

OFFESA ESIGUA, ASSENTE E INCIDENTE SULLE SOGLIE DI PUNIBILITÀ

di Giuseppina Panebianco

(Professore associato di Diritto penale, Università degli Studi di Messina)

SOMMARIO: 1. Le questioni, gli obiettivi, il metodo. – 2. Tra funzione politico-criminale, (auspicati) effetti e implicazioni dogmatiche. – 3. Uno sguardo d'insieme sulla disciplina della non punibilità per particolare tenuità del fatto: il controverso ambito di operatività. – 3.1. L'incidenza delle circostanze. – 3.1.1. La geometria variabile delle circostanze ad effetto speciale. – 3.1.1.1. (...) e le ricadute sull'operatività dell'art. 131-bis Cp. – 3.1.2. L'esclusione del bilanciamento tra circostanze eterogenee. – 3.2. Gli indici di tenuità: tra criteri di valutazione e presunzioni preclusive. – 3.2.1. *Quo plus sunt potae, plus sitiuntur aquae*: il preoccupante avvio delle aggiunzioni alle presunzioni di non tenuità dell'*offesa*. – 3.2.2. L'abitudine del comportamento: le presunzioni anamnestiche. – 3.2.2.1. (...) e quelle diagnostiche. – 3.3. La tenuità del fatto tra non punibilità e attenuazione della pena. – 3.4. La particolare tenuità del fatto «di lieve entità». – 3.5. Qualche cenno ai profili di diritto processuale: a) l'archiviazione delle indagini per particolare tenuità. – 3.5.1. *Segue*: b) il “non luogo a procedere” all'esito dell'udienza preliminare. – 3.5.2. *Segue*: c) il proscioglimento predibattimentale ai sensi dell'articolo 131-bis Cp. – 3.5.3. *Segue*: d) l'assoluzione della persona non punibile. – 4. La maschera processuale e il volto sostanziale della non punibilità per particolare tenuità del fatto: i riflessi sulla natura giuridica, sul fondamento giuridico-sostanziale e sulla *ratio* politico-criminale. – 5. Tra inoffensività ed esiguità del fatto conforme al tipo: il recupero in chiave ermeneutica della concezione realistica del reato. – 5.1. I riflessi sui campi di evidenza della disciplina del reato impossibile. – 6. Il destino dei fatti al margine dell'inoffensività. – 7. Il fatto tenue sulla soglia della punibilità. – 7.1. (...) e dell'illecito punitivo amministrativo.

1. Per anni la dottrina, non senza una consistente eco nell'esperienza giurisprudenziale, si è soffermata a riflettere sulle sorti del fatto che, pur rispecchiando i requisiti descritti dal legislatore nella fattispecie astratta, non esprime un'apprezzabile offesa al bene giuridico che questa intende tutelare. Com'è noto, il dibattito si è sviluppato soprattutto intorno al primo capoverso dell'art. 49 Cp nell'affannosa ricerca di una sua autonomia concettuale rispetto all'istituto del delitto tentato¹. Di recente, la questione ha trovato nuovo slancio nell'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto², la cui disciplina sostanziale

¹ Sul punto si rinvia, in presenza di una letteratura notoriamente vasta, alle accurate analisi di M. Catterini, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli 2004 e S. Seminara, *Il delitto tentato*, Milano 2012.

² L'istituto è stato introdotto dal d.lgs. 16.3.2015 n. 28, in attuazione dell'art. 1 co. 1, lett. m della l. 28.4.2014 n. 67. Nonostante la sua recente introduzione, la non punibilità per particolare tenuità del fatto sembra già candidata all'abrogazione: v. la proposta di legge n. A.C. 2024, d'iniziativa del deputato E. Cirielli, presentata alla Camera il 25 luglio 2019, il cui testo può leggersi in *sistemapenale.it*, 19.12.2019.

incunea tra la mancanza di offesa e quella penalmente rilevante un distinto grado di lesività sottratto alla reazione sanzionatoria criminale. La rinnovata attenzione per la disciplina del reato impossibile trova ora il suo punto focale nella ricerca del confine tra il fatto c.d. inoffensivo conforme al tipo e quello che, pur tale da attingere il bene giuridico tutelato dalla fattispecie astratta, trova ora ricetto nell'art. 131-bis Cp in ragione della sua particolare tenuità.

Sebbene di primo acchito la lettura della nuova disposizione sembrerebbe avere archiviato, o meglio assorbito, la questione dei fatti inoffensivi conformi al tipo che parrebbero ora sottratti alla sanzione penale per il suo tramite, le diverse conseguenze sostanziali e processuali scaturenti dall'applicazione dell'art. 131-bis Cp in confronto con l'art. 49 cpv.³ hanno da subito indotto la dottrina e la giurisprudenza a mantenere ferma l'operatività di quest'ultimo per i fatti che si manifestino privi di offesa. Non solo: alcuni studiosi hanno sollecitato la riconduzione del fatto ai margini della inoffensività nell'alveo della disciplina del reato impossibile piuttosto che dell'art. 131-bis Cp, come di contro sembrerebbe suggerire la formulazione di quest'ultimo⁴. Breve: la sfera operativa della non punibilità per particolare tenuità del fatto, anziché attrarre i fatti inoffensivi conformi al tipo, dovrebbe contrarsi in favore dell'art. 49 cpv. anche in presenza di fatti marginalmente offensivi. Si staglia così il primo obiettivo dell'indagine che si intende condurre: verificare la persistente sostenibilità, nel mutato assetto normativo, della c.d. concezione realistica del reato e di conseguenza la sorte dei fatti tipici eppure inoffensivi e di quelli che in scala si pongono a ridosso di questi ultimi.

Per vero, l'introduzione di un livello di rilevanza penale dell'offesa lasciato all'apprezzamento giudiziale sia pure nei limiti del tracciato normativo, quale è quello segnato dall'art. 131-bis Cp, pone all'interprete l'ulteriore questione della compatibilità del nuovo istituto con le fattispecie la cui struttura ingloba già una puntuale presa di posizione del legislatore al riguardo, essendo la relativa punibilità condizionata dal superamento della soglia di lesività individuata già con la formulazione della norma incriminatrice. Si impone dunque un ulteriore sviluppo dell'indagine: l'approfondimento della correlazione del nuovo istituto con le c.d. soglie di punibilità.

Nell'ideale triade che vede la non punibilità per particolare tenuità porsi in relazione con l'art. 49 cpv. e con i reati caratterizzati da soglie di punibilità, la riflessione non può che soffermarsi in via preliminare sull'istituto di recente introduzione, alla ricerca della funzione politico-criminale e del fondamento giuridico-sostanziale che definiscano la questione del suo inquadramento dogmatico.

2. La lettura della relazione illustrativa del d.lgs. 28 del 2015, al quale si devono l'introduzione dell'art. 131-bis Cp ed i conseguenti aggiustamenti del codice di rito come richiesto

³ Basti qui il mero accenno all'assenza di qualsivoglia reazione sanzionatoria penale in caso di dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto a fronte della possibile applicazione della libertà vigilata ex art. 49 cpv. Cp, la cui formula di proscioglimento si fonda però sulla insussistenza del fatto e non produce gli effetti preclusivi conseguenti invece alla dichiarazione di non punibilità ex art. 131-bis Cp.: v. meglio *infra*, n. 5

⁴ V. *infra*, n. 6.

dalla l. 67/2014, non sembra lasciare dubbi sullo scopo del nuovo istituto, inteso a realizzare i principi di *ultima ratio* e proporzione sul piano sostanziale e la deflazione del carico giudiziario su quello processuale⁵. Eppure le molteplici trattazioni sul tema della non punibilità per particolare tenuità del fatto non tralasciano di occuparsi dell'argomento, per lo più convergendo nelle conclusioni, sia pure con alcune lievi differenze nell'ordine delle priorità delle *rationes* individuate, anche a causa dell'inevitabile condizionamento della prospettiva sostanziale o processuale dalla quale hanno inteso osservare il nuovo istituto. L'inequivoca dichiarazione del legislatore nella relazione illustrativa indirizza verso il pressoché unanime riconoscimento circa l'intento politico-criminale di dare attuazione al principio di *extrema ratio* e al correlato canone della proporzione/ragionevolezza nel ricorso alla sanzione penale⁶, non senza talora rimarcare le vantaggiose ricadute in termini di effettività delle componenti positive delle funzioni di prevenzione generale e speciale della pena⁷. Rispetto all'obiettivo

⁵ V. il punto 6 della *Relazione illustrativa* allo schema del decreto delegato, consultabile sul sito telematico della Camera dei deputati.

