

## LA MESSA ALLA PROVA E LA NON PUNIBILITA' PER SPECIALE TENUITA' DEL FATTO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'.<sup>1</sup>

### Sommario

LA MESSA ALLA PROVA E LA NON PUNIBILITA' PER SPECIALE TENUITA' DEL FATTO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA' .....	1
1) La Messa alla prova. ....	2
1.A. Premessa. ....	2
1.B Limiti edittali all'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova. ....	2
1.C. L'inapplicabilità dell'istituto della sospensione con messa alla prova in caso di dichiarazione di apertura del dibattimento anteriore alla legge n. 67 del 2014.....	5
1.D.L'inapplicabilità della messa alla prova nel giudizio di appello e di cassazione.....	7
1.E. La questione circa l'autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova.....	7
1.F). L'esclusione di un'ammissione parziale all'istituto. ....	10
1.G). Superfluità della confessione e regime di utilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese.....	11
1.H) Messa alla prova ed incompatibilità. ....	12
1.I) Messa alla prova e qualificazione del fatto.....	12
1.L) Messa alla prova e decreto penale di condanna. ....	12
1.M) La competenza ad adottare le sanzioni amministrative. ....	15
2) La speciale tenuità del fatto. ....	16
2.A) Premessa.....	16
2.B) Speciale tenuità del fatto e soglie di punibilità.....	16
2.C) Profili di diritto intertemporale.....	18
2.D). L'operatività nel giudizio innanzi al giudice di pace.....	18
2.E). Alcuni profili processuali. ....	19

<sup>1</sup>Per un inquadramento generale e l'analisi della giurisprudenza dell'anno 2015 si rimanda alle relazioni dell'ufficio del Massimario reperibili sul sito della Corte di Cassazione.

## 1) La Messa alla prova.

### *1.A. Premessa.*

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti degli imputati maggiorenni, introdotto con la legge 28 aprile 2014, n. 67, è stato realizzato mediante la previsione e l'inserimento nel codice penale degli artt. 168-bis, 168-ter e 168-quater, unitamente ad un complesso di disposizioni processuali, contemplate dagli artt. 464 bis-464 novies all'interno del nuovo Titolo V bis del Libro VI del codice di rito.

L'obiettivo perseguito è quello di offrire all'imputato processato per reati di minore allarme sociale un percorso di reinserimento alternativo che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante dalla detenzione in un istituto di pena, oltre che quello insito nella stessa pronuncia di una sentenza di condanna; obiettivo concepito anche in funzione deflattiva dei procedimenti penali, da attuarsi attraverso una forma di rinuncia statale alla potestà punitiva che si traduce nella dichiarazione di estinzione del reato da parte del giudice, condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita.

La messa alla prova, in particolare, comporta, 1) la tenuta da parte dell'imputato di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, ove possibile, al risarcimento del danno; 2) l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un particolare programma.; 3) la prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 168-bis cod. pen.). L'esito positivo della prova, come osservato, "estingue il reato per cui si procede" (art. 168-ter cod. pen.).

Non sarà esaminato il dato normativo, palese leggendo il testo, né svolte riflessioni sulla ratio dell'istituto e sulla timidezza del legislatore che avrebbe potuto investire di più sulla messa alla prova, nell'ottica di una giustizia penale riparativa e della riconciliazione fra autori del reato e vittime. Saranno esaminati solo alcuni snodi interpretativi emersi in questo biennio.

### *1.B Limiti edittali all'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova.*

Una delle condizioni essenziali per l'accesso all'istituto introdotto dalla L. n. 67 del 2014 è che il reato per cui si procede sia punito con pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria, non superiore nel massimo a quattro anni: una serie di pronunce (Sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483/2015, Gnocco, Rv. 262341; Sez. IV, 10 luglio 2015, n.32787, Jenkins; Sez. II, 14 luglio 2015, n. 33461, Ardissonne, Rv. 264154) hanno affermato che *"in tema di sospensione con messa alla prova, ai fini dell'individuazione dei reati attratti dalla disciplina della probation di cui agli artt. 168 bis e seguenti cod. pen. in ragione del*

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari

mero riferimento edittale, *deve guardarsi unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dal rilievo che nel caso concreto potrebbe assumere la presenza della contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale*".

Il tessuto motivazionale sul quale si incardina l'illustrato principio di diritto è particolarmente articolato in **Sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483/2015, Gnocco, cit.** La Corte, muovendo da una puntuale ricognizione della *ratio* deflattiva perseguita dal legislatore, offre una precisa chiave di lettura del dato normativo di riferimento evidenziando che l'art. 168 *bis*, comma 1, cod. pen., nel richiamare i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, non esplicita alcun riferimento testuale alla possibile incidenza sul tema di eventuali aggravanti: il dato risulta ancor più pregnante ove si consideri l'esistenza, nel sistema normativo, di ipotesi in cui il legislatore ha espressamente previsto la rilevanza di eventuali circostanze aggravanti, così come avvenuto, ad esempio, per l'art. 4 cod. proc. pen., che in punto di competenza fa esplicito riferimento alla incidenza da ascrivere alle aggravanti che prevedono una pena di specie diversa ed a quelle ad effetto speciale; ugualmente provvede l'art. 278 cod. proc. pen., in relazione all'applicazione delle misure cautelari; ancora, l'art. 157 cod. pen. alle medesime aggravanti fa esplicito riferimento ai fini della determinazione del dato edittale ai fini del calcolo del termine di prescrizione.

Un ulteriore arricchimento del tessuto argomentativo che correda la trattazione della problematica in esame viene fornito dalla sentenza della **Sez. IV, 10 luglio 2015, n.32787, Jenkins**. Tale decisione (si tratta di annullamento con rinvio del provvedimento, adottato dal G.U.P., di rigetto della richiesta ex art. 168 *bis* cod. pen. in riferimento al reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, aggravato ex art. 80 del medesimo D.P.R.) osserva, in particolare, che il mancato richiamo alla possibile incidenza delle aggravanti "è coerente con la previsione dell'ammissibilità dell'istanza di sospensione e messa alla prova in una fase procedimentale (art. 464 *bis* cod. proc. pen.) in cui al giudice non è consentito pronunciarsi sulla fondatezza dell'accusa così come formulata, se non in termini negativi circa la sussistenza delle condizioni per la pronuncia di non luogo a procedere ex art. 425 cod. proc. pen." .

