

ORIENTAMENTI

IVAN RUSSO

Ancora sulla tenuità del fatto: la novella della sfinge

SOMMARIO: 1. Prodromi. - 2. Nostra concezione. - 3. Epilogo. - 4. Riflessioni conclusive.

1. Prodromi.

Qualche mese fa, avevamo espresso un giudizio (pochissime righe) non lusinghiero circa la comprensibilità delle nuove disposizioni sulla tenuità del fatto; peraltro, ci eravamo limitati a talune proposizioni del solo co. 1 dell'art. 131-*bis* c.p., senza punto addentrarci in altre considerazioni: come la natura della causa di non punibilità, l'assenza di norme transitorie, ecc. 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 discute erano state sostanzialmente condivise da gran parte dei giuristi e dal CSM, nonché dall'Anm (e meno male!). 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 Autori¹, due Sezioni della S.C. hanno rivolto alle S.U. numerosi quesiti: li indichiamo in modo conciso (come è noto, però, Santacroce ha restituito gli atti ai rispettivi rimettenti). Tra l'altro, premettiamo che qui ci occuperemo soltanto della natura e tipologia dell'esimente², e quindi dell'interdipendente destino segnato dalle norme processuali, poiché, per approfondire lo studio dei tanti altri soggetti, occorrerebbe almeno una monografia.

Per quanto inerisce al diritto sostanziale³, la Corte⁴ si chiede se l'art. 131-

¹ Per es., PICCIONI, *Tenuità del fatto e non punibilità*, Maggioli, 2015; D'ELISIIS, *Non punibilità per tenuità del fatto e strategie processuali*, Maggioli, 2015; GAETA E MACCHIA, *L'applicabilità ai procedimenti pendenti della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: nota a Cass., n. 15449/15*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2015, doc. 334.3.

² Peraltro, quando parliamo di natura e tipologia, ci riferiamo all'aspetto meramente tecnico-giuridico, giacché non è questa la sede per affrontare tutto l'ampio dibattito mirante a disvelare, o almeno a indagare, quanto di recondito inerisce alle *rationes* della novella, all'assiologia che l'ha ispirata, alla sua metabasi attraverso i sentieri disegnati dal principio di offensività, ai rapporti con la Costituzione e la normativa sovranazionale, alla differenza tra cause di giustificazione e rinuncia dello Stato alla pretesa punitiva, e via dicendo: tali segmenti d'indagine, di certo affascinanti e pertinenti, finirebbero tuttavia con il sovrapporsi al punto centrale della figura cui ci rivolgiamo, e quindi con il farci da esso allontanare.

³ Per un'approfondita disamina circa la natura della nuova causa di non punibilità, si rinvia anche a POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen.*, 2, 2015: ivi richiami a vari Autori e anche alla letteratura giuridica straniera.

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, la sua incidenza: 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 azione⁵.

Venendo ai temi procedurali⁶, la S.C. si domanda anzitutto, attesa la natura sostanziale dell'istituto⁷, 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. 131-*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 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.

V'è peraltro da aggiungere che talune precisazioni di alcuni esimi Autori, benché sorrette dal lodevole intento di offrire un contributo nell'interpretazione della difficile materia, finiscono tuttavia con il creare con-

⁴ Ordinanze nn. 21014/15 e 21016/15.

⁵ Se tra le condotte (pur se soltanto due) del reato continuato v'è un certo lasso, la declaratoria di cui si discute non sarebbe ammessa: tale è l'approdo di Cass., 13.7.2015, n. 29897 (non possiamo soffermarci a commentarlo).

⁶ Ord. n. 21014/15.

⁷ Affermata pure da Cass., Sez. III, n. 15449/2015, in *Dir. pen. cont.*, con nota di GATTA.

fusioni aggiuntive: per es., in un pur pregevole lavoro⁸ si assume che la III Sezione aveva, in una recentissima sentenza, rilevato la plausibile esistenza della tenuità del fatto, e così annullato (con rinvio) una condanna per peculato tentato (dunque, 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 una 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 reato⁹.

2. Nostra concezione.

Orbene, pur giovandoci di tante dotte opinioni, a noi pare che sia ancora latente il nodo centrale della questione: nodo che, se sciolto in determinato modo, potrebbe rendere superflue tante dissertazioni, pur se ne genererebbe 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 co. 4 dell'art. 2 c.p., anziché al co. 2 della medesima disposizione? È come dire: si tratta veramente di semplice norma più favore al reo, anziché (e più plausibilmente) di non punibilità, pur atipica e singolare, che va tuttavia assunta alla categoria dell'*abolitio criminis* intesa in senso lato? Come è ovvio, non è questa la sede in cui trattare approfonditamente delle soluzioni correlate a fattispecie consimili (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, balza 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 sentenza se dall'atto risulta, *per tabulas*, che il reato per cui è intervenuta condanna rientra tra quelli che la legge posteriore giudica penalmente irrilevanti¹⁰.

Quanto ai casi di cui alla legge "Balduzzi", si è affermato¹¹ che, in séguito

⁸ Riportato in *Questione Giustizia*, 10 luglio 2015.

⁹ Si veda Cass., sez. 6, 26-5-2015, dep. 11-6-2015, n. 24750/15.

¹⁰ Essendo la giurisprudenza pacifica sul punto, sarebbe prolioso ogni riferimento.

¹¹ Cass., n. 16237/2013. Già prima, la Dottrina più avveduta era giunta alle medesime conclusioni; nel

all'entrata in vigore dell'art. 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 precisato¹² 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 quella pronuncia che così si esprime¹³: «(...) va rilevato che la giurisprudenza consolidata di questa Corte (v. Sezione IV, 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., co. 2, e quindi ha efficacia retroattiva (Sezioni Unite 27 settembre, Magera, rv. 238197; 26 marzo 2003, Giordano, rv. 224607)». Aggiungiamo che il Tribunale di Trento¹⁴, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha revocato 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 dottrina¹⁵ attengono non all'aspetto *de quo*, sì bene ad altri profili.

In definitiva, appare ormai assodato, quanto alle fattispecie di cui si discute, che si è al cospetto di vera e propria *abolitio*, ben che parziale e atipica.

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 analizzati¹⁶. Qui, come lì, si tratta di esclusione della rilevanza penale, la quale, tuttavia, non solo non elimina la responsabilità di natura civilistica, bensì la radica: l'art. 3 della legge "Balduzzi" lo fa con l'evocare l'art. 2043 c.c.¹⁷ (dunque, implicitamente, pure l'art. 652 c.p.p.); l'art. 651-bis c.p.p.,

pregevole scritto *Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida" tra colpa grave e colpa lieve*, in *Arch. pen.*, 1, 2013, CIVELLO, pur muovendo acute critiche all'impianto dogmatico e tecnico-giuridico della nuova legge (specie quando questa mentova l'art. 2043 c.c., dimenticandosi del ben più pertinente art. 1218 dello stesso Codice), ben si guarda dal dubitare che quella introdotta dall'art. 3, co. 1, del "Decreto sanità" sia una vera e propria depenalizzazione.

¹² Cass., n. 15495/14.

¹³ Cass., Sez. IV, 19/1/2015 (dep. 06/03/2015).

¹⁴ Provvedimento del 7.6.2013.

¹⁵ PIRAS, *Dir. pen. cont.*, 19.9.2013.

¹⁶ Massime se la comparazione avviene con la colpa lieve.

¹⁷ Si è, però, già osservato che sarebbe stato di certo più congruente rivolgersi all'art. 1218 c.c.: CIVELLO,

con il sancire, in modo più pregante, che la declaratoria di non punibilità incardina la “colpevolezza civilistica” del prosciolto. Né deve trarci in errore la locuzione adoperata dal predetto art. 651-*bis* («illiceità penale»); di vero, la norma semplicemente ribadisce, al fine di evitare quella «grossolana interpretazione»¹⁸ 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* intesa latamente.

Terminando sul punto, appare che, pure con riferimento alla tenuità del fatto, ci troviamo al cospetto di un'abrogazione, quantunque parziale e anomala; 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 il castigo).

Questa proposta, che sembra plausibile, pare trovare conferma decisiva in un'altra verità, che stavolta fa perno su alcune considerazioni correlate al diritto processuale penale. Ci riferiamo alla possibilità, da parte del giudice dell'impugnazione, di applicare le sopravvenute disposizioni più favorevoli al reo. Sul punto, vi sarebbe tanto da scrivere e da dire; tuttavia, riteniamo che siano del tutto esaurienti talune righe delle S.U.¹⁹, dirette a stabilire quando (e solo quando) il giudice del gravame possa applicare il co. 4 dell'art. 2 c.p.; sancendo che il principio regolante la formazione progressiva del giudicato è di ostacolo all'applicazione del co. 4 cit., 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 (...) 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 sentenza non annullata, che assume, essa stessa, i connotati di un giudicato, appunto, di responsabilità».