⁶ Cfr. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *RIDPP* 2014, 1706 s.; G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA. VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, p. 394, che affianca all'*extrema ratio* il principio di sussidiarietà-necessarietà "secondaria" e frammentarietà del diritto penale quali principi la cui attuazione costituisce l'obiettivo di lungo periodo, mentre nel breve periodo il nuovo istituto mirerebbe alla risoluzione dei problemi del sovraffollamento carcerario; Id., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p. (Prima parte)*, in *SI* 2015, p. 972; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, p. 661. Nello stesso senso R. Rampioni. *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *CP* 2016, p. 464, che ravvisa il fondamento della previsione normativa sul piano della necessità di pena e non della sua meritevolezza. *Contra*, B. Magro, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *AP* 2015, n. 3, 10, per la quale il nuovo istituto risponde ad esigenze di proporzione e meritevolezza della pena. In giurisprudenza v. Cass. S.U. 6.4.2016 n. 13681, in *DPP* 2016, 782 ss., con note di G. Amarelli, *Le Sezioni unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, *ivi*, p. 787 ss., M.B. Magro, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, in *CP* 2016, 4089 ss. e M. Caterini, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *CP* 2017, 624 ss. V., altresì, D. Brunelli, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *LP* 2014, 449 e 451, che nel commentare la delega legislativa, dopo avere indicato nel diritto penale come *extrema ratio* la linea ispiratrice dell'istituto, individua nei principi di offensività, sussidiarietà e proporzione la ragione giustificatrice della "rinuncia" alla pena.

⁷ Cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità, (Prima parte)*, *cit.*, p. 973; per l'A., l'irrogazione di una pena per la commissione di un fatto esiguo non solo potrebbe essere percepita come irragionevole e sproporzionata dallo stesso destinatario, ma potrebbe apparire ingiusta anche agli occhi dell'intera collettività «generando un diffuso senso di disorientamento nei confronti delle valutazioni politico-criminali dell'ordinamento giuridico». V. anche R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto. Tra (in)offensività e non punibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.3.2016, 4, per il quale l'intento del nuovo istituto consiste(rebbe) nel coniugare ragioni di ordine pratico, qual è la deflazione del carico giudiziario, e «aspirazioni di teoria generale del reato, nel verso di una attuazione dei principi di *extrema ratio*, proporzionalità, offensività e rieducatività, rispetto a un contesto concreto che non esprima bisogno di pena». Fra gli autori che valorizzano il riferimento alla funzione rieducativa della pena v. anche: P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, in *CP* 2015, 2606 s., per i quali il

dell'implementazione dell'*extrema ratio* la finalità di deflazione giudiziaria si porrebbe per taluni in posizione paritaria⁸, per altri in termini accessori⁹, per altri ancora come scopo primario¹⁰, sebbene non siano mancate prese di posizione che riconoscono nell'intento deflattivo l'unica ragione ispiratrice del nuovo istituto¹¹. La prevalente stima in termini sostanziali dello scopo della non punibilità per particolare tenuità del fatto, che non di rado sposta l'apprezzamento della deflazione del carico giudiziario sul piano consequenziale degli effetti, si riverbera sulla portata teorica dell'istituto, tanto da essergli stato riconosciuto il ruolo di codificatore del principio di offensività¹² e di strumento volto alla realizzazione della depenalizzazione c.d.

nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, oltre a dare attuazione al principio di offensività, mira alla realizzazione in concreto della funzione rieducativa; L. Brizi, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *CP* 2016, p. 3273 s. V. altresì *infra*, in nota 214, per la posizione di G. De Francesco.

⁸In questo senso, G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Prima parte), cit., p. 973, che aggiunge anche considerazioni in merito al principio di «economicità processuale», poiché la contrazione delle entrate, conseguente al mancato incasso delle sanzioni pecuniarie neutralizzate dal nuovo istituto, trova compensazione nel risparmio di spesa determinato dalla riduzione delle attività di lavoro della polizia giudiziaria e della magistratura. V., altresì, A. Gullo, *sub Art. 131-bis*, in *Codice penale commentato*, Diretto da E. Dolcini e G. L. Gatta, Tomo I, Artt. 1-313, IV ed., 2015, p. 1947 s. Per R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *CP* 2015, p. 3843 ss., le *rationes* dell'*extrema ratio* e proporzione sul piano sostanziale e della deflazione su quello processuale sono tra loro concorrenti e per certi versi contrapposte: la *ratio* sostanziale, comportando un compiuto accertamento del fatto, domina nella fase del giudizio; mentre la *ratio* deflattiva prevale nella fase procedimentale e in quella processuale antecedente al giudizio vero e proprio.

⁹V. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 661, per il quale è proprio la non punibilità per la tenuità del fatto a sollecitare la rapida definizione del procedimento; nello stesso senso, A. Marandola, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto. Il commento*, in *DPP* 2015, p. 793, per la quale la contrazione del lavoro giudiziario e delle pendenze carcerarie costituiscono l'effetto secondario della non punibilità per particolare tenuità del fatto. V., altresì, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *DPenCont* 2015, 84, che rinviene nel nuovo istituto uno strumento di tutela del principio di obbligatorietà dell'azione penale. In giurisprudenza v. Cass. S.U. 6.4.2016 n. 13681, cit., p. 783.

¹⁰Cfr. C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, p. 521.

¹¹In questo senso, T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *GD* 2015 (15), 22, che aveva da subito espresso perplessità sui reali effetti deflattivi della nuova disciplina in considerazione delle più convenienti contromisure già intraprese nella prassi in caso di reati che si manifestano in forma bagatellare: la prudente attesa dell'intervento della prescrizione e il coraggioso utilizzo dell'archiviazione. Per A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale* 2015, 589, l'istituto realizza «una sorta di depenalizzazione endo-processuale». *Contra*, A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPenCont* 2017, 167, per il quale, poiché la non punibilità in ragione della tenuità dipende dal concreto modo di atteggiarsi degli elementi strutturali del reato, non può essa rispondere a ragioni meramente pragmatiche come la deflazione. Dubitano dell'efficacia deflattiva della non punibilità per particolare tenuità del fatto, tra gli altri, O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *CP* 2016, 814 s.; R. Rampioni, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 468.

¹²B. Magro, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, cit., 4. V. anche R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 7; P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative*, cit., 2607.

“in concreto”¹³. Al riguardo conviene procedere con ordine, distinguendo i profili del fine politico-criminale e del fondamento giuridico-sostanziale della non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis Cp.

Per quanto concerne lo scopo politico-criminale della non punibilità per particolare tenuità del fatto, in presenza di una sua esplicita enunciazione in favore dell’attuazione dei principi dell’*ultima ratio* e della proporzione sul piano sostanziale e dell’obiettivo della deflazione su quello processuale, è difficile non arrendersi a quanto dichiarato dal legislatore nella relazione illustrativa del decreto delegato. Una simile “resa” non esime tuttavia lo studioso da una duplice verifica sui diversi aspetti dell’essere e del dover essere della non punibilità per particolare tenuità del fatto: se per un verso si tratta di stimare l’adeguatezza della composita disciplina dell’istituto al conseguimento dei fini perseguiti dal legislatore, per altro verso vale la pena di impegnarsi nell’apprezzamento della coerenza degli intenti dichiarati con la funzione assegnata dal Costituente all’esercizio del magistero punitivo penale, alla cui rinuncia è protesa la non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis Cp.

Diversa è la considerazione del fondamento giuridico-sostanziale della non punibilità per particolare tenuità del fatto, che presuppone una puntuale presa di posizione sulla sua natura giuridica.

Entrambi i profili della *ratio* politico-criminale e del fondamento giuridico-sostanziale presuppongono la disamina della disciplina introdotta dal d.lgs. 28 del 2015.

