

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Atti - Atti e provvedimenti del giudice

Cause di non punibilità - Declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto - Rilevabilità d'ufficio - Limiti (C.p. art. 131-*bis*, c.p.p. art. 129).

La declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto è rilevabile ex officio da parte dell'organo giudicante, in ogni stato e grado del processo, salva l'eventuale formazione del giudicato, anche implicito, idoneo ad escludere la qualificazione del fatto particolarmente tenue.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 14 febbraio 2017 (c.c. 28 aprile 2016) - FIALE, *Presidente* - GENTILI, *Estensore* - FILIPPI, P.G. (*conf.*), Fontana, *ricorrente*.

La declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto nel giudizio di legittimità

1. La sentenza che ci accingiamo a commentare rappresenta una interessante pronuncia della Suprema Corte in merito al delicato rapporto tra declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto e causa di estinzione del reato nel giudizio di legittimità.

Il ricorrente aveva sollevato dinanzi alla Corte di cassazione l'omessa qualificazione del fatto a lui addebitato da parte del giudice del merito tra quelli ritenuti particolarmente tenui ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.¹ La parte interessata tuttavia non aveva dedotto nella precedente fase di merito una diversa qualificazione del fatto nei termini della particolare tenuità, ma aveva soltanto contestato il fatto come vizio di legittimità della sentenza impugnata².

Al fine di cogliere l'essenza della pronuncia in esame è importante analizzare la disciplina riguardante la particolare tenuità del fatto nel giudizio di legittimità.

¹ La cornice edittale costituisce il parametro preliminare per individuare l'ambito di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. Si esclude la punibilità per particolare tenuità del fatto per i reati consumati o tentati con il limite edittale massimo uguale o inferiore ai cinque anni di reclusione o ai reati per i quali la pena pecuniaria, prevista da sola o unitamente alla pena detentiva, non supera il limite dei cinque anni ai sensi dell'art. 135 c.p. In caso di reati circostanziati, ai fini di determinazione della pena, non vanno considerate le circostanze comuni ma soltanto quelle per le quali la legge stabilisce una specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale che non vanno tra loro bilanciate ai sensi dell'art. 131-*bis*, co. 4, c.p.

² Al riguardo va rilevato che l'art. 131-*bis* c.p. sia stato introdotto con il D. Lgs 16 marzo 2015, n. 28 e quindi la novella codicistica era già pienamente vigente all'epoca del fatto contestato.

Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, emanato in attuazione della legge delega conferita al governo con la l. 28 aprile 2014, n. 67 ha introdotto l'istituto della particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.* nel processo penale, che prevede l'esclusione della punibilità di un fatto che risulta in concreto privo di un significativo disvalore. La nuova figura codicistica, inoltre, assume le vesti di una vera e propria innovazione di diritto penale sostanziale che disciplina l'esclusione della punibilità e di conseguenza una situazione più favorevole per l'imputato³, ma non è questa la sede per diffondersi nello spiegare la rilevanza sostanziale di tale istituto.

L'obbiettivo è quello di indagare sugli aspetti di natura processuale che ha investito la riforma, nella specifica prospettiva della rilevabilità *ex officio* dell'organo giudicante «in ogni stato e grado del processo» prevista ai sensi dell'art. 129 c.p.p.⁴

2. Innanzi tutto è opportuno chiedersi se la Cassazione possa dare al fatto una diversa qualificazione nei termini della particolare tenuità.

