

QUESITI

IVAN RUSSO

Ancora sulla tenuità del fatto: novella sfinge

Alcune settimane or sono, avevamo espresso un giudizio non lusinghiero circa la comprensibilità delle nuove disposizioni sulla tenuità del fatto; peraltro, ci eravamo limitati a talune proposizioni del solo comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p. Ci era stato obiettato, da una nota Dottrina (in modo elegante e fine), che le nostre osservazioni erano un po' "allarmistiche" (naturalmente, circa le difficoltà nell'esegesi), e non molto generose, atteso che le norme di cui si discutevano erano state sostanzialmente condivise da gran parte dei giuristi e dal CSM, nonché dall'Anm (e buon per noi!).

Beh, se così fosse (ma così non è), ci potremmo fregiare d'esser stati profeti "non facili e scontati", poiché, da parte tutte le difficoltà applicative che quotidianamente si registrano nelle aule di giustizia, e di là dai tanti e legittimi dubbi espressi da vari Autori (per es., Piccioni, *Tenuità del fatto e non punibilità*, Maggioli, 2015; D'Elisiis, *Non punibilità per tenuità del fatto e strategie processuali*, Maggioli, 2015), due sezioni della S.C. hanno rivolto alle S.U. numerosi quesiti: li indichiamo in modo conciso (ricordando a noi stessi, tuttavia, che Santacroce ha restituito gli atti ai rispettivi rimettenti).

Per quanto inerisce al diritto sostanziale, la Corte (ordinanze nn. 21014/15 e 21016/15) si chiede se l'art. 131-*bis* sia applicabile pure a quei reati, come i tributari, per i quali è prevista una soglia di punibilità; inoltre, s'interroga se il concorso formale escluda o no, di per sé, l'incidenza dell'istituto: il quesito dovrebbe anche coinvolgere (almeno ci pare) l'ipotesi che vede l'agente violare il co. 2 dell'art. 81 c.p., e tuttavia operare (per dirla con Sofocle) in una sostanziale unità di tempo, luogo e azione.

Venendo ai temi procedurali (ord. 21014/15), la Corte si domanda anzitutto, attesa la natura sostanziale dell'istituto (affermata pure da Cass., Sez. III, n. 15449/2015, in *Diritto pen. cont.*, con nota di Gatta), quale sia la forma corretta per invocare la valenza dell'art. 2, co. 4, c.p.; sicché, ferma (in modo indubbio) la possibilità di sollevare la questione mercé motivi aggiunti, si chiede alle S.U. se idonea alla bisogna sia anche una memoria difensiva (art. 121 c.p.p.), o persino la semplice discussione (subito dopo le formalità di apertura del dibattimento).

In secondo luogo, si pone il seguente quesito: «Se risulti possibile, in relazione a ricorso che appaia non manifestamente infondato, che possa essere la stessa Corte di cassazione ad intervenire *ex officio* per valutare l'ammissibilità del nuovo istituto».

Il terzo profilo vede affrontata una questione inerente ai limiti che la S.C. può incontrare nella verifica dei presupposti per “l’azione” dell’art. 13-*bis*: in particolare, se, al cospetto dell’ammissibilità della nuova prospettazione in sede di legittimità, «(...) 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».

L’ultima questione, sempre di carattere processuale, incardina il dubbio circa la possibilità, di fronte a un ricorso inammissibile, di procedere a eventuale annullamento (in costanza dei presupposti richiesti); la Corte, tuttavia, pare preferire la risposta negativa, poiché muove dal presupposto che solo al cospetto di un’*abolitio criminis* sarebbe possibile applicare l’art. 129 c.p.p.; nell’ordinanza si rileva, altresì, come risulti difficile sancire che l’art. 131-*bis* non presupponga la sussistenza di un reato.

Per contro, non esatte sono talune indicazioni di alcuni esimi Autori, le quali, benché motivate dal lodevole intento di offrire un contributo nell’interpretazione della difficile materia, finiscono con il creare confusioni aggiuntive: per es., nel pur pregevole lavoro riportato in *Questione Giustizia*, 10 luglio 2015, si assume che la III Sez. aveva, in una recentissima sentenza, rilevato la plausibile esistenza della tenuità del fatto, e così annullato (con rinvio) una condanna per peculato tentato (ovviamente, ipotesi di cui al co. 1 dell’art. 314); ora, da parte la verità che, art. 323-*bis* o non art. 323-*bis* c.p. (limitatamente ai fini di cui si discute), la pena massima per il peculato tentato supera i 5 anni di reclusione, sta di fatto che la Corte non ha per niente affrontato l’argomento (facendo solo riferimento a un richiesta in tal senso del difensore), bensì ha semplicemente accolto il ricorso della procura generale, annullando la pronuncia d’appello che aveva, erroneamente, giudicato prescritto il reato (Si veda Cass., sez. 6, 26-5-2015, dep. 11-6-2015, n. 24750/15).