Responsabilità medica e rispetto delle “linee-guida” tra colpa grave e colpa lieve, in *Archivio penale*, fasc. n. 1/2013, pp. 22 e 23; ivi, il richiamo alle S.U. civili, 11.1.2008.

¹⁸ È espressione del genio di MANZINI: *Tratt.*, I, 662.

¹⁹ Cass., Sez. Un., sent. n. 16208/14.

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

Stante le recenti, eloquenti, trancianti affermazioni delle Sezioni Unite, quindi, ci pare veramente frutto di determinazione esagerata (laddove è scritto che è privilegio del saggio mutare opinione) il voler chiamare in soccorso la valenza del co. 2 dell'art. 609 c.p.p. (spesso evocato da decisioni recenti), che estende la cognizione della S.C. a tutte le questioni che non sia stato possibile sollevare in prime cure. L'asserzione delle S.U. (e che sia intesa come una retta *interpretatio* dei *dicta* pregressi, e che si risolva in un arresto decisivo) è assolutamente dirimente nel sancire che l'applicabilità del co. 4 dell'art. 2 c.p. non sfugge al principio del *devolutum* e che non v'è spazio per trasgressioni a tal regola. Né vale in alcun modo evocare altra sentenza del Consesso²⁰, la quale opera la distinzione tra capi e punti, affermando che la preclusione processuale riguarda i primi, e non pure i secondi: ne potrebbe conseguire che l'inferenza del co. 4 subirebbe ablazione, soltanto quando fossero i capi della sentenza a esser coperti dal giudicato progressivo. Invero, e anche a voler tenere in disparte altra giurisprudenza, anche delle S.U.²¹, a tal proposta esegetica osterebbe, oltre che la già richiamata e più recente statuizione delle S.U., il principio (ormai consolidato) secondo cui anche i punti sono suscettivi di passare in giudicato²². Per dirla in altro modo, a noi pare che la giurisprudenza non possa e non debba rendersi permeabile alla tentazione di bivalenze di sorta, bensì debba onorare gli archetipi logici che giustificano il seguente assunto: se la tenuità del fatto affluisce entro l'alveo del co. 4 dell'art. 2, allora è mestieri sancire che la declaratoria non è ammessa, quando difetti idoneo *devolutum* di un punto che la coinvolga, sia o non sia il ricorso ammissibile, esista o non esista motivo aggiunto, art. 609 o non art. 609 c.p.p. E però, sembra evidente che tal deriva estremistica sarebbe poco plausibile e da non condividere per niente, sicché pare erroneo eradicare la tenuità del fatto (*recte*: i conseguenti effetti) dal comma 2 dell'art. 2 c.p.

Posto, dunque, che sia questo l'assetto più conforme alla lettera della legge e alla logica, ne consegue che appaiono, *ictu oculi*, non giustificate 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

²⁰ Sent. del 19.1.2000, in *Cass. pen.*, 2000, 2967.

²¹ Per es., pronuncia del 26.3.97, in *Cass. pen.*, 1997, 2684; 9.10.96, in *Cass. pen.*, 1997, 691.

²² Si veda, fra le tante, la nota "sentenza Berlusconi".

se sia o no sufficiente la semplice richiesta all'udienza²³. In altre parole, l'alternativa tra ammissibilità 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, giacché, lo ripetiamo, se si trattasse della supposta valenza del (semplice) co. 4, alla declaratoria di non punibilità osterebbe, comunque sia e in ogni caso, il principio della preclusione processuale del quale si discute: principio ribadito finanche con riguardo alla fase dell'appello²⁴, con la conclusione (peraltro, opinabile: strettamente sull'argomento) 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 co. 2 dell'art. 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 passati in giudicato, pur in costanza di un'impugnazione ammissibile)²⁵. Del resto, ci pare di essere in buona seppur limitata compagnia, dato 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 interpretazione²⁶.

Terminando questa prima parte, 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"²⁷ disegnate dall'art. 131-bis c.p.,

²³ O una memoria ex art. 121 c.p.p.: peraltro, ai fini de *quibus*, non cogliamo differenze tra memoria e domanda orale.

²⁴ Cass., Sez. III, sent. 10 gennaio 2012, Lleshi.

²⁵ Proprio qualche settimana dopo la pubblicazione di questo scritto in forma provvisoria, le S.U. sembrano conferirgli supporto; infatti, con la sentenza del 28 luglio 2015, n. 33040, sanciscono (ove mai ve ne fosse stato aggiuntivo bisogno) che, pur stante il co. 2 dell'art. 609 c.p.p., la possibilità di applicare le disposizioni più favorevoli, al cospetto di un ricorso inammissibile o di punti non devoluti, è limitata ai casi di *abolitio criminis* (data, in tal caso, pure la facoltà di rivolgersi all'art. 673 c.p.p.) e d'infrazione di pene illegali (sempre che, come è ovvio, l'impugnazione sia tempestiva: altrimenti, è sostanzialmente inesistente): tutte le altre evenienze o condizioni non possono incidere sui punti o sui capi ormai cristallizzati in forza del principio che regola gli effetti conseguenti al giudicato progressivo e all'inammissibilità dell'impugnazione.

²⁶ *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015: dunque, con "lettura a prima vista", non ancora condizionata dalle tante righe poi profuse da più parti.

²⁷ Ricorriamo a tal composto per meglio rendere l'idea.

che, come è noto, si rivolge pure all'art. 133 (formalmente, solo al co. 1, ma, implicitamente, pure al co. 2: occasionalità, oltre che 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 donna 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 propone ricorso per cassazione (tempestivo e rituale), 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, almeno per quanto attiene alla sua non permeabilità alle sopravvenute disposizioni più favorevoli; va da sé, ma lo riproponiamo per tuziorismo, che la nostra ipotesi sfugge anche alle più favorevoli esegesi circa la possibilità di dichiarare, in tali casi, la prescrizione²⁸. *Ad abundantiam*, aggiungiamo che la ricorrente domanda 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, titolare di un *munus* ora non pieno, sarebbe ancorato alla motivazione della S.C., la quale, a sua volta,

²⁸ Cass., Sez. II, sent. 15.10.2004, in *Cass. pen.*, 2006, 1026. Per vero, e pur tenendo in disparte la linea interpretativa secondo cui l'estinzione del reato (giacché governata direttamente dall'art. 129 c.p.p.) è ipotesi differente dalla sopravvenienza della disposizione più favorevole, valga quanto si è innanzi visto a proposito degli approdi più recenti, che rendono incompatibile persino il proscioglimento per prescrizione, al cospetto del giudicato formatosi sulla responsabilità del ricorrente: nei termini, fra le tante, già Cass., sent. n. 7018/99, in *Cass. pen.*, 2000, 648, con richiami a Cass., Sez. Un., sent. 26.3.97, Attinà. Sul tema, pure GIARDA-SPANGHER, *Cod. di proc. pen.*, 2003, IV ed., vol. III, 7426-7428.

altro non ha fatto che prendere atto della pregressa valutazione operata dalla Corte d'appello? Infatti, 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 declaratoria²⁹, né sopravvenuti elementi comprovanti che il soggetto è un *habitué* di quel reato: cosicché il rinvio appare incompatibile con la *ratio* sottesa.

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 identici o simili), del tutto inutile, e addirittura foriero di *vulnus* nei confronti del principio ispiratore della novella, sia o no condivisibile (per noi, non lo è; ma ciò non ci spinge a disconoscere i generati effetti giuridici): 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, ben che atipica e 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 i tratti 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).

Insistendo ancora sul punto, ci pare che la difficoltà nell'accettare tal conclusione sia 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 deve intridere i temi di legittimità, di "quell'euritmia dell'incorporeo" che rende immediatamente intuitiva e "universale" (ossia riferibile a tutta la tipologia) l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. (perché il fatto non è previsto come reato): 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)

²⁹ Tal esame rientra tra le potestà pure della S.C.

dell'art. 12 Preleggi, una sorta di “depenalizzazione di merito” (quasi un ossimoro). Tuttavia, la delibazione di temi di merito, benché sgradita nella materia della depenalizzazione, non è del tutto incompatibile con essa; basti, per conferma, richiamare quanto si è constatato per la colpa medica lieve; questa, ancor più che la tenuità del fatto, è indissolubilmente connessa con valutazioni e indagini di tipo “fattuale”, atteso che il giudice deve sconfinare in un ambito che appare esser di pertinenza soprattutto del perito, laddove la nuova causa di non punibilità è modellata secondo parametri penetrabili da quella fisiognomica giuridica di cui il giudice dovrebbe esser maestro: non di meno è ormai pacifico e acclarato che la legge “Balduzzi” ha operato un'*abrogatio criminis* (atipica, sì: ma pur sempre *abrogatio cum abolitione*).

In definitiva, conclusione giuridicamente corretta sembra la seguente: 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 sentenza³⁰; in merito, vi è da aggiungere che la revoca *de qua* costituisce addirittura un *minus* rispetto al principio che accredita al giudice dell'esecuzione la potestà di accertare, mercé l'analisi dei fatti emergenti dalla sentenza di condanna, l'uso cui era destinata la sostanza stupefacente, in ossequio all'*abolitio* in forza della normativa post-referendaria³¹. Mutato quanto v'è da mutare (individuazione della natura della sostanza, anziché della finalità della detenzione), l'assunto trova paradigmatico suggello nella recentissima sentenza delle S.U.³², che, come è noto, ha sancito la non punibilità per le condotte attuate su sostanze non incluse nelle tabelle (sugli stupefacenti) vigenti quando la materia era regolata dalla legge n. 49/2006, modificativa del D.P.R. n. 309/90, dichiarata incostituzionale³³ (a nulla rilevando l'entrata in vigore del D.L. n. 36/2014).

Qualora, invece, la motivazione, ben che indiziante per l'esistenza della causa di non punibilità, non sia sufficiente al riguardo³⁴ (di guisa che occorra di ne-

³⁰ Di avviso contrario è il Tribunale di Milano, giudice monocratico (Dott.ssa Fioretta), in funzione di giudice dell'esecuzione; con il proprio provvedimento (28.5.2015), nega tal possibilità, e lo fa mercé proposizioni tratte che ricalcano i concetti, e spesso le righe, espressi dalla relazione (23.4.15) dell'Ufficio Massimario della Cass., della quale si dirà in séguito.

³¹ Cass., 23.9.94, *A. n. proc. pen.*, 95, 674.

³² Prov. n. 29316/15.

³³ Con la nota sentenza n. 32/2014.

³⁴ Sempre dopo la pubblicazione di queste righe, la Sez. IV (n. 33821, dep. il 31.7.2015) ha giudicato di

cessità una valutazione di merito), il giudice di legittimità curerà di operare ai sensi dell'art. 623 c.p.p.: e ciò è, appunto, quanto fa la prima (per quanto ci risulta) sentenza della S.C. di accoglimento sul punto³⁵. In tali evenienze, però

un rifiuto di sottoporsi all'alcol test. Come se fosse uscito dalla bombetta, il caso si pone in parallelo con la nostra esemplificazione: il giudice di merito aveva concesso le generiche e irrogato la pena in misura minima; indi, l'aveva convertita. Il Procuratore generale ha chiesto l'applicazione diretta del nuovo art. 131-bis, e dunque l'annullamento senza rinvio. La Corte, respinti i motivi principali del ricorso (atteso che erano infondati o inammissibili), opera un lungo *excursus* (per vero, un po' ultroneo: ma non bastava il co. 4 dell'art. 2 c.p.p.?) circa l'esegesi dell'art. 7 della Cedu e con riguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonché in merito ad alcune pronunce del Giudice delle leggi; quindi, valorizzando la concessione delle generiche, il *quantum* della pena inflitta e specie la conversione in multa (vestigio di «mancato riscontro di una condotta di guida concretamente pericolosa»), opta per l'annullamento con rinvio, sul presupposto che i parametri analizzati costituiscono «indici significativi, nel senso della possibile sussunzione del fatto nell'ipotesi di particolare tenuità, che dovranno essere valutati dal giudice del rinvio». Ora, pur senza indugiare troppo sul punto, la prima considerazione è che appariva più congruo un annullamento senza rinvio, una volta introdotto l'opinabile principio che una reitenza all'alcol test possa giovare di una pur riscontrata non pericolosità della condotta di guida, stante la diversità dei beni giuridici protetti dalle rispettive norme (tant'è che in senso contrario sta pure, implicitamente, il recentissimo approdo di Cass., sent. n. 35553/15, che, richiamando precedenti conformi, nega la compatibilità dell'aggravante del causato sinistro con la fattispecie del rifiuto di sottoporsi all'alcol test). Difatti, semplicemente ci chiediamo quale sarebbe stata la decisione della S.C., se il giudice di merito, dopo aver valutato (a uno a uno) tutti i parametri di cui all'art. 133 c.p., avesse concluso che la «carica di aggressività» del commesso reato si era fermata alla soglia minima concepibile, tanto che sotto di essa sta la valenza dell'art. 49, co. 2, c.p. (l'ipotesi enfatica serve a render più immediata la traccia del tema): ebbene, sembra plausibile immaginare che la richiesta del P.G. sarebbe stata accolta seduta stante. E aggiungiamo: avrebbe mai potuto essere ostativa alla pronuncia di annullamento (con o senza rinvio) l'evenienza che i motivi di ricorso, anziché essere «semplicemente» infondati, fossero stati manifestamente infondati (con conseguente inammissibilità del ricorso)? A noi pare di no, atteso che, circa l'essenza del «bene della vita» in contesa, nulla sarebbe cambiato: con l'esito, perciò, che la vivificazione di cui può giovare l'art. 131-bis non è indissolubilmente commessa all'ammissibilità dell'impugnazione, né alla sopravvivenza di capi o punti cui assumere il motivo aggiunto che piatisce la declaratoria di non punibilità.

³⁵ La sentenza n. 33821/15, citata nella nota precedente, profonde righe e righe alla ricerca della base giuridica sui cui erigere l'ammissibilità della doglianza nuova: e pare individuarla massime nell'art. 7 Cedu. Ci sia permesso di ricordare il «rasoio di Ockham»; il principio metodologico espresso da uno dei fondatori del pensiero scientifico moderno ci insegna che «*Frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora*»; la massima, valida ancor più per l'arte del legiferare e dell'interdipendente esegesi, mostra che la questione avrebbe dovuto essere risolta nei termini seguenti: se la materia è retta dal co. 4 dell'art. 2 c.p., il ricorso andava accolto per il fatto che erano stati depositati rituali motivi aggiunti; se, per contro, si voleva individuare una ragione fondante che superasse le «strettoie» del citato co. 4 (senza, tuttavia, delegare il dominio della materia al co. 2 del medesimo articolo), allora l'*excursus* intrapreso circa l'art. 7 Cedu avrebbe dovuto condurre a un'interpretazione costituzionalmente e sovranazionalmente «orientata», con l'esito che, motivi aggiunti o no, *devolutum* o no, la deliberazione da parte del giudice di legittimità sarebbe apparsa doverosa. Insomma (e ci si perdoni tal avverbio), davvero non comprendiamo quale beneficio scientifico (se non quello di tipo strettamente culturale: ma non si trattava di una monografia) si tragga da una dissertazione il cui prologo è saldato a un'impostazione filosofico-dogmatica fondata sulla *ratio* e sulla lettera delle norme Cedu, laddove l'epilogo è ancorato a una constatazione di tipo tecnico-pratico: «termine fisso» costituito dall'art. 585, co. 4, c.p.p. e dagli altri principi fissati dal nostro Codice di rito nel Libro Nonο.

(ossia se *non liquet*), il provvedimento passato in giudicato non ci pare suscettivo 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 revoca³⁶, 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 penale³⁷, in forza del quale è, almeno in determinati casi, ammessa la rivisitazione del giudicato³⁸.

Affermandola in altro modo, pare evidente che l'ostacolo frapposto alla revoca della sentenza³⁹ è di tipo pratico e concreto, e non teorico o altrimenti astratto: è come dire che detto scoglio è costituito dall'impossibilità di rivisitare e rivalutare il giudicato, e non già dall'essere la materia sussumibile entro il co. 4 dell'art. 2 c.p.

4. Riflessioni conclusive.

Desideriamo suggellare il discorso con un'altra esemplificazione, che, pur muovendo dalla premessa saldata dalle tesi maggioritarie, ci pare tuttavia espressiva in favore dell'esegesi che stiamo sostenendo. Memmio e Quintilio sono stati condannati per resistenza (art. 337 c.p.), in concorso: il primo, previa concessione delle generiche, a 4 mesi di reclusione; il secondo, ferme le generiche, a 5 mesi di reclusione. Per entrambi, la Corte d'Appello ha affermato che il reato è lievissimo, occasionale, ecc., e che la pena base deve essere fissata in misura minima, anche perché gli imputati sono incensurati, non inclini al crimine, e via dicendo; nondimeno, come è dato constatare, le gene-

³⁶ Cass., 13.4.94, in *Cass. pen.*, 1995, 1656.

³⁷ Per es., si può pensare alla declassificazione delle armi ad aria compressa di modesta capacità offensiva: Cass., sent. 24.5.2002, in *Cass. pen.*, 3, 1971.

³⁸ Per es., Cass., sent. 20.5.94, *A. n. proc. pen.*, 1995, 158.

³⁹ La pronuncia del Giudice dell'esecuzione di Milano, innanzi citata, per negare la revoca della sentenza di condanna, tenta di spiegare la differenza tra la tenuità del fatto e altre esimenti (come quelle stabilite dagli artt. 376 e 384 c.p.). Tal distinzione a noi pare artificiosa (ci riferiamo strettamente al punto: è lapalissiano), atteso che, in ogni caso, tutte le esimenti del tipo affluiscono insieme nell'alveo delle cause di non punibilità, quand'anche intese in senso stretto; né, ai fini di cui si discute, ha rilievo alcuno il discernere le cause sopravvenute da quelle preesistenti. Del resto, si è già visto che la sentenza di Cass., sent. n. 17065/12, cit., non opera per niente tali surrettizie dissomiglianze. Vi è da aggiungere che il Tribunale cita, a conforto della propria tesi, l'opinione espressa da GATTA (nel commento alla sentenza n. 15449/15, cit.); e però, chiunque abbia letto le righe richiamate ben sa che l'A. non esclude per niente il possibile ricorso all'art. 673 c.p.p., e anzi attende una valutazione «*ex professo*» da parte della giurisprudenza; inoltre, nel breve commento alle linee-guida della Procura di Lanciano (*Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015), il medesimo A. propende per l'ipotesi che le tematiche debbano essere affrontate alla luce del co. 2 dell'art. 2 c.p.

riche non hanno esplicitato, con riguardo a Quintilio, la massima estensione (sono stati inflitti 5 mesi, anziché i “canonici” 4 mesi). Avverso la sentenza, i due propongono ricorso per Cassazione; Memmio, appellandosi al co. 2 dell’art. 49 c.p., nonché agli artt. 3, 25 e 27 Cost., chiede declaratoria di piena non punibilità, denunciando che la Corte di merito non ha rilevato che la sua azione era assolutamente inoffensiva (dunque, agita l’in sé della questione inerente alla tenuità del fatto); Quintilio si limita a censurare il travisamento logico emergente dalla sentenza (la quale non spiega perché sia stato eliso solo il sesto della pena): chiede, in via principale, che la Corte proceda ai sensi del co. 2 dell’art. 619 c.p. e rettifichi l’errore di calcolo di cui si è detto; in subordine, che annulli la sentenza con rinvio.

Sopravvenuto il nuovo istituto, entrambi depositano tempestivamente motivi aggiunti mercé i quali chiedono l’applicazione dell’art. 131-*bis*. La S.C. giudica inammissibile il ricorso di Memmio perché manifestamente infondato o perché i motivi svolti sono di merito (art. 606, co. 3, c.p.p.): sicché si astiene, di conseguenza, dal delibare la prospettata tenuità del fatto. Per contro, ammettiamo che ritenga fondato già il primo motivo di ricorso di Quintilio, talché si dovrebbe procedere in conformità dell’art. 619 cit. Se così è, il giudice di legittimità si confronterà tuttavia con la norma sopravvenuta (infatti, se il caso è retto addirittura dall’art. 619, significa che la subordinata dell’annullamento con rinvio sarebbe ancor più accoglibile); conseguenza ineludibile è che il capo che ha inflitto la condanna a Quintilio dovrà essere annullato (con o senza rinvio: non è pertinente dirimere qui il punto). Del *dictum*, però, non si potrà giovare Memmio, giacché l’art. 587, co. 1, c.p.p. esclude l’estensione dell’impugnazione al coimputato, allorché questa sia fondata su motivi personali (ed è quanto la nostra ipotesi disegna). Ebbene, ci chiediamo, è giuridicamente accettabile (anche in forza del principio di equità sostanziale) che, mentre Quintilio (meramente giovandosi dell’errore della Corte di Appello) beneficia di una sentenza di assoluzione (*sic est* nella sostanza, comunque la si voglia notare), Memmio (che, invece, è entrato ancor più nel cuore della tematica) rimanga condannato, sol perché il medesimo giudice non ha, con riguardo a lui, commesso quell’errore che ha “funto da viatico” per le ragioni del coimputato? A noi la domanda pare retorica.

In conclusione, se si vuole rimanere nel solco ermeneutico tracciato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e ormai universalmente accettato, secondo cui le impugnazioni inammissibili e i punti non devoluti sono impermeabili alla disposizione più favorevole (*abrogatio sine abolitione*), è mestieri convenire che la facoltà di agitare in sede di legittimità il soggetto correlato allo *ius superve-*

niens (di cui si discute) è limitata ai soliti casi scolastici: esistenza di almeno un motivo principale che, oltre a essere ammissibile, disegni un cerchio entro cui inscrivere canonici motivi nuovi (co. 4 dell'art. 585 c.p.p.)⁴⁰. Se v'è difetto, non è ammesso («per la contraddizion che nol consente») ricorrere a surroghe consistenti in interpretazioni e *escamotages* che s'ingegnano a tentare di rendere conciliabili tra loro termini e assetti che, invece, sono ontologicamente inconciliabili (delibazione di ufficio, memorie difensive, interpretazioni rivolte alla Carta, riferimenti alla Cedu, da una parte; perentorietà del co. 4 dell'art. 585 c.p.p., giudicato progressivo, co. 3 dell'art. 606 c.p.p., dall'altra): privilegi di tal tipo sono prerogativa dell'Empireo dantesco e del famoso Coro finale goethiano, non certo della nostra giurisprudenza⁴¹. La pur canonica “soluzione estrema”, però, sembra non condivisibile con riferimento alla tenuità del fatto; e non è un caso che quasi tutte le pronunce⁴² sino adesso intervenute diano per scontato che il giudice di legittimità vanta, nei casi *de quibus*, la facoltà di rivolgersi almeno al co. 2 dell'art. 609 c.p.p. e di evincere, persino d'ufficio, l'eventuale applicabilità dell'art. 131-*bis*. E però, siccome si è appena constatato che tali alternative non ossequiano la lettera della legge, non rimane che superare il co. 4 dell'art. 2 c.p., al fine di scovare la vera natura della nuova causa di non punibilità, e dunque d'individuare il viatico legittimante l'accesso di questa alle aule della Corte di Cassazione⁴³.

⁴⁰ Dunque, inconferenti sarebbero la memoria difensiva o la deduzione orale; frustraneo sarebbe altresì ogni richiamo agli artt. 609 o 619 c.p.p., alla Cedu, alla Corte di Strasburgo, alla Costituzione, alla Consulta.

⁴¹ Per vero, se si rimane vincolati al co. 4 dell'art. 2 c.p., conseguenza in linea con la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti e maggioritarie è che, in difetto d'idoneo *devolutum* o d'ammissibilità dell'impugnazione, la tenuità del fatto non può giammai esser delibata; sicché appaiono sformate di consistenza giuridica quelle concezioni che s'ingegnano a immaginare breccie salvifiche: qualcuno è giunto addirittura ad asserire che la mera formulazione della domanda di non punibilità obbligherebbe a dichiarare l'eventuale intervenuta prescrizione, quand'anche il ricorso fosse inammissibile (e qui si è al patente impossibile).

⁴² Compresa la capostipite: n. 15449/15.

⁴³ Del resto, finanche la citata sentenza, “estrema”, n. 33821/15, dopo aver esatto (sotto il profilo teorico) la necessità di “tempestivi motivi aggiunti”, passa tuttavia a delibare un'integrazione difensiva che la stessa penna del relatore-estensore definisce semplice «memoria» mediante la quale il Collegio veniva «sollecitato a qualificare il fatto di particolare tenuità» (ma tali sollecitazioni, per vero, sono lontane anni luce dai motivi aggiunti ortodossi, i quali postulano pur sempre una censura che deve investire un ragionamento e la correlata statuizione dei provvedimenti impugnati!). Inoltre, non si comprende la dissertazione caduta sulla Cedu, su Strasburgo e quant'altro, posto che il Collegio affida il governo della materia direttamente agli artt. 585, co. 4, e 606, co. 3, c.p.p. Se, poi, si voleva sancire che l'art. 7 della Cedu prevale su determinate norme del nostro Codice di rito, allora «non v'era mestier discettare» (nella premessa rivolta alla delibazione della memoria difensiva) della tempestività degli asseriti “motivi aggiunti”, e ancor meno del fatto che il ricorrente aveva «enunciato specificamente gli elementi dai quali si debba desumere la particolare tenuità del fatto» (superfluo marcare, inoltre, che tal richiesta nulla ha

Per paradigmatica conferma, ci piace guardare alle vicende di altra causa di punibilità, gemella della nostra: quella di cui all'attuale co. 1 dell'art. 376 c.p. Chiamata a dirimere la controversia sull'applicabilità della disposizione ai processi in corso, la S.C. ha pronunciato la nota sentenza⁴⁴ cui dottrina e giurisprudenza ora fanno spesso riferimento; ebbene, il provvedimento esordisce con l'asserire che la novella sulla ritrattazione costituisce mera disposizione più favorevole al reo (co. 4 dell'art. 2 più volte cit.), e però ammette che il giudice di legittimità annulli senza rinvio la sentenza di condanna, giovandosi del co. 2 dell'art. 609 c.p.p.: ossia l'esatto opposto di quanto sancito da tante altre recenti sentenze.

Ora, è comprensibile che l'interprete provi un senso di sgomento al cospetto di tali inquietanti dicotomie; invero, è pacifico che la ritrattazione è causa di non punibilità in senso stretto⁴⁵ che in nulla si distingue dalla tenuità del fatto;

in comune con i motivi nuovi di ricorso). Come se non bastasse, poi, detta sentenza richiama la n. 20994/14 e la n. 20986/15 (entrambe della Sez. V), le quali hanno dichiarato l'inammissibilità della prospettazione della tenuità del fatto, giacché il ricorrente non aveva chiaramente specificato gli elementi donde desumere l'incidenza dell'art. 131-bis: ma, come, ci si dimentica che il proprio *incipit* ha ora affermato che la «grazia» elargita dalle norme sovranazionali basta a «vincere» la punibilità di quei «movimenti umani» giudicati poco offensivi da norme sopravvenute? Di vero, se l'asserzione di tal principio avesse valido fondamento, i «cavilli» codicistici non potrebbero opporre ostacoli alla sua affermazione. Come si constata, perciò, se non si compie un «salto» concettuale, ci si avvia in disquisizioni dottrinarie, ma poco dottrinali, in cui la partita diventa una sorta di vinciperdi che finisce con il rendere (apparentemente) imboccabile uno stradale (percorso, metodo di applicazione della norma) con una meta (finalità della norma, suo scopo) che, invece, può esser raggiunta soltanto se si percorrono rotabili. Ci sia consentito di parafrasare Confucio e di riassumere il tutto in una frase: «La domanda di non punibilità ex art. 131-bis c.p. non è la traccia del tema da svolgere: è già il tema».

⁴⁴ È la n. 17062/2012: essa evoca, *apertis verbis*, il co. 4 dell'art. 2 c.p. e il co. 2 dell'art. 609 c.p.p.; e, si badi, si rivolge a tali disposizioni (dunque, marcandone ancor più la comune incidenza), quando non ve n'era bisogno, poiché il ricorrente aveva tuttavia prospettato un motivo (principale e rituale) di ricorso per mezzo del quale censurava il giudice dell'appello, che non aveva dichiarato la sua non punibilità (ben che non potesse farlo, dato che il dispositivo era stato letto quando ancora non era intervenuta la modifica dell'art. 376).

⁴⁵ GALLO, *Il falso processuale*, 1973, 303; DOLCINI-MARINUCCI, *Cod. pen. comm.*, 2011, II, 3864; S.U., 30.10.2002, *RP*, 2002, 1060. Del resto, se proviamo a immaginare che l'estensione della causa di non punibilità, all'informatore assunto dalla p.g. per delega del PM, fosse stata disposta con la riforma del 2009 (anziché esser esito della nota sentenza della Corte Cost., n. 101/99), ovvero a supporre che la Consulta avesse inciso anche sul co. 1 dell'art. 376, nei termini poi statuiti dalla novella (si tratta di reciproci «sistemi di riferimento» di moto relativo uniforme, e sono perciò invertibili tra loro, giacché, quanto alle strette finalità cui ci rivolgiamo, nessuno dei due è privilegiato rispetto all'altro), facilmente arguiamo che, in entrambi i casi, le rispettive posizioni dei protagonisti in nulla si sarebbero distinte tra loro, quanto ad assunzione della materia al co. 2 (e non al 4) dell'art. 2 c.p.: perché mai, allora, si dovrebbe creare una dannosa e antiscientifica dicotomia, sol perché una volta è intervenuta la Corte Cost., e altra volta il legislatore? Ci pare davvero di non dover insistere ancora sul punto: così pure, e pacificamente (circa l'evidenziata equiparazione), già Cass., 21.5.63, Crivelli, *Cass. pen.*, *CPMA*, 63, 1001; Cass., Sez. II, n. 5034/97.

ma, se così è, davvero non si giustifica la disinvoltura con la quale la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie fanno coesistere la valenza dell'art. 609 c.p.p. con la (impropriamente dichiarata) natura di semplice norma modificativa rivestita dal nuovo co. 1 dell'art. 376: specie al cospetto della chiarezza e definitività con cui si nega (e lo abbiano constatato) che il co. 4 dell'art. 2 possa travalicare il *devolutum* o vincere l'inammissibilità del ricorso. Appare evidente, quindi, che il dualismo evidenziato è generato dal fatto che il nuovo art. 376 ha inciso su un numero ridottissimo di processi (talché è stato facile trarsi d'impaccio mercé una sorta di panacea che ha raccordato l'incompatibile), laddove lo studio approfondito della tenuità del fatto, rivolgendosi a un numero cospicuo di reati, e quindi di giudizi, denuncia che il co. 4 dell'art. 2 è "impastoiato" dal co. 4 dell'art. 585 c.p.p., e comunque dai vincoli che (condivisibili o no) l'esegesi ha tuttavia, nel soggetto delle impugnazioni, ormai legittimato a regnare. E che la ritrattazione e la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. sfuggano alle pastoie in esame, e dunque all'inclusione entro l'ambito del co. 4 dell'art. 2, è assunto pacifico in dottrina e giurisprudenza⁴⁶.

Ritornando alla tenuità in esame, voliamo un attimo con la fantasia e ci rappresentiamo che la Corte Costituzionale abbia dichiarato la parziale incostituzionalità del comma 2 dell'art. 49 c.p., nella parte nella quale non estende la non punibilità alla commissione di fatti dai quali sia derivato un danno tenue: secondo la perfetta descrizione fatta ora dall'art. 131-*bis*⁴⁷. Sarebbe forse improprio rivolgersi al comma 2 dell'art. 2 c.p.? E perché mai, quindi, dovrebbe esserlo nella condizione attuale? Dove mai sta scritto che una dichiarazione

⁴⁶ ANTOLISEI, *Man dir pen.*, 1997, parte spec., II, 486 e ss.; PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, 1959, 241; GROSSO, *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 co. 1 c.p.*, in *RIDPP*, 1962, 215. Recentemente, anche Cass., Sez. VI, n. 9727/14, scrive: «Il ricorrente, inoltre, invita la Corte a valutare l'eventuale rinvio della questione alle SS.UU. stante il dedotto contrasto delle decisioni delle sezioni semplici in ordine alla ricorrenza nella specie al paradigma dell'art. 384 c.p. piuttosto che di quello dell'art. 54 c.p.»; tuttavia, la S.C. conclude, giustamente e saggiamente (art. 54 o non art. 54), che non ve n'è bisogno, giacché «(...) non osta all'esame della doglianza la sua proposizione per la prima volta in questa sede di legittimità. Invero, è costante insegnamento di questa Corte che la esimente della necessità a salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento alle libertà o all'onore (ipotizzabile in taluni reati contro l'amministrazione della giustizia) va applicata, in appello o in Cassazione, dai giudici anche in assenza di uno specifico motivo di gravame. (Sez. VI, sent. n. 2623 del 12/11/1980 Rv. 151429, Iodice)»; indi, annulla la sentenza senza rinvio perché «il fatto non costituisce reato». Di vero, le righe, eloquenti e perentorie, appaiono dirimenti in modo decisivo e definitivo.

⁴⁷ Superfluo aggiungere che sarebbe fuori luogo ogni precisazione spesa a proposito del limite edittale massimo fissato dalla disposizione: si tratta di una quantità matematica che (come pure altri addendi e fattori secondari) in nulla e per nulla muta il risultato dell'equazione che stiamo formulando.

d'incostituzionalità sia più incisiva (sempre con riguardo al profilo in discussione: va da sé) di una norma *superveniens*⁴⁸ che modelli il medesimo quadro giuridico?

Un altro argomento milita in favore dell'esegesi proposta, e pare farlo in modo definitivo⁴⁹; esso guarda al co. 3 dell'art. 2 c.p.: immediata conversione della pena detentiva nella corrispondente pecuniaria, nel caso di legge posteriore più favorevole. Superfluo precisare che ci rivolgiamo all'essenza e al quia, non essendo questa la sede per trattare dei tanti risvolti generati dalla legge n. 85/06; in altri termini, constatato che la denegazione, da parte dell'opinione dominante, della piena retroattività dell'art. 131-*bis* (meglio: dei suoi effetti concreti) poggia non tanto sull'invasione di temi di merito⁵⁰, bensì, e piuttosto, sull'asserita necessità di ossequiare il co. 4 dell'art. 2 c.p., chiamiamo in soccorso il co. 3 dell'art. 2: comma che denuncia, in modo paradigmatico, come tali drastiche conseguenze giuridiche siano sgradite allo spirito e alla lettera della legge penale, finanche quando la *lex superveniens* introduca non un'esimente, sì bene soltanto una mitigazione del trattamento sanzionatorio. Invero, proviamo a mondare l'art. 131-*bis* del sovraccarico posto dall'indagine sull'epistemologico (massime, sull'euristico), e tentiamo di studiarlo alla sola luce della logica giuridica e dei principi della Carta: modo eccellente di farlo ci pare il rivolgerci al testé citato co. 3, che, come è noto, stabilisce che pure in sede di esecuzione si proceda alla conversione della pena⁵¹, e anzi legittima l'implicita conclusione che il giudice dell'esecuzione può finanche concedere quella sospensione condizionale della pena che, con riguardo ad altro reato, era stata negata in forza della pena detentiva (ora convertita) che era stata allora ritenuta ostativa⁵².

⁴⁸ Conosciamo il pensiero espresso dalle Sezioni Unite (n. 34233/12) a proposito della differenza tra successione di norme penali e dichiarazione d'incostituzionalità; nondimeno, quelle righe non sono trasferibili tout court al soggetto in esame. Infatti, quel discorso è svolto con riferimento a casi di successione tra disposizioni nella sostanza punitive, ma non prende punto posizione chiara circa l'ipotesi in cui le due lame della forbice sono costituite, rispettivamente, dalla condanna o dalla dichiarazione di non punibilità: la quale, comunque la si definisca e la si chiami, si risolve tuttavia in una rinuncia alla pretesa punitiva, a nulla rilevando (come si è già osservato) che ne consegua o no decreto di responsabilità civilistica.

⁴⁹ Ferma restando l'ovvia verità che chi scrive non è mai salito sul Sinai.

⁵⁰ Atteso che, a determinate condizioni (ossia se la sentenza di cognizione offre elementi inequivoci), il giudice dell'esecuzione bene emette ordinanza mercé la quale revoca la condanna: non ostandovi che la deliberazione coinvolga tematiche di merito.

⁵¹ Per riferimenti giurisprudenziali e approfondimenti al riguardo, sia concesso di rimettere a DOLCINI-MARINUCCI, *Comm.*, cit., I, 102 e ss.: la valenza del co. 3 è in quelle pagine definita «iperretroattività della legge penale».

⁵² DOLCINI-MARINUCCI, *ibidem*; ivi, anche richiami a pronunce della Consulta e a S.U., 20.12.2005,

Immaginiamo, dunque, che l'art. 131-*bis* (ferme tutte le altre statuizioni) avesse semplicemente stabilito che la non punibilità si estendeva soltanto fino ai reati puniti con massimo edittale di 2 anni di pena detentiva, mentre quelli più gravi andavano puniti con la sola pena pecuniaria corrispondente⁵³. Tale (giuridicamente plausibile) quadro giuridico avrebbe di certo incardinato il dominio del co. 3 di cui discutiamo, con conseguente possibilità, da parte del giudice dell'esecuzione, di convertire la pena detentiva, sempre che, è ovvio, dalla sentenza di cognizione si fosse evinto che il fatto denunciava tutti i requisiti e le caratteristiche modellati dall'art. 131-*bis*. E allora, domandiamo: *quid iuris* circa le vicende riguardanti i reati puniti fino a 2 anni di detenzione? Nel vero, a noi pare che finanche il profano (sempre se dotato di buon senso) ripudierebbe, senza alcuna esitazione, l'evenienza che il soggetto condannato per reato astrattamente più grave potrebbe giovare della conversione della pena, laddove al responsabile (altrettanto meritevole) di un reato più lieve sarebbe interdetto persino di giovare della mitigazione della sanzione, sol perché il legislatore ha stabilito che, mentre il primo protagonista merita la conversione della pena, il secondo merita "soltanto"⁵⁴ la... non punibilità!

Inoltre, siccome il nostro discorso sta coinvolgendo la disciplina di altre esimenti, lo estendiamo a quella di cui al co. 1 dell'art. 376 c.p., e ci fingiamo che la novella di cui si è parlato innanzi avesse stabilito che il resipiscente *in limine* andava punito con la sola multa (ferma restando la non punibilità di chi avesse ritrattato tempestivamente): è pacifico e evidente che *Primus*, condannato alla reclusione, si sarebbe potuto giovare dell'art. 673 c.p.p., semplicemente con l'appellarsi al co. 3 dell'art. 2 e allegando che dalla sentenza emergeva, in modo evidente e pacifico, che la sua ritrattazione era avvenuta

CED 232619, CM, 2006, 521, con nota di LEO.

⁵³ Del resto, ciò è quanto hanno in effetti stabilito talune disposizioni sopravvenute, talché il nostro diritto positivo conosce tali forme di depenalizzazione frammista con mitigazioni della pena; in merito, e anche con riguardo alla possibilità di ricorrere all'art. 673 c.p.p., rimettiamo (per ragioni di speditezza) direttamente a LATTANZI-LUPO, *Cod. pen., Rass. di Giur. e Dottr.*, commento all'art. 2: lì, per descrivere tali particolari depenalizzazioni, è altresì coniata una locuzione molto felice. Inoltre, si confronti il commento all'art. 673, in *Cod. proc. pen.* (dei medesimi AA.), 2008: sono mentovati casi di cui si discute.

⁵⁴ Crediamo davvero che siffatti paradossi debbano starsene distanti dalla cultura e dagli archetipi giuridici del nostro Paese. Al cospetto del quadro che si vuole (ossia a quello che vede il condannato avvantaggiarsi più di una disposizione che mitiga la pena, anziché di quella che la esclude), sarebbe già riduttivo il solo sospettare di incostituzionalità (fra le tante soluzioni formulabili) proprio l'art. 2 c.p., nella parte in cui non estende la disciplina del co. 2 alle ipotesi in cui la legge sopravvenuta introduce una qualsiasi causa di non punibilità (parziale o totale; in senso stretto o in senso lato; esimente, scusante o scriminante che sia). Crediamo, però, che alla risoluzione del busillis sia bastevole un'esegesi orientata verso i canoni introdotti dalla Costituzione e dalla normativa sovranazionale.

prima della chiusura del dibattimento⁵⁵. In modo superfluo, aggiungiamo che l'applicazione del predetto co. 3 sarebbe apparsa d'obbligo (anzi, a maggior ragione) anche in sede di giudizio di legittimità, senza dipendenza⁵⁶ dall'ammissibilità dell'impugnazione o dall'esistenza di idonea "devoluzione" (con i motivi di ricorso). Ebbene, può il giurista ritenere plausibile che, mentre *Primus* se ne esce dalle patrie galere, *Secundus* continui a rimanervi, giacché la giurisprudenza asserisce che l'attuale assetto normativo nega a determinate cause di non punibilità l'accesso al co. 2 dell'art. 2 c.p., e che (di conseguenza) tali cause di non punibilità non sono rilevabili in presenza di ricorso inammissibile? Davvero non comprendiamo come si possano nutrire dubbi in merito alla giusta risposta.

E, poi, fino a prova contraria, la successione di leggi disegna un'alternativa i cui due rami sono, rispettivamente e salvo inferenze particolari e *sui generis* (per es., prescrizione), un trattamento punitivo più severo e uno meno severo: giammai una condanna e un proscioglimento!

Al cospetto di tali evidenze, allora, appare saggio affrontare il soggetto delle cause di non punibilità, compreso l'art. 131-*bis*, da una prospettiva di più ampio respiro, e convenire che quelle sopravvenute costituiscono casi di depenalizzazione intesa in senso lato, sicché, limitatamente all'aspetto in esame, gli effetti concreti (e per quanto inerisce al diritto penale sostantivo, e per quanto attiene a quello processuale) prodotti dall'introduzione di una nuova scriminante in nulla si distinguono da quelli generati da una nuova esimente: del resto, anche con occhio alla semantica, la depenalizzazione è, appunto, l'affrancamento da una sanzione penale. In altri termini, occorre superare l'indirizzo secondo cui gli effetti tipici dell'*abolitio criminis* sono di necessità dipendenti dall'anabasi delle rispettive novelle verso la vetta sulla quale l'illiceità penale è eradicata onticamente e ontologicamente; al contrario, basta la catabasi da quell'improprio costruito che vuole inquadabile nel co. 4 dell'art. 2 c.p. ogni tipo di esimente che non sia legittima discendente del principio che identifica il "fatto" depenalizzato, soltanto e di necessità, con quello che non è più preveduto come reato. In definitiva, e sempre riproponendo che stiamo parlando solo di alcuni séguiti, a noi sembra che occorra svincolare la non punibilità in senso stretto da quell'aura, manichea e quasi magica, che crea una dicotomia tra gli effetti tipici dell'*abolitio* ortodossa e quelli delle esimenti: per contro, il campo appare governato da una semplice

⁵⁵ Non ci pare che vi sia spazio per dubbi al riguardo.

⁵⁶ Come si è più volte osservato: con riferimento, in specie, ai casi d'infrazione di pena poi diventata "illegale".

dualità, che vede anche la “depenalizzazione minore” produrre taluni effetti che sono gemelli di quelli generati dalla sorella maggiore⁵⁷. Tal assetto dovrebbe consigliare (ci pare) un’interpretazione che, indirizzata e governata dalla Costituzione e da altre disposizioni sovranazionali⁵⁸, sia concludente nel sancire che la non punibilità per tenuità del fatto non può essere reclusa dalle barriere erette dal co. 4 dell’art. 2.

A suggello di quanto proposto, stanno le seguenti e finali riflessioni. La prima mira a respingere ogni dubbio circa l’equiparazione (limitatamente a determinati effetti: non ci stanchiamo di ripeterlo) tra la non punibilità introdotta dall’art. 131-*bis* e le scriminanti vere e proprie; al riguardo, iniziamo con l’evocare la nota disputa⁵⁹ circa la natura delle esimenti, e la tendenza ad assumerle soltanto alla disciplina posta dai commi 1 e 3 dell’art. 530 c.p.p., e non pure a quella di cui all’art. 129 stesso Codice⁶⁰. Nondimeno, un punto fermo vi è: sotto il profilo delle conseguenze civilistiche, la sentenza che dichiara che il fatto non costituisce reato (*rectius*: non è previsto come reato) affluisce tuttavia entro l’alveo dell’art. 654 del Codice di rito. Ne consegue che (ricorrendo le aggiuntive condizioni complementari) tal proscioglimento

⁵⁷ Non è un caso, invero, che la legge, quando vuole prevenire malintesi circa le regole di cui stiamo trattando, si preoccupa di conferire al nuovo assunto la veste di istituto di natura processuale o di causa estintiva (e non già di causa di non punibilità); e lo ha fatto, per esempio, con l’art. 34 D. Leg.vo n. 274/2000 e con il perdono giudiziale: sul perdono giudiziale come causa estintiva, DOLCINI-MARINUCCI, cit., I, 2048; Cass., Sez. II, 7.12.76; in senso critico, DOLCE, *Perdono giudiziale*, EdD, XXXII, 1982, 992, 993 e 994. Circa la distinzione tra il perdono giudiziale e la nostra esimente, anche GAETA E MACCHIA, *L’applicabilità (...)*, cit. Cosicché, la non punibilità per tenuità del fatto pare dichiarabile in ogni tempo, nonché in ogni grado del giudizio, giacché comporta l’ablazione di ciò che costituisce la conseguenza tipica del fatto dell’autore del fatto, l’in sé della reprimenda: la pena. Altre interferenze, come l’efficacia civilistica del *dictum* o l’iscrizione nel Casellario, non paiono vulnerare il principio così fissato.

⁵⁸ Compreso l’art. 7 Cedu: norma che pare mentovata con più pertinenza, quando rivolta alla protezione, ex se, di fondamentali principi di giustizia sostanziale e di equità.

⁵⁹ Dalla quale, tuttavia, possiamo prescindere, poiché svolgeremo il discorso aderendo a quella, più rigoristica, che evoca la categoria delle semplici esimenti: ROMANO, *Comm. Sist.*, I, 490; SUCHAN, *Sui rapporti tra l’art. 54 e l’art. 384 c.p.*, in *CPMA*, 1976, 676; Cass., sent. 10.9.97, *RP*, 97, 580. Non di meno risulterà evidente (almeno, ci pare) che l’incidenza della tenuità del fatto sia appagata già dalla condizione che tali cause di non punibilità siano intese in senso stretto. Circa l’indirizzo che tende a considerarle scriminanti, o almeno scusanti: PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, 1959, 241; Cass., sent. 11.2.91, *CED* 158030.

⁶⁰ Tanto che ci si è ingegnati a prospettare le differenti conseguenze che ne derivano in caso di revisione della sentenza di condanna; infatti, si è persino asserito che, siccome le esimenti sfuggono al dominio dell’art. 129 c.p.p., la domanda ex art. 629 c.p.p., se avanzata con riferimento a una sentenza di patteggiamento, va dichiarata inammissibile, qualora si limiti a piatire una declaratoria di non punibilità avulsa dalle condizioni legittimanti l’assoluzione perché il fatto non è previsto come reato o perché non costituisce reato: Cass., Sez. VI, 24.5.2011; Cass., 4.12.2006. In ogni caso, rileviamo che, peraltro, permane il dubbio circa l’evenienza disciplinata dall’art. 448, co. 1, ultima ipotesi, c.p.p.

può incardinare, anche da solo, la responsabilità civilistica (o amministrativa) del prosciolto; se così è, gli effetti di cui al recente art. 651-*bis* in nulla trasgrediscono ai canoni fissati già dall'art. 654 citato, talché non è dato disgiungere il destino della nostra esimente (e di quelle consimili: già citati artt. 376 e 384 c.p., colpa lieve professionale, art. 598 c.p., ecc.) da quello delle scriminanti vere e proprie⁶¹: il séguito è che l'esistenza dell'art. 651-*bis* nel tessuto normativo non esclude, di per sé, che l'art. 131-*bis* abbia introdotto un'*abolitio*.

La seconda considerazione guarda all'istituto della revisione. Immaginiamo che a Tito, tratto a giudizio per aver distrutto un gioiello altrui, sia stata negata l'esimente, sol perché l'oggetto è stato ritenuto di valore considerevole, benché ricorressero, giusta espressa motivazione del giudice, tutti gli altri presupposti e condizioni per la declaratoria. In séguito, ecco emergere (da documenti sopravvenuti o per accertata falsità) che l'oggetto distrutto era un semplice lapislazzuli del valore di qualche decina di euro. È evidente che Tito potrebbe domandare la revisione della sentenza di condanna per danneggiamento, e conseguire esito positivo, atteso che la declaratoria di non punibilità per tenuità del fatto apparirebbe incontrovertibile, in forza del richiamo all'art. 530 c.p.p. operato dall'art. 631 stesso Codice: cioè a dire che, quand'anche non governata dall'art. 129 (ma non ve ne è bisogno), la sorte della tenuità del fatto soggiacerebbe almeno al dettato dell'art. 530. Il riverbero logico-giuridico è che, siccome gli artt. 631-530 c.p.p. regolano unitariamente le vicende di ogni tipo di scriminante, scusante, esimente o dirimente, gli effetti conseguenti alla riconosciuta tenuità del fatto in nulla e per nulla vanno distinti da quelli prodotti dalle altre cause di non punibilità; in altre parole, in tanto è possibile parlare di revisione per riconosciuta tenuità del fatto (o di altre esimenti) in quanto l'art. 131-*bis* non è retto (neppure agli effetti *de quibus*) dal co. 4 dell'art. 2 c.p.p.: per vero, non sono possibili revisioni dirette a ottenere trattamenti meno severi⁶².

⁶¹ A proposito della differenza ontologica tra le varie figure, anche S.U., 7.10.2002, n. 37503.

⁶² Va da sé che la possibilità di domandare la revisione anche con riguardo agli artt. 529 e 531, ben lungi dal confutare l'esegesi proposta, anzi la rafforza: difatti, le due disposizioni trattano dell'improcedibilità e dell'estinzione del reato, senza alcun accenno a pene *mitiores*. Se pensiamo alla già affrontata questione del resipiscente, constatiamo che non gli può essere negata una revisione tendente a dimostrare che la ritrattazione era avvenuta (è esempio teorico) prima della chiusura del dibattimento: dove mai poggia, allora, l'asserzione che la riforma dell'art. 376, co. 1, c.p. è calamitata dal co. 4 dell'art. 2 c.p., e che l'esimente non esplica efficacia nel caso di ricorso manifestamente infondato? È ovvio, tuttavia, che difficilmente le cause di non punibilità del tipo possono, in via pratica, giovare di una positiva delibazione di ufficio in sede di legittimità (specie in costanza di ricorso inammissibile), come pure di giudizi di revisione, ma ciò dipende dal fatto che (quasi sempre) il punto è stato già oggetto di esame nei pre-

Comunque sia, al cospetto di un ginepraio d'interpretazioni che si contraddicono (altro che linearità della novella!)⁶³, ci sia consentito 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, Ockham, 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 turno⁶⁴ 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 eleva a soggetto che legifera di fatto⁶⁵, consentendogli di fare il «libito» «licito in sua» esegesi. Sia, invece, il legislatore⁶⁶ (ossia i nostri parlamentari e governanti di turno)⁶⁷ a onorare il «glorioso

cedenti gradi del giudizio, e non già perché vi osterebbe il dettato del co. 4 dell'art. 2.

⁶³ Che l'orientamento espresso dalle sentenze di cui alla nota n. 43 non sia condivisibile, lo anticipa direttamente la relazione dell'Ufficio Massimario della Corte (del 23.4.15); nell'atto si legge: «Inoltre, l'(immediata) applicabilità dell'istituto, ove se ne ammetta la natura sostanziale, potrebbe essere assicurata - (almeno) nel caso di ricorso depositato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015 - per effetto della rilevabilità di ufficio a norma del combinato disposto dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen. e dell'art. 2, co. 4, c.p., in linea con quanto affermato da Sez. VI, n. 17065 del 2012, cit., in relazione alla sopravvenuta operatività della disciplina più favorevole in tema di ritrattazione, nonché, specificamente, da Sez. III, n. 15449 del 2015, cit. Qualora, poi, si assuma che la non punibilità per particolare tenuità del fatto sia rilevabile ex art. 129 c.p.p., non sembrerebbero esservi preclusioni ad una sua dichiarazione di ufficio neppure in caso di ricorso depositato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015». Come è dato evincere, mentre qui si dà per scontata la deliberazione d'ufficio dell'incidenza della novella (e addirittura si considera plausibile, pur se non assodata, l'eventualità che tal deliberazione coinvolga persino i ricorsi depositati dopo l'entrata in vigore dell'art. 131-*bis*), lì si giunge a negare l'accesso a qualsiasi domanda diretta a sollecitare l'esame, se non assistita da congrua allegazione (in fatto e in diritto) dei presupposti legittimanti l'invocata disamina. Coticché, a noi pare che veramente si stia navigando senza neppure la bussola.

⁶⁴ Nei termini, pur se con accenti differenti, oltre che varie voci, pure FIANDACA: *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 6.

⁶⁵ In altri termini, specie quando i due corni del dilemma sono, rispettivamente, il proscioglimento (tale è quello *de quo*, a prescindere dal *nomen*) e la condanna, non pare giusto far navigare il destino di questa o quella persona a seconda: ossia rispetto al periglioso veleggiare d'interpretazioni dalla difficoltà proibitiva (e, comunque, ontologicamente controvertibili). Ancor meno pare accettabile affidare all'avverbio «manifestamente» il governo del destino di cui si discute: secondo che il giudice di legittimità giudichi il ricorso soltanto infondato, oppure manifestamente infondato. Quasi a conferma della riflessione, proprio alcuni giorni or sono, la S.C. (n. 34932, dep. il 18.8.2015) ha asserito (con mera e apodittica affermazione di principio) che la manifesta infondatezza del ricorso preclude la deliberazione *de qua*: cioè a dire che, se il porto di salpamento è il comma 4 dell'art. 2, quello d'approdo è di necessità la supremazia del comma 3 dell'art. 606 c.p.p. A noi, perciò, pare giusto affermare che, specie *in subiecta materia*, non si possa e non si debba lasciare spazio a soggettivismi o cabalismi ermeneutici del tipo.

⁶⁶ Se, poi, coloro che scrivono le leggi, anziché ostinarsi a esercitare le rispettive funzioni, si accorgessero

offizio» che si picca di voler esercitare: richiami alla propria memoria quanto Socrate obiettò e spiegò, circa le proporzioni tra Legge e giudice⁶⁸, al buon Critone, allorché questi, dopo aver sapientemente preparato la fuga del maestro (a sua insaputa), lo incitò, ma inانamente, ad attuarla.

dell'opportunità di confessare pubblicamente che spesso gli epigoni sono carenti di quella sapienza che ha gratificato i capostipiti, giacché questa «rade volte risurge per li rami», e se ne stessero tranquillamente a casa propria, di certo (per dirla con un accusativo di relazione) non si vedrebbero cittadini «roridi di pianto le guance smunte», a mo' di quelle delle prefiche argive: sia perché si farebbe tesoro degli insegnamenti di Solone, appunto, e dei grandi tragici greci (che, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, deploravano l'ostentazione del pianto), sia perché occorrerebbe risparmiarsi per la futura profusione di lacrime che la commozione per l'insediamento dei loro rampanti allievi certamente genererebbe.

⁶⁷ A buona parte dei quali, e chiediamo venia e licenza *ad hoc*, ci sia consentito di sussurrare, pur con voce fievole quanto si vuole, l'accorato divisamento che esordisce con una trisdrucchiola trasmessaci, prima ancora che da Villaggio, dal proto italiano del Bruno e del Buffalmacco dell'elitropia: «Ma vadinosenene a far fortuna altrove!». All'epifania di tal miracolo, negli occhi di tutti coloro che lo hanno «atteso tanto» si coglierebbe, ne siamo convinti, l'ungaretiano, stupendo, «rapido sospiro».

⁶⁸ È comprensibile che agli antipodi delle nostre concezioni stiano quelle opinioni che, pur legittimamente (è scontato), giudicano del tutto compatibili tra loro il principio di riserva di legge (e di legalità) e la delega (a mano a mano più ampia e consistente) alla magistratura della potestà di operare, di fatto, vere e proprie «interpretazioni autentiche». Non è frutto del caso, perciò, che rappresentati dell'Anm, nell'audizione in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (svoltasi il 27.1.2015), abbiano affermato che «(...) occorre avere fiducia nella capacità della magistratura ordinaria di gestire al meglio il compito che il legislatore le affida». Bah... La prima considerazione è che la «magistratura ordinaria» non è una categoria tomistico-kantiana, né astratto concetto puro intriso di un qualche valore assoluto, sibbene è entità composta di singoli il cui rispettivo pensiero non risulta far parte (almeno fino a oggi) del principio positivo (oppure negativo) di una classe dualistica (come è quella manichea); la seconda è che esito congruente di siffatti sillogismi potrebbe essere, per esempio, la soppressione degli artt. 380, 381, 382 e 384 c.p.p., e l'attribuzione alla polizia giudiziaria (non meno meritevole della fiducia del legislatore e dei cittadini: e ciò appare pacifico) della facoltà di decidere *ad libitum* se e quando procedere all'arresto o al fermo. Ci sia consentito, perciò, di obiettare che davvero non comprendiamo la connessione tra la fiducia nella giurisdizione e l'esercizio «sostanziale», da parte di questa, di poteri e facoltà che la storia del nostro Paese, la sua cultura e finanche i suoi archetipi logico-giuridici vogliono e giudicano come assoluta prerogativa di chi è preposto alla funzione legislativa. Del resto, pur volendo tenere in disparte l'eccessività della quota di assegnazione alla discrezionalità del giudice di merito, basta riflettere proprio sulla pletera di contrasti interpretativi (quindi, circa argomenti di puro diritto), per rendersi conto che un legislatore serio e capace non deve mai permettere che sulla sorte giudiziaria dei consociati, e massime con riguardo alle vicende che coinvolgono la loro libertà personale, regnino l'arbitrarietà e il caso.