3. L’introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto ha richiesto un intervento composito del legislatore delegato che ha agito sulla disciplina penale sostanziale, sul codice di rito e sulle disposizioni in materia di casellario giudiziale. Benché l’essenza della non punibilità per particolare tenuità sembri delineata in massima parte nell’art. 131-bis del codice penale, i concorrenti profili di disciplina inseriti nel codice di procedura penale e nel testo unico in materia di casellario giudiziale contribuiscono non poco alla delineazione dell’istituto. Conviene prendere le mosse dall’art. 131-bis Cp per poi verificare in quali termini gli ulteriori profili di disciplina coadiuvino le conclusioni assunte in punto di diritto penale sostanziale. L’attenzione non può non soffermarsi sin da subito sulla collocazione topografica dell’istituto e sulla rubrica dell’articolo che lo accoglie: la “non punibilità per particolare tenuità del fatto” si insedia nel titolo V del libro I del codice penale accanto alla “modifica, applicazione ed esecuzione della pena”, arricchisce allo stesso modo l’intitolazione del relativo Capo I e di nuovo incalza nella rubrica dell’art. 131-bis Cp¹⁴. Questi primi indici depongono in

¹³In questi termini si esprime già la *Relazione illustrativa*, cit. *supra*, in nota 5. In dottrina v. R. Bartoli, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 661. Nello stesso senso, fra gli altri, G. Amarelli, *L’esclusione della punibilità*, (Prima parte), cit., 972; L. Brizi, *L’applicabilità dell’art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati*, cit., 3272. V. tuttavia le acute osservazioni di T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 19, che sottolinea come non ha senso richiamare una qualche forma di depenalizzazione, perché il fatto dichiarato non punibile non diviene lecito né si trasforma in illecito amministrativo.

¹⁴Per A. Manna, *Corso di diritto penale.*, cit., 586, sarebbe stato preferibile collocare l’istituto in un art. 48-bis Cp, date le affinità con il principio di offensività, solitamente riferito alla disciplina dell’art. 49 Cp; del resto era questa la sistemazione scelta dal d.d.l. originario (n. 1952).

modo inequivocabile sulla collocazione dell'istituto nella fase della commisurazione della pena, suggerendone la natura sostanziale. Si tratta ora di verificare se il complesso della disciplina introdotta nel 2015 corrobora tale indicazione di principio.

Il legislatore si premura sin da subito di definire la sfera di operatività dell'istituto, circoscrivendola ai «reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena» (art. 131-*bis* co.1 Cp). Né a questi fini incidono sulla determinazione della pena detentiva le 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», che sono tuttavia sottratte al giudizio di bilanciamento ai sensi dell'articolo 69 Cp (art. 131-*bis* co. 4 Cp)¹⁵. Il richiamo al massimo edittale ai fini dell'individuazione del limine della non punibilità per particolare tenuità, per vero vincolante per il legislatore delegato¹⁶, ha suscitato perplessità in dottrina¹⁷: nella cornice di pena individuata dal legislatore per ciascun reato il livello minimo esprime il disvalore della fattispecie, mentre quello massimo segna il «il limite estremo della minaccia», tutelando il reo da reazioni sanzionatorie esorbitanti rispetto all'offesa arrecata¹⁸. Che il massimo della pena sia orientato

¹⁵ V., *infra*, nn. 3.1 - 3.1.2.

¹⁶ Cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665; F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1705 s., anche a proposito delle circostanze rilevanti nel computo della pena utile all'operatività dell'istituto.

¹⁷ Probabilmente la scelta di impiegare il massimo edittale come indice di riferimento per l'operatività dell'art. 131-*bis* Cp è stata condizionata, nella legge delega (n. 67/2014), dal quadro sanzionatorio immaginato dal legislatore delegante, che aveva individuato nel limite dei cinque anni di reclusione la soglia oltre la quale non sarebbe stato possibile applicare la reclusione domiciliare. Di diverso avviso O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 812, per la quale la soluzione è stata probabilmente indotta dall'indolenza del legislatore, che di solito guarda al valore massimo della pena nella delimitazione degli istituti processuali.

¹⁸ V. T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *RIDPP* 1992, 445 s. e 451 s.; Id., *Un intento deflattivo*, cit., 20. Tra gli autori che ritengono inopportuno il riferimento al massimo edittale v. A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-*bis* c.p.*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino 2015, 117; G. De Francesco, *Illecito esiguo e dinamiche della pena*, in *Crim* 2015, 222; O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 812; A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena*, cit., 170; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPenCont* 2017, 55, per il quale «il surplus di limitazione, per effetto del riferimento al massimo edittale, è discutibile, anche (forse) sul piano costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27»; R. Rampioni, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 465. Non sono tuttavia mancati suggerimenti nel senso dell'emancipazione totale o parziale dalla pena edittale ai fini dell'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp: per S. Bonaudo, *La particolare tenuità del fatto: un'importante innovazione al sistema penale*, in *Iustitia*, 2018 (3), 370, sarebbe stato preferibile affiancare un'elencazione di reati sottratti alla previsione del limite dei cinque anni, impiegando dunque una tecnica di normazione analoga a quella adottata nella redazione dell'art. 550 Cpp; per S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 406 e Id., *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale: prime indicazioni*, in *DPP* 2018, 640, il legislatore non solo avrebbe dovuto fare riferimento al minimo edittale, ma avrebbe dovuto includere nella sfera di operatività dell'istituto tutti gli illeciti contravvenzionali. *Contra*, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per*

a garanzia del reo sembra trovare conferma nell'art. 280 del codice di rito, ove l'operatività delle misure cautelari coercitive è fatta dipendere dal massimo di pena stabilito dal legislatore per il delitto per il quale si procede. Sarebbe dunque stato più opportuno il riferimento alla soglia minima di pena individuata in sede di comminatoria legale¹⁹, anche per evitare alcune vistose incongruenze. Potrebbe infatti accadere che due diversi reati, pur caratterizzati da un disvalore pressoché omogeneo, siano corredata di cornici edittali non equivalenti e che il reato assistito da un più elevato minimo risulti incluso nella sfera di operatività dell'art. 131-bis Cp, consentendolo il corrispondente massimo edittale, mentre ne resti estraneo l'altro reato, la cui cornice di pena reca una soglia minima inferiore rispetto al primo ma superiore nel massimo al limite legale previsto dall'art. 131-bis Cp²⁰. La scelta di ancorare l'operatività dell'art. 131-bis Cp al massimo di pena detentiva stabilito per il reato commesso si palesa ancora meno ragionevole nelle ipotesi in cui il reato sia dotato di un compasso edittale che, pur superando nella sua massima ampiezza la soglia dei cinque anni, preveda un limite inferiore prossimo o coincidente con il livello minimo di estensione delle pene detentive stabilito in via generale dal legislatore (artt. 23 e 25 Cp)²¹. Situazione, questa, palesatasi nella casistica in materia di ricettazione caratterizzata da "particolare tenuità", per la quale l'art. 648 co. 2 Cp prevede, oltre la pena pecuniaria, la reclusione sino a sei anni²².

particolare tenuità del fatto, cit., 665, per il quale il riferimento al massimo edittale asseconda meglio le istanze di prevenzione generale assicurando all'istituto una sfera operativa più circoscritta di quella che sarebbe risultata dal riferimento al minimo. V., inoltre, F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1699, per alcune considerazioni critiche sulla tecnica legislativa del ricorso ad un'elencazione di reati per delineare l'ambito di operatività degli istituti penalistici.

¹⁹ È questa la soluzione adottata nel sistema tedesco: il § 153 dello *StPO*, nel disciplinare la rinuncia all'azione penale per esiguità, limita l'operatività dell'istituto ai procedimenti che hanno ad oggetto *Vergehen*, vale a dire reati puniti con pena detentiva inferiore ad un anno o con pena pecuniaria (v. § 12 *StGB*): cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p. (Seconda parte)*, in *SI* 2015, 1103 e letteratura ivi citata.

²⁰ È questo il caso del delitto di *sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, punito con la reclusione da uno a quattro anni se trattasi di minore infraquattordicenne (art. 574-bis co. 1 Cp), e del delitto di sequestro di persona ex art. 605 co. 1 Cp, la cui pena (che oscilla tra i sei mesi e gli otto anni), pur delimitata da un più elevato massimo in confronto a quello previsto nell'art. 574-bis Cp, è segnata da un livello minimo inferiore rispetto a quello indicato per la sottrazione e trattenimento all'estero di minore infraquattordicenne. L'osservazione, di T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 20, è ripresa, tra gli altri, da A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 117.

²¹ In questo senso, A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena*, cit., 170.

²² L'osservazione trae spunto dalla sentenza (n. 207 del 24.5.2017) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 131-bis Cp, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 13, 25 e 27 della Carta fondamentale, dal Tribunale ordinario di Nola. La vicenda traeva origine da un caso di ricettazione attenuata (di 31 astucci contraffatti), commessa da persona priva di precedenti penali. Come spiegato nel testo, ai sensi dell'art. 648 co. 2 Cp, se il fatto (della ricettazione) è di particolare tenuità, la pena consiste nella reclusione sino a sei anni e nella multa sino a euro 516. Evidente il disagio del giudice rimettente nel caso di specie, impossibilitato a dare applicazione all'art. 131-bis Cp nonostante che lo stesso minimo edittale di 15 giorni di reclusione apparisse sproporzionato rispetto alla tenuità del fatto. Su questa sentenza della Consulta v. A. Nisco, *Legittimità costituzionale*

Meno irresistibili sembrano le perplessità manifestate sull'entità della soglia di pena indicata dal legislatore²³: effettivamente nel raggio di azione dell'art. 131-bis Cp rientrano anche delitti posti a tutela di beni di una certa rilevanza, quali l'ambiente, la sicurezza del lavoro, la salute pubblica²⁴; sul fronte processuale, poi, il legislatore lascia intendere che già i delitti per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni manifestano una certa gravità, tanto è vero che è questo il limite di pena oltre il quale può farsi ricorso, sussistendone gli altri presupposti, alle misure cautelari personali coercitive diverse dalla custodia cautelare (art. 280 Cpp) e alle misure interdittive (art. 287 Cpp).

Tuttavia non può disconoscersi che il nostro sistema penale è caratterizzato da un sensibile rigore sanzionatorio, sicché, una volta intrapresa la scelta di ancorare l'operatività dell'art. 131-bis Cp al massimo edittale, una più severa individuazione della soglia di operatività dell'istituto ne avrebbe compromesso l'effettività²⁵. Un tangibile riscontro di quanto appena osservato viene dalla casistica in materia di furto. È ben difficile che questo reato si manifesti nelle sole modalità indicate dall'art. 624 Cp; il più delle volte esso troverà corrispondenza nella formulazione di una delle ipotesi aggravate previste dall'art. 625 Cp, il cui massimo edittale però, supera i cinque anni di reclusione²⁶. In definitiva non resta che arrendersi alle inevitabili difficoltà connesse all'introduzione di un istituto di parte generale destinato a fare i conti con una parte speciale ed una legislazione complementare tutt'altro che armonica, anche e

del limite massimo di pena, cit., 160 ss.; S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 638 ss.

²³ Cfr. B. Magro, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, 9, la quale rileva che la disciplina disposta dall'art. 131-bis Cp per un verso consente di applicare la non punibilità per particolare tenuità a reati qualitativamente connotati da un certo grado di offesa, per altro verso esclude dalla sfera operativa dell'istituto le contravvenzioni che si caratterizzano come reati abituali (ad es. il reato di molestia o disturbo alle persone ai sensi dell'art. 660 Cp); v., altresì, O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 813.

²⁴ C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 520 e 522, che tuttavia non ritiene plausibile un indebolimento del contrasto alla criminalità a causa dell'ampia operatività dell'art. 131-bis Cp, poiché la non punibilità troverà applicazione solo in relazione a fatti che manifestano in concreto una scarsa tenuità e il cui autore non risulta aduso alla perpetrazione di tali tipi di reato.

²⁵ Così G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1103. V. altresì, D. Brunelli, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa*, cit., 454 s. e F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 88 s., critici sulla scelta di ancorare l'operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla pena edittale, poiché è possibile che reati puniti in astratto molto severamente si manifestino in concreto in forma tenue. Di diverso avviso I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei principi costituzionali*, in *IP* 2015, 41: secondo l'A., la scarsa determinatezza dell'art. 131-bis Cp pone problemi di compatibilità con le istanze di prevenzione generale e di uguaglianza dei cittadini; tale frizione intanto risulta tollerabile, in quanto l'ambito di applicazione dell'istituto risulti ancorato a reati di lieve entità.

²⁶ V. tuttavia *infra*, n. 3.1.1.1, circa la possibilità di superare l'impasse attraverso il regime stabilito dall'art. 131-bis co. 4 Cp per le circostanze che dovessero accompagnare la concreta realizzazione del fatto.

soprattutto a causa dell'affastellarsi di interventi legislativi settoriali, incalzati dalle contingenze e assistiti da ragioni non sempre commendevoli²⁷.

3.1. Alla definizione dell'ambito di operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto concorrono gli ultimi due capoversi dell'art. 131-bis Cp, che disciplinano l'incidenza delle circostanze in una duplice direzione: «ai fini della determinazione della pena detentiva prevista dal primo comma» e della risoluzione “d'ufficio” di un eventuale concorso di norme²⁸. Nella prima direzione, il co. 4 dell'art. 131-bis Cp paralizza l'incidenza sulla determinazione della pena detentiva degli *accidentalialia delicti* che dovessero caratterizzare il fatto concreto, preservando solo le circostanze «per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato» (d'ora innanzi denominate circostanze *autonome*) e quelle ad «effetto speciale», che vengono peraltro sottratte al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 Cp. Nella seconda direzione, il co. 5 garantisce l'applicazione dell'art. 131-bis Cp «anche quando la legge prevede la particolare tenuità del fatto o del pericolo come circostanza attenuante».

Probabilmente la formulazione del quarto comma dell'art. 131-bis risente delle direttrici tracciate a suo tempo dal legislatore delegante con riguardo alla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione della reclusione e dell'arresto domiciliare, per la quale avrebbero dovuto applicarsi «in ogni caso, i criteri di cui all'articolo 278 del codice di procedura penale»²⁹. Come è noto la delega in materia di pene detentive non carcerarie abortì a causa dell'inutile spirare dei termini stabiliti per il suo esercizio. La plausibilità dell'ipotesi appena avanzata è supportata dal confronto della disciplina del codice di rito appena richiamata con la formulazione dell'art. 131-bis Cp: ai sensi dell'art. 278 Cpp, agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari personali «si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale». La situazione descritta dall'art. 61 n. 5 Cp trova corrispondenza in una delle presunzioni di non particolare tenuità del fatto descritte dall'art. 131-bis co. 2 Cp³⁰, mentre l'attenuante della speciale tenuità di cui all'art. 62 n. 4 fa il paio con la disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 131-bis Cp. La continuazione e la

²⁷ Cfr. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1698 s.; S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 638 s. Per vero una certa responsabilità per la sperequazione che caratterizza il sistema delle comminatorie edittali del codice penale è addebitabile al legislatore del 1930; sperequazione che la successiva evoluzione legislativa ha incrementato: v. T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, 437 ss.

²⁸ V. *infra*, n. 3.3.

²⁹ V. art. 1 co. 1 lett. g l. 67/2014.

³⁰ Sul punto v. *infra*, n. 3.2.

recidiva, invece, sono di problematica conciliabilità con la definizione di comportamento abituale fatta propria dal legislatore nel terzo comma dell'art. 131-bis Cp³¹.

Nella prospettiva del legislatore, il cui intento era quello di sottrarre terreno alla discrezionalità giudiziaria³², le circostanze autonome e quelle ad effetto speciale devono trovare considerazione nel computo della pena detentiva prevista nel primo comma dell'art. 131-bis Cp, in ragione della loro essenza, poiché esse «rivelano una particolare "significatività" tale da essere in qualche modo accostabili – nelle valutazioni del legislatore – a sottospecie di fattispecie autonome»³³.

3.1.1. Si pone a questo punto la questione della sorte delle circostanze per le quali la legge determina la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato (che d'ora innanzi chiameremo *indipendenti*), presenti numerose nella parte speciale del codice penale e nella legislazione complementare ma non espressamente richiamate ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma dell'art. 131-bis Cp. Com'è noto, la locuzione «circostanze ad effetto speciale» fa per la prima volta ingresso nella legislazione con la l. 31.7.1984 n. 400, intesa ad ampliare la competenza penale del pretore e condurre all'effetto di contrarre la durata dei procedimenti. La necessità di indicare un criterio di perimetrazione di questa competenza in modo da salvaguardare le valutazioni di gravità astratta inerenti a determinati reati ed espresse nella formulazione dei relativi massimi edittali della pena³⁴, indusse i compilatori del 1984 ad abbandonare la stima delle circostanze «che implicano un effetto comune», dando invece rilevanza soltanto a quelle «che modificano la natura della pena o determinano [...] un aumento in misura superiore ad un terzo»³⁵. L'indicizzazione della gravità del reato alle sole circostanze autonome e a quelle con gradiente superiore ad un terzo fu motivata dalla particolare consistenza di questi *accidentalia delicti*, che, trasformando la natura della pena ed implicando un aumento che va oltre quello correlato alle circostanze ad effetto comune, apportano «una connotazione, un peso specifico al disvalore penale del comportamento posto in essere, tale da determinare una valutazione completamente nuova»³⁶. La considerazione delle circostanze con variazione frazionaria superiore al terzo implicò la loro denominazione legislativa di «circostanze ad effetto speciale» costituendo altresì l'occasione per la predisposizione di una esplicita definizione normativa della categoria, che avrebbe dovuto dissipare i dubbi sulla relativa collocazione nella classificazione degli

³¹ V. *infra*, nn. 3.2.2. e 3.2.2.1 e nota 131.

³² Cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1104.

³³ Così il n. 5 della *Relazione illustrativa*, cit.

³⁴ V. l'intervento al Senato di G. Vassalli nella seduta pomeridiana del 24 maggio 1984, in *Senato della Repubblica, IX legislatura, Resoconto stenografico della seduta di giovedì 24 maggio 1984*, 51 s., consultabile in www.senato.it.

³⁵ V. l'intervento al Senato di I.M. Gallo nella seduta pomeridiana del 24 maggio 1984, cit. in nota precedente, 53.

³⁶ V. l'intervento al Senato di I.M. Gallo, cit., 53.

*accidentalialia delicti*³⁷: ai sensi dell'art. 63 co. 3 Cp «sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo».

Tuttavia, l'interpolazione delle circostanze ad effetto speciale e della relativa definizione nel corpo dell'art. 63 Cp fu accompagnata dalla contestuale espunzione del richiamo alle circostanze indipendenti, per nulla sconosciute al legislatore penale³⁸. Poiché l'estraneità delle circostanze che determinano la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato al catalogo delle circostanze ad effetto speciale recherebbe come conseguenza la loro sottrazione alla disciplina dell'art. 63 Cp, buona parte della dottrina propone una lettura "inclusiva" della definizione legislativa di circostanza ad effetto speciale, in modo da ricomprendere anche le circostanze indipendenti³⁹.

L'interpretazione avanzata dalla dottrina maggioritaria è giustamente sollecitata dalla preoccupazione di evitare la altrimenti ineluttabile ingovernabilità delle ipotesi di concorso tra circostanze dello stesso segno nel quale siano coinvolte quelle indipendenti⁴⁰.

Effettivamente, le ragioni addotte nella relazione illustrativa del d.lgs. 28/2015 depongono per un sottinteso che accoglie la soluzione interpretativa avanzata dalla dottrina maggioritaria: è indubbio che la previsione di un nuovo compasso edittale di pena al ricorrere di una determinata circostanza esprime una puntuale presa di posizione del legislatore sul diverso disvalore manifestato dalla fattispecie circostanziata⁴¹. Ne consegue che le circostanze

³⁷ V. l'intervento al Senato di I.M. Gallo, cit., 53 s. consultabile in www.senato.it: «Infatti vengono radicalmente eliminate quelle discussioni, quei dubbi, quelle incertezze che potevano sorgere in ordine a determinate circostanze, le quali, pur facendo riferimento formale alla pena dettata per il reato base, venivano ad operare degli spostamenti di aumento di sanzione in misura tale da non poter consentire una loro equiparazione alle circostanze ad effetto comune. Come che sia, viene eliminata una ragione di incertezza, il che ci sembra di notevole guadagno».

³⁸ V., con riguardo alle norme coeve alla novella del 1984, l'art. 69 co. 4 Cp, che disciplina il concorso tra circostanze eterogenee; art. 3 l. 3.8.1978 n. 405 e art. 3 l. 18.12.1981 n. 743, in materia di computo della pena per l'applicazione dell'amnistia; art. 1 d. l. 15.12.1979 n. 625, come risultante dalle modifiche apportate dalla l. 6.2.1980 n. 15, in sede di conversione, che disponeva una deroga alla disciplina dell'art. 69 nel caso di reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Invero la classe delle circostanze indipendenti persiste anche nel linguaggio legislativo successivo alla novella del 1984: v. art. 4 l. 15.2.2003 n. 34, che ha sostituito il terzo comma dell'articolo 1 del d. l. 625/1979 cit.; l'art. 3 l. 5.12.2005 n. 251, che ha riscritto l'art. 69 co. 4 Cp; da ultimo l'art. 5 d. lgs. 1.3.2018 n. 21, in attuazione della riserva di codice, ha trasfuso nell'art. 270-bis.1 Cp il contenuto dell'art. 1 d. l. 625/1979. Si aggiunga che nella l. 251/2005 il legislatore fa distinto richiamo alle circostanze ad effetto speciale, computate ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere (art. 6), e alle circostanze indipendenti, mantenute nella riscrittura del quarto comma dell'art. 69 Cp (art. 3).

³⁹ V. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, 2a ed. rinnovata e ampliata, Torino 2012, 629; Id., *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *RIDPP* 1986, 85 s.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 446; F. Mantovani, *Diritto penale*¹⁰, Padova 2017, 401; G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7a ed., Milano, 2018, 588; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I - Art. 1-84, 3aed. rinnovata e ampliata, Milano, 2004, 639 ss.

⁴⁰ Cfr., G. de Vero, *Le circostanze del reato*, cit., 79 ss. V. anche G. Flora, *Commento all'art. 5 l. 31 luglio 1984 n. 400*, in *LP* 1984, 390 s., che tuttavia propone una diversa lettura del novellato art. 63 co. 3 Cp.

⁴¹ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano 1983, 14 e 157 ss.

indipendenti dovrebbero rilevare nella determinazione della pena detentiva ai sensi dell'art. 131-bis co. 1 Cp. Resta tuttavia l'ostacolo di una definizione "autentica" delle circostanze ad effetto speciale di difficile conciliazione con la lettura inclusiva dell'ultimo inciso dell'art. 63 co. 3 Cp sostenuta dalla dottrina prevalente.

Un'interpretazione più coerente con la formulazione legislativa dell'art. 63 co. 3 Cp, prospettata all'indomani della novella del 1984, suggerisce di comprendere tra le circostanze ad effetto speciale solo quelle circostanze indipendenti che, in base ad un «calcolo frazionario ideale», determinino una variazione aritmetica dell'originaria gamma sanzionatoria superiore ad un terzo; sicché le circostanze c.d. indipendenti confluiscono nella classe delle circostanze ad effetto speciale solo laddove implicino un aumento o una diminuzione della pena stabilita per il reato base superiore ad un terzo⁴², anche nel caso in cui tale requisito dovesse essere soddisfatto da uno solo degli estremi del nuovo compasso sanzionatorio⁴³. Questa soluzione, di recente accolta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione⁴⁴ e confortata dalla lettura dei lavori preparatori della l. 400/1984⁴⁵, non si sottrae ad alcune censure ancora una volta

⁴² V. L. Concas, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *CP 1984*, 2297 ss.; G. Flora, *Commento all'art. 5*, cit., 389 ss.; A. Manna, *Circostanze del reato*, in *EG*, VI, 1988 (voce aggiornata nel 1993), 3; Id., A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 752; T. Padovani, *Circostanze del reato*, in *DigDPe.*, II, 1988, 211; F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, 3a ed. ampliata ed aggiornata, Padova, 1985, 256 s. La tesi trova tutt'oggi sostegno in A. Melchionda, *Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"? Una risposta negativa (non "faziosa", ma "di parte"), aspettando le Sezioni Unite*, in *DPenCont 2017*, 192 ss.; Id., *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 700 ss.; Id., *Il problema della distinzione fra circostanze «ad effetto speciale» e circostanze ad «effetto comune» (con specifico riferimento alle nuove aggravanti dei reati sessuali)*, in *FI 2000*, II, 574 ss. Manifesta perplessità su quest'esito interpretativo, G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 557.

⁴³ Potrebbe infatti accadere che la circostanza originariamente indipendente determini una variazione frazionaria della pena minima superiore ad un terzo, lasciando inalterata la pena massima o determinandone una variazione in misura inferiore ad un terzo e viceversa: cfr. L. Concas, *Il nuovo sistema delle circostanze*, cit., 2299 s.; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 211.

⁴⁴ Cass. S.U. 27.4.2017 n. 28953, in *CP 2017*, 3564, sulla quale v. A. Nocera, *Circostanze indipendenti e ad effetto speciale: fine di un'endiadi*, *ivi*, 3568 ss.; nello stesso senso, Cass. 23.4.2018 n. 39489, in *CP 2019*, 762. Sul contrasto interpretativo che ha sollecitato la pronuncia delle Sezioni unite, v. A. Melchionda, *Le circostanze "indipendenti"*, cit., 181 ss.

⁴⁵ Nella seduta pomeridiana del Senato del 24 maggio 1984, cit. *supra*, in nota 34, G. Vassalli precisò che «le modifiche di terminologia, patrocinate dal senatore Gallo ed assunte dalla Commissione con una norma dichiarativa od esplicativa dell'articolo 63 del codice penale», erano state determinate dall'impossibilità di pervenire ad un allargamento generalizzato della competenza del pretore a tutti i reati punibili con la pena edittale fino a quattro anni di reclusione, sicché si decise di non tener conto delle circostanze aggravanti ordinarie, «quelle cioè con aumento fino ad un terzo». Nel corso della stessa seduta Gallo spiegò le ragioni «dell'abbandono della valutazione delle circostanze che implicano un effetto comune, rimanendo invece valutabili, per lo spostamento della competenza dal pretore al tribunale, soltanto quelle che modificano la natura della pena o determinano [...] un aumento in misura superiore ad un terzo. [...] Perché sono proprio quelle circostanze che, trasformando la natura della pena ed implicando un aumento che va al di là di quello che è il solito aumento dovuto alle circostanze ad effetto comune, dimostrano che il legislatore ha valutato certi elementi accessori, eventuali del reato come elementi tali da apportare una connotazione, un peso specifico al disvalore penale del comportamento posto in essere, tale da determinare una valutazione completamente nuova».

calibrate sulle ricadute nella regolamentazione del concorso tra circostanze omogenee, ogni qualvolta siano implicate circostanze indipendenti che esprimano una variazione frazionaria della pena-base pari o inferiore al terzo⁴⁶. Ed infatti, sia la convergenza di circostanze tutte indipendenti comportanti un incremento o decremento della pena originaria pari o inferiore a un terzo, sia il concorso tra queste e le circostanze autonome, sia la compresenza di circostanze indipendenti con gradiente contenuto entro il terzo e di circostanze ad effetto comune⁴⁷ rimarrebbero sprovvisti di disciplina e irrisolvibili in base a criteri “puramente logici”⁴⁸.

Parimenti problematica si prospetta poi l'ipotesi del concorso tra circostanze tutte indipendenti delle quali alcune implicanti una variazione frazionaria della pena contenuta entro il terzo ed altre tali da eccederlo. Allo stesso modo sembra irresolubile l'evenienza della compresenza di circostanze indipendenti con effetto comune e circostanze già *ab origine* ad effetto speciale: in quest'ultimo caso l'applicazione della regola stabilita nel terzo comma dell'art. 63 Cp determinerebbe la precedenza della seconda circostanza, il cui effetto verrebbe tuttavia vanificato dalla successiva applicazione della circostanza indipendente ritenuta ad effetto comune⁴⁹.

L'unico modo per uscire dall'*impasse*, rimanendo fedeli alla lettera della legge, consiste nel ritornare alla conversione delle circostanze originariamente indipendenti nella quota frazionaria ideale che esse esprimono rispetto alla pena-base anche ai fini della disciplina del concorso tra circostanze dello stesso segno⁵⁰. Soluzione, questa, idonea a superare l'impedimento tecnico dell'individuazione della sanzione applicabile, ma di difficile conciliazione con il divieto di *bis in idem* sostanziale, al di là delle criticità già sopra evidenziate. Le circostanze indipendenti e quelle autonome esprimono un diverso disvalore dell'intero fatto di reato ricomparato nella complessiva fattispecie circostanziata. Ne consegue che ogni qualvolta concorrono tra loro circostanze dello stesso segno che recano questa peculiarità, lo spostamento del criterio di composizione dalla tecnica dell'assorbimento (assistita in via eventuale dal c.d. cumulo giuridico) ai sensi dell'art. 63, co. 4 e 5 a quella del cumulo materiale, prevista nei

⁴⁶ Cfr. G. de Vero, *Le circostanze del reato*, cit., 81 s.

⁴⁷ Per G. Flora, *Commento all'art. 5*, cit., 392, quest'ultimo caso «non ha comunque bisogno di apposita disciplina, dovendosi logicamente calcolare per primi l'aumento o la diminuzione per la circostanza <autonoma> e successivamente quelli richiesti dalla circostanza <ad effetto comune>; pena l'inapplicabilità della prima, in contrasto con la regola (art. 63 co. 2° Cp) dell'effettivo cumulo delle variazioni inerenti a ciascuna e a tutte le circostanze in concorso».

⁴⁸ Così lo stesso G. Flora, *Commento all'art. 5*, cit., 392, che tuttavia ha sostenuto la lettura dicotomica delle circostanze indipendenti in seno al novellato art. 63 co. 3 Cp.

⁴⁹ Cfr. G. de Vero, *Le circostanze del reato*, cit., 81. Secondo G. Flora, *Commento all'art. 5*, cit., 392 s., nel caso di concorso tra circostanza indipendente qualificabile ad effetto comune e circostanza che determina una variazione percentuale superiore ad un terzo prevale il principio generale del necessario computo di tutte le circostanze in concorso stabilito dall'art. 63 co. 2 Cp, con precedenza della circostanza indipendente e successivo calcolo frazionario imposto dalla presenza dell'altra circostanza.

⁵⁰ Così, L. Concas, *Il nuovo sistema delle circostanze*, 2301; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 211.

commi 2 e 3 del medesimo articolo⁵¹, determina una duplice attribuzione al reo degli elementi fattuali del reato-base⁵². Tanto è vero che nella disciplina voluta dal legislatore del 1984 le circostanze ad effetto speciale furono accomunate alle circostanze autonome in quanto ritenute anch'esse portatrici di un diverso peso specifico in termini di disvalore, sì da determinare «una valutazione completamente nuova»⁵³, e per tale motivo ricondotte alla disciplina dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 63 Cp.

3.1.1.1. Pur nella consapevolezza che la complessa vicenda della sorte delle circostanze indipendenti va innanzitutto risolta in seno all'art. 63 Cp e che la soluzione non può variare a seconda degli istituti che di volta in volta fanno richiamo alla categoria delle circostanze ad effetto speciale⁵⁴, vale la pena di valutare le diverse conseguenze che le proposte interpretative innanzi accennate generano sull'operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Peraltro occorrerà confrontarsi con l'ulteriore complicazione generata dall'esonero dal giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 Cp in caso di concorso di circostanze di segno diverso tutte candidabili alla rilevanza ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma dell'art. 131-bis (v. art. 131-bis co. 4 Cp).

Conviene svolgere tale indagine iniziando dalla soluzione che più si discosta dalla definizione delle circostanze ad effetto speciale introdotta dal legislatore nel 1984, vale a dire l'interpretazione che include in tale catalogo tutte e indistintamente le circostanze indipendenti. La massima capienza della categoria delle circostanze ad effetto speciale determina una riduzione o un'espansione del perimetro della non punibilità per particolare tenuità del fatto a seconda che la circostanza indipendente consista in un'aggravante o in un'attenuante tale da ricollocare il massimo della pena detentiva rispettivamente oltre o sotto la soglia dei cinque anni. Così, già prima del recente intervento legislativo che ha incluso tra le presunzioni di non tenuità dell'offesa il delitto di cui all'art. 337 Cp⁵⁵, non avrebbe potuto beneficiare dell'istituto chi avesse commesso resistenza a un pubblico ufficiale insieme ad almeno altre dieci persone

⁵¹ Ciò che si verifica, seguendo l'interpretazione che scompone le circostanze indipendenti a seconda dell'entità della variazione frazionaria, quando concorrono tra loro circostanze omogenee: tutte indipendenti e "ad effetto comune" (in applicazione dell'art. 63co. 2 Cp); una indipendente "ad effetto comune" e l'altra indipendente "ad effetto speciale" (art. 63co. 3 Cp); una indipendente "ad effetto comune" e l'altra recante una pena di specie diversa (art. 63co. 3 Cp).

⁵² Cfr. G. de Vero, *Le circostanze del reato*, cit., 82.

⁵³ V. l'intervento al Senato di I.M. Gallo, cit., 53.

⁵⁴ La classe delle circostanze ad effetto speciale, che con la l. 400/1984 trovò menzione solo nella disciplina del codice di rito destinata alla determinazione della competenza (v. art. 32 Cpp Rocco), è stata successivamente richiamata dalle seguenti disposizioni: art. 255 Cpp del 1930, come sostituito dalla l. n. 28.7.1984 n. 398; art. 2 co. 1 n. 12 l. 16.2.1987 n. 81, in relazione ai principi e criteri da seguire a proposito della determinazione della competenza per materia nell'emanazione del vigente codice di procedura penale; art. 4 Cpp, che dà seguito a quelle indicazioni; art. 278 Cpp, ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari; art. 157 Cp come sostituito dalla l. n. 251/2005, per la determinazione del tempo necessario a prescrivere; da ultimo, art. 131-bis Cp in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

⁵⁵ V. *infra*, n. 3.2.1.

(art. 339 co. 2)⁵⁶; allo stesso modo, la non punibilità per particolare tenuità risulterebbe preclusa al responsabile della combustione illecita di rifiuti pericolosi (art. 256-bis d. lgs. 3.4.2006 n. 152)⁵⁷. Di contro, l'autoriciclaggio di denaro beni o altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo potrà rientrare nella sfera operativa dell'art. 131-bis Cp laddove il reato presupposto sia punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni (art. 648-ter.1 co. 2 Cp)⁵⁸.

Tuttavia, la qualificazione delle circostanze indipendenti come circostanze ad effetto speciale a prescindere dall'incidenza proporzionale sulla pena prevista per il reato base, non consente di superare le aporie conseguenti alle disarmoniche previsioni sanzionatorie che caratterizzano la parte speciale⁵⁹: dovendo comunque tenere conto di tutte le circostanze indipendenti, difficilmente la non punibilità per particolare tenuità del fatto potrà trovare applicazione in caso di furto, poiché questo il più delle volte si manifesterà in una o più delle forme descritte dall'art. 625 Cp, che individua la massima estensione della pena in sei anni di reclusione.

Anche l'interpretazione che scompone il catalogo delle circostanze indipendenti a seconda della loro incidenza quantitativa sulla pena stabilita per il reato base⁶⁰ non consente di estendere le maglie dell'art. 131-bis Cp ai casi di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 Cp, poiché per queste ipotesi gli estremi del compasso editale consistono addirittura in multipli dei limiti inferiore e superiore stabiliti per la pena-base nell'art. 624 Cp. Nondimeno, la restrizione del novero delle circostanze ad effetto speciale a quelle (anche) indipendenti che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo sembra estendere i margini di operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto. In questo caso, invero, nessun peso potrà essere attribuito alle circostanze indipendenti con gradiente contenuto entro il terzo della pena-base, neanche nell'eventualità in cui queste, caratterizzandosi come aggravanti, dovessero spingere il livello sanzionatorio oltre i cinque anni di pena detentiva⁶¹, che nella formulazione dell'art. 131-bis Cp segna lo sbarramento all'accesso alla non punibilità per particolare tenuità del fatto. Riprendendo gli esempi precedenti, già prima del recente ampliamento delle presunzioni impeditive di cui al secondo comma dell'art. 131-bis Cp, l'istituto sarebbe rimasto precluso all'autore del delitto di resistenza a un pubblico ufficiale

⁵⁶ L'art. 339 co. 2 Cp prevede per quest'ipotesi la reclusione tre a quindici anni in luogo della reclusione sei mesi a cinque anni stabilita per la fattispecie-base nell'art. 337 Cp.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 256-bis d. lgs. n. 152/2006, «chiunque appicca il fuoco a rifiuti abbandonati ovvero depositati in maniera incontrollata è punito con la reclusione da due a cinque anni», tuttavia «nel caso in cui sia appiccato il fuoco a rifiuti pericolosi, si applica la pena della reclusione da tre a sei anni».

⁵⁸ La pena detentiva per l'ipotesi attenuata di autoriciclaggio prevista dall'art. 648-ter.1 co. 2 Cp consiste nella reclusione da uno a quattro anni, mentre per la fattispecie-base di cui al comma 1 è prevista la reclusione da due a otto anni.

⁵⁹ V. *supra*, n. 3.

⁶⁰ In questo senso, fra gli altri, A. Gullo, *sub* Art. 131-bis, cit., 1949.

⁶¹ Deve tuttavia rilevarsi che le circostanze previste ai nn. 1, 4 e 5 dell'art. 61 Cp ostano all'applicazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto in ragione dell'art. 131-bis co. 2 Cp: v. *infra*, n. 3.2.

compiuto insieme ad almeno altre dieci persone (art. 339 co. 2)⁶²; per converso potrà beneficiarne sia l'autore della combustione illecita di rifiuti pericolosi (art. 256-bis d. lgs. 152/2006)⁶³ sia il responsabile di autoriciclaggio di denaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo cinque anni (art. 648-ter.1 co. 2 Cp)⁶⁴.

Infine, una lettura assolutamente coerente con la definizione legislativa delle circostanze ad effetto speciale prevista dall'art. 63 co. 3 Cp dovrebbe limitarne il catalogo alle sole circostanze che *ab origine* «importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo», con esclusione dunque di tutte le circostanze indipendenti⁶⁵. Abbiamo già segnalato le preoccupanti ricadute di una tale soluzione sulla regolamentazione delle ipotesi di concorso tra circostanze dello stesso segno⁶⁶, e non possiamo trascurare gli inevitabili stravolgimenti sistematici sul piano sostanziale e processuale a causa del proliferare degli istituti che fanno richiamo alla categoria⁶⁷. Nondimeno, se si sofferma la mente su alcune ipotesi di frequente occorrenza nella prassi, è forte la tentazione di raccomandare, quantomeno ai fini della disciplina della non punibilità per particolare tenuità del fatto, un'interpretazione restrittiva dell'art. 63 co. 3 Cp, escludendo dal novero delle circostanze ad effetto speciale tutte le circostanze indipendenti, a prescindere dalla variazione frazionaria che risulta dal loro raffronto con la pena stabilita per il reato base⁶⁸. Basti solo pensare alla casistica in materia di furto cui si è accennato in precedenza: pur corrispondendo il fatto concreto a taluna delle ipotesi descritte dall'art. 625 Cp, il limite edittale da considerare ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto dovrebbe comunque essere individuato con riferimento all'art. 624 Cp, dando dunque corso all'istituto al ricorrere degli altri presupposti richiesti dall'art. 131-bis Cp⁶⁹. Allo stesso modo la soluzione si sarebbe prospettata più favorevole al reo nell'esempio sopra richiamato della resistenza a un pubblico ufficiale aggravata ai sensi dell'art. 339 co. 2 Cp. Di contro, seguendo l'interpretazione (proposta dalla dottrina maggioritaria) che forza il dato letterale includendo tra le circostanze ad effetto speciale tutte e indistintamente le circostanze indipendenti o la soluzione (oggi accolta anche dalle Sezioni unite della Cassazione) che scompone la categoria in ragione dell'effetto frazionario ideale sulla pena base, nelle ipotesi testé citate si perverrebbe al risultato (*in malam partem*) della non

⁶²V. *supra*, nota 56.

⁶³V. *supra*, nota 57.

⁶⁴V. *supra*, nota 58.

⁶⁵Nello stesso senso, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665. *Contra* R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3841, nota 6; A. Gullo, *sub* Art. 131-bis, 1949.

⁶⁶V. *supra*, n. 3.1.1.

⁶⁷V. *supra*, nota 54.

⁶⁸Si tratta dunque di una soluzione inversa rispetto a quella oggi sostenuta dalla dottrina dominante cit. *supra*, in nota 39.

⁶⁹V. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665. Tuttavia, neanche l'interpretazione restrittiva raccomandata nel testo risolve l'irragionevole esclusione della ricettazione "di particolare tenuità" dall'operatività dell'art. 131-bis Cp nel caso in cui il fatto concreto risulti talmente esiguo da risultare eccessivo lo stesso minimo edittale dei 15 giorni di reclusione: v. *supra*, n. 3 e relativa nota 22.

applicabilità dell'art. 131-bis Cp⁷⁰. Nel caso della combustione illecita di rifiuti pericolosi, invece, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, preclusa in base alla lettura maggiormente inclusiva dell'art. 63 co. 3 Cp, potrebbe trovare applicazione seguendo la diversa interpretazione che distingue tra le circostanze indipendenti a seconda del relativo gradiente rispetto alla pena-base.

Tuttavia, il più favorevole effetto conseguente alla lettura "ortodossa" dell'art. 63 co. 3 Cp trova smentita ogniqualvolta la circostanza indipendente implicata dal caso concreto consista in una attenuante che rintuzza il massimo della pena edittale mantenendolo nel limite dei cinque anni, come nell'ipotesi sopra richiamata della fattispecie attenuata di autoriciclaggio di cui all'art. 648-ter.1 co. 2 Cp.

Non resta dunque che rassegnarsi alle oscillazioni di risultato cui inevitabilmente sarà sottoposto l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto fin quando il dato letterale da un lato e le esigenze sistematiche dall'altro non troveranno ricetto in un auspicato e risolutivo intervento del legislatore sull'art. 63 co. 3 Cp.

