

Prescrizione e tenuità del fatto: tempo, reato e favor rei

di Gaetano Stea

Nota a CASS. PEN., SEZ. VI, 16 marzo 2016 (ud. 27 gennaio 2016), n. 11040

PAOLONI *Presidente* – FIDELBO *Relatore* – CANEVELLI *P.G.* (concl. contr.)

Massima

In applicazione del principio del favor rei, la declaratoria di non punibilità del reato per la particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p., in seguito a dibattimento, non può essere pronunciata nell'ipotesi di intervenuta prescrizione, poiché, a differenza della prima, sul piano sostanziale, esclude la stessa esistenza storica e giuridica del reato e, su quello processuale, non ha alcuna conseguenza né nei giudizi civili e amministrativi, né ai fini delle iscrizioni nel casellario giudiziale.

Il commento

1. Il caso

Un collaboratore di giustizia si allontana senza autorizzazione dal domicilio protetto dove era sottoposto alla misura della detenzione domiciliare, per recarsi in banca, al fine di cambiare la carta bancomat danneggiata, onde provvedere ai bisogni familiari.

La Corte d'Appello di Bologna, in parziale riforma della decisione di primo grado, condanna l'imputato alla pena ritenuta di giustizia per violazione dell'art.385 c.p., in relazione all'art.47-ter o.p. Il difensore dell'imputato ricorre innanzi alla Suprema Corte, denunciando violazione di legge per omessa applicazione dello stato di necessità e rilevando, comunque, l'intervenuta prescrizione. Con motivi nuovi, il difensore chiedeva l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art.131-

bis c.p. La Suprema Corte annulla la sentenza impugnata poiché il reato è estinto per intervenuta prescrizione.

2. Egesi breve dell'istituto della tenuità del fatto

L'istituto della particolare tenuità del fatto, introdotto nel tessuto del Codice penale (art.131-*bis*) con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, si innesta nell'ambito di una sequela di interventi normativi che hanno una chiara finalità di «depenalizzazione in concreto», come espressamente indicato nella relazione governativa di presentazione dello schema di decreto legislativo per il parere delle competenti commissioni parlamentari.

In genere, va osservato che la funzione generalpreventiva positiva (o integratrice) della pena è utile anche a dare un significato positivo all'**area della non-punibilità**, laddove si concentrano istituti del diritto penale che, a vario titolo, escludono l'applicazione della pena, anche innanzi all'autore di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Tale ambiente teorico diviene ancora più congeniale per favorire la ricomposizione della frattura sociale innescata dal fatto delittuoso, ove si guardi al solo scopo rieducativo della pena, come voluto dall'ordinamento domestico (art.27 co.3 Cost.), in cui anche il non-punire deve acquisire un valore risocializzante.

Il nuovo istituto si colloca a pieno titolo in quest'area, assumendo una natura decisamente **sostanziale** e non processuale, con tutte le conseguenze in ordine alla certa applicabilità dell'art.2 c.p.

L'art.131-*bis* c.p., al primo comma, individua, in primo luogo, l'ambito di applicazione dell'istituto conformemente all'indicazione delegante, ovvero solo per quei reati che sono puniti con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni e, successivamente, indica i requisiti di non punibilità del fatto (a) nella particolare tenuità dell'offesa e (b) nella non abitualità del comportamento, da valutare attraverso i criteri di stima della gravità del reato di cui all'art.133, co.1, c.p.

