



C O R T E D I C A S S A Z I O N E
UFFICIO DEL MASSIMARIO
Settore penale

Rel. n. III/02/2015

Roma, 23.04.2015

Novità legislative: D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67".

**Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione
della "particolare tenuità del fatto"**

di Antonio Corbo e Giorgio Fidelbo

Rif. Norm.: Cod. Pen. artt. 2, 131-bis; Cod. proc. pen. artt. 129, 411, 469, 609, 620.

Sommario: Premessa – 1. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: natura giuridica e disciplina applicativa. – 2. L'immediata applicazione del nuovo istituto nei giudizi di merito celebrati con rito ordinario o abbreviato e nell'udienza preliminare. – 3. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e sentenza emessa ex art. 129 cod. proc. pen. – 4. L'immediata applicazione del nuovo istituto nel giudizio di legittimità: profili problematici in tema di ammissibilità; – 5. (segue) eventuali problemi operativi. – 6. (segue) non punibilità per particolare tenuità del fatto e ricorsi inammissibili. – 7. L'immediata applicazione del nuovo istituto nei procedimenti speciali. – 8. L'immediata applicazione del nuovo istituto nel procedimento di archiviazione.

Premessa.

Il decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 (Gazz. Uff. 18 marzo 2015, n. 64) ha dettato *"Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67"*.

Il testo normativo è suddiviso in più disposizioni, che regolamentano rispettivamente: - la fisionomia ed i caratteri del nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 1); - i profili procedurali per la sua applicazione con provvedimento di archiviazione (art. 2); - i profili procedurali per la sua applicazione con sentenza di proscioglimento predibattimentale ex art. 469 cod. proc. pen. (art. 3, comma 1, lett. a); - l'efficacia delle

sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, all'esito di dibattimento o di rito abbreviato, nei giudizi civili e amministrativi (art. 3, comma 1, lett. b); - l'iscrizione dei provvedimenti relativi al nuovo istituto nel casellario giudiziale ed il rilascio delle relative certificazioni (art. 4).

La presente relazione riguarderà essenzialmente i profili procedurali e processuali che attengono alla immediata applicazione della nuova disciplina.

1. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: natura giuridica e disciplina applicativa.

L'immediata applicazione della nuova disciplina nei processi (e procedimenti) in corso è stata già affermata da Sez. III, 8 aprile 2015, dep. 15 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto (in [www.cortedicassazione](http://www.cortedicassazione.it) - *Recentissime dalla Corte. Novità in evidenza. Giurisprudenza penale*), che risulta essere la prima decisione di legittimità pubblicata in argomento. D'altra parte, anche la dottrina, in uno dei primi commenti, ha ritenuto che la nuova previsione di cui all'art. 131-bis cod. pen., in quanto norma più favorevole, è destinata a operare *"per tutti i procedimenti in corso e pure per i reati commessi prima della sua entrata in vigore"*¹.

Un importante elemento di riflessione a tal proposito sembra essere costituito dalla individuazione della natura giuridica dell'istituto, e precisamente dalla sua riconducibilità, o meno, all'area del diritto penale sostanziale; occorre, inoltre, valutare se, e in che misura, la sua applicazione sia condizionata da moduli procedurali o processuali.

In effetti, l'inquadramento della *"esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"* nell'ambito del diritto penale sembra una soluzione confortata da numerosi argomenti: la configurazione dell'istituto incentrata su categorie di diritto sostanziale; la definizione in termini di *"punibilità"* (e non di *"procedibilità"*); l'adozione del decreto delegato sulla base dell'art. 1 della legge delega del 28 aprile 2014, n. 67, articolo puntualmente rubricato *"delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie"*. Inoltre, la *"natura sostanziale del nuovo istituto"* risulta affermata da Sez. III, n. 15449 del 2015, cit.

Questa ricostruzione non sembra possa essere messa in dubbio dalla formula di proscioglimento prevista per il caso di sentenza pre-dibattimentale: sebbene il 'nuovo' comma 1-bis dell'art. 469 cod. proc. pen. contempli la *"sentenza di non doversi procedere"* – prefigurata piuttosto per epiloghi propriamente processuali – tuttavia la disposizione evoca testualmente la categoria della 'punibilità', e non invece quella della 'procedibilità'; inoltre, può sostenersi che l'adozione della formula di *"non doversi procedere"* sia stata riservata alle sole pronunce pre-dibattimentali per rimarcare, anche da un punto di vista formale, la differenza di efficacia giuridica – nell'ambito del "genus" delle sentenze di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. – tra decisioni emesse a norma dell'art. 469 cod. proc. pen. e decisioni adottate all'esito del dibattimento o del giudizio abbreviato: soltanto a queste ultime, infatti, il 'nuovo' art. 651-bis cod. proc. pen. attribuisce *"efficacia di giudicato"* nei giudizi civili e amministrativi.

¹ Così G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, p. 20.

Con specifico riferimento agli aspetti procedurali e processuali, si osserva, innanzitutto, che il decreto legislativo delegato n. 28 del 2015 ha dettato una disciplina relativa alle modalità applicative del nuovo istituto esclusivamente per la fase precedente la pronuncia del decreto di archiviazione (art. 2) e della sentenza di proscioglimento pre-dibattimentale ex art. 469 cod. proc. pen. (art. 3, comma 1, lett. a). A questo proposito, appare opportuno rappresentare che la 'non-opposizione' del pubblico ministero e dell'imputato costituisce presupposto necessario anche per la sentenza emessa ex art. 469, comma 1-bis, così come previsto in linea generale dal comma 1 del medesimo articolo: in particolare, il comma 1-bis, laddove premette che *"la sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai dell'art. 131-bis del codice penale"*, risulta prescrivere l'adempimento della *"previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare"*, come requisito aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quanto richiesto dal comma 1.

