specifiche deduzioni" di entrambe le parti, privata e pubblica); Sez. 5, n. 37461 del 20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323 (nella quale si afferma il medesimo principio, dandosi atto peraltro che il beneficio era stato espressamente richiesto dalla difesa in sede di conclusioni rassegnate in udienza); Sez. 5, n. 40865 del 25/09/2007, Catalano, Rv. 238187 (in un caso di condanna in primo grado a pena pecuniaria per reato erroneamente ritenuto di competenza del giudice di pace, riformata in appello, su impugnazione del pubblico ministero, con condanna a pena detentiva non sospesa, pur ricorrendone in astratto le condizioni, in assenza di specifiche deduzioni delle parti); Sez. 6, n. 3917 del 08/01/2009, Chiacchierini, Rv. 242527 (fattispecie di condanna in appello su impugnazione del pubblico ministero senza esercizio del potere ufficioso di applicare i doppi benefici di legge, in mancanza di qualsiasi - subordinata - deduzione di parte a fronte di una richiesta difensiva di mera conferma della decisione assolutoria del primo giudice); Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, dep. 2010, Coluccio, Rv. 245924 (caso di pena ridotta in appello in misura compatibile con il beneficio della sospensione, non preso in considerazione dal giudice, a fronte dell'appello dell'imputato che aveva genericamente chiesto, insieme ad una diversa qualificazione dei reati, la riduzione della pena al minimo "con i doppi benefici di legge"); Sez. 6, n. 14758 del 27/03/2013, V.G., Rv. 254690 e Sez. 5, n. 5581 del 08/10/2014, dep. 2015, Ciodaro, Rv. 264215 (entrambe in fattispecie di riforma della pronuncia assolutoria, su appello del pubblico ministero, senza esercizio del potere ufficioso di applicazione della sospensione condizionale della pena, astrattamente concedibile, in assenza di specifica deduzione dell'imputato che non aveva avuto ragione di dolersi della pronuncia di primo grado).

E' importante sottolineare che le sentenze valorizzanti il potere-dovere del giudice di appello di motivare l'esercizio positivo o negativo del potere ufficioso di applicare benefici o attenuanti, indipendentemente da specifica richiesta di parte, riguardano specialmente i casi di *reformatio in peius* della sentenza di primo grado, in accoglimento di impugnazione del pubblico ministero, poiché in tale ipotesi il giudice di secondo grado, «trovandosi di fronte a una richiesta di radicale riforma di una pronuncia ampiamente favorevole al prevenuto, nel momento in cui addiuvine alla decisione di accoglierla, non può non dare specifico conto del grado

di estensione di tale accoglimento e, quindi, sotto tale profilo, spiegare perché esso non sia contenuto, ove ne sussistano i presupposti legali, nei limiti di una condanna condizionalmente sospesa» (così, Sez. 6, n. 12839 del 2005, De Martino, cit.).

4. Ritiene la Corte di dover dare al quesito proposto una risposta articolata che necessariamente comprende tutti i casi previsti dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., dall'applicazione della sospensione condizionale della pena (art. 163 cod. pen.) e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 cod. pen.), al riconoscimento di una o più attenuanti (artt. 62, 62-bis, cod. pen.), con effettuazione del giudizio di comparazione a norma dell'art. 69 cod. pen., "quando occorre", ossia subordinatamente all'applicazione di ufficio da parte del giudice di appello di nuove circostanze attenuanti, tali da imporre, nuovamente o per la prima volta (se in precedenza erano state applicate solo circostanze aggravanti), il giudizio di comparazione (Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, Magotti, Rv. 197700).

4.1. Preliminarmente, è opportuno delimitare l'ambito della questione dibattuta.

Ad essa sono ovviamente estranei i casi in cui il giudice di primo o di secondo grado, anche di ufficio, abbia vagliato l'applicazione dei benefici e, segnatamente, della sospensione condizionale della pena, riconoscendola o escludendola, con conseguente facoltà della parte interessata di impugnare specificamente il corrispondente punto della decisione nel rispetto delle disposizioni generali in materia di impugnazioni e, quanto al ricorso per cassazione, negli stretti limiti in cui tale mezzo è ammesso.