3. I requisiti della tenuità del fatto

Nei successivi commi, il legislatore si è preoccupato di meglio delineare i confini interpretativi rispettivamente, in negativo, per l'offesa, ed in positivo, per l'abitualità.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità: (1) quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, qualora, dunque, la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del reato, da apparire un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento¹; (2) o quando l'autore ha agito con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie, superando la normalità causale determinante l'evento, con volontà di infliggere alla vittima sofferenze aggiuntive rispetto a quelle ricomprese nella ordinaria incriminazione del fatto tipico²; (3) o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa, abusando dunque della particolare vulnerabilità fisica o psichica della vittima, dovuta anche all'età; (4) ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale, invece, (1) nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, ai sensi degli artt.102 ss. c.p.; (2) ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità; (3) nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate; per **plurimi**, si intendono comportamenti **diversi** nella natura, nei mezzi e nelle modalità di attuazione; per **abituali**, invece, si intendono quei comportamenti **simili** per natura, mezzi e modalità di esecuzione; ed, infine, per **reiterati**, si intendono quei comportamenti **identici** nella caratteristiche fondamentali. In genere, è stata sottolineata l'abitualità del comportamento ai fini di cui all'art.131-*bis* c.p. in tutte le ipotesi di reato continuato.

¹ Cass. pen. Sez. V, 19 giugno 2014, n. 41052, in *CED Cass*, rv. 260360

² Cass. pen. Sez. I, 10 febbraio 2015, n. 8163, in *CED Cass*, rv. 262595

Va detto, infine, che, ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma dell'art.131-*bis* c.p., come presupposto di applicabilità dell'istituto, non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso, ai fini dell'applicazione del primo comma, non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p. Qui il legislatore ha inteso restringere l'effetto di deflazione del carico giudiziario, conseguente all'introduzione di questa condizione negativa di punibilità, evitando l'applicabilità (anche solo in astratto) dell'art.131-*bis* c.p. al mero apprezzamento del giudice, nell'ipotesi di esclusione di una circostanza speciale ad effetto speciale, ritenuta equivalente ad una o più circostanze attenuanti comuni. E' una tecnica già utilizzata dal legislatore, ma, in un alcune ipotesi, sanzionata dalla Corte costituzionale.

L'ultimo comma stabilisce che la disposizione in commento si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.

4. Fondamento della tenuità del fatto

La disposizione in commento è uno strumento certamente appartenente all'ambito della punibilità e non dell'offensività, laddove si consideri che l'offesa caratterizza la tipicità del fatto concreto e, indubbiamente, il fatto particolarmente tenue *ex* art.131-*bis* c.p. è già tipico e, dunque, offensivo. Stando alla teoria tripartita del reato, l'istituto sembra afferire alla colpevolezza (senza escluderla), poiché anche la stima dell'offesa perpetrata pone attenzione al comportamento del reo, tanto che il secondo comma dell'art.131-*bis* c.p. indica precise ipotesi di esclusione della tenuità dell'offesa, richiamando delle circostanze aggravanti comuni soggettive. E comunque, uno dei criteri di valutazione della tenuità del fatto è espressamente indicato nell'art.133, co.1, n.3, c.p. (intensità del dolo o grado della colpa), a cui rinvia l'art.131-*bis*, co.1, c.p., che sono requisiti della colpevolezza.

La tenuità afferisce dunque alla colpevolezza, senza escluderla, essendo utile strumento di graduazione dell'intervento punitivo in proporzione alla gravità dell'apporto personale dell'agente nella perpetrazione dell'azione criminale.

5. Fondamento della prescrizione del reato

Le teoretiche sulla funzione del decorso del tempo nel diritto penale hanno interessato da sempre la dogmatica³: si è passati dalla elaborazione di impostazioni concettuali incentrate sulla esaltazione di una *ratio* unica dell'istituto, ad un approccio multifattoriale, sino a giungere ad una prospettiva metodologica incentrata sullo stretto collegamento del fondamento della prescrizione con le finalità della pena. Nell'economia del contributo, va osservato che non è possibile individuare una ragione immanente⁴, che trascenda il vigente contesto normativo nel quale l'istituto della prescrizione è calato; il fondamento non può che essere relativo, in quanto necessariamente storicizzato. Da tale premessa, si può affermare che la *ratio* della prescrizione del reato va ravvisata nella funzione di prevenzione generale positiva della pena⁵, che ne valorizza gli aspetti più legati alle dinamiche sociali ed, in particolare, nell'esigenza di pacificazione che la sanzione criminale asseconda in una società democratica, confermando nel tessuto sociale la vigenza della norma infranta. La funzione generalpreventiva positiva (o integratrice) della pena è utile anche a dare un significato positivo all'area della non-punibilità, laddove si concentrano istituti del diritto penale che, a vario titolo, escludono l'applicazione della pena, «pur di fronte all'autore di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole»⁶. Tale ambiente teorico diviene ancora più congeniale per favorire la ricomposizione della frattura sociale innescata dal fatto delittuoso, ove si guardi al solo scopo rieducativo della pena, come voluto dall'ordinamento domestico (art. 27 co. 3 Cost.), in cui anche il non-punire deve