In relazione agli illustrati principi si è, peraltro, registrato un **contrasto** all'interno della giurisprudenza della Suprema Corte. **Sez. VI, 30 giugno 2015, n. 36687, Fagrouch, Rv. 264045** ha affermato il principio di diritto così massimato: "In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168 *bis*, comma 1, cod. pen., e 550, comma 2, cod. proc. pen., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. (In motivazione, la Corte ha precisato che tale criterio risponde ad una interpretazione sistematica che rispetta la *voluntas legis* - desumibile dal rinvio operato

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari

*dall'art. 168 bis, comma 1, cod. pen. all'art.550, comma 2, cod. proc. pen. - di rendere applicabile la messa alla prova a tutti quei reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica)*".

Sotto il profilo metodologico, la pronuncia in esame invoca una soluzione interpretativa che risponda a canoni di unità e coerenza del sistema ed afferma la necessità di applicare, ai fini contemplati dall'art.168 bis cod. pen., i medesimi criteri di determinazione della pena specificati dall'art. 4 cod. proc. pen. in materia di individuazione della competenza. A detti criteri, del resto (come già osservato), rinviano numerose altre disposizioni del codice di rito, quali quelle contenute nell'art.278, in materia di applicazione di misure cautelari, nell'art.379, in tema di arresto e fermo, e nell'art. 550, in ordine all'individuazione dei casi di citazione diretta a giudizio.

In conclusione, secondo la tesi patrocinata dalla decisione in esame, l'art. 168 bis cod. pen. riprodurrebbe integralmente il perimetro normativo previsto dell'art. 550, primo e secondo comma, cod. proc. pen., rendendo applicabile l'istituto della messa alla prova a tutti quei delitti per i quali si procede a citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica.

Il contrasto è stato di recente risolto. **Con la sentenza n. 36272 ud. 31/03/2016 – depositata il 01/09/2016- le Sezioni Unite** hanno affermato che **“Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto all'art. 168-bis cod. pen. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato”**.

Le Sezioni Unite hanno evidenziato che il dato letterale della norma non contempla il riferimento alle circostanze ( e tanto meno quelle speciali ed ad effetto speciale) per la determinazione della soglia sanzionatoria di operatività dell'istituto. Inoltre, la sentenza ricostruisce la volontà del legislatore tramite lo studio dei lavori parlamentari. Orbene, il riferimento alle circostanze speciali e quelle ad effetto speciale, originariamente previsto, è stato espunto nel iter di approvazione e dunque appare palese l'intenzione del legislatore di prescindere.

Del resto, non vi sono elementi testuali dai quali dedurre la sovrapposizione fra le ipotesi di ammissibilità della messa alla prova ed i casi in cui il pm deve procedere a citazione diretta. Se così fosse stato, la norma avrebbe rinviato all'art. 550 1 co cpp e tramite questo all'art. 4 cp, mentre oggi rinvia al solo art. 550 2 co cpp.

### ***1.C. L'inapplicabilità dell'istituto della sospensione con messa alla prova in caso di dichiarazione di apertura del dibattimento anteriore alla legge n. 67 del 2014.***

La norma codicistica prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova possa essere proposta, oralmente o per iscritto, “fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 o 422, o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio”, dovendo, conseguentemente, ritenersi tardiva la richiesta formulata oltre tali specifiche scansioni processuali.

Se, come si vedrà, la **collocazione sistematica** delle disposizioni di cui agli artt. 464 *bis* e seguenti cod. proc. pen., nel libro VI (dedicato ai procedimenti speciali), dopo il titolo V, nell'ambito del nuovo titolo V *bis*, **consente di ritenere che l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati maggiorenni configuri un vero e proprio procedimento speciale.**

La principale questione sottoposta al vaglio della giurisprudenza di legittimità e, in ultimo, della stessa Corte Costituzionale, concerne quei processi a citazione diretta nei quali **la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata anteriormente alla entrata in vigore, in data 17 aprile 2014, del nuovo istituto.** In assenza di norme transitorie, invero, si è sostenuto che, in tale ipotesi, la richiesta di messa alla prova dovrebbe considerarsi utilmente proposta sino al momento della pronuncia della sentenza di primo grado, posto che, in caso contrario, si verrebbe a creare una disparità di trattamento fra processi in cui si sia già verificata la dichiarazione di apertura del dibattimento e processi non ancora approdati a tale snodo; una disparità non giustificabile perché legata ad un diverso sviluppo processuale dipendente da circostanze contingenti se non, in definitiva, dal mero decorso del tempo.

La questione così tratteggiata ha conosciuto un fondamentale, e probabilmente definitivo, approdo decisorio grazie alla recentissima **sentenza n. 240 del 2015** (in G. U. n. 48 del 2 dicembre 2015) con la quale la **Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464 *bis*, comma 2, cod. proc. pen., sollevate dal Tribunale ordinario di Torino** in composizione monocratica, con riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nella parte in cui, in assenza di una disciplina transitoria, analoga a quella di cui all'art. 15 *bis*, comma 1 della legge 11 agosto 2014, n. 118, preclude l'ammissione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati di processi pendenti in primo grado, nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> [http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-messa-alla-prova-per-adulti-alla-consulta\\_10-02-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-messa-alla-prova-per-adulti-alla-consulta_10-02-2016.php)

In tale prospettiva, la Corte, dopo aver riconosciuto che il nuovo istituto ha, da un lato, effetti sostanziali, dando luogo ad una causa di estinzione del reato, e, dall'altro, è "connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto **consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova"**, ha rimarcato come, in una prospettiva squisitamente processuale, del tutto giustificabile ed immune da censure di incostituzionalità in relazione al parametro consacrato nell'art. 3 Cost. è la scelta legislativa di parificare la disciplina del termine per la richiesta, senza distinguere tra processi in corso e processi nuovi.

In special modo, la Cassazione ha espresso un orientamento ispirato ai medesimi registri con **Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca Rv. 263815**, così massimata: "In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova ai sensi della L. 28 aprile 2014, n. 67, deve ritenersi tardiva - in assenza di una specifica disciplina transitoria - l'istanza di sospensione proposta successivamente alla dichiarazione di apertura del dibattimento, pur se tale dichiarazione sia anteriore all'entrata in vigore della predetta L. n. 67". La decisione citata si colloca nel solco di **Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 47587, Calamo, Rv. 261255, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464 bis**, secondo comma, cod. proc. pen., per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente l'applicazione dell'istituto della sospensione con messa alla prova ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67, quando sia già decorso il termine finale da esso previsto per la presentazione della relativa istanza, "in quanto trattasi di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore e non palesemente irragionevole, come tale insindacabile".

Ne deriva, ad avviso della Corte, l'estraneità del caso di specie all'ambito di operatività del principio di retroattività della *lex mitior* e, quindi, il rispetto del parametro di legalità costituzionale dell'art. 117, comma 1, Cost.

In ordine ai medesimi temi va, infine, registrato il **divergente approccio manifestato dall'ordinanza della Sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, Dalvit**, che, nell'affrontare la questione dell'applicabilità delle nuove norme nell'ambito di quei processi che, alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 avevano superato la descritta soglia processuale, stabilita a pena di decadenza, ha ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni Unite, attesa la "delicatezza della materia e la possibilità di soluzioni interpretative in radicale contrasto, afferenti il regolamento di diritti di rilievo costituzionale". Nell'alternativa fra le ragioni a sostegno dell'applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* in materia sostanziale ed il canone processuale del *tempus regit actum*, il provvedimento evidenzia, comunque, come "la soluzione più garantista, che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco, è ovviamente quella dell'immediata applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i processi pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria, in applicazione delle regole generali previste dall'art. 2, comma 4, c.p. e dei principi sopra indicati". La

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari

questione prospettata, peraltro, non è stata concretamente esaminata dalle Sezioni Unite, essendo stati restituiti gli atti alla sezione ordinaria stante l'impossibilità di fissazione prima che intervenisse la scadenza del termine di prescrizione del reato. La successiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità, in ogni caso, attesta il raggiungimento – almeno allo stato – di una soluzione interpretativa univoca ed aliena dall'alimentare contrasti decisori.

### ***1.D.L'inapplicabilità della messa alla prova nel giudizio di appello e di cassazione.***

La giurisprudenza ha univocamente affermato l'inapplicabilità dell'ammissione alla prova nel giudizio di appello o di cassazione perché in mancanza di una specifica disciplina transitoria, vige il principio *tempus regit actum* e, quindi, la necessaria collocazione della richiesta in una fase anticipata del procedimento.

Nel medesimo contesto, la Corte non ha mancato di evidenziare, con motivazione che si ispira puntualmente ai registri argomentativi già esaminati, che la mancata applicazione della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova nei giudizi di impugnazione pendenti alla data della sua entrata in vigore, stante l'assenza di disposizioni transitorie, non determina alcuna lesione del principio di retroattività della *lex mitior* e che proprio un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa disciplina può farla ritenere corretta espressione di discrezionalità legislativa, caratterizzata dalla scelta di ancorare ad un preciso momento procedurale la possibilità di proporre l'istanza (**Sez. fer., 31 luglio 2014, n. 35717, Ceccaroni, Rv. 259935; Sez. fer., 9 settembre 2014, n. 42318, Valmaggi, Rv. 261096; Sez. II, 16 gennaio 2015, n. 18265, Capardoni, Rv. 263792; Sez. II, 9 marzo 2015, n. 26761, Lariccia, Rv. 264221; Sez. III, 14 aprile 2015, n. 22104, Zheng, Rv. 263666; Sez. V, 9 giugno 2015, n. 35721, Gasparini, Rv. 264259**).

In un simile contesto ricostruttivo, merita, da ultimo, di essere segnalata **Sez. fer., n. 35717 del 31/07/2014, Ceccaroni, Rv. 259935** anche per la puntuale analisi del dato normativo che avvalorava l'illustrata conclusione circa la natura alternativa del procedimento finalizzato alla messa alla prova rispetto alla celebrazione del giudizio (conclusione, come s'è visto, avallata anche dalla Corte Costituzionale):

### ***1.E. La questione circa l'autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova<sup>3</sup>.***

**1.E.1)** La norma prevede il ricorso per cassazione delle sole ordinanze di accoglimento dell'istanza di sospensione del procedimento per messa alla prova.

---

<sup>3</sup> <http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-ricorso-per-cassazione-dell-imputato-contro-l-o-27-07-2015.php>.

1.E.2) Secondo alcune sentenze della Suprema Corte (Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 24011, B., Rv. 263777; Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, Allotta; Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca, Rv. 263814; Sez. II, 6 maggio 2015, n. 20602, Corallo, Rv. 263787; Sez. VI, 30 giugno 2015, n. 36687, Fagrouch, Rv. 264046), l' **ordinanza di rigetto è autonomamente impugnabile con ricorso per cassazione**, in quanto il tenore letterale dell'art. 464 quater, comma 7, cod. proc. pen. include nella disciplina dell'autonoma ricorribilità qualsiasi provvedimento decisorio, sia esso ammissivo o reiettivo della richiesta in questione, introducendo una deroga al principio generale dell'impugnabilità delle ordinanze dibattimentali solo unitamente alle sentenze, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen. (principio del resto operante, ai sensi dello stesso art. 586, "quando non è diversamente stabilito dalla legge").

In particolare, **Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca, cit.**, a sostegno della conclusione illustrata, ha rimarcato come sia significativo, *a contrariis*, che la stessa Corte, con riguardo all'istituto della messa alla prova nei confronti di imputati minorenni, a suo tempo sia giunta ad escludere l'impugnabilità in via autonoma dell'ordinanza che abbia respinto la relativa richiesta sulla base, in quel caso, della specifica previsione di ricorribilità per cassazione strettamente riguardante la sola ordinanza dispositiva della sospensione e della messa alla prova, così valorizzando la concatenazione fra specifiche disposizioni quali quelle dettate dall'art. 28, secondo e terzo comma, d.P.R. n. 448 del 1988 (cfr. Sez. I, 24 aprile 1995, n. 2429, Zagarella, Rv. 201298).

1.E.2) A tale impostazione si contrappone un diverso orientamento ermeneutico, di cui è espressione, in particolare, **Sez. V, 15 dicembre 2014, n. 5673/2015, A.T., Rv. 262106**, che ha dichiarato **l'inammissibilità del ricorso immediato per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione con messa alla prova**, ritenendo operante il richiamato principio generale di cui all'art. 586 cod. proc. pen.

In senso del tutto analogo si sono espresse anche **Sez. V, 14 novembre 2014, n. 5656/2015, Ascione, Rv. 264270**, **Sez. II, 12 giugno 2015, n. 40397, Fratuscio, Rv. 264574** e **Sez. V, 3 giugno 2015, n. 25666, Marcozzi**: secondo tale ultima decisione, in particolare, l'impugnazione diretta prevista dal settimo comma dell'art. 464 quater cod. proc. pen. ha ad oggetto esclusivamente il provvedimento di ammissione al beneficio, poichè soltanto in tale ipotesi non sarebbe altrimenti consentito alle parti alcun gravame contro la decisione assunta.

Nella stessa dimensione ricostruttiva, la decisione da ultimo citata ha osservato che non può darsi rilievo, al fine di ritenere che la norma in oggetto si riferisca anche al provvedimento di rigetto della richiesta, al fatto che sia stata espressamente attribuita anche all'imputato la legittimazione a ricorrere per cassazione, "*giacché questi può avere interesse ad impugnare anche il provvedimento di accoglimento con il quale siano state imposte prescrizioni considerate troppo gravose o comunque eccentriche rispetto al contenuto del programma di trattamento proposto, così come la valutazione in esso compiuta circa l'assenza delle*

*condizioni per una pronunzia ex art. 129 cod. proc. pen., provvedimento avverso al quale, come accennato, non avrebbe altrimenti rimedio”.*

Analogamente, neppure il rilievo che l'art. 464 *quater*, comma 7, cod. proc. pen. faccia generico riferimento alla “ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova” avrebbe efficacia dirimente, dal momento che tale disposizione deve essere interpretata **alla luce dei commi precedenti**, che disciplinano l'oggetto e gli effetti del provvedimento di accoglimento, mentre del provvedimento di reiezione si occupa soltanto il successivo nono comma, “*all'esclusivo fine di prevedere la facoltà di riproposizione della richiesta*”.

**1.E.3)** Con l'ordinanza della VI sezione del 19 novembre 2015, n. 50278, è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione “se contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di messa alla prova, presentata o rinnovata nel dibattimento, possa presentarsi ricorso per cassazione o si possa presentare impugnazione unitamente alla sentenza ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen.”<sup>4</sup>.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 33216 del 31/03/2016 - depositata il 29/07/2016 - hanno deciso<sup>5</sup> che “**L'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., in quanto l'art. 464-quater, comma 7, cod. proc. pen., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova**”.

Le ragioni della decisione sono sostanzialmente quelle di cui alle sentenze sub 1.E.4.

La Corte aggiunge un altro dato di particolare importanza e, cioè, che se l'appello contro l'ordinanza di rigetto viene accolto sarà la Corte d'appello a gestire la prova, sospendendo il procedimento e vagliando il programma, il suo andamento ed il suo esito.

**1.E.4)** Particolare ipotesi è quella della richiesta della messa alla prova in fase di indagini. Il procedimento è ben descritto nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione Sez. 6 n. 4171 del 21/10/2015 dep. 02/02/2016.: “*Nelle indagini preliminari è previsto, dall'art. 464-ter cit., che sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova si pronunci il pubblico ministero esprimendo, nel termine di cinque giorni, il proprio parere, che deve essere motivato sia in caso di consenso che di dissenso, parere che è non solo obbligatorio, ma anche vincolante. Si tratta tuttavia di una vincolatività relativa, nel senso che non pregiudica la decisione del giudice sul merito della richiesta, ma determina soltanto lo svolgimento del successivo percorso procedimentale. Ciò è evidente*

<sup>4</sup> [http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova\\_rimessa-alle-sezioni-unite-la-que\\_26-01-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova_rimessa-alle-sezioni-unite-la-que_26-01-2016.php)

<sup>5</sup> [http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova\\_le-sezioni-unite-sciolgono-la-que\\_12-09-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova_le-sezioni-unite-sciolgono-la-que_12-09-2016.php)

*nel caso in cui il pubblico ministero dia parere favorevole, in quanto il giudice è tenuto solo a sentire le parti, previa fissazione di una apposita udienza, ma la sua decisione sulla messa alla prova non è vincolata dal parere del pubblico ministero (art. 464-quater cod. proc. pen.). Diverso l'esito in presenza del dissenso del pubblico ministero: in questo caso il g.i.p. non può che adeguarsi alla valutazione negativa della pubblica accusa, dal momento che non sarebbe neppure in grado di operare una decisione sulla richiesta, mancando un'imputazione, seppur provvisoria, e quindi l'esercizio stesso dell'azione penale, sicché difettano gli elementi di fatto su cui assumere la determinazione in ordine alla richiesta di messa alla prova. Non a caso l'art. 464-ter cit. prevede che l'imputazione venga formulata solo con l'atto scritto con cui il pubblico ministero esprime il consenso. In altri termini, l'esito non può che essere il rigetto della richiesta, tuttavia l'indagato potrà rinnovare la richiesta davanti al giudice del dibattimento, una volta esercitata l'azione penale, e il giudice potrà ammettere il richiedente al procedimento di messa alla prova. Anche qui, il parere negativo opera un condizionamento relativo, con riferimento alla fase delle indagini preliminari, ed è funzionale ad evitare che le richieste ex art. 168-bis cod. pen. intervengano prematuramente, ma non vincola il giudice del dibattimento nel caso in cui l'imputato rinnovi la richiesta. E' evidente come la procedura in caso di dissenso replichi lo schema previsto dall'art. 448 cod. proc. pen. in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti: il dissenso del pubblico ministero determina il rigetto della domanda di patteggiamento, ma l'imputato può rinnovare la domanda prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. L'esistenza di questo meccanismo procedimentale di recupero della richiesta porta ad escludere l'impugnabilità del provvedimento con cui, nelle indagini preliminari, a seguito del dissenso del pubblico ministero, il giudice rigetta la domanda di messa alla prova. Del resto nessuna disposizione lo prevede e, inoltre, non si tratta di una decisione con carattere di definitività e, quindi, non può certo parificarsi ad una sentenza, sicché non vi è alcuno spazio per ipotizzare la ricorribilità in cassazione in base all'art. 111 Cost. 3. In conclusione, deve affermarsi che il rigetto della richiesta di sospensione del procedimento per messa alla prova, avanzata nel corso delle indagini preliminari, non è impugnabile in cassazione.”*

### **1.F). L'esclusione di un'ammissione parziale all'istituto.**

**Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, Allotta, Rv. 263125** ha ritenuto che, **in caso di procedimenti oggettivamente cumulativi**, nei quali siano contestati all'imputato reati per i quali sarebbe possibile l'ammissione al beneficio e reati esclusi dallo stesso, **la sospensione non può essere disposta, previa separazione dei processi**, soltanto per quella parte dei reati per i quali sia consentito l'accesso al beneficio, **in quanto la messa alla prova è diretta alla completa eliminazione delle tendenze antisociali del reo e sarebbe incompatibile con le finalità dell'istituto una rieducazione “parziale”**. Si è osservato che il legislatore, nel formulare l'art. 168 bis cod. pen., **non ha fatto riferimento ai reati ma ai “procedimenti per reati”**, lasciando intendere **“una visione unitaria e complessiva della**

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari

*prospettiva di risocializzazione del soggetto che potrà realizzarsi attraverso la messa alla prova previa sospensione dell'intero 'procedimento' ma solo quando ciò sia possibile in relazione a tutti i reati in contestazione*".

### ***1.G). Superfluità della confessione e regime di utilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese.***

"L'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova, sospendendo il procedimento, non è subordinata all'ammissione del richiedente del fatto oggetto dell'imputazione" (Cass. Sez. 5, n. 24011 del 23/02/2015 - dep. 04/06/201518.) Non vi è dubbio infatti che l'ammissione da parte del richiedente del fatto oggetto dell'imputazione – ossia, in definitiva, la confessione – non costituisce un requisito per la sospensione del procedimento con messa alla prova. Nel momento in cui valuta la possibilità di ammettere alla prova il richiedente (ed al di là della necessaria valutazione sull'idoneità del programma di trattamento), il giudice fonda la propria decisione sull'assunto che, allo stato degli atti, quel fatto di reato è attribuibile al soggetto (qualora vi fossero elementi certi ed evidenti per escluderne la responsabilità, è tenuto a pronunciare sentenza ex art. 129 c.p.p.) e ciò a prescindere dall'ammissione dei fatti (ed anzi, senza in alcun modo sollecitarla). Il richiedente potrà anche essere sentito dal giudice, allorchè questi è chiamato a decidere nel merito, ma solo al fine di valutare la volontarietà della richiesta: il dato lo si ricava direttamente dalla disposizione di cui all'art. 464 quater c.p.p. ed esso implica, per converso, che il richiedente non va interrogato sul fatto e che, sicuramente, non ne va sollecitata la confessione. Occorre poi chiedersi se quelle dichiarazioni rese dall'imputato sul fatto-reato (anche prescindendo dall'eventuale confessione) in questa fase processuale – nella quale, se si è a giudizio, il dibattimento non è stato ancora dichiarato aperto – possano essere utilizzate del giudice qualora la messa alla prova non venga concessa o venga revocata e la questione, a ben vedere, ha un ambito più ampio, che investe l'utilizzabilità delle dichiarazioni ed informazioni acquisite nel procedimento sulla messa alla prova, e dunque anche quelle rese innanzi al personale dell'u.e.p.e. o in sede, per esempio, di mediazione, o ancora, assunte dal giudice ai sensi dell'art. 464 bis c.p.p., allorchè acquisisca informazioni alla p.g. Si tratta di questioni evidenziate già nell'imminenza dell'entrata in vigore della normativa, rispetto alle quali la soluzione non è affatto scontata: se da un lato infatti può farsi riferimento alla circostanza che in sede di approvazione del testo definitivo dell'art. 464 septies c.p.p. è stato espunto l'inciso secondo cui "le informazioni acquisite ai fini e durante il procedimento di messa alla prova non sono utilizzabili", potendosi da ciò desumere una volontà di senso contrario da parte del legislatore, occorre tener presente che, a norma dell'art. 526 c.p.p., il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento e ciò rende quanto meno necessario evitare di utilizzare, ai fini della decisione, informazioni e dichiarazioni rese nel

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari

corso del procedimento di messa alla prova, compreso quelle raccolte dal personale dell'u.e.p.e., o rese dalle parti in sede di mediazione ed anche quelle che il richiedente rende al giudice quando viene sentito ex art. 464 bis c.p.p., e dunque senza che gli siano stati dati gli avvisi richiesti qualora si proceda al suo esame, nonché, ancora, quelle offerte dalla persona offesa, la quale, quando viene sentita ex art. 464 bis c.p.p., non presta alcun giuramento.

### ***1.H) Messa alla prova ed incompatibilità.***

La terza Sezione penale (Sentenza n. 14750 ud. 20/01/2016 - deposito del 11/04/2016) ha affermato che l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, di cui all'art. 464 quater cod. proc. pen., non determina l'incompatibilità del giudice nel giudizio che prosegue con le forme ordinarie nei confronti di eventuali coimputati, trattandosi di decisione adottata nella medesima fase processuale che non implica una valutazione sul merito dell'accusa ma esclusivamente una delibazione sull'inesistenza di cause di proscioglimento immediato ex art. 129 cod. proc. pen. nonché una verifica dell'idoneità del programma di trattamento e una prognosi favorevole di non recidiva.

### ***1.I) Messa alla prova e qualificazione del fatto.***

La Quarta sezione (Sentenza n. 4527 ud. 20/10/2015 - deposito del 03/02/2016) ha affermato, in via incidentale, che, in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, il giudice è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e può - ove la ritenga non corretta - modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione. Si tratta del caso, ricorrente nella pratica, della riqualificazione nell'ipotesi di cui al quinto comma delle originarie contestazioni ex art. 73 TUSTUP.

### ***1.L) Messa alla prova e decreto penale di condanna.***

#### **1.L.1). Questioni in materia di competenza.**

La Corte di Cassazione Sez. I con la sentenza 3 febbraio 2016 dep. 22 giugno 2016 n. 25867<sup>6</sup>, ha risolto un conflitto negativo di competenza, stabilendo che a decidere sulla richiesta di messa alla prova di cui all'art. 464 *bis* c.p.p., avanzata in sede di opposizione a decreto penale di condanna, deve essere il giudice del dibattimento e non il giudice delle indagini preliminari. Secondo la Corte militano a favore di questa soluzione la diversa

<sup>6</sup> [http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-decide-su-messa-alla-prova-in-seguito-ad-opposizione-a-decreto-penale\\_29-06-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-decide-su-messa-alla-prova-in-seguito-ad-opposizione-a-decreto-penale_29-06-2016.php)

natura della richiesta di messa alla prova rispetto alla richiesta di ammissione ad un rito alternativo e la circostanza che manca un'espressa previsione da parte del legislatore che attribuisca la competenza a definire la richiesta di messa alla prova al giudice che ha emesso il decreto di condanna. Inoltre, la tesi della Corte trova una conferma nell'art. 464 *sexies* c.p.p., secondo cui, durante la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, *“con le modalità stabilite per il dibattimento”*.

Da rilevare che la Corte ha affermato che il nuovo istituto della messa alla prova non può equipararsi ad un procedimento alternativo, nonostante il legislatore lo abbia regolato all'interno del libro sesto del codice di procedura penale, dedicato ai procedimenti speciali e la stessa Corte Costituzionale, di recente, abbia precisato che esso deve intendersi, per le sue connotazioni processuali, come *“un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio”*.

**1.L.2). L'illegittimità costituzionale dell'art. 460 comma 1 lett. e) cpp.**

Con la sentenza del 6 luglio 2016 (dep. 21 luglio 2016), n. 201<sup>7</sup> la Consulta ha dichiarato *“l'illegittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova”*.

Il caso era sorto innanzi al Tribunale ordinario di Savona che giudicava un imputato che aveva proposto opposizione ad un decreto penale di condanna. Nel corso del dibattimento, l'imputato aveva chiesto la sospensione del procedimento con messa alla prova, allegando l'istanza di elaborazione del programma di trattamento presentata al competente ufficio di esecuzione penale esterna. Il giudice avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'istanza, perché, trattandosi di un giudizio conseguente all'opposizione a un decreto penale di condanna, la richiesta avrebbe dovuto essere presentata con l'atto di opposizione. Il Giudice, invece, poneva, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale, *«nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere l'avviso all'imputato che ha facoltà di chiedere la sospensione del procedimento per messa alla prova unitamente all'atto di opposizione»*.

La Corte ha ribadito che l'istituto della messa alla prova *«ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova»* (conformemente a quanto già affermato dalla sentenza n. 240 del 2015). Ha poi evidenziato che, a differenza di quanto accade per gli altri riti speciali, l'art. 460,

---

<sup>7</sup>[http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova-e-decreto-penale-di-condanna\\_05-09-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova-e-decreto-penale-di-condanna_05-09-2016.php)

comma 1, cod. proc. pen., non prevede l'avviso all'imputato che ha facoltà, nel fare opposizione, di chiedere la messa alla prova.

Ha poi ricordato che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la richiesta di riti alternativi «costituisce anch'essa una modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (ex plurimis, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)» (sentenza n. 237 del 2012). Di conseguenza si è ritenuto che l'avviso all'imputato della possibilità di richiedere i riti alternativi costituisca «una garanzia essenziale per il godimento di un diritto della difesa» (sentenza n. 497 del 1995), e che la sanzione della nullità ex art 178, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., nel caso di omissione dell'avviso prescritto, trovi «la sua ragione essenzialmente nella perdita irrimediabile della facoltà di chieder[li]», se per la richiesta è stabilito un termine a pena di decadenza (sentenza n. 148 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 101 del 1997 e ordinanza n. 309 del 2005). In particolare, quando il termine entro cui chiedere i riti alternativi è anticipato rispetto alla fase dibattimentale, sicché la mancanza o l'insufficienza del relativo avvertimento può determinare la perdita irrimediabile della facoltà di accedervi, «[l]a violazione della regola processuale che impone di dare all'imputato (esatto) avviso della sua facoltà comporta [...] la violazione del diritto di difesa» (sentenza n. 148 del 2004). Non è invece necessario alcun avvertimento quando il termine ultimo per avanzare tale richiesta viene a cadere «all'interno di una udienza a partecipazione necessaria, sia essa dibattimentale o preliminare, nel corso della quale l'imputato è obbligatoriamente assistito dal difensore» (ordinanza n. 309 del 2005).

Tali principi, secondo la Consulta, valgono anche per la messa alla prova.

In tale caso, l'omissione dell'avvertimento circa la facoltà di chiedere la messa alla prova può determinare un pregiudizio irreparabile, come quello verificatosi nel giudizio a quo, in cui l'imputato nel fare opposizione al decreto, non essendo stato avvisato, ha formulato la richiesta in questione solo nel corso dell'udienza dibattimentale, e quindi tardivamente. Pertanto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova.

In attesa che la modulistica si adegui, pare opportuno che i giudici del dibattimento "rimettano in termini" gli imputati che formulino la richiesta di messa alla prova, secondo la norma illegittima tardivamente.

### **1.M) La competenza ad adottare le sanzioni amministrative.**

La Corte di Cassazione, Sez. IV, con la sentenza del 23 giugno 2016, n. 29639<sup>8</sup>, definendo un caso di guida in stato di ebbrezza in relazione all'art. 186, comma 2, lett. b), cds, ha stabilito il seguente principio di diritto: *“Il Giudice il quale pronunci sentenza di intervenuta estinzione del reato ex art. 168 ter co. 2 cod. pen. per positivo esito della messa alla prova, non può e non deve applicare la sanzione amministrativa accessoria, che verrà poi applicata dal Prefetto competente a seguito di trasmissione degli atti da parte del cancelliere ed in seguito a passaggio in giudicato della sentenza che tale estinzione del reato accerta e dichiara (ex art. 224, co. 3, Cds)”*.

Invero, l'art. 168 ter, comma 2, cp stabilisce che l'estinzione del reato, conseguente al buon esito della prova, *“non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge”*.

Mentre, l'art. 224, comma 3, cds, dopo avere stabilito che la declaratoria di estinzione del reato per morte dell'imputato importa l'estinzione della sanzione amministrativa accessoria, prevede ulteriormente che, nel caso di estinzione del reato per altra causa, fra cui si può far rientrare quella derivante dall'esito positivo della messa alla prova, la sanzione amministrativa accessoria venga applicata, previa verifica dei presupposti di legge, dal Prefetto.

Sul punto, la Corte evidenzia l'inapplicabilità degli artt. 186 comma 9bis e 187 comma 8bis, cds, che, nel caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità, attribuiscono al Giudice il potere di dichiarare estinto il reato e di ridurre alla metà la sanzione della sospensione della patente.

Infatti, gli istituti *“si distinguono tra loro, in quanto l'istituto della messa alla prova prescinde dall'accertamento di una penale responsabilità ed ha come finalità quella di pervenire ad una composizione preventiva e pregiudiziale del conflitto penale, mentre l'istituto del lavoro di pubblica utilità presuppone l'affermazione di penale responsabilità dell'imputato (tramite la celebrazione del giudizio in forma dibattimentale, oppure con lo svolgimento del rito abbreviato, o, comunque, la sua definizione con l'adozione dell'applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen. o anche con decreto penale di condanna non opposto) e la condanna dello stesso ad una pena, che viene poi convertita nella forma alternativa di espiazione, costituita per l'appunto dal lavoro di pubblica utilità”*.

---

<sup>8</sup> [http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova-e-sanzioni-amministrative-accessorie\\_27-07-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/messa-alla-prova-e-sanzioni-amministrative-accessorie_27-07-2016.php)

## 2) La speciale tenuità del fatto.

### 2.A) Premessa.

La sentenza delle SSUU n. 13681 ud. 25/02/2016 - deposito del 06/04/2016 (est. Blaiotta) ha affermato alcuni principi:

- *"L'art. 131-bis cod. pen. si applica ad ogni fattispecie criminosa, in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti fissati dalla medesima norma".*
- *"Il comportamento è abituale quando l'autore ha commesso, anche successivamente, più reati della stessa indole, oltre quello oggetto del procedimento".*
- *"Alla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto consegue l'applicazione, demandata al Prefetto, delle sanzioni amministrative accessorie stabilite dalla legge".*
- *"La inammissibilità del ricorso per cassazione preclude la deducibilità e la rilevabilità di ufficio di tale causa di esclusione della punibilità".*
- *"Nei soli procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, la relativa questione, in applicazione dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., è deducibile e rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen.".*
- *"La Corte di cassazione, se riconosce la sussistenza di tale causa di non punibilità, la dichiara d'ufficio ex art. 129, comma 1, cod. proc. pen., annullando senza rinvio la sentenza impugnata a norma dell'art. 620, comma 1, lett. l) cod. proc. pen.".*

### 2.B) Speciale tenuità del fatto e soglie di punibilità.

Un primo problema riguarda la possibilità per il giudice, in relazione a fattispecie legali che prevedono soglie di punibilità, di ritenere il fatto di particolare tenuità nonostante il superamento delle soglie stesse. Fattispecie caratterizzate dalla presenza di soglie di punibilità sono largamente diffuse : l'omesso versamento dell'IVA (art. 10-ter d.lgs. 10.3.2000, n. 74); scarico di acque reflue industriali (art. 137 d.lgs. 3.4.2006, n. 2006); la guida in stato di ebbrezza (artt. 186 e 186-bis codice della strada). Rispetto a queste ipotesi si tratta di capire se l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. sia incompatibile con l'individuazione di una soglia di offesa necessaria per la punibilità, già oggetto di una precisa scelta del legislatore, che potrebbe risultare sostanzialmente vanificata. Va rilevato, Giovanni Zaccaro

sul punto, che mentre le soglie di punibilità sono espressione di una valutazione che opera necessariamente su un piano astratto, il giudizio di particolare tenuità ex art. 131-bis c.p. presuppone la graduabilità in concreto dell'offesa anche in relazione a fattispecie astrattamente non bagatellari. Non sembra, quindi, ragionevole escludere a priori l'applicabilità dell'istituto a fattispecie che prevedono soglie di punibilità. Tuttavia, pur partendo da questa premessa, se alcuni hanno affermato la generale compatibilità della non punibilità per particolare tenuità con le soglie sulla scorta del rilievo per cui nulla preclude che un fatto concreto che superi di poco la soglia possa essere di particolare tenuità, altri hanno sostenuto la necessità di una risposta differenziata a seconda della natura e della funzione che le soglie possono assumere in ciascuna fattispecie legale. In particolare si è sottolineato che, pur ammettendo il linea di principio una non incompatibilità dell'istituto di cui all'art. 131-bis c.p. con le soglie di punibilità, le maggiori criticità si riscontrano in presenza di soglie che hanno la funzione di definire direttamente l'offesa al bene giuridico protetto, mentre più agevole sarebbe l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. in presenza di soglie che integrino mere condizioni di punibilità. Uno dei principali aspetti problematici relativi alle soglie di punibilità riguarda, poi, i rapporti con gli illeciti amministrativi aventi ad oggetto i fatti che si collocano 'sotto soglia' (emblematico il caso della guida in stato di ebbrezza). L'applicazione dell'art. 131-bis c.p. potrebbe portare a risultati irragionevoli, conducendo all'applicazione di una sanzione amministrativa a fatti, anche lievi, al di sotto del limite di rilevanza penale (es., guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico superiore a 0,5 ma inferiore a 0,8 g/l), lasciando invece impunte le condotte che, pur superando la soglia della punibilità, sono di particolare tenuità (es., guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico di poco superiore a 0,8 g/l). Diverse le soluzioni prospettate: in un'ottica de iure condito, si è rilevato come all'applicazione dell'art. 131-bis potrebbe conseguire l'espansione 'verso l'alto' dell'illecito amministrativo, soluzione che, tuttavia, contrasta con il principio di legalità dell'illecito amministrativo. In una prospettiva de iure condendo, invece, vi è chi auspica, in presenza di fattispecie che possono da luogo all'ipotesi in esame, l'introduzione di una disposizione, analoga a quella di cui all'art. 75 co. 14 d.P.R. n. 309/1990, che escluda anche la sanzione amministrativa in presenza di fatti che non costituiscono reato ma sono previsti come illecito amministrativo, e siano di particolare tenuità. D'altra parte, sempre de iure condendo, potrebbe prospettarsi anche la soluzione opposta: non sarebbe irragionevole, in via di principio, prevedere sanzioni amministrative per i casi di applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. Questa soluzione avrebbe il vantaggio, in relazione ai reati con limiti-soglia, di realizzare nel rispetto del principio di legalità quella 'estensione verso l'alto' della sanzione amministrativa già prevista per i fatti sotto soglia.

Con le ordinanze Cass., Sez. IV, Ord. 3 dicembre 2015, n. 49825, Pres. Romis, Rel. Pavich, Ric. Coccimiglio e a Cass., Sez. IV, Ord. 3 dicembre 2015, n. 49824, Pres. Romis, Rel. Pavich, Ric. Tushaj la Quarta sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite due quesiti relativi all'applicabilità della causa di non punibilità della particolare

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari

tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.): a) al reato di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici (art. 186 co. 7 c.d.s.); b) al reato di guida in stato di ebbrezza (art. 186 co. 2 c.d.s.). La rimessione alle Sezioni Unite si giustifica in ragione di un potenziale contrasto giurisprudenziale, motivato in ragione dell'esistenza di due precedenti decisioni della stessa Quarta Sezione della S.C., il cui orientamento non è condiviso nelle ordinanze in commento. In quelle precedenti decisioni la medesima Sezione aveva ritenuto la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto applicabile tanto alla guida in stato di ebbrezza – sent. 9.9.2015, n. 44132, Longoni –, quanto al rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici – sent. 1.7.2015, n. 33821, Pasolini. Nelle ordinanze di rimessione, invece, la S.C. adotta la soluzione opposta, ritenendo la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. incompatibile con entrambi i reati.

La sentenza delle SSUU n. 13681 ud. 25/02/2016 - deposito del 06/04/2016 (est. Blaiotta) ha affermato il principio della compatibilità dell'istituto con qualsiasi fattispecie e dunque anche con quelle caratterizzate da soglie di punibilità.

### ***2.C) Profili di diritto intertemporale.***

In assenza di una disciplina transitoria, l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, in ragione della sua indubbia natura sostanziale, va ricondotto, quanto agli aspetti di diritto intertemporale, nell'ambito di applicazione dell'art. 2 c.p.

La disciplina contenuta nell'art. 131-bis è pertanto applicabile in relazione a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, se e in quanto – come normalmente accade – risulti in concreto più favorevole al reo. Se ciò è pacifico, in via di principio, occorre però chiedersi se l'applicazione retroattiva della nuova causa di non punibilità debba essere inquadrata nella previsione del quarto ovvero del secondo comma dell'art. 2 c.p. La differenza non è di poco conto: solo l'applicazione del secondo comma dell'art. 2 c.p. – e conseguentemente dell'art. 673 c.p.p. – può portare alla revoca delle sentenze di condanna per fatti di particolare tenuità già passate in giudicato al momento dell'introduzione della nuova causa di non punibilità. La soluzione favorevole all'applicazione del quarto comma dell'art. 2 c.p. (con salvezza quindi del giudicato), presente in dottrina e adottata in un primo provvedimento della giurisprudenza di merito, è stata affermata dalla Corte di Cassazione (sent. n. 15448/2015).

### ***2.D). L'operatività nel giudizio innanzi al giudice di pace***

Le prime pronunce hanno escluso l'applicabilità dell'art. 131 bis cp innanzi al giudice di pace, ove vige un istituto speciale, sia pure introdotto molti anni prima (Cass. Sez. 7, Ordinanza n. 1510 del 04/12/2015 dep. 15/01/2016; Cass. Sez. F, Sentenza n. 38876 del 20/08/2015 dep. 24/09/2015).

Infatti nel rito davanti al giudice di pace conosce l'istituto del fatto di particolare tenuità, disciplinato dall'art. 34 del D. Lgs. n. 274 del 2000, che rappresenta una disposizione

Giovanni Zaccaro

speciale rispetto a quella generale codicistica, sia pure ratione temporis successiva, dell'art. 131-bis cod. pen., poiché il primo si ha quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato, mentre nel secondo la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, comma 1 (con parametri valutativi quindi ulteriori rispetto all'elemento costituito, ai sensi dell'art. 34 D. Lgs. n. 274 del 2000, dal solo grado della colpevolezza), l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale (anziché occasionale ex art. 34 cit.). Milita in tal senso anche una indicazione desumibile dai lavori preparatori del decreto legislativo n. 28 del 2015, perché il legislatore delegato non ha accolto l'invito rivolto dalla Commissione Giustizia della Camera a valutare "l'opportunità di coordinare la disciplina della particolare tenuità del fatto prevista dell'art. 34 del d.lgs. 28 ottobre 2000, n. 274, in riferimento ai reati del giudice di pace, con la disciplina prevista dal provvedimento in esame" ed è stato anche disatteso il suggerimento avanzato da talune precedenti Commissioni ministeriali di abrogare espressamente l'art. 34 D. Lgs. n. 274 del 2000.

## **2.E). Alcuni profili processuali.**

Come ribadito la dottrina, la pronuncia per speciale tenuità deve avvenire in contraddittorio con l'imputato. In particolare, di recente, la Quinta Sezione (Sentenza n. 36857 ud. 07/07/2016 – depositata il 05/09/2016) ha precisato che *“E’ nulla l’ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto pronunciata ai sensi dell’art. 411, comma 1, cod. proc. pen., in luogo dei diversi motivi di merito indicati nella richiesta del p.m., senza l’osservanza della speciale procedura prevista al comma 1 bis, non essendo le disposizioni generali contenute negli artt. 408 e ss. cod. proc. pen. idonee a garantire il necessario contraddittorio sul punto”*.

La Quinta Sezione della Corte di cassazione, superando alcune incertezze del dato letterale, ha affermato che la sussistenza della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis cod. pen. può essere pronunciata anche con sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 cod. proc. pen. (sentenza n. 21409 ud. 12/02/2016 – depositata il 23/05/2016).

Giovanni Zaccaro

giudice Tribunale di Bari