Il quesito proposto investe, dunque, esclusivamente il mancato esercizio del detto potere officioso nel giudizio di appello e le conseguenze da esso discendenti in termini di tutela dell'interesse delle parti al suo effettivo esercizio, essendo pacifico che il difetto di esercizio di esso in primo grado è denunciabile con specifico motivo di appello e, ove ciò non avvenga, non preclude il potere del secondo giudice di esercitarlo, appunto, di ufficio a norma dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen.

Tale potere, come detto, costituisce una deroga al principio devolutivo che conosce altre, non poche, eccezioni (tra cui il difetto di giurisdizione, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento; l'incompetenza per materia, anch'essa rilevabile in ogni stato e grado del processo, salvo quanto previsto dagli artt. 21, comma 3, e 23, comma 2 cod. proc. pen.; la dichiarazione immediata di cause di non punibilità, indipendentemente dall'oggetto dell'impugnazione e, dunque, anche quando, per addivenire al proscioglimento, sia necessario l'esame di punti

della sentenza non appellati; l'errore di persona relativo all'imputato; la morte del reo; la declaratoria di nullità assolute e di quelle di tipo intermedio rilevabili di ufficio nei limiti dell'art. 180 cod. proc. pen.; l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge; la sentenza di proscioglimento nel caso di procedimento iniziato in violazione del divieto di *bis in idem*; la questione di legittimità costituzionale che "può essere sollevata di ufficio dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio"; la violazione del principio di legalità della pena; l'applicazione della legge più favorevole).

La peculiarità della deroga prevista dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen. al principio devolutivo enunciato dal comma 1 dello stesso articolo, secondo il quale l'ambito della cognizione del giudice di appello è limitato ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, risiede proprio nella sua eccezionalità che si coniuga con la discrezionalità del giudice nell'ordinare i benefici previsti dagli artt. 163, 164 e 175 cod. pen., avuto riguardo, in entrambi i casi, alle circostanze indicate nell'art. 133 cod. pen., e con lo scrutinio di merito postulato dal riconoscimento di nuove circostanze attenuanti -comuni, generiche, ad effetto speciale (artt. 62, 62-*bis* e 63, terzo comma, cod. pen.) - con eventuale giudizio di comparazione; e ciò diversamente dalle altre eccezioni al medesimo principio devolutivo, già sopra compendiate, che sono invece imposte dal rilievo ordinamentale e inderogabile delle norme da osservare.

Tale discrezionalità che rimanda ad un "potere" non vincolato al suo esercizio diventa un "dovere" del giudice di appello, da esercitare indipendentemente da specifiche deduzioni di parte, secondo una parte della giurisprudenza citata, in presenza di particolari condizioni, ravvisate nella sopravvenuta attualità dei presupposti di applicazione dei benefici di legge, non sussistenti nel primo giudizio, o perché definito con sentenza di proscioglimento (non doversi procedere, assoluzione), riformata in appello, su impugnazione del pubblico ministero, con pronuncia di condanna; oppure per la qualità di pena irrogata incompatibile con la sospensione condizionale della pena (art. 60 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), con ritenuta competenza del tribunale, nel giudizio di appello, e conseguente irrogazione di pena per cui è, invece, ammesso il beneficio; o ancora per la misura edittale della sanzione al tempo della prima decisione, eccedente i limiti di ammissibilità della sospensione condizionale della pena, con sopravvenuto mutamento *in melius* della norma sanzionatoria, tale da consentire, in appello, l'applicazione del beneficio (cfr., tra le altre, Sez. 6, n. 32966 del 2001, Colbertardo, cit.).