³ Tale paragrafo è tratto, con alcune modifiche, da STEA, *La natura penale dell'ordine di demolizione edilizia*, in www.legislazionepenale.eu, 22.12.2015

⁴ PISA, *Prescrizione – f) Diritto penale*, in *ED*, XXXV, Milano 1986, 81.

⁵ Per un approfondimento delle tematiche connesse alle finalità della pena, PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino 1999, 1 ss.

⁶ GIUNTA–MICHELETTI, *Tempori cedere – Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 42.

acquisire un valore risocializzante. In maniera significativa, si è detto che «la non-punibilità rappresenta (...) la zona dell'inutilità funzionale della pena, (...) vuoi per la particolarità della fattispecie concreta, vuoi per la personalità dell'autore, vuoi ancora (...) per il decorso di un ampio lasso di tempo proporzionato al disvalore dell'illecito»⁷.

Dal punto di vista collettivo, la risposta punitiva tardiva non è utile a confermare la vigenza della norma e, quindi, a reintegrare il senso di sicurezza sociale dei consociati, poiché la società è mutevole e si adatta ad una frattura non immediatamente ricomposta in relazione all'intensità dell'offesa patita, così perdendosi nella memoria dell'ordinamento l'interesse confermativo della validità della norma violata: «il tempo ha fatto cessare il danno sociale mercè la presunta obliivione della delinquenza; la quale conduce alla cessazione della impressione morale nata dalla medesima, sia sui buoni in cui è cessato il timore, sia sui malvagi nei quali non ha più forza il malo esempio. Cessato il danno politico si rende inutile la riparazione penale»⁸.

Dal punto di vista del cittadino (o individuale), la tempestiva punizione del fatto commesso costituisce certamente il corretto modo di intervenire sullo stesso per reintegrarlo nel tessuto sociale. Già Beccaria sosteneva che i «delitti atroci» e «i delitti minori ed oscuri devono togliere colla prescrizione l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i delitti toglie l'esempio dell'impunità, rimane intanto il potere al reo di divenir migliore»⁹. Ma non

⁷ GIUNTA-MICHELETTI, *op. cit.*, 42-43.

⁸ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Ed. V., Lucca 1887, 438

⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Consulte criminali*⁵, con introduzione e note a cura di G. Armani, Milano 1995, 69. Ad una lettura superficiale, invero, dell'opera di Beccaria, i delitti atroci potrebbero sembrare imprescrittibili. Non pare così dall'attenta analisi del Capitolo XXX *Processi e Prescrizione*, laddove si legge: «quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando sieno provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga». Qui pare che l'Autore faccia riferimento, in *primis*, alla prescrizione della pena per i delitti atroci, in quanto fa espresso richiamo all'intervenuto accertamento degli stessi («...quando sieno provati...») e, poi, alla circostanza che il condannato si sia sottratto all'esecuzione della pena stessa («...in favore del reo che si è sottratto colla fuga...»). Conferma di tanto si ha nel successivo passo, in cui l'Autore

basta. Se si radicalizza l'osservazione sullo stretto legame tra personalità e finalismo rieducativo, che ha portato all'elaborazione della colpevolezza, si può arrivare ad affermare, ancora oggi, che «il decorso del tempo scava una lacuna incolmabile, eliminando il nesso psicologico tra il fatto e l'agente», con l'effetto che la pena perde la sua ragione funzionale, ma anche il suo valore intimidatorio. E tanto nella prospettiva, ormai superata, della colpevolezza *psicologica*, ma anche di quella *normativa* per cui un rimprovero a distanza di tempo dal fatto perde, allo stesso modo, ogni relativa caratterizzazione funzionale.