2. Nostra concezione

Orbene, pur giovandoci di tante dotte opinioni, a noi pare che non sia stato ancora colto il nodo centrale della questione: nodo che, se sciolto in determinato modo, potrebbe rendere superflue tante dissertazioni, pur se ne generebbe qualche altra. Riassumiamo la *querelle* in un quesito: siamo davvero certi della validità dell’opinione (pressoché unanime) secondo cui la tenuità del fatto andrebbe assunta al comma 4 dell’art. 2 c.p., anziché al comma 2 della medesima disposizione? Cioè a dire: si tratta veramente di semplice norma più favore al reo, anziché (e più plausibilmente) di *abolitio criminis* (pur se atipica quanto si vuole)?

Come è ovvio, non è questa la sede in cui trattare delle soluzioni correlate a fattispecie simili (se non quasi identiche); nondimeno, già il semplice richiamarle evidenzia che, quasi sempre, si è propeso per un'avvenuta depenalizzazione: ci riferiamo specialmente alla non punibilità in materia di stupefacenti, nonché, e soprattutto, alla c.d. "depenalizzazione della colpa lieve medica".

A proposito della prima questione, ci basta evocare la ritenuta applicabilità dell'art. 673 c.p.p., benché il procedimento non sia assimilabile a un'impugnazione: ne consegue che il giudice dell'esecuzione, quantunque non possa reinterpretare il giudicato, ben può disporre la revoca della condanna se dalla sentenza risulta, *per tabulas*, che il reato per cui è intervenuta condanna rientra tra quelli che la legge posteriore giudica penalmente irrilevanti (essendo la giurisprudenza pacifica sul punto, sarebbe prolisso ogni richiamo).

Quanto ai casi di cui alla legge "Balduzzi", si è affermato (Cass., n. 16237/2013) che, a séguito dell'entrata in vigore dell'articolo 3 L. n. 189/12, si è attuata una depenalizzazione vera e propria, poiché si è esclusa la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve che si collochino all'interno delle linee guida. Si è aggiunto (Cass., n. 15495/14) che, in tali casi, si tratta di vera e propria abolizione di reato (pur se, nel caso concreto, si è escluso che ricorresse un'ipotesi di colpa lieve). Dirimente ed essenziale è, poi, il *dictum* di Cass., sez. IV, 19/1/2015 (dep. 06/03/2015), che così si esprime: «(...) va rilevato che la giurisprudenza consolidata di questa Corte (v. Sezione 4[^], 29 gennaio 2013, n. 16327, Cantore) ha affermato che la nuova normativa ha dato luogo ad una "*abolitio criminis*" parziale degli artt. 589 e 590 c.p., nei confronti dei medici, avendo ristretto l'area del penalmente rilevante individuata da questi ultimi ed avendo ritagliato implicitamente due sottofattispecie, una che conserva natura penale, caratterizzata dalla colpa grave, e l'altra divenuta penalmente irrilevante, caratterizzata dalla colpa lieve. Il parziale effetto abrogativo chiama in causa la disciplina dell'art. 2 c.p., comma 2, e quindi ha efficacia retroattiva (Sezioni unite 27 settembre, Magera, rv. 238197; 26 marzo 2003, Giordano, rv. 224607)». Aggiungiamo che il Tribunale di Trento (7.6.2013), in funzione di giud. dell'esec., ha proceduto a revoca di una condanna, affermando che si era al cospetto di un caso di colpa lieve. La pronuncia risulta impugnata dalla procura generale, ma soltanto perché si assume che non si verterebbe in ipotesi di colpa lieve; parimenti, le riserve espresse in merito da una parte della dottrina (Piras, *Dir. pen. cont.*, 19.9.2013) attengono non all'aspetto *de quo*, sì bene ad altri profili.

In definitiva, si può ormai dare per acquisito che, quanto alle fattispecie di cui si discute, si è al cospetto di vera e propria *abolitio*, ben che parziale.

Orbene, e con riguardo ai profili sistematici, e con riferimento alla *ratio legis*, a noi pare che l'istituto della tenuità del fatto in nulla si distingua dagli altri due or ora analizzati (massime se la comparazione avviene con la colpa lieve). Qui, come lì, si tratta di esclusione della rilevanza penale, la quale, tuttavia, non solo non esclude la responsabilità di natura civilistica, bensì la radica: l'art. 3 della legge "Balduzzi", lo fa con l'evocare l'art. 2043 c.c. (dunque, implicitamente pure l'art. 652 c.p.p.); l'art. 651-*bis* c.p.p., con il sancire, in modo più pregnante, che la declaratoria di non punibilità incardina la "colpevolezza civilistica" del prosciolto. Né deve trarci in errore la locuzione adoperata dall'art. 651-*bis* («illiceità penale»); di vero, la norma semplicemente ribadisce, al fine di evitare quella "grossolana interpretazione" (è espressione del genio di Manzini: *Tratt.*, I, 662) secondo cui se non v'è pena non v'è reato, che le cause di non punibilità (per es., proprio in materia di stupefacenti) non scardinano *ab imis* l'illiceità penale del fatto-reato; ma ciò non significa, e lo si è già visto innanzi, che la declaratoria sia assumibile a un *genus* e a una logica differenti da quelli che governano l'*abrogatio criminis* latamente intesa.

Terminando sul punto, anche con riferimento alla tenuità del fatto, ci troviamo al cospetto di un'abrogazione parziale; infatti, l'insieme della delibazione di merito della vicenda genera due sottoinsiemi: quello che corrisponde esattamente alla descrizione offerta dall'art. 131-*bis* c.p. (con la conseguenza che il fatto è non punibile penalmente), e quello che sfugge a tale descrizione (con l'effetto che l'agente merita l'infrazione della pena) .

Questa proposta, già di per sé plausibile, pare trovare conferma decisiva e definitiva in un'altra verità, che stavolta fa perno su alcune considerazioni correlative al diritto processuale penale. Ci riferiamo alla possibilità, da parte del giudice dell'impugnazione, di applicare le sopravvenute disposizioni più favorevoli al reo. In merito, vi sarebbe tanto da scrivere e da dire; tuttavia, riteniamo che siano del tutto esaurienti talune righe delle S.U. (sentenza n. 16208/14), dirette a stabilire quando (e solo quando) il giudice del gravame possa applicare il comma 4 dell'art. 2 c.p.; sancendo che il principio regolante la formazione progressiva del giudicato è di ostacolo all'applicazione del comma 4, allorché il punto non rientri nel *devolutum*, il Consesso giudica ragionevole «(...) la conseguenza di rendere il reato stesso ormai processualmente insensibile rispetto al sopravvenire di ipotesi estintive, come la prescrizione, o modificative, agli effetti di quanto previsto dall'art. 2, comma quarto, c.p. In altri termini, accertata la responsabilità, con sentenza ormai irrevocabile sul punto, quest'ultimo cessa di essere semplicemente un aspetto intangibile della futura condanna in sede di rinvio (come tale rimuovibile per l'intervento di cause estintive), per divenire, invece, una porzione qualificante della sen-

tenza non annullata, che assume, essa stessa, i connotati di un giudicato, appunto, di responsabilità».

Come è dato constatare, dunque, le S.U. ribadiscono (e non ve n'era bisogno) che, formatosi il giudicato su un punto (*rectius*: immodificabilità per preclusione), sia o no il rispettivo capo già esecutivo (una cosa è il giudicato, altra è l'esecutività), l'imputato non può più beneficiare del disposto di cui al comma 4 di cui discutiamo.

E però, se così è, ne consegue che appaiono, *ictu oculi*, frustranee e fuori luogo tutte quelle ambascie da cui l'opinione dominante pare afflitta: ci riferiamo agli amletici dubbi circa l'applicabilità dell'istituto in caso di ricorso inammissibile, oppure se sia o no sufficiente la semplice richiesta all'udienza (o una memoria ex art. 121 c.p.p.: peraltro, ai fini de *quibus*, non rileviamo differenze tra memoria e domanda orale). In altre parole, l'alternativa tra inammissibilità e non ammissibilità dell'impugnazione, ovvero tra motivi aggiunti e memoria difensiva (come pure tra necessità di annullamento con rinvio e diretta applicazione dell'art. 620 c.p.p.), appare artificiosa e giuridicamente deviante, atteso che, se si trattasse della supposta valenza del (semplice) comma 4, alla declaratoria di non punibilità osterebbe, comunque e in ogni caso, il principio della preclusione processuale del quale si discute: principio ribadito anche con riguardo alla fase dell'appello (Cass., 10.1.2012, Lleshi), con la conclusione (peraltro, opinabile: strettamente sul punto) che l'impugnazione limitata al *quantum* della pena e alle circostanze non impedisce il passaggio in giudicato del punto che incardina la responsabilità dell'imputato.

In definitiva, si può ragionevolmente affermare che, soltanto se la materia è governata dal comma 2, l'annullamento della condanna può (e deve) essere disposto a prescindere dai punti devoluti al giudice dell'impugnazione (giudicato progressivo o no), e senza dipendenza dall'ammissibilità dell'impugnazione (ben vi possono essere punti, o addirittura capi, passati in giudicato, pur in costanza di un'impugnazione ammissibile). Del resto, ci pare di essere in buona compagnia, atteso che alle medesime conclusioni sono pervenuti (nella sostanza) taluni convegni in materia, e tale è pure l'approdo cui giunse la Procura di Lanciano, con la propria interpretazione (*Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015: dunque, con lettura "a prima vista", non ancora condizionata dalle tante righe poi profuse da più parti).

Concludendo, desideriamo formulare un esempio che, ci pare, suffraga quanto proposto. Immaginiamo che la Corte d'appello (nell'anno 2014) abbia condannato (riformando o parzialmente confermando: non ha importanza) Flavia per un'appropriazione indebita; nella motivazione si trovano trasfuse

tutte le “linee-guida” (passi tal composto) disegnate dall’art. 131-*bis*, che, come è noto, si rivolge pure all’art. 133 stesso Codice (occasionalità, danno minimo, dolo per niente intenso, ecc.), tanto che sono state concesse tutte le attenuanti concedibili (mettiamo: generiche e speciale tenuità del danno), e che la pena inflitta è stata di 15 giorni di reclusione (sol perché non è ulteriormente riducibile la pena base: già fissata in 15 giorni, appunto): con conversione in 3.750,00 euro di multa (stante la meritevolezza della nostra protagonista). Per rendere ancor più espressivo l’esempio, poniamo che il giudice abbia addirittura scritto che, se fosse stata già approvata la novella riguardante la tenuità del fatto, la ragazza ne avrebbe certamente beneficiato.

La Corte d’appello, però, dimentica di concedere la sospensione della pena e la non menzione (ovvero tace completamente in ordine a questo motivo di appello). Flavia ha proposto ricorso per cassazione (ammissibile e accoglibile), eccependo la nullità della sentenza soltanto *in parte qua*: è pacifico, perciò, che il punto correlativo alla responsabilità penale della ricorrente si è ormai cristallizzato. *Ad abundantiam*, aggiungiamo che la ricorrente ha domandato alla S.C., mercé motivi aggiunti, la declaratoria di non punibilità di cui stiamo discutendo. A questo punto, ci domandiamo: come opererà la S.C.?

Orbene, innanzi tutto, sembra pacifico che il giudice di legittimità sia tenuto a confrontarsi con il recente istituto, persino senza dipendenza dalla formulazione del motivo aggiunto: stando alla pura ortodossia, invero, questo sarebbe inammissibile, non potendo essere collocato entro l’ambito di valenza del motivo principale (che mira solo all’ottenimento dei benefici di legge). Parimenti pacifico è che almeno il giudice del rinvio dovrebbe procedere alla declaratoria di non punibilità.

E però, a questo punto, ci chiediamo: quale senso avrebbe un annullamento con rinvio, dal momento che il giudice di merito altro non potrebbe fare che prendere atto della motivazione della S.C., la quale, a sua volta, altro non ha fatto che prendere atto della pregressa valutazione del giudice dell’appello? Insomma, il giudice del rinvio dovrebbe limitarsi a ossequiare quanto dettato dai commi 2 e 3 dell’art. 627 c.p.p., salva la verifica che, nelle more, non siano emerse recidive ostative alla declaratoria (esame che compete pure alla S.C.), né sopravvenuti elementi comprovanti che il soggetto è un habitué di quel reato; cosicché il rinvio appare incompatibile con la *ratio* sottesa, «per la contraddizione che nol consente».

3. Epilogo

Stando così i termini della questione, quindi, la prima conseguenza logico-giuridica è che l’annullamento con rinvio è, nel nostro caso (e in quelli identi-

ci o simili), del tutto inutile, e addirittura foriero di *vulnus* nei confronti del principio ispiratore della novella (sia o no condivisibile: noi non lo condividiamo): deflazione dei procedimenti penali.

La seconda conseguenza, specie se (ma non necessariamente) correlata e connessa alla prima, è che, nei casi *de quibus*, si è al cospetto di *abolitio criminis* vera e propria, quantunque parziale. Confortato da questo prodromo, allora, appare meno ardito l'epilogo che vede possibile il giovare dell'art. 673 c.p.p., quando (ma solo quando) la sentenza passata in giudicato abbia, in modo paradigmatico, disegnato le condizioni di cui all'art. 131-*bis*. E, così, proseguendo con l'esempio, ipotizziamo che la Corte d'appello abbia scritto le medesime righe a proposito della coimputata Cornelia (condannata, anch'ella, a 15 giorni di reclusione), la quale, però, non ha impugnato la sentenza (per es., perché ha ottenuto i doppi benefici); orbene, a noi pare che il negare a Cornelia la possibilità, almeno astratta, di domandare la revoca della condanna (ferma la sua responsabilità civilistica) violi noti principi costituzionali: di ragionevolezza, parità, ecc. (non è d'uopo qui dilungarci).

In definitiva, la difficoltà nell'accettare tal conclusione pare dovuta, più che ad altro, allo straripamento, nella delibazione dell'istituto in esame, di numerosi spunti di merito e "fattuali" (a discapito di quella "geometria astratta e lineare" che intride i temi di legittimità: vestigio tipico della depenalizzazione "ortodossa"). Ciò rende ostico il digerire l'evenienza che l'art. 131-*bis* abbia introdotto, in forza della prima parte (se non pure della seconda) dell'art. 12 Preleggi, una sorta di "depenalizzazione di merito" (quasi un ossimoro).

E invece, la conclusione corretta sembra quella opposta: ogni qualvolta dalla motivazione della sentenza sarà risultato, in modo incontrovertibile, che il giudice si è rivolto al condannato negli stessi termini che la legge ha adoperato per modellare la tenuità del fatto, alla S.C. non rimarrà che uniformarsi all'art. 620 c.p.p.; nelle ipotesi *de quibus*, ci pare ammissibile anche adire, mercé l'art. 673 c.p.p., il giudice dell'esecuzione, non ostandovi il passaggio in giudicato della sentenza.

Qualora, invece, la motivazione, ben che indiziante per l'esistenza della causa di non punibilità, non sia sufficiente al riguardo (di guisa che occorra di necessità una valutazione di merito), il giudice di legittimità curerà di operare ai sensi dell'art. 623 c.p.p.; in tali evenienze (ossia se *non liquet*), la sentenza passata in giudicato non ci pare suscettiva di revoca, atteso che, quando la sentenza di cognizione non offre elementi certi e univoci per la caducazione del giudicato, il giudice dell'esecuzione deve rigettare l'istanza di revoca (Cass., 13.4.94, *Cass. pen.*, 1995, 1656), non essendo concesso al condannato di giovare, nel caso *de quo*, del principio, più generoso, espresso specie con

riguardo ai casi di depenalizzazione per successione di norme integratrici del precetto penale (per es., ora si può pensare alla declassificazione delle armi ad aria compressa di modesta capacità offensiva), in forza del quale è, almeno in determinati casi, ammessa la rivisitazione del giudicato (per es., Cass., 20.5.94, *A. n. proc. pen.*, 1995, 158).

4. Riflessioni finali

Ci sia però consentito, mentre terminiamo, di ribadire un concetto già espresso in altra occasione: ispirandoci a Clemenceau, ci si permetta di affermare che l'esegesi delle leggi è una cosa troppo seria, per affidarla a giuristi, avvocati e magistrati! Tentare di emulare Solone e Giustiniano, espungendo dalle leggi «il troppo e il vano», è impresa da affrontare con equilibrio e saggezza, e non deve generare la deriva opposta, ossia il tacere, quando è d'obbligo il “parlare” (per dirla con una sinestesia): ciò comporta (come sgradita conseguenza) che si consente al protagonista di turno di arrogarsi la facoltà di governare i fondamenti, le fondamenta, l'essenza e “l'anima” della difficile arte di cui si discute, e lo si trasforma in soggetto che legifera di fatto. Sia, invece, il legislatore (quello vero) a onorare il «glorioso officio» che si picca di voler esercitare: richiami alla memoria quanto Socrate obiettò e spiegò (circa il rapporto tra Legge e giudice) al buon Critone, allorché questi, dopo aver sapientemente preparato la fuga del maestro (a sua insaputa), lo invitò, ma inavvenevolmente, ad attuarla.