E' importante rilevare, inoltre, che il legislatore, all'art. 3, comma 1, lett. b, ha anche regolamentato in modo espresso l'efficacia (nei giudizi civili ed amministrativi) della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto emessa *"in seguito a dibattimento"* o a giudizio abbreviato *"a norma dell'art. 442 [cod. proc. pen.]"*, prevedendola quindi come possibile esito decisorio di questi, senza però subordinarne la pronuncia a particolari regole o cadenze processuali.

2. L'immediata applicazione del nuovo istituto nei giudizi di merito celebrati con rito ordinario o abbreviato e nell'udienza preliminare.

Alla luce dei tratti distintivi della nuova disciplina, sembra ragionevole ipotizzare l'immediata operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto nei processi in corso celebrati con il rito ordinario o con quello abbreviato, e pendenti in fase di merito, in attuazione di quanto previsto dall'art. 2, quarto comma, cod. pen.

In particolare, appaiono significative la qualificazione delle nuove disposizioni come disposizioni di diritto penale sostanziale², la loro espressa applicabilità *"in seguito a dibattimento"* o ex art. 442 cod. proc. pen., l'assenza di specifiche regole o preclusioni processuali per tali ipotesi. Si può poi aggiungere che, per le sentenze emesse all'esito del dibattimento in primo grado, la legge prevede le formule di proscioglimento idonee a soddisfare le esigenze poste dal nuovo istituto: l'art. 530, infatti, stabilisce che il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche *"se il reato è stato commesso da persona ... non punibile per un'altra ragione"*; qualora, invece, il modello generale di formula decisoria fosse ritenuto individuabile sulla base di quanto indicato dal 'nuovo' comma 1-bis dell'art. 469 cod. proc. pen., sarebbe comunque fruibile lo schema della sentenza di non doversi procedere ex art. 529 cod. proc. pen. Le indicate formule decisorie, inoltre, sono sicuramente applicabili anche con riferimento alle sentenze emesse dal giudice di appello, atteso il disposto dell'art. 598 cod. proc. pen., ovvero nel giudizio abbreviato, in forza di quanto statuito dall'art. 442, comma 1, cod. proc. pen.

² Questo argomento è specificamente indicato da Sez. III, n. 15449 del 2015, cit.

Né, con riferimento ai procedimenti pendenti in fase di appello, per essere stata la sentenza di primo grado emessa prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015, sembrano porsi ostacoli per i limiti di cognizione derivanti dal "devolutum" (ad esempio, perché i motivi di impugnazione riguardano esclusivamente la pena). Costituisce, infatti, principio generale quello per cui *"il giudice di appello ... è obbligato per fini di legalità superiore della giurisdizione"* a pronunciarsi non solo di ufficio, ma anche al di là dei punti oggetto dei motivi proposti, o comunque inscindibilmente connessi, nel caso di *"applicazione di una legge penale più favorevole ex art. 2 c.p."*³

Più problematico appare stabilire se la non punibilità per particolare tenuità del fatto possa essere rilevata – in linea generale, e non solo specificamente nei processi in corso – all'udienza preliminare, nell'ambito dei riti speciali diversi dal giudizio abbreviato e nel giudizio davanti alla Corte di cassazione.

In relazione all'udienza preliminare, è forse più agevole concludere per una soluzione positiva: la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere avviene comunque all'esito del contraddittorio con tutte le parti processuali, l'avviso dell'udienza è notificato a pena di nullità anche alla persona offesa, sono previste formule liberatorie per rilevare *"che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa"* o che *"sussiste una causa ... per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita"*, non risultano specifiche preclusioni poste dal legislatore. Può anche aggiungersi che tale soluzione appare in linea con le esigenze deflative perseguite con l'introduzione del nuovo istituto.

3. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e sentenza emessa ex art. 129 cod. proc. pen.

Per i riti speciali diversi dal giudizio abbreviato e per il giudizio di cassazione, un primo, comune, elemento di possibile criticità deriva dal difetto di espressa previsione, in relazione ad essi, di formule di proscioglimento relative alle cause di non punibilità.

Invero, un aspetto problematico – di carattere preliminare – potrebbe porsi se si ritiene che, con riferimento a queste tipologie procedimentali e processuali, il potere del giudice di pronunciare una decisione liberatoria è ancorato alla disposizione di cui all'art. 129 cod. proc. pen.: questa previsione, infatti, pur rubricata *"Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità"*, contempla la pronuncia del giudice quando lo stesso *"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"*, ma nulla dice per l'ipotesi in cui ricorre una causa di non punibilità.

Secondo una parte della dottrina, il "silenzio" della legge in proposito *"non può essere evidentemente giustificato come un'innocua omissione cui porre rimedio attraverso"*

³ Cfr. P. GAETA-A. MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. V, *Impugnazioni*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, p. 323 s.

*interpretazioni estensive di altre formule tra quelle contenute nell'art. 129 comma 1, trovando al contrario radici profonde nei presupposti che giustificano il ricorso a tali pronunce"*⁴, in particolare perché la causa di non punibilità può essere dichiarata *"esclusivamente dopo l'accertamento della sussistenza della penale rilevanza e dell'attribuibilità all'imputato del fatto per cui si procede"*⁵.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, se nella sua più autorevole composizione si è limitata a registrare la divergenza di opinioni in dottrina circa la corretta formula da adottare per il proscioglimento dettato dalla presenza di cause di non punibilità, evitando espressamente di prendere posizione (così Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra, Rv. 240814), ha però più volte espressamente ammesso la rilevabilità di queste ultime con sentenza pronunciata ex art. 129 cod. proc. pen.

Tra le decisioni che hanno ritenuto rilevabile di ufficio dal giudice adito con richiesta di applicazione pena ex art. 444 cod. proc. pen. cause di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen. può essere indicata Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 48765, Ricciardi, Rv. 254104, la quale si è espressa in ordine al riconoscimento della situazione prevista dall'art. 384 cod. pen., sebbene non invocata dall'imputato.

Tra le decisioni che hanno dichiarato cause di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen. nel giudizio di cassazione possono essere citate Sez. VI, 1 marzo 2001, n. 15955, Fiori, Rv. 218875, che ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, *"perché il reato è stato commesso da persona non punibile ai sensi dell'art. 598 c.p."*, nonché Sez. V, 15 febbraio 2005, n. 25155, Sanpaolesi, Rv. 231896, che ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, *"perché l'imputato non è punibile ex art. 599 comma II c.p."*. In particolare, Sez. VI, Fiori, cit., ha espressamente osservato che *"non sembra di ostacolo a questa soluzione il dettato dell'art. 129 c. 2 c.p.p., dal momento che la formula «perché il fatto non costituisce reato» è stata sempre intesa come comprendente anche le cause di non punibilità; e, d'altronde, un'interpretazione diversa comporterebbe, così come sostiene il ricorrente, fondati dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale, traducendosi in disparità di trattamento difficilmente giustificabili sotto il profilo della logica e della razionalità"*. Sez. V, Sanpaolesi, cit., a sua volta, ha icasticamente affermato: *"La causa di non punibilità può essere riconosciuta anche in sede di legittimità ai sensi dell'art. 129 c.p.p."*.

Si può aggiungere, poi, che la Corte di cassazione ha espressamente proceduto più volte, anche recentemente, alla *"applicazione analogica del principio fissato dall'art. 129 cod. proc. pen."* nel giudizio di legittimità, sia pure allo specifico fine di ricondurre alla soglia di legge la pena *"illegale perché superiore al massimo edittale"* (così, testualmente, in motivazione, Sez. V, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, Rv. 262108, ma, nello stesso senso, già in

⁴ Così L. SCOMPARIN, *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)*, in *Enc. Dir., Annali*, II-2, Milano, 2008, p. 225.

⁵ Per questo rilievo, cfr. E. MARZADURI, sub Art. 129, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 117.

precedenza, tra le altre, Sez. III, 14 novembre 1995, n. 3877, Prati, Rv. 203205, nonché Sez. IV, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, Rv. 225693).

Non va trascurato, ancora, che in alcune decisioni si è ritenuto possibile rilevare di ufficio, nel giudizio di legittimità, l'esistenza di cause di non punibilità con la formula "*perché il fatto non costituisce reato*" e annullare senza rinvio la sentenza di condanna, così adottando un dispositivo espressamente previsto dall'art. 129 cod. proc. pen. In questo senso, è possibile citare: Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 11874, Cavaleri, Rv. 224259, la quale ha applicato di ufficio, sulla base dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., la causa di non punibilità di cui all'art. 384 cod. pen., in quanto immediatamente desumibile "*ex actis*", in relazione al reato di false dichiarazioni al pubblico ministero; nonché, Sez. VI, 18 febbraio 2014, Grieco, Rv. 259110, la quale ha affermato l'applicabilità di ufficio della medesima causa di non punibilità con riferimento al reato di favoreggiamento.

E' necessario sottolineare, tuttavia, che, anche a voler ritenere la rilevabilità di ufficio – nel giudizio di cassazione, come nei riti speciali – di una causa di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen., occorrerebbe comunque risolvere l'ulteriore problema della necessità, che sembra emergere dal complessivo assetto della nuova disciplina, di assicurare l'interlocuzione – almeno potenziale – dell'imputato e della persona offesa in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 131-bis cod. pen.

Occorre anche segnalare le difficoltà di individuare l'efficacia attribuibile nei giudizi civili e amministrativi alla sentenza pronunciata ex art. 129 cod. proc. pen. per speciale tenuità del fatto. Infatti, il 'nuovo' art. 651 bis cod. proc. pen., attribuisce efficacia extra-penale di giudicato alle sole sentenze pronunciate "*in seguito a dibattimento*", o "*a norma dell'art. 442 [cod. proc. pen.]*". Potrebbe forse ipotizzarsi che, se la pronuncia ex artt. 129 cod. proc. pen. e 131-bis cod. pen. fosse emessa all'esito di giudizio celebrato nelle forme del rito ordinario o del rito abbreviato, potrebbe fare stato anche nei giudizi civili ed amministrativi per le restituzioni ed il risarcimento del danno; se, invece, la stessa venisse adottata in altra sede, e comunque in assenza di un accertamento sulla responsabilità dell'imputato, la conclusione dovrebbe essere opposta.