In numerose occasioni i giudici di legittimità hanno ritenuto che, se non fosse possibile proporre dinanzi al giudice del merito l'applicazione del nuovo istituto, potrà dedursi in sede di legittimità e altresì potrà rilevarsi *ex officio* ai sensi dell'art. 609, co. 2, c.p.p.⁵

³ Il *novum* di tale istituto trova applicazione retroattiva ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p. Quest'ultima disposizione, tuttavia, impone la sua applicazione *ex officio*, anche nel caso di ricorso inammissibile. Infatti l'imputato deve essere giudicato in base ad un trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo e il giudice ha il diritto di applicare la *lex mitior superveniens*, anche nel caso in cui il ricorso sia inammissibile. Invero la pacifica natura sostanziale della disposizione introdotta con la connotazione di *lex mitior* non solo ne comportano l'estensione a tutte le fattispecie, pur verificatesi prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 131-*bis c.p.*, salvi i limiti previsti all'art. 2, co. 4, c.p., ma ne impongono, trattandosi di disposizione che incide sulla punibilità della condotta del soggetto, la valutazione d'ufficio da parte dell'organo giudicante, in qualsiasi stato e grado del processo, salva l'eventuale formazione di un giudicato, anche implicito, idoneo ad escludere la qualificazione del fatto come particolarmente tenue. La causa di non punibilità di natura sostanziale delineata dal D. lgs. n. 28/2015 risponde alla concezione gradualistica del reato e ai principi di sussidiarietà e proporzionalità del diritto penale.

L'istituto risponde altresì ad una logica deflattiva finalizzata alla diminuzione delle fattispecie che, nonostante il superamento della soglia di tipicità dei reati, non giustificano l'irrogazione della pena ma piuttosto una sanzione civile utile all'attuazione della tutela risarcitoria.

⁴ Sul tema si veda Corte di cassazione - Ufficio del Massimario, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"* - Rel. n. III/02/2015, a cura di Corbo - Fidelbo, in www.cortedicassazione.it.

⁵ Da ultimo Cass., Sez. III, 14 maggio 2015, Ferretti, in *Mass. Uff.*, n. 264109; Id., Sez. IV, 17 aprile 2015, Mauri, in *Mass. Uff.*, n. 263496; id., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazarotto, *ivi*, n. 263308.

In primis la Cassazione deve valutare in astratto le condizioni di applicabilità della novella tenendo conto di quanto emerge dalla motivazione della sentenza impugnata. Nel caso in cui l'organo giudicante effettui una valutazione positiva, cioè ritenga di dover entrare nel merito della questione, la sentenza impugnata dovrà essere annullata con rinvio al giudice d'appello per analizzare e considerare la condotta, le conseguenze del reato e il grado di colpevolezza del fatto illecito contestato all'imputato⁶.

Questo meccanismo, però, grazie all'entrata in vigore il d.lgs. n. 28 del 2015 ha subito un mutamento di carattere processuale che ha investito la Corte nel pronunciarsi su un fatto particolarmente tenue.

In alcune pronunzie, infatti, la Cassazione⁷ ha applicato direttamente, ai sensi dell'art. 620, co. 1, lett. *D*, c.p.p., la causa di non punibilità nelle ipotesi in cui dalla sentenza impugnata risulti palese la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi⁸ richiesti per la declaratoria di non punibilità *ex art. 131-bis* c.p.

Tale possibilità è consentita in tutte quelle ipotesi in cui la restituzione del giudizio nella sede di merito risulti "superflua", cioè quando non è richiesta una valutazione sul fatto dinanzi al giudice di rinvio, estranea al sindacato di legittimità.

Il riferimento normativo disciplinato all'art. 620, co. 1, lett. *D*, c.p.p. è ritenuto dalle Sezioni unite⁹ e dalle Sezioni semplici¹⁰ fonte per l'adozione di pronunzie assolutorie in sede di legittimità. Detta disposizione costituisce, pertanto, anche la base normativa per applicare una causa di non punibilità sopravve-

⁶ Sul punto si veda Cass., Sez. III, 22 aprile 2015, Fantoni, in *Mass. Uff.*, n. 263693; Id., Sez. IV, 1° luglio 2015, Pasolini, *ivi*, n. 264357.

⁷ Cass., Sez. VI, 16 settembre 2015, Barrara, in *Mass. Uff.*, n. 265224; Id., Sez. V, 7 ottobre 2015, V., *ivi*, n. 265467.

