21016/15

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

SU

UDIENZA PUBBLICA
DEL 07/05/2015

ORDINANZA
N. 2413/2015

REGISTRO GENERALE
N. 2787/2015

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott.	ALDO FIALE	- Presidente -
Dott.	RENATO GRILLO	- Rel. Consigliere -
Dott.	MARIAPIA GAETANA SAVINO	- Consigliere -
Dott.	SANTI GAZZARA	- Consigliere -
Dott.	ALDO ACETO	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

DALL'ACQUA ALESSANDRO N. IL 02/02/1970
FEDERICO ANTONIO N. IL 18/07/1947
UGOLINI GIAN ANDREA N. IL 29/09/1959

avverso la sentenza n. 2603/2013 CORTE APPELLO di ANCONA, del 10/06/2014

visti gli atti, la sentenza e il ricorso
udita in PUBBLICA UDIENZA del 07/05/2015 la relazione fatta dal Consigliere Dott. RENATO GRILLO
Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. Pasquale Fimiani
che ha concluso per rimettersi alle Sezioni Unite e, in subordine, rigetto

Udito, per la parte civile, l'Avv

Udit i difensor Avv. Bruscotti Bruno, Avv. Spaziani Fabio quali sost. tutto processuale dell'avv. Garbugli Luca -

RITENUTO IN FATTO

1.1 La Corte di Appello di Ancona, con sentenza del 10 giugno 2014, confermava la sentenza emessa in data 19 marzo 2013 dal Tribunale di Pesaro in composizione monocratica nei confronti di UGOLINI Gian Andrea, DALL'ACQUA Alessandro e FEDERICO Antonio, imputati dei reati di cui agli artt. 44 lett. c) D.P.R. 380/01 (capo A) della rubrica); 181 comma 1 e 1 bis D. Lgs. 42/04 (capo B) della rubrica); 6 e 30 commi 1 e 8 della L. 394/91 (capo C) della rubrica); 93, 94 e 95 D.P.R. 380/01 (capo D) della rubrica) e 65 e 72 stesso D.P.R. (capo E) della rubrica – fatti accertati tra il 24 gennaio 2006 e il 27 febbraio 2008, con la quale i predetti erano stati condannati per il delitto di cui al capo B), previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, alla pena di mesi otto di reclusione ciascuno e prosciolti dalle rimanenti imputazioni contravvenzionali per intervenuta prescrizione.

1.2 La Corte distrettuale, nel richiamare integralmente la motivazione della sentenza del Tribunale ribadiva la irrilevanza dell'avvenuto rilascio del certificato di compatibilità paesaggistica, evidenziando che l'assenza di danno ambientale non rilevava ai fini della scriminante della condotta. La Corte territoriale escludeva anche che gli interventi edilizi fossero minimali (circostanza che, se vera, avrebbe dovuto comportare la non configurabilità del reato paesaggistico), confermando trattarsi di reato di pericolo presunto, pur riconoscendo che si trattava di interventi di modesta entità (maggiorazione dell'altezza al colmo di circa 55 cm. rispetto a quella originaria; modifica della falda unica di copertura con incrementi volumetrici conseguenti all'innalzamento della quota di gronda e realizzazione dell'autorimessa ad una quota superiore rispetto a quella autorizzata e resa interrata con riporti di terreno).

1.3 Avverso la detta sentenza ricorrono gli imputati a mezzo dei rispettivi difensori. La difesa dei ricorrenti UGOLINI e FEDERICO lamenta, con un primo motivo, inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, nonchè difetto di motivazione per contraddittorietà ed illogicità manifesta per avere la Corte territoriale omesso di tenere conto dell'avvenuto rilascio del certificato di compatibilità paesaggistica e del parere favorevole della Sopraintendenza ben prima del rilascio del permesso di costruire, sottolineando come tutte le modifiche intervenute e non autorizzate erano poi state sanate sulla base anche del parere positivo della Sopraintendenza ai Monumenti. Evidenzia la difesa che da parte della Corte territoriale non è stato dato rilievo alla mancanza di offensività, nella specie da escludere proprio a causa della natura minimale degli interventi tali da risultare inidonei a recare il danno paesaggistico. Con un secondo motivo la difesa deduce vizio di travisamento della prova in riferimento all'affermato incremento di cubatura in realtà derivante solo dalla necessità di effettuare adeguamenti termici e sismici, oltretutto sanati. Motivi sostanzialmente analoghi deduce la difesa del ricorrente DALL'ACQUA evidenziando l'inidoneità in astratto degli interventi edilizi a causare un danno ambientale.

Con motivi aggiunti la difesa dei ricorrenti ha invocato l'applicazione del D. Lgs. 28/15 in tema di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, ritenendo sussistenti i presupposti per fruire della norma di favore anche in relazione ad una asserita "inoffensività" del fatto; ha poi invocato l'estinzione del residuo reato per prescrizione asseritamente maturata nel marzo del 2015 in relazione alla data di ultimazione delle opere risalente, come affermato dalla Corte Distrettuale al mese di ottobre 2007.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ragioni di priorità logica suggeriscono di trattare per primi i motivi originari di ricorso, tenuto conto del fatto che la richiesta di emissione di sentenza di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, sebbene avanzata dal difensore dei ricorrenti UGOLINI e FEDERICO con motivi aggiunti tempestivamente e ritualmente depositati, presuppone comunque un esame circa una eventuale manifesta infondatezza del ricorso o altra causa di inammissibilità.

2. Orbene va premesso che a tutti gli imputati sono stati contestate numerose ipotesi contravvenzionali in materia urbanistica (art. 44 comma 1 lett. c) D.P.R. 380/01; 6 e 30 della L. 394/91) edilizia (artt. 93, 94 e 95 stesso D.P.R.) e antisismica (artt. 65 e 72 stesso D.P.R.), oltre che il delitto di cui all'art. 181 comma 1 bis D.Lgs. 42/04. Si tratta di condotte poste in essere in riferimento ad interventi edilizi di ampliamento, trasformazione e modificazione dello stato delle opere oltre che modifica delle destinazioni d'uso in variazione essenziale e in difformità al permesso di costruire n. 255 del 22 agosto 2005, eseguiti in zona sottoposta a vincolo paesaggistico-ambientale.

3. Va anche doverosamente segnalato che per tutte le contravvenzioni era stata dichiarata l'estinzione per intervenuta prescrizione già con la sentenza di primo grado (poi confermata, sul punto, dalla Corte territoriale) e che, verosimilmente dopo la decisione di secondo grado era intervenuta la concessione in sanatoria da parte dell'Autorità amministrativa (Comune di Pesaro) anche sulla base del parere favorevole espresso dalla Sopraintendenza ai Beni Ambientali che aveva altresì rilasciato il certificato di compatibilità paesaggistica.

3.1 Il ricorso viene proposto solo con riferimento al residuo reato di cui all'art. 181 comma 1 bis del D. Lgs. 42/04, relativamente al quale si sostiene da parte delle difese dei ricorrenti l'insussistenza di opere tali da essere idonee in astratto a ledere il bene giuridicamente tutelato, risultando gli interventi del tutto inoffensivi e comunque minimali

4. Ragioni di economia processuale suggeriscono di richiamare, condividendosene il contenuto, l'articolata motivazione figurante nella sentenza di questa Sezione 4.2.2014 n. 7343, non massimata in cui sono riassunti i tratti essenziali della disciplina contenuta nell'art. 181 comma 1 bis del D. Lgs. 42/04, come tratteggiati ripetutamente dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema.

5. Quanto alla natura del reato contemplato in tale norma si tratta di reato formale e di pericolo che viene in essere indipendentemente dal danno arrecato al paesaggio, con la semplice esecuzione di interventi non autorizzati idonei ad incidere negativamente sull'originario assetto dei luoghi sottoposti a protezione (vds. oltre a Sez. 3^ 7343/14 anche Sez. 3^ 8.2.2013 n. 6299 e Sez. 3^ 18.7.2011 n. 28277)

5.1 E' stato anche affermato in più occasioni che assume rilievo, ai fini delle configurabilità del reato *de quo*, qualsiasi intervento che risulti astrattamente idoneo ad incidere, modificandolo, sull'originario assetto del territorio sottoposto a vincolo paesaggistico e che sia stato eseguito in assenza o in difformità della prescritta autorizzazione. Così come si è rimarcato che l'individuazione della potenzialità lesiva di detti interventi va effettuata con giudizio ex ante, volto ad accertare non già se vi sia stato un danno al paesaggio ed all'ambiente, bensì se il tipo di intervento fosse astrattamente idoneo a ledere il bene giuridico tutelato (v. tra le tante Sez. 3^ 28.3.2003 n. 14461; 20.3.2003 n. 12863) il che implica una preventiva valutazione da parte dell'ente preposto alla tutela del vincolo per ogni intervento, anche modesto e diverso da quelli contemplati dalla disciplina urbanistica ed edilizia.

5.2 Da qui la coerente conclusione, condivisa da questo Collegio secondo la quale il reato paesaggistico è configurabile anche se la condotta sia consistita nell'esecuzione di interventi senza autorizzazione i cui effetti, per il mero decorso del tempo e senza l'azione dell'uomo, siano venuti meno restituendo ai luoghi l'originario assetto (in termini Sez. 3^ 8.2.2013 n. 6299).

5.3 Quanto alla esclusione della punibilità si è ribadito che ciò può avvenire nelle residuali ipotesi in cui siano stati effettuati interventi di "minima entità", inidonei, in astratto, a porre in pericolo il paesaggio, e a pregiudicare il bene paesaggistico - ambientale (così Sez. 3^ 23.9,.2013 n. 39049).

5.4 E tali principi – per quanto qui rileva – sono stati riaffermati anche con riferimento alla fattispecie delittuosa disciplinata dall'art. 181 comma 1 bis del medesimo D. Lgs. (Sez. 3^ 26.9. 2011 n. 34764).

5.5 E' stato anche affrontato in più riprese il problema rappresentato dalla incidenza del cd. principio di offensività, richiamato dai ricorrenti per escluderne la sussistenza nel caso sottoposto all'esame di questo Collegio, ricordandosi pure quanto osservato, in tema, dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 247/97 secondo la quale anche per i reati ascritti alla categoria di quelli formali e di pericolo presunto od astratto "*è sempre devoluto al sindacato del giudice penale l'accertamento in concreto dell'offensività specifica della singola condotta, dal momento che, ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta e si verte in tema di reato impossibile, ex art. 49 c.p.*" (sentenza n. 360 del 1995; v. per le citazioni anche Sez. 3^ 34764/11 cit.). In quest'ultima pronuncia veniva precisato che il

suddetto principio deve essere considerato non tanto sulla base di un concreto apprezzamento di un danno ambientale, quanto, piuttosto, per l'attitudine della condotta a porre in pericolo il bene protetto (affermazione poi ribadita da Sez. 3^ 22.3.2013 n. 13736).

5.6 Così come era stato affrontato il parallelo tema della rilevanza di eventuali valutazioni postume di compatibilità paesaggistica delle opere abusivamente realizzate (nella specie intervenute e ricordate anche dalla Corte territoriale), ai fini della valutazione della offensività della condotta che si è ritenuta permanesse, giudicandosi irrilevante, ai fini del perfezionamento della fattispecie, la mancanza di danno ambientale attestata dalle autorità competenti alla tutela del vincolo (Sez. 3^ 17.3.2005 n. 10463).

5.7 Offensività che si è detto potersi escludere soltanto in ambiti estremamente circoscritti ed assolutamente marginali concernenti casi in cui l'assenza di pericolo di lesione del bene tutelato sia verificabile *ictu oculi* (in termini Sez. 3^ 31.5.2000 n. 1401).

5.8 Del resto tali conclusioni trovano ulteriore conferma – come affermato nella menzionata decisione n. 7343/14 nelle disposizioni contenute nell'art. 146 comma 4 del D.Lgs. n. 152/06 il quale stabilisce che l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi, anche se, con riferimento ai cosiddetti abusi minori, la valutazione di compatibilità paesaggistica effettuata ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, impedisce l'applicazione della sola sanzione penale, restando ferma, come disposto dal D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1 ter, l'applicazione delle misure amministrative pecuniarie previste dall'art. 167.

5.9 Il che autorizza a riaffermare che la procedura di verifica postuma della compatibilità paesaggistica dell'intervento è limitata a casi del tutto marginali, riguardando le ipotesi di lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; ovvero l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica ovvero ancora interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 380/01.

6. Va detto allora che la Corte distrettuale si è attenuta a tali principi, sia puree limitandosi a compendiare le argomentazioni sviluppate dal primo giudice. Quel che è mancato, quindi, è un più penetrante esame della vicenda nel suo complesso alla luce dei nuovi elementi di valutazione offerti dalla difesa.

6.1 In questo senso può allora dirsi che le censure sollevate con i ricorsi non risultano *prima facie* infondate.

6.2 Per ragioni logiche correlate a tale conclusione deve procedersi all'esame della questione sollevata in punto di sopravvenuta estinzione del reato residuo per intervenuta prescrizione: la quale, secondo la tesi della difesa, sarebbe maturata, per il principio del *favor*

rei collegato alla data di commissione del reato (indicata genericamente nell'ottobre 2007), nel mese di marzo 2015.

6.3 Dall'esame degli atti processuali, compulsabili in relazione alla natura della specifica deduzione difensiva, risulta una sospensione del corso della prescrizione nel giudizio di primo grado disposta dal Tribunale all'udienza del 3.12.2012 in relazione ad una istanza di rinvio depositata il 29 novembre 2012 e formulata dalla difesa dei tre imputati "al fine di completare l'acquisizione di tutta la documentazione relativa alla sanatorie edilizie ed ambientali concesse dal Comune di Pesaro". Si legge nella medesima istanza che la difesa aveva richiesto un breve rinvio, "previa interruzione dei termini prescrizionali ex art. 160 c.p." e che il Pubblico Ministero non si era opposto con provvedimento in calce all'istanza medesima. In relazione a tale istanza il Tribunale disponeva il rinvio all'udienza del 7 marzo 2013 "sospendendo fino a tale data i termini di prescrizione". E in effetti all'udienza del 7 marzo 2013 la difesa degli imputati produceva una articolata documentazione come da indice ed anche il Pubblico Ministero produceva altri documenti. Nella predetta udienza il giudice invitava le parti a concludere e, all'esito della discussione, rinviava ulteriormente per eventuali repliche, all'udienza del 19 marzo 2013 in cui pronunciava sentenza.

6.4 Può dirsi pacifica una intervenuta sospensione dei termini di prescrizione, come ricordata alla difesa dei ricorrenti con i motivi aggiunti al ricorso, per il periodo di tempo intercorrente tra il 3 dicembre 2012 ed il 7 marzo 2013 per una durata di giorni 93. Di conseguenza il termine ultimo di maturazione della prescrizione coincide, considerando quale data di commissione del reato il mese di ottobre 2007, con il 4 giugno 2015.

6.5 Nei motivi aggiunti al ricorso viene però dedotta dalla difesa la inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale (art. 159 cod. pen.) in relazione alla circostanza che il rinvio chiesto dai difensori era motivato da ragioni legate alla acquisizione di prove, circostanza che secondo la giurisprudenza di legittimità richiamata nei motivi aggiunti, osterebbe alla sospensione del corso della prescrizione.

6.6 La censura nei termini in cui risulta proposta, seppur contenuta in motivi aggiunti tempestivamente depositata, è inammissibile in relazione al disposto di cui all'art. 606 comma 3 ultima parte cod. proc. pen., in quanto è stata denunciata una violazione di legge non dedotta con i motivi di appello. Dal loro esame emerge pacificamente che le doglianze avanzate dai difensore degli imputati non avevano per oggetto la pretesa violazione dell'art. 159 cod. proc. pen.; non solo ma non risulta che da parte delle difese nella fase del giudizio di appello siano stati proposti motivi aggiunti aventi per oggetto tale specifica violazione e nemmeno in occasione della discussione dell'appello sia stato fatto cenno da parte dei difensori a tale specifica inosservanza della disposizione penale.

6.7 Per completezza va poi ricordato che la giurisprudenza menzionata dalla difesa dei ricorrenti seppur correttamente citata non è applicabile al caso di specie in quanto nella istanza

di rinvio formulata dai difensori degli imputati prima della celebrazione dell'udienza del 3 dicembre 2012 dinnanzi al Tribunale non solo si faceva espresso riferimento ad esigenze della difesa per la acquisizione della documentazione in realtà già esistente e solo da fascicolare ordinatamente, ma era stato espressamente invocato dalle difese la sospensione dei termini di prescrizione così privilegiando una esigenza dei difensori e non già una esigenza di acquisizione della prova.

6.8 In questo senso va ritenuto non pertinente al caso in esame, il principio, peraltro assolutamente consolidato nella giurisprudenza di questa Corte Suprema secondo il quale "l'art. 159 comma 1 c.p. deve essere interpretato nel senso che la sospensione o il rinvio del procedimento o del dibattimento hanno effetti sospensivi della prescrizione, anche se l'imputato non è detenuto, in ogni caso in cui siano disposti per impedimento dell'imputato o del suo difensore ovvero su loro richiesta, salvo quando siano disposti per esigenze di acquisizione della prova o in seguito al riconoscimento di un termine a difesa" (S.U. 28.11.2001 n. 1021, Cremonese, Rv.; Sez. 5^ 2.10.2009 n. 49647, Delli santi, Rv. 245823; Sez. 7^ Ord. 25.11.2014 n. 9466, Franco e altro, Rv. 262670). Sulla base di tali considerazioni la dedotta prescrizione, a tutto voler concedere, non è alla data odierna maturata.

6.9 La non manifesta infondatezza del ricorso consente, allora, di affrontare in termini specifici la questione prospettata nei motivi aggiunti dalla difesa dei ricorrenti UGOLINI e FEDERICO volta ad ottenere una pronuncia da parte di questa Corte Suprema, di applicazione dell'art. 131 bis cod. pen. come introdotto dal D. Lgs. 16.3.2015 n. 28.

7. Si tratta di un tema introdotto per la prima volta in sede di legittimità in ordine al quale si ritiene utile preliminarmente esporre, sia pure per sintesi, le linee direttrici di questa importante riforma del legislatore penale che rappresenta una delle colonne portanti della Legge delega n. 67/14 sulle modifiche del sistema penale.

8. Esigenze di sintesi suggeriscono di richiamare, stante l'identità delle considerazioni generali di tipo preliminare in ordine ai poteri della Corte di legittimità di pronunciarsi sulla ammissibilità della richiesta volta ad ottenere l'applicabilità del nuovo istituto ed al tipo di valutazione che la Corte di Cassazione deve operare a tali fini i contenuti della coeva ordinanza di questa Sezione Fregolent.

8.1 Nel richiamare il contenuto dell'art. 131 bis del cod. pen. che si colloca all'interno del titolo V Capo 1° del Cod. pen. intitolato "Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena" va osservato che esso disciplina in termini generali secondo le indicazioni contenute nel testo l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. In particolare questo il testo della norma in esame.

8.2 "*Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, 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, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante."

8.3 Non essendo questa la sede più appropriata per una esegesi complessiva della norma, pare opportuno, proprio per le implicazioni pratiche che essa comporta e per la ricaduta sui processi in corso, svolgere alcune considerazioni di tipo generale in stretto riferimento alla applicabilità di tale norma ai giudizi in corso e segnatamente – per quel che rileva in questa sede – ai giudizi pendenti dinnanzi alla Corte di Cassazione.

9. Va, innanzitutto, specificato che il D. Lgs. in esame non contiene alcuna disciplina transitoria: ciò comporta il richiamo ai principi generali in tema di successione delle norme nel tempo che debbono guidare l'interprete nella operazione valutativa circa l'applicabilità e in che termini, del nuovo istituto ai procedimenti in corso.

9.1 Come è noto il testo contenuto nel 4° comma dell'art. 2 cod. pen. prevede in caso di successione di leggi diverse nel tempo l'applicabilità di quelle le cui disposizioni risultano più favorevoli per il reo, salva l'ipotesi della intervenuta pronuncia di sentenza irrevocabile.

9.2 E' fuor di dubbio che tra le disposizioni più favorevoli rientrino, indipendentemente da quelle concernenti in senso stretto la misura della pena, anche quelle che, attenendo ad ulteriori e diversi profili (in ipotesi, la configurabilità di una causa di punibilità), afferiscono al trattamento del reo considerato nel suo complesso.

9.3 A tale principio si affianca quello della retroattività della legge più favorevole (in contrapposizione alla regola della irretroattività della norma peggiorativa) che trova importanti

antecedenti in numerose pronunce della Corte Costituzionale (vds. sentenze n. 393/2006 e 236/2011) e della Corte di Giustizia Europea (v. sent. 11.3.2008 C-420/06 Jagger e ancor più recentemente sent. 28.4.2011, C61-1 El Dridi).

9.4 Orbene, a giustificare l'applicabilità dell'istituto ai fatti pregressi tuttora *sub judice* sono oltre che esigenze di tipo deflattivo che informano l'istituto medesimo e correlate esigenze di non punibilità delle condotte epr reati cd. "bagatellari" anche ragioni più specifiche quali: a) la natura sostanziale della disposizione in esame sia per motivi legati alla sua particolare collocazione nell'impianto codicistico penale; b) il tipo di espressione adoperato dal legislatore (non a caso di parla di "non punibilità" dell'autore del reato, laddove, se si fosse trattato di istituto di stampo processual-penalistico, sarebbe stato più logico parlare di "non procedibilità" nei confronti dell'autore del fatto-reato); c) il testo dell'art. 609 comma 2 cod. proc. pen. che prevede un intervento decisorio della Corte Suprema su questioni (oltre che rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo) "che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello".

9.5. Quanto ai modi e tempi di applicazione del nuovo istituto ai processi in corso nel giudizio di legittimità, è indubbia la possibilità di investire la Corte Suprema della questione insorta per effetto di *jus superveniens* nelle more del giudizio di legittimità, mediante la proposizione di motivi aggiunti.

10. Non va poi dimenticato che l'applicabilità dell'istituto nei giudizi di legittimità implica comunque delle valutazioni di merito, non disgiunte dalla necessità che ai vari soggetti interessati sia offerta la possibilità di interloquire. Si tratta allora di vedere in che modo ed in che limiti sia possibile operare una verifica in ordine alla sussistenza, in astratto, delle condizioni di applicabilità del nuovo istituto.

10.1 L'unico precedente in termini si rinviene nella recentissima pronuncia di questa Sezione secondo la quale, in caso di valutazione positiva, la Suprema Corte può pronunciare l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice del merito affinchè valuti se dichiarare il fatto non punibile ovvero, in determinate condizioni, ad un annullamento senza rinvio (Sez. 3^ 8.4.2015 n. 15449, Mazzarotto, non massimata).

10.2 Nella recentissima relazione redatta dall'Ufficio del Massimario di questa Corte Suprema n. III/02/15 del 23 aprile 2015, costituente un utile punto di riferimento e di riflessione, si è, ad esempio, ritenuta possibile tale eventualità << *specie se si ritenga l'art. 129 cod. proc. pen. "regola di condotta" e non fonte di situazioni potestative* >> in forza dell'art. 620 comma 1 lett. l) cod. proc. pen. che prevede la possibilità di pronunciare una sentenza di annullamento senza rinvio "*in ogni altro caso in cui la Corte ritiene superfluo il rinvio*" (in tal senso v. S.U. 30.10.2003, n. 45276, Andreotti, Rv. 226100, in cui si sono positivamente valutate *esigenze di economia processuale*; v. anche S.U., 21.5.2003 n. 22327, Carnevale, Rv. 224181, con la quale è stato affermato il potere di annullare senza rinvio la

sentenza impugnata per insussistenza del fatto. per addivenire a pronuncia di annullamento senza rinvio perché il fatto non sussiste).

10.3 Così come è stato sottolineato in tale relazione che, indipendentemente dal richiamo all'art. 129 cod. proc. pen. si deve ritenere ammissibile un annullamento della sentenza impugnata per essere l'imputato "*non punibile*", come affermato da Sez. 6^ 26.4.2012 n. 17065, Cirillo Rv. 252506 in riferimento alla sopravvenuta causa di non punibilità del favoreggiamento personale ex art. 478 cod. pen. per effetto della ritrattazione di cui all'art. 376 cod. pen.: la Corte, infatti, dopo aver preso atto della sussistenza dei presupposti fattuali per la dichiarazione dell'esistenza della causa di non punibilità come desumibili dal testo della sentenza impugnata, ha osservato che: "*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.*".

10.4 Ma la novità e peculiarità dell'istituto in esame suggeriscono di analizzare più approfonditamente quali limiti possa incontrare il Giudice di legittimità laddove venga chiamato a pronunciarsi su questa (atipica) causa di non punibilità nei giudizi in corso in cui non sia stato possibile per le ragioni temporali dianzi indicate sollevare per tempo la questione con il ricorso.

10.5 Che si tratti causa di non punibilità "atipica" lo si evince dal fatto che nella bipartizione tra cause di non punibilità in senso lato ed in senso stretto la collocazione preferibile sembrerebbe all'interno del primo gruppo: non va dimenticato, infatti, che tale causa, per gli effetti negativi che produce per l'imputato (anzitutto la possibile rilevanza nei giudizi civili ed amministrativi ed, ancora, l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale), esige il contraddittorio anzitutto con l'imputato, ma anche con la persona offesa che, per effetto di quanto previsto nei casi di archiviazione e di proscioglimento predibattimentale conseguenti all'applicazione dell'istituto, ha diritto ad una interlocuzione, anche se di portata limitata non essendo previsto – per ragioni di politica giudiziaria – il diritto di veto della persona offesa.

10.6 Vero è che anche nel giudizio di cassazione trova adeguato ingresso il principio del contraddittorio, sia pure "virtuale" in quanto filtrato attraverso il difensore e che è sempre consentita, in tale fase processuale, la possibilità per le parti di presentare memorie, anche personalmente, ex art. 121 cod. proc. pen.; e tanto vale anche con riferimento alla posizione della persona offesa non costituita parte civile che a norma dell'art. 90 cod. proc. pen. ha facoltà di presentare memorie nel giudizio di cassazione, che abbiano per oggetto questioni (processuali o di merito) rilevanti ai fini della decisione, ferma restando il divieto di formulare richieste finalizzate a sollecitare acquisizioni istruttorie. Da quanto fin qui considerato parrebbe quindi praticabile la strada dell'intervento della Suprema Corte nei giudizi di legittimità, sia pure a determinate condizioni che si esamineranno di qui a breve.

10.7 Ma va anche doverosamente fatto cenno di soluzioni negative adottate dalla giurisprudenza di legittimità, ancorchè riferite al processo penale dinnanzi al giudice di pace

penale: e' stata così esclusa l'applicabilità della disposizione transitoria di cui all'art. 63 comma 1 D. Lgs. 274/2000 in riferimento allo "*jus superveniens*" relativo ai reati di competenza del giudice di pace laddove debba essere pronunciata la 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.), affermandosi che "*La norma transitoria di cui all'art. 63 comma primo del D.Lgs. 28/8/2000 n. 274 in materia di competenza penale del giudice di pace (che prevede l'applicabilità, anche nei giudizi davanti a un giudice diverso, delle disposizioni circa l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto, e della non punibilità in caso di risarcimento) non trova applicazione in Cassazione, atteso che il presupposto processuale della norma in argomento, l'intervento personale degli interessati, non è attuabile nel giudizio di legittimità*" (Sez. 5^ 23.5.2002 n. 25063, Rufolo ed altri, Rv. 222063).

10.8 Tale precedente però non si ritiene pregiudizialmente ostativo alla soluzione positiva di cui si è fatto cenno tenuto conto delle differenze non certo trascurabili intercorrenti tra la non punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis cod. pen. e la similare figura *della non punibilità per lieve tenuità del fatto e della non procedibilità per avvenuto risarcimento di cui agli artt. 34 e 35 del D. Lgs. 274/2000: mentre la prima è costruita quale norma di diritto sostanziale, le altre figure sono, per espressa volontà legislativa, disegnate come condizioni di improcedibilità ed esigono comunque, una volta che sia stata esercitata l'azione penale, la non opposizione di imputato e persona offesa così come previsto dall'art.* 34, comma 3, D.Lgs. n. 274/2000.

10.9 Del tutto diverse le condizioni previste per l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen., in quanto nell'ipotesi di pronuncia di sentenza pre-dibattimentale, per effetto dell'art. 469 comma 1 bis cod. proc. come innovato dal D. Lgs. 28/15, la persona offesa deve essere semplicemente sentita "*se compare*"; così come, in caso di sentenza emessa all'esito di dibattimento o di giudizio abbreviato, non solo non è prevista la non opposizione dell'indagato e della persona offesa, ma non è nemmeno previsto il compimento di specifici adempimenti procedimentali.

10.10 Se dovesse ritenersi percorribile la strada dell'annullamento con rinvio, intimamente connessi a tale tema sarebbero sia la verifica del tipo di strumenti processuali cui ricorrere per rilevare tale specifica ipotesi sia la verifica dei relativi poteri di accertamento attribuibili al giudice di legittimità.

11. Quanto ai limiti che la Corte di Cassazione può incontrare nell'operazione (che pare ineludibile) di verifica della sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle nuove disposizioni entrate in vigore nelle more del giudizio di legittimità è lecito domandarsi se la Corte debba limitarsi ad una verifica sulla base delle emergenze rilevabili dalla sentenza impugnata ovvero se possa – o debba – adottare una pronuncia di annullamento (con rinvio).

11.1 Trattasi di una questione nuova strettamente collegata alla particolare natura dell'istituto, ricordando che il richiamo alla decisione Giordano ed altri (S.U. 26.3.2003 n. 25887, Giordano ed altri, Rv. 224606) con la quale si è ammessa, nel caso di *jus superveniens* intervenuto nelle more del giudizio di cassazione, la necessità per il giudice di legittimità di fare riferimento alla decisione impugnata, provvedendo, in caso di esito positivo della verifica circa i presupposti applicativi, a definire il giudizio e, in caso di esito negativo, ad annullare senza rinvio la decisione medesima ex art. 129 cod. proc. pen, non sembra decisivo.

11.2 Infatti la peculiare natura della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto fa sì che debba essere la parte che vi abbia interesse a dovere dimostrare la sussistenza dei relativi presupposti mediante l'indicazione di elementi specifici (vds. Sez. VI, 25 novembre 2014, n. 1401, Vigneri, Rv. 262054).

11.3 Alla possibilità di un annullamento con rinvio nel caso di positiva verifica della sussistenza delle condizioni legittimanti l'applicabilità dell'istituto fa esplicito riferimento la più volte ricordata Sez. 3^ 15449/15 nella quale si è 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*".

11.4 In concreto la decisione in esame ha ritenuto inapplicabile l'istituto sulla base di una verifica con esiti negativi in ordine alla configurabilità dei presupposti per l'applicazione dell'istituto in questione.

11.5 Ma sul punto non possono che insorgere difficoltà interpretative in quanto la soluzione adottata con tale decisione implicherebbe non solo – come pare ovvio – una valutazione da parte della Corte di legittimità sulla concreta applicabilità dell'istituto ma soprattutto, aprirebbe la strada a decisioni *tranchant* di rigetto (ovvero di annullamento senza rinvio) da parte di un giudice di legittimità che non avrebbe il potere di assumere decisioni comportanti una pregiudiziale analisi di questioni di merito.

11.6 Sembrerebbe, allora. più corretto procedere attraverso un percorso che includa, anzitutto, una valutazione in termini meramente astratti e con indicazione di linee guida di tipo

interpretativo da valere per il giudice di merito, circa l'applicabilità dell'istituto e l'esame della meritevolezza della causa di non punibilità e, di seguito, una pronuncia di annullamento sempre e solo con rinvio, lasciando poi al giudice di merito il compito di valutare in concreto la praticabilità della soluzione invocata dalla parte che vi ha interesse.

11.7 In coerenza con tali postulati, laddove fosse possibile intravedere epiloghi favorevoli per il ricorrente sulla base delle prospettazioni contenute nel ricorso ovvero ancora quando da parte del ricorrente tali condizioni vengano prospettate con apposita memoria ex art. 121 cod. proc. pen. o persino in sede di discussione orale, attraverso l'indicazione o allegazione di circostanze che non potute provare prima per ragioni di ordine temporale legate ai tempi di entrata in vigore della nuova disposizione, ove accertate potrebbero risultare idonee a giustificare l'operatività del nuovo istituto, potrebbe essere possibile una restituzione in termini delle parti dinanzi ai giudici di merito per l'articolazione di attività istruttorie. (vds. su tale specifico punto la relazione III/02/15 del Massimario, cit.)

11.8 Così come ove il ricorrente invocasse la causa di non punibilità sulla base degli elementi già emergenti dalla decisione censurata, sarebbe percorribile la strada dell'annullamento con rinvio, ferma restando la necessità da parte del giudice di legittimità di indicare i criteri informatori per il giudice di rinvio utili per decidere l'applicabilità, o meno, dell'istituto.

11.9 E' solo attraverso tale strada che sarà poi possibile valutare la correttezza e completezza del ragionamento del giudice di rinvio e procedere secondo i consueti canoni previsti per il ricorso in sede di legittimità laddove tali criteri ermeneutici non venissero rispettati. Sembrerebbe così da escludere, in linea di principio, l'ipotesi di un annullamento senza rinvio.

12. Ma, quale che sia la soluzione adottabile, quel che appare certa è la necessità di un riferimento in concreto al contenuto della motivazione del provvedimento impugnato: allo stato degli atti dunque, le due soluzioni estreme tra loro contrapposte di verifica negativa circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'applicabilità dell'istituto (che dovrebbe preludere ad un rigetto della istanza e del ricorso ovvero alla inammissibilità) e, in alternativa, di verifica positiva (che dovrebbe preludere ad un annullamento senza rinvio) sembrerebbero non praticabili non solo per i ricordati limiti di valutazione che caratterizzano l'operato del giudice di legittimità, ma anche per quell'esigenza di rispetto del contraddittorio che esige una interlocuzione della persona offesa che non appare essere adeguatamente assicurata nel giudizio di legittimità, anche perché essa presupporrebbe comunque una valutazione di merito inibita nel giudizio di cassazione.

12.1 La strada dell'annullamento con rinvio sembrerebbe la più agevole e coerente con le regole fin qui enunciate, anche per quelle ipotesi in cui dall'esame della sentenza oggetto di ricorso, tutte le condizioni di applicabilità dell'istituto siano rilevabili in astratto, essendo

comunque opportuno quell'intervento del giudice di merito volto ad approfondire la verifica secondo una previsione in termini di ragionevolezza, eventualmente anche alla luce delle prospettazioni delle parti.

13. Questione strettamente connessa è quella relativa all'analisi dei parametri cui la Corte di Cassazione dovrebbe rifarsi, a fronte della ritenuta ammissibilità del ricorso, al fine di valutare la meritevolezza necessaria per l'applicabilità dell'istituto. Soccorre, in tal senso, il riferimento al testo, come sopra riportato, dell'art. 131 bis cod. pen.

13.1 Fermo restando che la preliminare operazione selettiva da compiere si connette alla tipologia del reato in relazione alla pena detentiva edittale massima prevista che non deve superare, sola o congiunta a quella pecuniaria, il limite dei cinque anni, il dato che entra in modo pressochè esclusivo nel processo di valutazione è quello legato: a) alle modalità della condotta; b) all'esiguità del danno o del pericolo. Si tratta di quelli che la relazione allegata allo schema di decreto attuativo indica come "indici-requisiti" da valutarsi alla stregua dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen., (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo ed ogni altra modalità dell'azione, gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato intensità del dolo o grado della colpa). A tali "indici-requisiti" si affiancano quelli che la stessa relazione definisce "indici-criteri" costituiti da: 1) la particolare tenuità dell'offesa; 2) la non abitualità del comportamento (per un riferimento agli indici v. oltre a Sez. 3^ 15449/15 cit., anche il testo della relazione al decreto delegato).

13.2 In estrema sintesi, il giudice è chiamato ad effettuare una specifica valutazione di meritevolezza verificando se sulla base dei due "indici-requisiti" (modalità della condotta ed esiguità del danno e del pericolo, valutati congiuntamente secondo i criteri direttivi di cui all'art. 133 comma 1° cod. pen.), sussistano i due indici-criteri (particolare tenuità dell'offesa e non abitualità del comportamento). L'esito positivo di tale operazione consentirà al giudice di considerare il fatto di particolare tenuità ed escluderne, conseguentemente, la punibilità.

13.3 L'apparente semplicità di tali operazioni si scontra, però, con un testo che, oltre a profilarsi non particolarmente specifico, può indurre qualche perplessità.

14. Anzitutto è da rilevare che si tratta, proprio perché entrano in gioco numerosi dati che debbono tra loro incrociarsi, di un giudizio complesso in cui muovendo dalla premessa che a dover essere analizzato è non tanto e non solo il reato, quanto il comportamento del reo (e dunque la condotta), deve anche tenersi presente la differenza che intercorre tra irrilevanza del fatto ed inoffensività del fatto: in quest'ultimo caso, in realtà ci si trova di fronte ad un non reato (art. 49 comma 2° cod. pen.), mentre l'aspetto della irrilevanza attiene più propriamente ad un giudizio di valore che presuppone l'esistenza di un fatto-reato ed il livello di offensività misurato in rapporto alla abitualità del comportamento ed alle modalità della condotta.

14.1 Sul versante dell'irrilevanza del fatto non vi sono preclusioni di principio posto che nessuna distinzione viene fatta tra reato di evento e di danno e reati di pericolo (nella duplice forma di pericolo astratto o pericolo concreto).

14.2 Quanto alla valutazione della esiguità del danno o del pericolo appare evidente la necessità di un giudizio esprimibile sulla base di dati oggettivi e non sulla base di elementi di tipo soggettivo, ferma restando l'esigenza che si tratti di un giudizio globale che porti alla conclusione di un fatto estremamente modesto sia in oggettivamente che soggettivamente (v. Sez. 5^ 2.12.2004 n. 7573, Subramanian, Rv. 230811; conformi Sez. 4^ 15.2.2005 n. 15374, Orengo, Rv. 231549; idem, 7.7.2004 n. 40203, P.G. in proc. Misantoni, Rv. 229574, tutte in tema di giudizi espressi su fatti-reato di competenza del giudice di pace).

14.3 Il legislatore ha rinunciato a scelte di tipo pregiudiziale – tranne le ipotesi espressamente disciplinate nel comma 2 – ostative alla ammissibilità dell'istituto, ponendo comunque l'accento su quello – tra i vari indici – dell'abitualità (o non abitualità secondo l'angolo visuale di osservazione) del comportamento.

14.4 Ma è proprio questo profilo a presentare alcuni problemi interpretativi in tema di valutazione della non abitualità del comportamento che, a differenza della "non occasionalità" utilizzata nel d. Lgs. 274/2000 (ma anche nel D.P.R. 448/1988), dovrebbe essere riguardata in stretta correlazione con il comma 3° dell'art. 131 bis che parrebbe riferirsi alla definizione del comportamento abituale. In altri termini, per potersi ragionevolmente parlare di comportamento non abituale come ipotesi positivamente apprezzabile al fine dell'applicazione dell'istituto, non si deve trattare di una delle condotte incluse nel menzionato comma 3°, anche se rimane da vedere se le classificazioni indicate nel testo siano da considerarsi tassative o soltanto enunciative.

14.5 A titolo meramente orientativo andranno valutati anche i precedenti "giudiziari" e non solo quelli sfociati in pronunce irrevocabili, mentre andrà valutata caso per caso l'incidenza di un precedente non della stessa indole (che in sé non dovrebbe assumere portata decisiva in termini negativi, così come i precedenti giudiziari per fatti non della stessa indole). Per converso, sembrerebbero costituire un serio ostacolo all'applicabilità dell'istituto i reati cd. "permanenti" (si pensi ai reati ambientali, paesaggistici o urbanistici) o "abituali" (si pensi al delitto di maltrattamenti in famiglia) e quelli unificati sotto il vincolo della continuazione in cui entrano in gioco condotte ripetute o plurime che, per esplicita *voluntas legis* impediscono di beneficiare dell'istituto (per tali rilievi vds. gli interessanti spunti orientativi contenuti nelle linee guida diramate dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano con propria circolare del 3 aprile 2015 e in quelli contenuti in altra similare circolare diramata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento).

14.6 Problemi specifici possono sorgere in merito a particolari reati quali quelli ambientali o edilizi, nonché a quei reati incidenti sulla tutela della salute dei consociati.

14.7 Quanto all'elemento della non abitualità della condotta, la preclusione indicata dal legislatore per i reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate induce anch'essa ad incertezze interpretative.

14.8 Il termine "plurime" parrebbe riferirsi a più condotte, mentre il termine "reiterate", sembrerebbe evocare l'istituto della continuazione: si tratta, per precisa scelta legislativa, di elementi ostativi all'applicabilità dell'istituto. Ma è lecito domandarsi se nell'ipotesi del cd. concorso formale di reati in cui con un'unica condotta si violano più disposizioni di legge anche diverse sia configurabile una reiterazione e pluralità di condotte.

14.9 Ed ancora l'uso del congiuntivo "e" interposto tra le parole "abituali" e "reiterate" potrebbe indurre a ritenere che la pluralità delle condotte, l'abitualità e la reiterazione debbano coesistere ed essere considerate tutte insieme ovvero se basti che sia presente uno solo di tali dati per giustificare il diniego della norma di favore.

15. Ferma restando allora la necessità di una valutazione astratta circa le condizioni legittimanti il ricorso all'istituto in esame, con stretto riferimento al profilo concernente la fase processuale del giudizio di legittimità, la complessità della valutazione (che esige un giudizio globale collegato anche al tipo di reati da prendere di volta in volta in considerazione nella loro struttura intrinseca) importerebbe sempre un giudizio di merito, impossibile da esprimere da parte della Corte di Cassazione che deve invece, quanto meno allo stato attuale, indicare criteri di massima al giudice di merito cui informare una futura decisione sulla meritevolezza ai fini dell'applicabilità della causa di non punibilità, sulla base delle allegazioni dell'imputato e nel rispetto del contraddittorio con gli altri protagonisti processuali.

16. Tutte le questioni dianzi enunciate, per l'importanza generale che assumono nell'economia generale del processo – in stretto riferimento alle questioni di diritto intertemporale – esigono un intervento risolutore della Suprema Corte nella sua espressione più autorevole al fine di chiarire – per quanto rileva in questa sede in relazione alla natura del reato residuo che forma oggetto del ricorso – anzitutto se la questione di applicazione del nuovo istituto possa porsi *ex novo* in sede di giudizio di legittimità; ancora, se il giudizio della Corte sull'applicabilità dell'istituto e sulla meritevolezza debba essere espresso solo su richiesta della parte che vi abbia interesse o anche di ufficio (posto che il ricorrente DELL'ACQUA non ha formulato alcuna richiesta in tal senso); inoltre, se rientri nei poteri della Corte di Cassazione la valutazione di meritevolezza ai fini dell'applicabilità dell'istituto e se tale giudizio debba in ogni caso essere espresso attraverso un annullamento con rinvio della sentenza impugnata ovvero possa farsi luogo ad un annullamento senza rinvio; infine, se il concorso formale di reati escluda di per sé l'applicabilità dell'istituto della non punibilità per la particolare tenuità del fatto e se tale applicabilità sia possibile quando in ipotesi siffatta ipotesi alcuni dei reati siano nel frattempo estinti per prescrizione ovvero per altre cause.

P.Q.M.

Dispone la rimessione del ricorso di cui in premessa alle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione.

Così deciso in Roma il 7 maggio 2015

Il Consigliere estensore
Renato Grillo

Il Presidente
Aldo Fiale

DEPOSITATA IN CANCELLERIA

IL 20 MAG 2015

IL CANCELLIERE
Luana Mariani