Non sembra essere, invece, di particolare rilevanza, in ordine al tema della rilevabilità della causa di non punibilità per speciale tenuità ex art. 129 cod. proc. pen., la vicenda relativa alla formulazione del testo normativo. Invero, nello schema di decreto predisposto dalla Commissione, la nuova causa di non punibilità veniva fatta rientrare nelle ipotesi contemplate dal comma 1 dell'art. 129 cod. proc. pen.; questa soluzione, però, non è stata mantenuta in sede di redazione del testo definitivo. Tuttavia, la scelta finale non sembra incidere decisamente sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 129 cod. proc. pen., atteso che questa, da tempo, "*rebus sic stantibus*", costituisce oggetto di discussione, approfondimento e applicazione giurisprudenziale.

Ad ogni modo, la prospettiva in questione, sembrerebbe mutare significativamente ove si sviluppino le indicazioni di principio di Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 12283, De Rosa, Rv.

230529, secondo la quale *"l'art. 129 c.p.p. non attribuisce al giudice un potere di giudizio ulteriore ed autonomo rispetto a quello già riconosciutogli dalle specifiche norme che regolano l'epilogo proscioglitivo delle varie fasi e dei diversi gradi del processo (artt. 425, 469, 529, 530, 531 c.p.p.), ma enuncia una regola di condotta rivolta al giudice, il quale, di fronte ad una riconosciuta causa di non punibilità, deve adottare la corrispondente decisione allo stato degli atti, senza che possa trovare spazio una qualsiasi altra attività non essenziale"*. In effetti, qualora si acceda a questa impostazione il fondamento del potere del giudice di rilevare l'esistenza di una causa di non punibilità – tanto nel giudizio di legittimità, quanto nei riti speciali – sarebbe forse da individuare primariamente in altre disposizioni, specifiche per ogni diverso tipo di giudizio.

4. L'immediata applicazione del nuovo istituto nel giudizio di legittimità: profili problematici in tema di ammissibilità;

Nel giudizio davanti alla Corte di cassazione, il fondamento del potere di dichiarare l'esistenza di una causa di non punibilità – specie se si ritenga l'art. 129 cod. proc. pen. *"regola di condotta"* e non fonte autonoma di situazioni potestative – potrebbe anche essere ravvisato nell'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen.

In effetti, tale previsione, che prevede la pronuncia di sentenza di annullamento senza rinvio *"in ogni altro caso in cui la corte ritiene superfluo il rinvio"*, è stata espressamente posta da Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti, Rv. 226100, a fondamento di pronuncia assolutoria *"per non aver commesso il fatto"*, *"considerate le esigenze di economia processuale [ad essa] sottese"*; analogo, inoltre, risulta essere l'ordine di idee da cui muove Sez. Un., 21 maggio 2003, n. 22327, Carnevale, Rv. 224181, per addivenire a pronuncia di annullamento senza rinvio perché il fatto non sussiste.

Del resto, non mancano recenti decisioni di legittimità che, pur prescindendo dal richiamo all'art. 129 cod. proc. pen., hanno annullato senza rinvio la sentenza impugnata per essere l'imputato *"non punibile"*.

Un precedente, specificamente relativo all'applicazione retroattiva da parte della Corte di cassazione di una causa di non punibilità intervenuta nelle more del giudizio di legittimità, è offerto da Sez. VI, 26 aprile 2012, n. 17065, Cirillo, Rv. 252506. In tale vicenda, la Corte ha annullato senza rinvio, rilevando la sussistenza della causa di non punibilità della ritrattazione, di cui all'art. 376 cod. pen., in riferimento al delitto di favoreggiamento personale, a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina per effetto della legge 15 luglio 2009, n. 94, che estendeva anche a questa fattispecie l'applicabilità dell'art. 376 cit., sebbene la sentenza di appello fosse stata pronunciata il 31 marzo 2009. Nell'occasione, il giudice di legittimità, dopo aver rilevato che i presupposti fattuali per la dichiarazione dell'esistenza della causa di non punibilità erano desumibili dal testo della sentenza impugnata, ha osservato: *"Poiché la novità normativa è certo più favorevole per l'imputato, la stessa va applicata ai sensi degli artt. 2.4 c.p. e 609.2 c.p.p."* Del medesimo tipo è il dispositivo di Sez. II, 11 novembre 2010, n.

41461, Franzi, Rv. 248927, relativo all'applicazione della "esimente" prevista dall'art. 384, primo comma, cod. pen. al reato di favoreggiamento personale, in una fattispecie in cui, però, non si ponevano problemi di "ius superveniens".

Ad ogni modo, qualora si reputi che la Corte di cassazione possa rilevare una causa di non punibilità, tanto sulla base dell'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen., quanto in forza dell'art. 129 cod. proc. pen., occorre comunque chiedersi se, come già anticipato in precedenza, tale potere incontri un limite specifico in relazione alla specifica causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen.

In effetti, la dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto all'esito del giudizio di legittimità, per gli effetti negativi che produce per l'imputato (in primo luogo: la possibile rilevanza nei giudizi civili ed amministrativi e l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale), non sembra poter prescindere da un previo contraddittorio con lo stesso; inoltre, le disposizioni processuali dettate dal legislatore delegato per l'archiviazione e la sentenza di proscioglimento pre-dibattimentale prevedono anche l'interlocuzione con la persona offesa.

Può però rilevarsi, con riferimento alla posizione dell'imputato, che il giudizio di cassazione è informato al principio del contraddittorio, sia pure con la mediazione esclusiva dei difensori, che le parti possono presentare memorie, anche personalmente, in sede di legittimità ex art. 121 cod. proc. pen., e che la Corte non dovrebbe comunque poter "*prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza*" impugnata in applicazione del divieto di "reformatio in peius" a norma dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen.

Va inoltre evidenziato, con riferimento alla posizione della persona offesa, che la stessa, ex art. 90 cod. proc. pen., pur quando non è costituita parte civile, è legittimata a presentare memorie nel giudizio di cassazione, investendo ogni questione processuale o di merito rilevante ai fini della decisione, ferma restando l'inammissibilità di istanze tendenti a sollecitare acquisizioni istruttorie.

Un precedente che sembrerebbe contrario alla diretta applicazione dell'istituto in sede di legittimità è offerto da Sez. V, 23 maggio 2002, n. 25063, Rufolo, Rv. 222063.

La decisione ha avuto ad oggetto l'applicazione della disposizione transitoria di cui all'art. 63, comma 1, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in riferimento allo "ius superveniens" relativo ai reati di competenza del giudice di pace in tema di esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. cit.) e di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. cit.). Nell'occasione, la Corte ha negato l'applicabilità della disciplina di favore sopraggiunta nelle more del giudizio di legittimità. A tal fine, la stessa ha innanzitutto rilevato che, a norma dell'art. 63 cit., le disposizioni da questo richiamate, e quindi anche gli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274 del 2000, davanti ad un giudice diverso da giudice di pace sono osservate "*in quanto applicabili*". Ha poi aggiunto che "*gli istituti della non punibilità per lieve tenuità del fatto e della non procedibilità per avvenuto risarcimento*" sono inapplicabili in cassazione "*per la decisiva ed assorbente ragione che il presupposto processuale degli stessi non è attuabile in sede di legittimità ove non è contemplato l'intervento degli interessati*". Ha

quindi osservato che, comunque, nel caso esaminato, *“dall’impianto motivazionale del provvedimento impugnato emerge la non particolare tenuità del fatto con riguardo al quale è stata applicata una pena superiore al minimo e del pari risulta palese, stante la costituzione di parte civile, il non avvenuto risarcimento prima del giudizio”*.

Occorre tuttavia osservare che l’istituto previsto dal nuovo art. 131-bis cod. pen. sembra conformato diversamente da quello disciplinato dall’art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000: il primo appare configurabile in termini di diritto sostanziale, come causa di non punibilità; il secondo, invece, attiene, per espresso disposto del legislatore alla *“procedibilità”* e all’*“esercizio dell’azione penale”*. Inoltre, a norma dell’art. 34, comma 3, d.lgs. n. 274/2000, *“se è stata esercitata l’azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l’imputato e la persona offesa non si oppongono”*. Ai fini dell’applicazione dell’istituto di cui all’art. 131-bis cod. pen., invece, le regole sono diverse: in caso di pronuncia di sentenza pre-dibattimentale, per effetto del ‘nuovo’ comma 1-bis all’art. 469 cod. proc. pen., la persona offesa deve essere semplicemente sentita *“se compare”*; in caso di sentenza emessa all’esito di dibattimento o di giudizio abbreviato, la legge non solo non richiede la non opposizione dell’indagato e della persona offesa, ma non prescrive neppure il compimento di specifici adempimenti procedurali.

E’ utile aggiungere che la recentissima sentenza della Sez. III, n. 15449 del 2015, cit. ha accolto la soluzione favorevole all’immediata applicabilità del nuovo istituto nel giudizio di legittimità.

5. (segue) eventuali problemi operativi;

Qualora si ritenga che la non punibilità per particolare tenuità del fatto possa essere dichiarata dalla Corte di cassazione, si pongono i problemi relativi agli strumenti processuali utilizzabili per rilevare la stessa ed ai poteri di accertamento del giudice di legittimità.

Il mezzo ‘naturale’ per prospettare l’esistenza della causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. appare essere il ricorso. Inoltre, l’(immediata) applicabilità dell’istituto, ove se ne ammetta la natura sostanziale, potrebbe essere assicurata – (almeno) nel caso di ricorso depositato prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015 – per effetto della rilevabilità di ufficio a norma del combinato disposto dell’art. 609, comma 2, cod. proc. pen. e dell’art. 2, quarto comma, cod. pen., in linea con quanto affermato da Sez. VI, n. 17065 del 2012, cit., in relazione alla sopravvenuta operatività della disciplina più favorevole in tema di ritrattazione, nonché, specificamente, da Sez. III, n. 15449 del 2015, cit. Qualora, poi, si assuma che la non punibilità per particolare tenuità del fatto sia rilevabile ex art. 129 cod. proc. pen., non sembrerebbero esservi preclusioni ad una sua dichiarazione di ufficio neppure in caso di ricorso depositato dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015.

Resta tuttavia da precisare entro quali limiti la Corte di cassazione può verificare la sussistenza dei presupposti per l’applicazione delle nuove disposizioni, quando le stesse siano entrate in vigore nelle more del giudizio di legittimità e, quindi, le parti (segnatamente l’imputato) non

abbiano potuto precedentemente produrre elementi di prova funzionali al riconoscimento della causa di non punibilità.

Può infatti dubitarsi se, a tal fine, la Corte debba limitarsi ad una verifica di quanto risulta dalla sentenza impugnata, o, invece, possa – o debba – adottare una pronuncia di annullamento (con rinvio).

Un precedente, relativo alla vicenda di successione di leggi con effetto parzialmente abrogativo, è fornito da Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano ed altri, Rv. 224606. Nella specie, attinente alle modifiche del delitto di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario, la Corte ha affermato il principio secondo cui, quando lo “ius superveniens” è intervenuto nelle more del giudizio di cassazione, il giudice di legittimità, al fine di stabilire se gli elementi richiesti dalla legge sopravvenuta per la persistente configurabilità del fatto come reato abbiano costituito oggetto di accertamento giudiziale, deve fare riferimento alla decisione impugnata, provvedendo, in caso di esito positivo della verifica, a definire il giudizio e, in caso di esito negativo, ad annullare senza rinvio la decisione medesima ex art. 129 cod. proc. pen. La Corte ha aggiunto specificamente: *“Un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito. E’ vero che il sistema processuale deve adattarsi per fare fronte alle sopravvenienze legislative e che specifiche regole di adattamento nel giudizio di cassazione possono essere ravvisate negli artt. 609 comma 2 e 619 comma 3 c.p.p., ma è anche vero che la Corte di cassazione, posta di fronte ad una sentenza di condanna per un fatto che nei termini in cui è stato accertato viene a risultare non più previsto come reato, non può sottrarsi alla regola dell’art. 129 c.p.p. adducendo il dubbio che ulteriori accertamenti da parte del giudice di rinvio potrebbero condurre a conclusioni diverse”*.

Probabilmente, però, con riferimento alla non punibilità per particolare tenuità del fatto, i problemi sono solo in parte coincidenti con quelli esaminati dalle Sezioni Unite: il nuovo istituto non individua un ulteriore elemento costitutivo del fatto, bensì un limite negativo alla sua punibilità; così configurato, lo stesso, secondo categorie di consolidata elaborazione giurisprudenziale, non dovrebbe costituire oggetto di contestazione o di prova negativa da parte dell’accusa, essendo invece onere della difesa allegare la sussistenza dei relativi presupposti mediante l’indicazione di elementi specifici (cfr., ad esempio, Sez. VI, 25 novembre 2014, n. 1401/2015, Vigneri, Rv. 262054, ma anche Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 21832, Morea, Rv. 236371).

Il primo precedente specifico, costituito da Sez. III, n. 15449 del 2015, cit., ha evidenziato che *“l’applicabilità dell’art. 131-bis cod. pen. presuppone ... valutazioni di merito, oltre che la necessaria interlocuzione dei soggetti interessati. Da ciò consegue che, nel giudizio di legittimità, dovrà preventivamente verificarsi la sussistenza, in astratto, delle condizioni di applicabilità del nuovo istituto, procedendo poi, in caso di valutazione positiva, all’annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice del merito affinché valuti se dichiarare il fatto non punibile ... Nell’effettuare tale apprezzamento, il giudice di legittimità non potrà che basarsi su quanto emerso nel corso del giudizio di merito tenendo conto, in modo*

particolare, della eventuale presenza, nella motivazione del provvedimento impugnato, di giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto, riguardando, la non punibilità, soltanto quei comportamenti (non abituali) che, sebbene non inoffensivi, in presenza dei presupposti normativamente indicati risultino di così modesto rilievo da non ritenersi meritevoli di ulteriore considerazione in sede penale". Nel caso esaminato, relativo al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui all'art. 11 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, la Corte ha ritenuto di escludere già in astratto la configurabilità dei presupposti per l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, reputando rilevanti a tal fine, in particolare, *"l'irrogazione di una pena in misura superiore al minimo edittale ed il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche"*.

Una ipotesi forse formulabile, che evita di addossare all'imputato le conseguenze derivanti dal mancato svolgimento di attività istruttorie non richieste né disposte perché prive di significato all'epoca del giudizio di merito, potrebbe essere quella di valutare, ai fini della decisione, la 'proiezione' delle prospettazioni dal medesimo formulate nel ricorso ovvero, qualora lo "ius superveniens" sia entrato in vigore dopo il decorso dei termini per presentare l'atto di impugnazione, con memoria o nel corso della discussione orale.

In particolare, se il giudicabile deducesse di non aver potuto precedentemente chiedere l'assunzione di elementi di prova utili all'applicazione dell'art. 131-bis cod. pen., e allegasse 'circostanze' che, qualora accertate, risulterebbero idonee a giustificare l'operatività del nuovo istituto anche all'esito del raffronto con i risultati istruttori già acquisiti nella sentenza impugnata, si potrebbe prefigurare una restituzione delle parti dinanzi ai giudici di merito. Se, invece, il ricorrente invocasse la non punibilità per particolare tenuità del fatto sulla base degli elementi già emergenti dalla decisione censurata, la Corte di cassazione potrebbe annullare con rinvio, o, in ipotesi verosimilmente residuali, decidere direttamente la questione, ovviamente fermo restando il necessario rispetto dei limiti di valutazione connaturati alla sua funzione di giudice di legittimità.

In ogni caso, l'apprezzamento della Corte dovrebbe avere riguardo innanzitutto al contenuto della motivazione del provvedimento impugnato, per verificare se dal testo della decisione non risultino tutte le condizioni per l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. Se, poi, dall'esame della sentenza oggetto di ricorso, tali condizioni siano tutte rilevabili in astratto, ma non possa escludersi un accertamento in concreto di segno diverso, ovvero se le stesse, non tutte immediatamente rilevabili dal testo del provvedimento, possano essere comunque oggetto di accertamento in concreto, secondo una previsione in termini di ragionevolezza, eventualmente anche alla luce delle prospettazioni delle parti, sembrerebbe possibile ipotizzare un esito del giudizio di legittimità di annullamento con rinvio. Laddove, invece, dalla sentenza impugnata risulti non solo l'astratta configurabilità di tutti i presupposti richiesti dall'art. 131-bis cod. pen., ma anche un positivo vaglio della *"particolare tenuità dell'offesa"*, ad esempio, perché espressamente enunciata ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, si

potrebbe addirittura pervenire ad un annullamento senza rinvio. Estremamente difficile ipotizzare che un tale esito processuale possa aversi nei procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 28 del 2015, dovendo escludersi in questi casi l'esistenza di un vaglio sulla particolare tenuità dell'offesa nei termini richiesti dall'art. 131-*bis* cod. pen.

Il modello sopra indicato sarebbe 'vicino' a quello che sembra farsi strada in relazione alla vicenda della riqualificazione giuridica del fatto operata di ufficio dal giudice di appello (cfr., in particolare, Sez. II, 9 ottobre 2014, n. 46401, Destri, Rv. 261047, nonché Sez. II, 17 ottobre 2014, n. 47413, Grasso, Rv. 260960): trattasi, invero, di situazioni sicuramente diverse, ma nelle quali un tratto di assimilazione può essere individuato nell'esigenza di assicurare una effettiva tutela del diritto di difesa in sede di legittimità a fronte di un mutamento del quadro giuridico di riferimento.

6. (segue) non punibilità per particolare tenuità del fatto e ricorsi inammissibili.

Un ulteriore profilo problematico si pone con riferimento ai ricorsi inammissibili.

Se si ritiene che il ricorso inammissibile è inidoneo a costituire il rapporto giuridico processuale di impugnazione, lo "ius superveniens", per quanto più favorevole, non dovrebbe essere rilevabile⁶.

Tuttavia, questo limite potrebbe essere superato ove si assuma che il nuovo istituto introduce una forma di "abolitio criminis", come tale rilevabile anche davanti al giudice dell'esecuzione ex art. 673 cod. proc. pen.

In proposito, la giurisprudenza non risulta aver mai affermato esplicitamente che una disposizione recante una nuova causa di non punibilità opera una, sia pur parziale, "abolitio criminis".

Invero, nella materia degli stupefacenti la Corte di cassazione, con riferimento alle condanne per detenzione di sostanze illegali per uso personale inflitte prima del venir meno della punibilità in conseguenza del referendum abrogativo del 1993, ha affermato che la vicenda normativa così verificatasi era riconducibile al fenomeno della "abolitio criminis", rilevante ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., sebbene fosse diffusa, specie in dottrina, la qualificazione dell'uso personale come causa di non punibilità (cfr., specialmente, Sez. VI, 13 aprile 1994, n. 1542, Rosati, Rv. 199422, ma anche Sez. IV, 29 maggio 1996, n. 1397, Balui, Rv. 205415).

Tuttavia, ostacoli alla revocabilità della sentenza per "abolitio criminis", quale conseguenza della sopravvenuta esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, sembrano emergere sia dall'art. 2, secondo comma, cod. pen., sia dall'art. 673, comma 1, cod. proc. pen. La prima disposizione, infatti, prevede: *"Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali"*. La seconda statuizione, poi, recita: *"Nel caso di abrogazione o*

⁶ Per l'opinione secondo cui il ricorso inammissibile precluderebbe la dichiarazione di proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen., cfr., in dottrina, L. SCOMPARIN, *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)*, cit., p. 247 e s., nonché, in giurisprudenza, per tutte, Sez. Un. 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217226.

di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti". In effetti, qualora ricorrano i presupposti dell'istituto previsto dall'art. 131-bis cod. pen., il fatto è pur sempre qualificabile – e qualificato dalla legge – come "reato" (può essere utile considerare, tra l'altro, che il 'nuovo' art. 651-bis attribuisce efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi alla sentenza dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto anche "quanto all'accertamento ... della sua illiceità penale"); più limitatamente, l'imputato "non è punibile". Sembra perciò difficile ipotizzare che l'entrata in vigore della nuova disciplina possa dar luogo alla revoca di una condanna perché "il fatto non è previsto dalla legge come reato".

7. L'immediata applicazione del nuovo istituto nei procedimenti speciali.

In relazione ai riti speciali diversi dal giudizio abbreviato, il problema dell'immediata applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen. tende a sovrapporsi a quello, più generale, della sua possibile operatività "tout court".

Nel procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, un primo ostacolo è costituito, come si è in precedenza evidenziato, dalla controversa ammissibilità di una pronuncia che applichi il nuovo istituto a norma dell'art. 129 cod. proc. pen. Si è già segnalato, peraltro, che, anche con specifico riguardo al patteggiamento, l'art. 129 cod. proc. pen. è stato letto dalla giurisprudenza di legittimità come disposizione non preclusiva alla rilevabilità di ufficio dell'esistenza di una causa di non punibilità⁷.

Ove si ritenga superabile questo profilo di criticità, si pone l'ulteriore problema della necessità di assicurare l'interlocuzione – almeno potenziale – dell'imputato e della persona offesa in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 131-bis cod. pen. In linea generale, si può solo rilevare che Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 12283, De Rosa, Rv. 230529, nel pronunciarsi sul potere del giudice di emettere sentenza ex art. 129 cod. proc. pen., ha evidenziato che la garanzia del contraddittorio (nei confronti dell'imputato) è assicurata in ogni caso di procedimento di applicazione di pena concordata, anche quando la richiesta è formulata nel corso delle indagini preliminari ex art. 447 cod. proc. pen.

Peraltro, il rilievo della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto potrebbe forse avvenire anche prescindendo dal ricorso alla disciplina di cui all'art. 129 cod. proc. pen., attraverso il sindacato sulla congruità della pena, che la legge riserva al giudice: se questi, infatti, può ("rectius": deve) rigettare l'istanza ex art. 444 cod. proc. pen. ritenendo che la sanzione concordata è 'incongrua' perché eccessiva, a maggior ragione dovrebbe poter rigettare la richiesta delle parti quando il fatto sottoposto alla sua cognizione non risulta 'meritevole' di alcuna pena.

Comunque, laddove si ritenga che la non punibilità per particolare tenuità del fatto possa essere dichiarata anche in sede di patteggiamento, il principale problema di diritto

⁷ Il riferimento è a Sez. VI, n. 48765 del 2012, cit.

intertemporale sembra prospettarsi con riferimento alla sua rilevabilità nel giudizio davanti alla Corte di cassazione quale applicazione di disposizione penale più favorevole.

Nel giudizio immediato e nel procedimento per decreto, poi, ancor più consistenti appaiono gli ostacoli all'applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 131-bis cod. pen.

Infatti, a prescindere dall'ammissibilità di una pronuncia dichiarativa di causa di non punibilità a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., un profilo estremamente problematico deriva dal fatto che la sentenza, in tali casi, non può che essere pronunciata fuori del contraddittorio: in questo senso, con specifico riferimento al procedimento per decreto, cfr., in particolare, in motivazione, Sez. Un., n. 12283 del 2005, cit., nonché Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 21243, Zedda, Rv. 246910.

Si può ulteriormente aggiungere, con riferimento al rito immediato, che, secondo l'opinione prevalente della giurisprudenza di legittimità, questa tipologia procedimentale non consente al giudice, nemmeno in linea generale, la pronuncia di una sentenza ex art. 129 cod. proc. pen., ma solo la possibilità di emettere il decreto che dispone il giudizio o, in alternativa, di rigettare la richiesta ordinando la restituzione degli atti al pubblico ministero. In questo senso, cfr., infatti, Sez. III, 19 aprile 1990, n. 1504, Nucci, Rv. 184295, nonché Sez. V, 27 gennaio 2003, n. 15085, Grisotto, Rv. 224749, e, poi, Sez. III, 16 marzo 2004, n. 20115, Prevedello, Rv. 228967; per la soluzione contraria, v., invece, Sez. III, 20 novembre 2008, n. 8838/2009, Budel, Rv. 242983.

8. L'immediata applicazione del nuovo istituto nel procedimento di archiviazione.

Il d.lgs. n. 28 del 2015 ha previsto espressamente l'applicabilità del nuovo istituto in sede di archiviazione, subordinandone però l'operatività alla notifica, da parte del pubblico ministero, di una specifica richiesta di tale esito decisorio all'indagato e alla persona offesa, al fine di consentire agli stessi l'esercizio della facoltà di presentare opposizione al giudice (così il 'nuovo' comma 1-bis dell'art. 411 cod. proc. pen.).

Ne consegue che risulta problematico, sotto il profilo testuale, ipotizzare che il giudice adito con richiesta di archiviazione per manifesta infondatezza della notizia di reato, o per altra causa, possa disporre l'archiviazione per particolare tenuità del fatto⁸. Ovviamente tali perplessità, formulabili a regime, non possono non riproporsi in modo identico anche con riferimento a richieste di archiviazione già depositate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015.

Tuttavia, se si considera che la richiesta del pubblico ministero è comunque una istanza di non esercizio dell'azione penale, il problema principale sembra essere quello di assicurare l'interlocuzione dell'imputato e della persona offesa sulla possibile riqualificazione della formula di archiviazione. In questa prospettiva, allora, potrebbe forse prospettarsi che il giudice per le indagini preliminari, ove ravvisi la possibilità di archiviare per tenuità del fatto, proceda ad invitare il pubblico ministero a notificare all'indagato e alla persona offesa l'avviso relativo a

⁸ Perplessità in tal senso sono specificamente prospettate da G. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, cit., p. 20.

tale ipotesi di definizione del procedimento ed alla facoltà di prendere visione degli atti e di presentare opposizione nel termine di dieci giorni. Tale soluzione, che valorizza il principio di collaborazione tra uffici, e che si pone come una modalità di restituzione degli atti in forma semplificata e rispondente ad esigenze di 'economia procedimentale', consentirebbe tra l'altro al pubblico ministero di essere in ogni caso preventivamente informato, e, quindi, di poter preventivamente interloquire, anche in caso di mancata opposizione dell'indagato e della persona offesa, in ordine alle prospettive di mutamento delle ragioni da porre a fondamento della decisione di archiviazione.