⁸ I presupposti necessari ai fini dell'applicabilità a norma dell'art. 131-*bis* c.p. sono ben due: la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità della condotta. Il primo, di natura oggettiva, riguarda il fatto di reato e il secondo, di natura soggettiva, l'autore. Il presupposto relativo all'offesa è da ritenersi elemento fondante la particolare tenuità, che giustifica la non punibilità, mentre il requisito della non abitualità del comportamento sottende la volontà del legislatore di prendere in considerazione esigenze di prevenzione speciale in funzione delimitativa dell'operatività dell'istituto.

In questo senso Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Riv. Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2015, p. 4 ss.; di diverso avviso BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1473.

⁹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Mass. Uff.*, 226100; id., Sez. Un., 21 maggio 2003, Carnevale, in *Mass. Uff.*, n. 224181.

¹⁰ Cass., Sez. II, 11 novembre 2010, Franzì, in *Mass. Uff.*, n. 248927.

nuta¹¹.

In questi casi la pronuncia viene adottata ai sensi dell'art. 129 c.p.p., il quale seppur dedicato nella rubrica «all'obbligo dell'immediata declaratoria di cause specifiche di non punibilità», non fa menzione dell'ipotesi in cui ricorra una causa di non punibilità. L'art. 129 c.p.p., senza dubbio, ha portata generale e consente l'adozione di tutte le formule di proscioglimento.

Il giudice di legittimità assume un potere autonomo che consente l'adozione di formule di proscioglimento nelle varie fasi e nei diversi gradi del processo penale, presupponendo l'esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio.

Questo sistema processuale di cui si tratta nella sentenza in commento non è precluso ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. grazie al diritto per l'imputato al contraddittorio tra le parti novellato ai sensi dell'art. 111 Cost.

La Corte, inoltre, non potrebbe comunque prosciogliere l'imputato con una formula meno favorevole di quella pronunciata nella sentenza di merito, ma dovrebbe addivenire ad un esito positivo soprattutto se il fatto risulta particolarmente tenue. Pertanto nel caso in cui esistano i presupposti applicativi per dichiarare la non punibilità per particolare tenuità del fatto, il giudice di legittimità si trova nella condizione di esperire il giudizio che gli è proprio secondo la propria funzione nomofilattica, nonché di valutare se la fattispecie in esame sia configurabile ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.¹².

Di conseguenza la Cassazione potrà annullare senza rinvio al giudice del merito la sentenza impugnata. La nuova formulazione della lett. *l)* del co. 1 dell'art. 620 c.p.p., mediante l'art. 1, co. 67, l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) certamente tenta di ampliare le ipotesi di annullamento senza rinvio rinforzando la funzione nomofilattica della medesima Corte¹³.

¹¹ Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2014, Grieco, in *Mass. Uff.*, n. 259110; Id., Sez. VI, 26 aprile 2012, Cirillo, *ivi*, n. 252506.

¹² Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, Tushaj, in *Mass. Uff.*, n. 266594.

¹³ La Suprema Corte, infatti, con la nuova formulazione dell'art. 620, co. 1, lett. *l)*, c.p.p. ha acquisito un potere ampio e autonomo fra le ipotesi di annullamento senza rinvio: da una parte la Corte ha maggiore possibilità di rideterminare la pena in concreto, dall'altra ha il potere di sostituirsi, quando non vi siano ulteriori accertamenti di fatto, al giudice di merito impedendo così allo stesso di discostarsi dal principio di diritto enunciato.

3. Proseguendo nella disamina della sentenza è opportuno precisare che la medesima è stata impugnata quando all'epoca del fatto contestato il d.lgs. n. 28 del 2015 era già pienamente vigente. Per la Cassazione, in riferimento alla causa di non punibilità, la stessa è certamente applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del nuovo istituto¹⁴.

Quando la sentenza impugnata è anteriore alla appena citata novella, l'applicazione dell'istituto nel giudizio di legittimità va ritenuta o esclusa senza che si debba rinviare il processo nella sede di merito od ove esistano le condizioni di legge, l'epilogo decisorio è costituito da pronuncia di annullamento senza rinvio poiché l'imputato non è punibile a causa di un fatto particolarmente tenue¹⁵. Difatti l'art. 131-*bis* c.p. è applicabile sia ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, se e in quanto risulti in concreto più favorevole al reo, sia successivamente per motivi di economia processuale¹⁶.