4.2. La Corte ritiene che sia corretto riconoscere l'esercizio del potere del giudice di appello, in tema di applicazione dei benefici di legge (o di una o più attenuanti), come un "dovere", in presenza di elementi di fatto che ne consentano

ragionevolmente l'esercizio, tanto più se divenuti attuali proprio nel giudizio di appello.

Tale potere-dovere, essendo espressamente attribuito al giudice, "di ufficio", dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., non postula, per definizione, la necessaria iniziativa o sollecitazione di parte, espressa in una richiesta specifica anche solo in sede di conclusioni nel giudizio di appello. E, tuttavia, l'esercizio di esso va correlato sia al suo fondamento normativo, che lo pone come "eccezione" al generale principio devolutivo che governa il giudizio di appello, sia al contenuto "discrezionale" del suo oggetto, che postula, ai fini dell'applicazione dei benefici come del riconoscimento di attenuanti, valutazioni di puro merito.

Lo stretto nesso tra ufficiosità, eccezionalità e discrezionalità del potere-dovere attribuito al giudice di appello esclude che il suo mancato esercizio possa configurare un vizio deducibile in cassazione. In particolare, la non decisione sul punto non costituisce violazione di norma penale sostanziale (art. 606, comma 1, lett. b, cod. proc. pen.) e, neppure, violazione di norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (art. 606, comma 1, lett. c, cod. proc. pen.), tale non essendo l'art. 597, comma 5, cod. proc. pen.; soprattutto la "non decisione", in appello, sui benefici di legge non è denunciabile come vizio di motivazione per mancanza (art. 606, comma 1, lett. e, cod. proc. pen.), laddove la parte -che avrebbe potuto sollecitarne l'esercizio, in relazione ai possibili sviluppi del processo di secondo grado ancorché preceduto da giudizio assolutorio o incompatibile con il riconoscimento della sospensione condizionale della pena- non abbia richiesto, senza averne fatto (o potuto fare) motivo di impugnazione, l'applicazione del beneficio nel corso del medesimo giudizio di appello.

Il vizio di motivazione denunciabile con ricorso per cassazione - diverso dal caso, estraneo a quello in esame, di assenza grafica o mera apparenza di motivazione integrante violazione di legge processuale espressamente sanzionata a pena di nullità dall'art. 606, comma 1, lett. c), in relazione all'art. 125, comma 3, cod. proc. pen.- rimanda al contenuto della motivazione come delineato dall'art. 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., norma che, sia nel testo vigente al tempo dell'emissione della sentenza impugnata -prima dell'entrata in vigore della legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha ampliato il contenuto della suddetta lettera e) -, sia nel testo attuale, non prevede che «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata» debba aver riguardo anche alla possibile applicazione dei benefici di legge, strutturando piuttosto la motivazione in chiave dialettica con l'espresso richiamo all'indicazione delle prove poste a base della decisione e all'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non abbia ritenuto

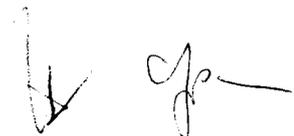
attendibili le prove contrarie (così il testo dell'art. 546, comma 1, lett. e), nel testo vigente al tempo della sentenza impugnata).

In breve, il mancato esercizio (con esito positivo o negativo) del potere-dovere del giudice di appello di applicare di ufficio i benefici di legge, non accompagnato da alcuna motivazione che renda ragione di tale "non decisione", non può costituire motivo di ricorso per cassazione per violazione di legge o difetto di motivazione, se l'effettivo espletamento del medesimo potere-dovere non sia stato sollecitato da una delle parti, almeno in sede di conclusioni nel giudizio di appello, ovvero, nei casi in cui intervenga condanna la prima volta in appello, neppure con le conclusioni subordinate proposte dall'imputato nel giudizio di primo grado.

In caso di *reformatio in peius*, invero, è stato già correttamente affermato che il giudice di appello «ha l'obbligo di confutare in modo specifico e completo le argomentazioni della decisione di assoluzione e di valutare le ulteriori argomentazioni non sviluppate in tale decisione ma comunque dedotte dall'imputato dopo la stessa e prima della sentenza di appello, pronunciandosi altresì su violazioni di legge intervenute nel giudizio di primo grado in danno dell'imputato e da questi non dedotte per carenza di interesse in appello, nonché sulle richieste subordinate avanzate dall'imputato stesso in sede di discussione nel giudizio di primo grado» (così, Sez. 6, n. 22120 del 29/04/2009, Tatone, Rv. 243946), ivi inclusa l'istanza di applicazione dei benefici di legge e, segnatamente, della sospensione condizionale della pena.

Va aggiunto che la soluzione indicata appare coerente con il sistema di processo di parti del codice di rito e rispettosa, in particolare, della struttura del beneficio in esame che postula un interesse del potenziale destinatario non sempre favorevole alla sua applicazione.

E, in proposito, giova richiamare le sentenze delle Sezioni Unite della Corte che, già nel vigore del precedente codice di rito come di quello attuale, hanno riconosciuto «il diritto dell'imputato di impugnare il provvedimento con cui gli sia stata concessa la sospensione condizionale della pena e di ottenere la revoca di tale beneficio qualora da esso possa derivargli anziché un vantaggio la lesione di un diritto o di un interesse giuridico» (Sez. U, n. 12234 del 23/11/1985, Di Trapani, Rv. 171394); «la sospensione condizionale, infatti, non può risolversi in un pregiudizio per l'imputato in termini di compromissione del carattere personalistico e rieducativo della pena», fermo restando che «il pregiudizio addotto dall'interessato in tanto è rilevante in quanto non attenga a valutazioni meramente soggettive di opportunità e di ordine pratico, ma concerna interessi giuridicamente apprezzabili in quanto correlati alla funzione stessa della sospensione condizionale, consistente nella "individualizzazione" della pena e



nella sua finalizzazione alla reintegrazione sociale del condannato» (così Sez. U, n. 6563 del 16/03/1994, Rusconi, Rv. 197535).

Un perspicuo approfondimento di tale "interesse" dell'imputato in tema di sospensione condizionale della pena, che, anche in funzione della disponibilità del beneficio, rafforza la non censurabilità, nel giudizio di cassazione, del mancato esercizio del potere del giudice di appello di ordinarne l'applicazione di ufficio, in assenza di sollecitazione di parte, si legge nella già citata sentenza della Sez. 3 n. 28690 del 09/02/2017, Rochira, in un caso di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata limitatamente alla disposta applicazione, di ufficio, del beneficio della sospensione condizionale della modesta ammenda di euro 1.600, inflitta all'imputato per violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, là dove correttamente si riconosce uno spazio significativo all'interesse dell'imputato, conformemente ad una evoluzione del sistema dell'esecuzione penale che «attribuisce un ruolo attivo e determinante al condannato nella concreta individuazione del percorso esecutivo», con richiamo della disposizione dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. sulla facoltà dell'interessato, entro trenta giorni dalla notificazione del decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione, di presentare richiesta di misure alternative alla detenzione; e, su altro versante, si sottolinea la possibilità dell'imputato «di scegliere la modalità esecutiva della pena attraverso la richiesta di ammissione al lavoro di pubblica utilità, alla quale, viene riconosciuto il valore di tacita rinuncia proprio al beneficio della sospensione condizionale della pena» (così la sentenza citata, che richiama Sez. 3, n. 20726 del 07/11/2012, dep. 2013, Cinciripini, Rv. 254996, a proposito della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 186, 9-bis, cod. strada).

5. Al termine della disamina fin qui condotta va, quindi, enunciato il seguente principio di diritto:

"Fermo il dovere del giudice di appello di motivare il mancato esercizio del suo potere di ufficio di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena, in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento, specialmente se sopravvenute al giudizio di primo grado, l'imputato non può dolersi, con ricorso per cassazione, della mancata applicazione del medesimo beneficio se non lo ha richiesto nel corso del giudizio di appello".

6. Segue l'esame dei motivi di ricorso.

6.1. Dal principio sopra affermato deriva l'infondatezza del quarto motivo, con cui il ricorrente ha lamentato l'assenza di ogni motivazione sulla mancata applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena: infatti, deve

escludersi ogni ipotesi di violazione di legge o di difetto di motivazione, sia per il mancato esercizio del potere del giudice di appello di applicare di ufficio la sospensione, sia per la omessa giustificazione al riguardo, in quanto l'imputato, nel corso del giudizio di secondo grado, non ha fatto alcuna richiesta in ordine al beneficio previsto dall'art. 163 cod. pen.

6.2. Gli altri motivi sono inammissibili.

Il primo motivo è generico e manifestamente infondato.

L'imputato era stato arrestato il 15 gennaio 2013 nella flagranza del reato a lui ascritto e condotto davanti al tribunale per la convalida ed il contestuale giudizio direttissimo. Convalidato l'arresto, il difensore aveva chiesto un termine a difesa e, alla successiva udienza del 7 marzo 2013, aveva richiesto il giudizio abbreviato.

La Corte di appello respinse l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado dando atto che i risultati delle analisi della sostanza erano stati trasmessi e inseriti nel fascicolo del pubblico ministero in data 28 febbraio 2013 (come da timbro di pervenuto apposto sul documento di trasmissione), prima che all'udienza del successivo 7 marzo l'imputato chiedesse il giudizio abbreviato.

In ogni caso, annotò la Corte, risultavano presenti in atti altri verbali di accertamento, relativi alla natura e al peso della sostanza, la cui mancanza l'imputato non aveva mai eccepito e dai quali potevano trarsi gli stessi elementi di giudizio desumibili dal referto di analisi denunciato come assente nel fascicolo processuale al momento della richiesta del giudizio di abbreviato.

Il ricorrente non si confronta affatto con tale *ratio decidendi* della sentenza impugnata, proponendo al contrario argomenti marginalmente affrontati dalla Corte territoriale al solo fine di dare atto dell'esistenza (peraltro irrituale) di carteggio extraprocessuale dell'imputato con il Pubblico Ministero e il primo Giudice, in ordine alla eccepita inesistenza agli atti del referto di analisi, e della mancanza di ulteriori seguiti. Ma tali argomenti non hanno alcuna attinenza con il motivo del rigetto dell'eccezione di nullità che è fondato su elementi (l'infondatezza e la sostanziale irrilevanza dell'eccezione) totalmente ignorati in questa sede.

Il secondo motivo è parimenti manifestamente infondato e proposto al di fuori dei casi consentiti dalla legge.

Lo stesso ricorrente aveva ammesso, nel corso del suo esame cui aveva subordinato la richiesta (accolta) di giudizio abbreviato, che avrebbe potuto consumare la sostanza sequestratagli, una volta rientrato nella propria residenza romana, in compagnia di altri, implicitamente ammettendo la non destinazione della *marijuana* ad uso esclusivamente personale, peraltro incompatibile con la non modesta quantità detenuta, come rilevato nella sentenza impugnata con motivazione esente da vizi logici e giuridici e, come tale, insindacabile in questa sede.

Anche il terzo motivo è manifestamente infondato, poiché osta alla qualificazione del fatto in termini di lieve entità il dato ponderale della sostanza sequestrata ed il numero elevato di dosi (738) da essa ricavabili.

7. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato, con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

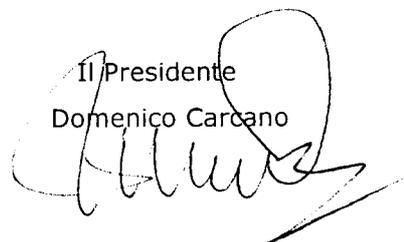
Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 25/10/2018.

Il Componente estensore
Antonella Patrizia Mazzei



Il Presidente
Domenico Carcano



SEZIONE UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria
Roma, il 22 MAG. 2019