Nell'ottica strettamente personalistica, infine, lo iato temporale (lungo) tra pena e fatto colpisce «un soggetto diverso da quell'autore del reato medesimo. Il tempo ne può avere radicalmente modificato la stessa identità biologica e certamente quella psico-fisica, risolvendosi la responsabilità in contrasto con il profondo significato» dell'art. 27 Cost.¹⁰.

Ulteriore argomento da considerare per individuare la *ratio* (relativa) della prescrizione del reato, è costituito dalla natura sostanziale dell'istituto ed, in particolare, dall'espressa collocazione tra le cause di estinzione del reato. Estinguere, cancellare, annullare, dimenticare. Il reato, inteso come danno sociale, con il passare di un certo lasso proporzionato di tempo, svanisce nelle maglie del tessuto democratico¹¹.

afferma che «la massima differenza di probabilità di queste due classi esige che si regolino con diversi principii: nei delitti più atroci, perché più rari, deve sminuirsi il tempo dell'esame per l'accrescimento della probabilità dell'innocenza del reo, e deve crescere il tempo della prescrizione, perché dalla definitiva sentenza della innocenza o reità di un uomo dipende il togliere la lusinga dell'impunità, di cui il danno cresce con l'atrocità del delitto». Conforto a tale lettura si ritrova in PAOLINI, *Dei delitti e delle pene del Marchese Cesare Beccaria con l'aggiunta di un esame critico dell'Avv.to Aldobrando Paolini*, IV, Firenze 1821, 186-187, che, criticando le indicazioni del Beccaria, osserva: «(q)uanto poi all'accrescimento della prescrizione, nego che i delitti atroci abbiano o meritino veruna prescrizione, toltone quella che potrebbe far godere ai medesimi la grazia e la clemenza del principe; ed allora non si potrebbe chiamare prescrizione, se non abusivamente».

¹⁰ STORTONI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *FI* 1998 (V), 321-322.

¹¹ Conforto a tale impostazione si legge in una recente pronuncia della Corte costituzionale

Tuttavia, è evidente che la perdita di memoria dell'offesa sociale costituisce la componente prevalente della *ratio* della prescrizione del reato, tenuto conto dell'imprescrittibilità dei delitti contro l'umanità e, comunque, puniti con l'ergastolo, per cui, in astratto, varrebbero le ragioni personalistiche di inutilità della pena sopra evidenziate, sulle quali, però, prevale la perdurante memoria collettiva dell'atrocità criminale.

La conseguenza logica delle qui tracciate argomentazioni è quella di considerare il tempo come incidente sulla stessa tipicità del fatto, facendo estinguere l'offesa sociale¹². La *ratio* contemporanea della prescrizione del reato è la necessità che la pena conservi la sua utilità collettiva come confermativa della validità della norma violata, ma anche per favorire il reingresso sociale del reo, come conquista positiva per la comunità democratica. Tale concezione della prescrizione del reato non pare venire meno neanche se si rapporta con le dinamiche dell'accertamento processuale, a cui appartengono gli istituti della sospensione e dell'interruzione, ma anche la stessa rinuncia alla prescrizione da parte dell'imputato, che evidentemente afferiscono al diritto alla ragionevole durata del processo previsto nell'art. 111 Cost., mentre il diritto all'oblio, a cui si crede appartenga il fondamento storico della prescrizione, si colloca nell'art. 2 Cost.

(25 marzo 2015 n. 45), secondo cui la prescrizione del reato «è legata, tra l'altro, sia all'affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati, sia al “diritto all'oblio” dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela».

¹² Argomenti favorevoli paiono venire da C. cost. 22 luglio 2011 n.236, che tracciando il confine dell'art.7 Cedu, riferendosi alla prescrizione del reato, evidenzia che il principio di retroattività della *lex mitior*, riconosciuto nel caso *Scoppola* (cfr. C. eur., GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*), riguarda «esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità». La prescrizione, dunque, incide sull'offesa sociale.