Applicando i principi esposti alla sentenza in commento, si rileva che non è riscontrabile alcun vizio nella motivazione dell'impugnata sentenza nella parte in cui non ha, espressamente, valutato se il reato accertato a carico del ricorrente potesse essere rientrante, ai fini della punibilità, tra le ipotesi di particolare tenuità.

In ordine al reato di cui all'art. 256, co. 1, d.lgs. n. 152 del 2006, trattandosi di fatto illecito contestato come reato continuato, l'organo giudicante non ha potuto valutare tale illecito nei confini della particolare tenuità collocandosi al

¹⁴ Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, cit.; Id., Sez. IV, 17 aprile 2015, Mauri, in *Mass. Uff.*, n. 263496.

¹⁵ Cass., Sez. III, 18 luglio 2016, Mazzoccoli ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 267590.

¹⁶ Il nuovo istituto va ricondotto ai profili di diritto intertemporale nell'ambito di applicazione dell'art. 2 c.p. in assenza di una disciplina transitoria (sul punto si veda MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 109 ss.).

In via di principio occorre chiedersi se l'applicazione retroattiva della nuova causa di non punibilità debba essere collocata nella previsione del quarto ovvero del secondo comma dell'art. 2 c.p. L'applicazione del secondo comma può avere quale conseguenza la revoca delle sentenze di condanna per i fatti di particolare tenuità, già passate in giudicato al momento dell'entrata in vigore della nuova causa di non punibilità. Il rimedio più favorevole è quello relativo all'applicazione del quarto comma dell'art. 2 c.p., già adottato in un primo provvedimento di merito.

La Corte di cassazione altresì si è pronunciata sul presente caso affermando che la soluzione più vantaggiosa sia quella inerente alla causa di non punibilità come presupposto di un fatto costituente reato (Cass, Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, cit.).

Il problema, però, nasce *ab origine* nel qualificare e classificare nel nostro ordinamento la norma intertemporale e la norma transitoria in riferimento all'art. 2 c.p.

di fuori dei casi previsti ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.p.¹⁷

Dalla sentenza in commento si evince come il diritto penale sostanziale e il diritto processuale penale senz'altro si intrecciano in un reticolo di norme giuridiche di carattere positivo dalle quali non si può prescindere per far fronte alle problematiche sottese alla successione nel tempo delle medesime.

Di conseguenza la nuova legge processuale si applica a tutti i procedimenti penali in corso, in qualunque tempo sia stato commesso il reato per cui si procede tranne i sopraindicati casi in cui il fatto illecito non possa considerarsi particolarmente tenue.

Concludendo, pare che la Cassazione con la sentenza in commento abbia anticipato il legislatore offrendo effetti espansivi agli ambiti decisorii della Cassazione, ora legittimata ad annullare senza rinvio questioni che nella vigenza del precedente art. 620, co. lett. *l*), c.p.p. avrebbe dovuto rinviare al giudice del rinvio per la fase rescissoria.

FEDERICA LUCATELLI

¹⁷ In tal senso è univoco richiamare l'art. 81 c.p., il quale descrive il fatto addebitato all'imputato come commesso "con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso", risultando così irrilevante il fatto che il Tribunale in questione non abbia quantificato l'aumento di pena derivante dalla continuazione, posto che, da un lato, ove quest'ultima non fosse stata ritenuta tale sarebbe stata necessaria una pronuncia espressa volta ad escludere la continuazione tra reati, dall'altro canto è lecito ritenere che il giudice, nel quantificare la pena in concreto, sia partito da una sanzione già comprensiva dell'aumento ex art. 81 c.p. (Cass., Sez. III, 28 aprile 2016, Fontana, in *Mass. Uff.*, n. 249207). Conclusione che postula la tesi ormai consolidata dell'incompatibilità del reato continuato con la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto.