

Il Merito

Particolare tenuità del fatto

Le decisioni

Particolare tenuità del fatto - Revoca della sentenza per abolizione del reato - Ammissibilità - *Abolitio criminis* - Esclusione - *Lex mitior* - Sussistenza - Sentenza irrevocabile - Sussistenza - Retroattività (C.p., artt. 2, co. 2, 131-bis; C.p.p., 648, 673).

È ammissibile l'istanza di revoca della sentenza per abolizione del reato ex art. 673 c.p.p. presentata al giudice dell'esecuzione in ragione della sopraggiunta esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p., con l'implicazione di inevitabili effetti riguardo la disposizione di cui all'art. 2, co. 2, c.p. Non ricorre un'ipotesi tipica di abolitio criminis ma di una lex mitior che mitiga gli effetti della norma penale incriminatrice e consente al giudice dell'esecuzione di revocare una precedente sentenza di condanna, sempre che si tratti di reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni o pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, previa verifica, in ragione di quanto emerso nel giudizio di merito, della ricorrenza congiunta dei presupposti per la non punibilità: la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del reato.

TRIBUNALE DI PALMI, SEZIONE PRIMA, 19 ottobre 2015 - CAPONE, *Presidente, Estensore* - G.C., *ricorrente*.

Particolare tenuità del fatto - Revoca della sentenza per abolizione del reato - Inammissibilità - *Abolitio criminis* - Esclusione - Sentenza irrevocabile - Sussistenza - Irretroattività (C.p., artt. 2, co. 4, 131-bis; C.p.p., artt. 648, 673).

È inammissibile perché manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge l'istanza di revoca della sentenza per abolizione del reato ex art. 673 c.p.p. in applicazione del sopraggiunto art. 131-bis c.p. La nuova causa di esclusione della punibilità soggiace allo sbarramento dell'art. 2, co. 4, c.p. e non può trovare applicazione riguardo a fatti di particolare tenuità già giudicati con sentenza irrevocabile. Essa, lungi dal comportare una abolitio criminis deducibile in executivis ex art. 673 c.p.p., presuppone l'esistenza di un fatto di reato non inciso nel proprio disvalore astratto ma semplicemente nella propria punibilità in concreto.

TRIBUNALE DI MILANO, SEZIONE UNDICESIMA, 3 novembre 2015 - CORBETTA, *Giudice* - A.V., *ricorrente*.

È possibile che il giudice dell'esecuzione possa revocare la sentenza definitiva che abbia condannato un cittadino per delitti oggi ritenuti "tenui"?

Si delinea già un contrasto giurisprudenziale di merito con riferimento alla possibilità di chiedere al giudice dell'esecuzione, *ex art. 673 c.p.p.*, la revoca di una sentenza di condanna per delitti ricompresi nell'elencazione del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 pubblicato in Gazzetta Ufficiale lo scorso 18 marzo e che ha introdotto l'art. 131-*bis* c.p.

Orbene, come è noto, l'art. 673 c.p.p. prevede che il giudice dell'esecuzione, in caso di abrogazione della norma incriminatrice (o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della stessa) proceda alla revoca della sentenza di condanna dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Secondo la difesa, in un caso portato dinanzi la Corte di Assise di Palmi, quale giudice dell'esecuzione, si era di fronte ad una situazione di tal tipo, ossia ad una sostanziale *abolitio criminis*, che imponeva l'applicazione del predetto articolo e la revoca della sentenza definitiva.

Ed invero, la difesa del condannato per il delitto previsto e punito dall'art. 497-*bis*, co. 2, c.p. chiedeva la revoca della sentenza definitiva di condanna alla luce del fatto che il 2 aprile 2015 era ufficialmente entrato in vigore il cd. regime di tenuità del fatto.

Il provvedimento legislativo ha introdotto il nuovo art. 131-*bis* c.p. che prevede l'esclusione di punibilità per i reati con pene detentive fino a cinque anni quando la condotta dell'imputato viene valutata di limitata rilevanza.

Più nello specifico, il nuovo articolo, rubricato «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», prevede che «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».

Per la difesa pertanto non vi erano dubbi circa il fatto che la nuova disposizione, sebbene entrata in vigore successivamente rispetto alla commissione del presunto delitto, poteva trovare applicazione anche nel caso di condanna definitiva, trattandosi di una disciplina certamente più favorevole al *reo*.

Invero, come meglio si dirà in seguito, la novella normativa deve intendersi, senza dubbio, come una *abolitio criminis*.

Inoltre, non è discutibile, secondo il difensore del condannato, che tra le disposizioni più favorevoli al *reo* debbano rientrare, non solo quelle relative

alla misura della pena in senso stretto, ma anche quelle che, comunque, ineriscono al complessivo trattamento riservato al *reo*.

D'altronde, la pena non potrebbe svolgere la funzione rieducatrice che le è propria nel caso in cui il soggetto condannato si trovasse a scontare una pena, o a subire comunque gli effetti negativi di una sentenza di condanna, per un fatto che, se commesso dopo l'entrata in vigore della riforma normativa, non costituirebbe più reato, necessariamente punibile con la pena della reclusione e non comporterebbe una reazione dell'ordinamento.

La stessa Suprema Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità del nuovo art. 131-*bis* c.p. in un processo penale già in corso, ha colto l'occasione per affermare che, in assenza di una specifica disciplina transitoria, la non punibilità per particolare tenuità del fatto è retroattiva e va applicata anche ai procedimenti in corso.

Secondo i Giudici di legittimità, infatti, la norma in esame ha una natura sostanziale e, pertanto, ne è possibile l'applicabilità retroattiva trattandosi di una disposizione più favorevole che introduce una nuova causa di non punibilità nell'ordinamento penale (Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, nome ricorrente M.C.N., in *Leggi d'Italia*).

Ma, a ben vedere, a parere del difensore, la riforma legislativa in esame, più che introdurre una nuova causa di non punibilità nell'ordinamento, è andata oltre, ponendo in essere una vera e propria opera di depenalizzazione.

Da ciò deriva l'applicabilità della nuova disciplina anche ai procedimenti definiti con sentenza ormai irrevocabile, com'era il caso portato all'attenzione della Corte di Assise di Palmi.

Ed infatti, le cause di non punibilità sono situazioni antecedenti o concomitanti al fatto di reato dalle quali deriva la non applicazione della pena per ragioni politico - criminali, in virtù di un bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore. In pratica, il bene giuridico tutelato della norma incriminatrice che si pretende essere stata violata viene posto in bilanciamento con un diverso interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. In questo bilanciamento, la pretesa punitiva dello Stato cede il passo di fronte ad interessi più rilevanti evidenziati dalla norma contenente la clausola di non punibilità. Con la previsione di una causa di non punibilità, il legislatore compie una valutazione tra i diversi interessi in gioco preferendo non punire l'autore di un reato per salvaguardare un interesse ritenuto superiore. Tali circostanze escludono la punibilità ma non incidono sul fatto che rimane reato in quanto il loro stesso operare presuppone la presenza di un fatto che sia comunque antiggiuridico e colpevole, ossia tale da offendere un bene giuridico penalmente rilevante. Basti pensare che le cause di non punibilità non si estendono ad eventuali concorrenti nel reato che, pertanto, restano responsabili penalmen-

te.

Le cause di non punibilità, pertanto, senza impedire l'esistenza stessa del reato, che rimane come fatto tipico, antigiuridico e colpevole, fanno sì che dal reato non sorga l'effetto che dallo stesso dovrebbe derivare, ossia, l'applicabilità della pena. Emblematico è il caso dell'art. 649, co. 1, c.p. che esclude la punibilità, nel caso di delitti contro il patrimonio, se questi vengono commessi ai danni di stretti familiari quali il coniuge non legalmente separato, ascendenti o discendenti, affini in linea retta, fratelli o sorelle conviventi. In buona sostanza, il legislatore ha ritenuto che, in questi casi, la necessità di tutelare e salvaguardare l'unità familiare renda inopportuna la pena nonostante la sussistenza degli altri requisiti della tipicità, della antigiuridicità e della colpevolezza.

Ma non possono esserci dubbi sul fatto che la stessa operatività delle cause di non punibilità presupponga l'avvenuta offesa di un bene giuridico penalmente rilevante.

Ciò premesso, a parere del difensore che ha portato avanti la questione alla Corte palnese, è evidente che dal d.lgs. n. 28 del 2015 non sia ricavabile alcun interesse superiore rispetto al quale dovrebbe cedere la pretesa punitiva dello Stato. Con la modifica legislativa in esame, il legislatore non ha inteso individuare degli interessi rilevanti tali da rendere inopportuna l'applicazione della pena. Certamente questi non possono essere la necessità di "svuotare" le carceri o alleggerire il carico di lavoro dei giudici. Al contrario, il legislatore, ponendo la sua attenzione sulla tenuità del fatto, sta affermando una cosa ben diversa, sta manifestando che non vi è stata alcuna offesa o messa in pericolo dei beni giuridici.

In pratica, le condotte riconducibili alle norme incriminatrici che stabiliscono una pena non superiore nel massimo a cinque anni devono intendersi come non costituenti più reato (a determinate condizioni) in quanto non ritenute più offensive, non ritenute più idonee a offendere o mettere in pericolo beni giuridici.

Non si tratta, quindi, di escludere la punibilità per dei fatti comunque tipici, antigiuridici e colpevoli ma, semplicemente, di rilevare la presenza di fatti inoffensivi e, di conseguenza, penalmente irrilevanti.

È evidente, pertanto, che siamo di fronte ad una vera e propria depenalizzazione.

Allo stesso tempo, un comportamento abituale e delle caratteristiche tali da rendere una condotta altrimenti irrilevante come offensiva, quali l'aver agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, ecc., devono essere considerate condizioni in presenza delle quali una condotta penalmente irrilevante, che non costituisce reato, diventa idonea ad offendere un bene giuridico e, quin-

di, a costituire un reato con applicazione della pena.

In buona sostanza, è come se vi fosse stata, da una parte, l'abrogazione di tutte le norme di diritto penale sostanziale che incriminavano varie condotte con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni e, dall'altra, allo stesso tempo, la previsione di nuove figure di reato, identiche alle precedenti, ma richiedenti come elementi costitutivi una offesa rilevante, non tenue, e l'abitualità del comportamento.

Alla luce di quanto sopra, è da ritenersi ragionevole che l'applicazione della nuova disciplina, di fatto, comporti una *abolitio criminis*.

Pertanto, deve trovare applicazione l'art. 2, co. 2, c.p., che impone, in caso di sentenza di condanna, la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della stessa e, dunque, la sua revoca, se pronunciata per fatti in relazione ai quali, se commessi o giudicati oggi, sarebbe applicabile la disciplina sopravvenuta.

Vi è da aggiungere che non vi è dubbio che i condannati abbiano ancora un forte ed attuale interesse alla revoca della sentenza oggi aversata e, conseguentemente, alla cessazione di tutte le conseguenze negative da questa derivanti.

Ebbene, non vi è chi non veda come la revoca della sentenza in esame, essendosi verificata una sostanziale depenalizzazione in concreto del delitto *ex art. 497-bis c.p.*, escluderebbe la pena da espriare.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Assise di Palmi, investita appunto dell'istanza in sede esecutiva, pur rigettando nel merito, ovvero attestando che la condotta non era tenue dalla lettura della sentenza definitiva, rilevava l'ammissibilità della domanda nei seguenti termini:

«letta l'istanza [...] di revoca, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., della sentenza di condanna pronunciata in data 30-04-2012 dal Giudice Monocratico del Tribunale di Monza, divenuta irrevocabile il 24-09-2013, per il seguente reato:

“reato p. e p. dall'art. 497-bis, co. 2, c.p. poiché sottoposto a controllo presso il parcheggio del centro commerciale “Brianza”, veniva trovato in possesso della carta di identità, valida per l'espatrio, nr. [...] risultata contraffatta poiché recante la foto dell'imputato [...]. Fatto aggravato *ex art. 61 n. 6 c.p.* per essere stato commesso durante il tempo in cui si sottraeva volontariamente all'esecuzione di un ordine di carcerazione.

In [...] il 24 aprile 2012”.

in quanto fatto di particolare tenuità ai sensi dell'art. 131-bis c.p., introdotto dall'art. 1 co. 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, nonché la conseguente declaratoria di non eseguibilità della irrogata pena di anni 1 e mesi 4 di reclusione;

osserva

La disposizione di cui si invoca l'applicazione, l'art. 131-bis c.p., introdotta dall'art. 1, co. 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, prevede una nuova causa di non

punibilità, consistente nella non procedibilità dell'azione penale in caso di particolare tenuità del fatto, nell'ipotesi in cui, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, co. 1, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale, e sempre che si tratti di reati puniti con pena detentiva non superiore a cinque anni o pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena.

In realtà osserva il giudicante che non ricorre una ipotesi tipica di *abolitio criminis* ma di una *lex mitior*, che mitiga gli effetti della norma incriminatrice, limitandone l'ambito di procedibilità alle ipotesi di gravità della condotta, accertata secondo i parametri cui all'art. 133 c.p. e nei limiti tracciati dall'art. 131-*bis* c.p.

Pur persistendo la qualificazione giuridica del fatto come reato non può ignorarsi, per l'effetto della entrata in vigore della nuova disposizione normativa, la ricorrenza di una delimitazione dell'ambito di procedibilità dei reati, per un'area di fatti in precedenza invece sanzionati con la pena. Per effetto della nuova disposizione può escludersi pertanto - la punibilità, e quindi la concreta possibilità di irrogare la sanzione penale, per fatti per cui prima si è pronunciata sentenza di condanna, con l'implicazione di inevitabili effetti sia con riguardo alla disposizione di cui all'art. 2, co. 2, c.p., sia con riguardo all'istituto di cui all'art. 673 c.p.p. La fattispecie della revoca della sentenza di condanna da parte del giudice dell'esecuzione, come affermato dal giudice di legittimità, opera non soltanto quando una fattispecie legale criminosa nel suo complesso sia eliminata dal sistema penale, ma anche quando venga resa inapplicabile la norma incriminatrice in uno dei casi che, in precedenza, rientrano nell'area dei fatti penalmente sanzionati come reati (cfr. Cass., Sez.VI, 13 aprile 1994, n. 1542, Rosati, in materia di effetto abrogativo del D.P.R. 5 giugno 1993 n. 171, che ha concluso la procedura referendaria diretta all'abrogazione di talune norme del testo unico in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope approvato con il D.P.R. n. 309 del 1990).

Quanto al *modus procedendi* il giudice dell'esecuzione deve verificare la ricorrenza congiunta della particolare tenuità dell'offesa e della non abitualità del reato. Nell'effettuare questo apprezzamento, il giudice dell'esecuzione non potrà che basarsi su quanto emerso nel corso del giudizio di merito, tenendo conto, in modo particolare, dell'eventuale presenza, nella motivazione del provvedimento impugnato, di giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto (Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, in punto di applicazione dell'istituto in sede di legittimità ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p.)».

Sicché la Corte di Assise di Palmi rilevava l'ammissibilità della domanda, convalidando la possibilità che in sede esecutiva possa chiedersi la revoca del-

la sentenza definitiva per delitto rientrante nel recente decreto legislativo in commento, ma rigettava nel merito atteso che dalla sentenza definitiva rilevava la non tenuità del fatto.

Infatti, l'ordinanza in commento proseguiva così:

«Orbene il reato per cui il [...] è stato giudicato dal Tribunale di Monza in astratto rientra nell'ambito di operatività dell'istituto di cui all'art.131 bis c.p. avuto riguardo alla pena edittale. Tuttavia, all'accoglimento della richiesta ostano alcuni dati emergenti dalla decisione, indicativi di un apprezzamento sulla "gravità del fatto" che non consentono di ritenere concretamente configurabili i presupposti per la non punibilità».

A questo interessante contributo giurisprudenziale di merito, attentamente elaborato dal Presidente della Corte di Assise di Palmi, si registra oggi un netto contrasto da parte del giudice di Milano (XI Sez.) che con ordinanza del 3 novembre 2015 ha rilevato in un caso del tutto simile a quello trattato da Palmi che: «Il difensore deduce la revoca ex art. 673 c.p.p. della sentenza sopra indicata, in applicazione dell'art. 131-bis c.p., introdotto dal d.lgs. n. 28 del 2015, che prevede una causa di punibilità per particolare tenuità del fatto, situazione che sarebbe ravvisabile nel fatto giudicato con l'indicata sentenza.

Si tratta di un'argomentazione che non ha pregio, non potendo trovare applicazione l'istituto ex art. 131-bis c.p. con riguardo ai fatti già giudicati con sentenza irrevocabile, stante lo sbarramento posto dall'art. 2, co. 4, c.p.

Invero, affinché vi sia *abolitio criminis*, che può essere dedotta anche *in executivis* ai sensi dell'art. 673 c.p.p., è necessario che il fatto, già previsto dalla legge come reato, non rivesta più, per effetto di una nuova legge, alcun carattere di illiceità penale, non essendo più astrattamente sussumibile né in nuove fattispecie incriminatrici, né in altre preesistenti.

Si tratta di una situazione affatto diversa da quella in esame, per l'assorbente ragione che l'istituto previsto dall'art. 131-bis c.p. non solo non ha inciso sul carattere di illiceità di qualsivoglia reato, ma, per la sua applicazione, presuppone l'esistenza di un fatto di reato, che, per ragioni di opportunità, il Legislatore, attese le peculiari connotazioni del fatto concreto come di particolare tenuità, ritiene di non doverlo perseguire.

In altri termini: per l'operatività dell'art. 131-bis c.p. il fatto concreto deve rivestire rilevanza penale: deve cioè - sia pure marginalmente - ledere o porre in pericolo il bene protetto dalla singola norma incriminatrice; nel caso di *abolitio criminis*, invece, per effetto di una diversa opzione del Legislatore, il fatto (astratto) non riveste più carattere di illecito penale.

Pertanto, la più favorevole disciplina introdotta dall'art. 131-bis c.p. - che, si ripete, incide non sul disvalore astratto del fatto, ma semplicemente sulla punibilità in concreto di un fatto che mantiene carattere di illiceità penale - sog-

giace al disposto del co. 4 dell'art. 2 c.p., e, quindi, non trova applicazione per i fatti giudicati con sentenza irrevocabile.

Poiché, dunque, l'istanza non è riconducibile nella previsione dell'art. 673 c.p.p., l'istanza deve essere dichiarata inammissibile per difetto delle condizioni di legge».

Or dunque è evidente il contrasto di merito che si sta via via dipanando su una materia già caratterizzata da evidenti vuoti lasciati dal nostro legislatore.

Non mancherà di risolvere il caso il Giudice di legittimità o ancor meglio sotto il profilo dell'interpretazione della legge il Giudice costituzionale.

GIANFRANCO GIUNTA