6. Differenti conseguenze processuali

Sia la prescrizione del reato, ai sensi dell'art.531 c.p.p., sia la declaratoria di tenuità del fatto *ex art.131-bis c.p.*, argomentando dall'art.651-*bis c.p.*, impongono al giudice il proscioglimento dell'imputato.

Rispetto a quest'ultimo istituto, va detto che la novella, sotto il profilo processuale, ha dettato una disciplina relativa alle relative modalità applicative per la fase precedente la pronuncia del decreto di archiviazione (art. 411 c.p.p.) e della sentenza di proscioglimento predibattimentale *ex art. 469 c.p.p.* Proprio dalla disciplina dell'efficacia (nei giudizi civili ed amministrativi) della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto di cui all'art.651-*bis c.p.p.* si evince che tale può essere l'esito decisorio a seguito del dibattimento o del giudizio abbreviato, senza però subordinarne la pronuncia a particolari regole o cadenze processuali.

Tale disposizione, infatti, stabilisce: *«La sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale»*. Da ciò, l'esclusione della punibilità, ai sensi dell'art.131-*bis c.p.*, non incide sulla illiceità penale del fatto accertato, che è, dunque, tipico, antiggiuridico e colpevole, ma è teleologicamente deputato solo ad evitare l'applicazione della pena secondo una valutazione graduante della colpevolezza, per cui quella minima, desunta dall'esiguità dell'offesa e dall'occasionalità della condotta, non giustifica l'irrogazione della sanzione.

La sentenza di proscioglimento per prescrizione, invece, non ha alcuna efficacia nel giudizio civile o amministrativo ed, a differenza di quella di cui all'art.131-*bis c.p.*, non è equiparata ad una sentenza di condanna agli effetti delle iscrizioni nel casellario giudiziale.

7. Il favor rei e la soluzione giurisprudenziale

Da tali brevi annotazioni sul fondamento giuridico degli istituti in commento, è agevole evidenziare che, pur appartenendo entrambi all'area sostanziale della non-punibilità, afferiscono ad elementi distinti del reato: l'una, la prescrizione, alla tipicità; l'altra, la tenuità del fatto, alla colpevolezza.

L'appartenza di entrambi all'ampia zona funzionale della non-punibilità, come detto, li va a collocare nell'alveo del principio del *favor rei*, come relativa diretta implementazione nel tessuto applicativo, secondo il rapporto principio-regola. È un dato empirico ampiamente acquisito che il *favor rei* inondi di sé l'ordinamento processualpenalistico, prima, e penale sostanziale, poi, soprattutto da parte della giurisprudenza.

La sentenza in commento, che ribadisce un assunto già affermato, affronta la questione relativa al conflitto (eventuale) tra prescrizione e tenuità, in favore della prima, facendo riferimento alle conseguenze sostanziali, piuttosto che processuali, derivanti dall'applicazione dell'una, anziché l'altra. L'esclusione della tipicità del fatto per decorrenza del tempo previsto dalla legge costituisce un evento favorevole per l'imputato, secondo l'indicazione offerta dalla sentenza in commento, non solo, sul piano giuridico e processuale, ma anche *storico*.

Tale riferimento è particolarmente significativo nel contesto attuale in cui la prescrizione nostrana è sottoposta ad un fortissimo stress critico, sovranazionale e mediatico, un po' superficiale e da capro espiatorio dell'inefficienza cronica del sistema giudiziario domestico.

Forse è un mero *lapsus calami* dell'estensore, ma piace pensare che sia invece un colpo di penna, nella stesura della sentenza in commento, alle tesi superficialmente denigratorie della prescrizione, così volendo ribadire, utilizzando l'espressione «esistenza storica del reato», che la pena deve conservare, in ogni caso, la sua utilità collettiva come confermativa della validità della norma violata, ma anche per favorire il reingresso sociale del reo, così ancorando la *ratio* sistematica della prescrizione, all'art.27, co.3, Cost.