3.1.2. Come anticipato, nel disciplinare le modalità di determinazione della pena detentiva ai fini dell'operatività dell'istituto, il quarto comma dell'art. 131-bis Cp sottrae le circostanze autonome e quelle ad effetto speciale al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee di cui all'art. 69 Cp⁷¹. La formulazione dell'art. 131-bis co. 4 Cp consegnataci dal legislatore allude chiaramente all'eventualità in cui concorrano circostanze autonome e ad effetto speciale di segno diverso; eppure non era questo l'intento. Nello schema di decreto legislativo trasmesso alla Presidenza delle Camere il 23 dicembre 2014, la disposizione corrispondente al vigente quarto comma dell'art. 131-bis Cp era priva dell'inciso finale che impedisce di procedere alla comparazione tra circostanze eterogenee⁷², del resto inutile se volto a preservare l'applicazione delle circostanze autonome e di quelle ad effetto speciale, data l'esclusione delle circostanze ad effetto comune dal computo della pena detentiva ai fini dell'art. 131-bis co. 1 Cp. Sennonché, nel successivo passaggio dell'*iter* legislativo, la Commissione Giustizia subordinò il proprio parere favorevole alla condizione, fra le altre, dell'esplicita previsione dell'esclusione del giudizio di bilanciamento tra circostanze autonome e ad effetto speciale, da un lato, e

⁷⁰ Alla stessa conseguenza sfavorevole condurrebbe la più recente proposta interpretativa avanzata in dottrina sulla collocazione delle circostanze indipendenti: il riferimento è ad A. Vallini, *Circostanze del reato*, in *Trattato teorico|pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. II, *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino 2011, 18 s., che, nell'intento di conseguire un esito interpretativo rispettoso della legalità ma anche ragionevole negli esiti, suggerisce di colmare la lacuna normativa attraverso l'applicazione analogica della disciplina prevista per le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, più simili come *ratio* alle circostanze indipendenti.

⁷¹ Nel caso di concorso tra circostanze autonome e ad effetto speciale dello stesso segno, troverà applicazione la disciplina dell'art. 63 co. 4 e 5. Secondo R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3842, nota 8, in tal caso rileva solo la circostanza più grave, senza ulteriore apprezzamento per le altre.

⁷² *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m)*, della legge 28 aprile 2014, n. 67, trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014, consultabile in www.camera.it.

circostanze attenuanti ad effetto comune dall'altro, ad eccezione della circostanza attenuante di cui all'articolo 62 co. 1 n. 4⁷³. La versione definitiva della disposizione, privata del riferimento all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, ha mantenuto l'inciso relativo all'esclusione del giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 Cp, la cui ammissibilità avrebbe tuttavia costituito la «soluzione tecnicamente più corretta»⁷⁴. Ed infatti non sono mancate posizioni alquanto critiche sulla disciplina in parola, che hanno sottolineato l'indispensabilità del giudizio di bilanciamento soprattutto tenuto conto dei molteplici interventi della Consulta sull'art. 69 co. 4 Cp⁷⁵, intesi a ripristinare la regola della comparazione tra circostanze eterogenee per alcune delle ipotesi che ne erano risultate escluse a seguito della riforma del 2005⁷⁶.

Com'era inevitabile, la necessità di districare la questione della regolamentazione delle ipotesi tutt'altro che remote di convergenza sul medesimo fatto concreto di circostanze autonome e/o ad effetto speciale antitetico ha determinato l'avanzare di diverse soluzioni in dottrina. A fronte di un primo orientamento che ha suggerito di dare rilievo unicamente alle aggravanti, poiché è il massimo edittale che definisce l'ambito operativo dell'art. 131-bis Cp⁷⁷, un'altra interpretazione ha suggerito di dare prioritaria applicazione all'aggravante nella massima estensione e operare successivamente la riduzione minima per l'attenuante⁷⁸. Non sono poi mancate posizioni volte a rimarcare l'inevitabilità del giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 Cp nel caso di concorso di circostanze eterogenee tutte ad effetto speciale⁷⁹.

⁷³ V. la proposta di parere favorevole presentata dal relatore della II Commissione permanente (Giustizia) della Camera dei Deputati nella seduta del 27 gennaio 2015, consultabile in www.camera.it. Una sintetica ricostruzione dell'iter parlamentare sul punto può leggersi in F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 90 s.

⁷⁴ Così, giustamente, F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 91.

⁷⁵ V. C. Cost., 21.6.2017 n. 205; Id., 24.2.2016 n. 74; Id., 14.4.2014 n. 106; Id., 14.4.2014 n. 105; Id., 5.11.2012 n. 251. Le pronunce di incostituzionalità sono state per lo più fondate sul contrasto dell'art. 69 co. 4 Cp con gli artt. 3, 25 co. 2 e 27 co. 3 Cost.

⁷⁶ V. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1104 s., che peraltro ritiene inopportuna la valutazione delle circostanze ai fini della particolare tenuità, a causa della loro funzione politico-criminale e della loro estraneità al fatto tipico, che le rende inadeguate ad incidere sull'operatività di istituti generali e astratti. Deve tuttavia rilevarsi che le circostanze autonome, le circostanze indipendenti e le circostanze ad effetto speciale danno ingresso ad una diversa valutazione legislativa del fatto, sicché, pur rientrando nella classe degli *accidentalium delicti*, finiscono con il configurare delle fattispecie speciali rispetto a quelle di base (cfr. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, cit., 651); tanto è vero che la disciplina di molteplici istituti di diritto penale sostanziale e processuale tiene conto, in punto di determinazione della pena edittale di riferimento, di queste circostanze e non di quelle ad effetto comune: v. art. 157 Cp e artt. 4, 278, 379, 593 e 604 Cpp.

⁷⁷ R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3841.

⁷⁸ In questo senso, S. Perelli, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto Minime riflessioni "a caldo"*, in *Questione giustizia*, 2015, 5 s.; l'A. è tuttavia perplesso sulla compatibilità della soluzione con la lettera della legge, poiché l'art. 131-bis, co. 1 Cp fa riferimento alla pena "prevista" dunque alla pena stabilita in astratto dal legislatore e non alla pena massima concretamente irrogabile dal giudice.

⁷⁹ Così, A. Gullo, *sub Art. 131-bis*, cit., 1949, che include tra le circostanze ad effetto speciale anche quelle indipendenti che, secondo un calcolo frazionario ideale, determinano una variazione frazionaria della pena superiore ad un terzo.

In verità, la disposizione dell'art. 131-bis co. 4 Cp, limitatamente alla non punibilità per particolare tenuità del fatto, riporta la disciplina di alcune ipotesi di concorso tra circostanze di segno diverso allo *status quo ante* alla riforma che nel 1974 generalizzò il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee; a maggior ragione se si accede all'interpretazione che include, tra le circostanze ad effetto speciale, quelle indipendenti⁸⁰. Nondimeno, diversamente da quanto previsto nella versione originaria dell'art. 69 Cp, che rinviava espressamente all'art. 63 Cp⁸¹, l'art. 131-bis Cp non fornisce alcuna indicazione circa il criterio di applicazione cumulativa di circostanze di segno diverso convergenti sul medesimo fatto e sottratte al giudizio di bilanciamento. Tralasciando le ipotesi in cui è lo stesso legislatore ad indicare all'interprete il *modus operandi*, blindando a monte le aggravanti di cui vuole garantire l'applicazione⁸², sicché le «diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti»⁸³, il concorso tra circostanze eterogenee tutte di tipo autonomo o tutte ad effetto speciale o riconducibili in parte all'una in parte all'altra classe risulta sprovvisto di disciplina. Ora, la questione si presenta meno problematica nel caso di concorso tra una circostanza autonoma ed una circostanza ad effetto speciale: quale che sia il segno delle due circostanze, l'applicazione della prima dovrà precedere la seconda, diversamente la variazione frazionaria implicata dalla circostanza ad effetto speciale verrebbe neutralizzata dalla nuova sanzione collegata alla circostanza autonoma⁸⁴. Più complessa risulta

⁸⁰ Il riferimento è alle ipotesi di concorso tra circostanze tutte autonome e, laddove si acceda all'interpretazione che include tra le circostanze ad effetto speciale anche quelle indipendenti (v. *supra*, n. 3.1.1), all'eventualità in cui convergano circostanze autonome e indipendenti o circostanze tutte indipendenti di segno diverso.

⁸¹ Com'è noto, nella formulazione originaria l'art. 69 Cp constava di un quinto comma ai sensi del quale nel caso di concorso tra circostanze eterogenee inerenti alla persona del colpevole, di tipo autonomo o indipendenti, gli aumenti e le diminuzioni di pena avrebbero dovuto operarsi a norma dell'articolo 63 Cp, valutata per ultima la recidiva.

⁸² V. artt. 61-bis, 69-bis, 270-bis 1 Cp, 280, 280-bis, 375, 416-bis.1, 602-ter, 604-ter, 624-bis, 628 Cp, artt. 186 e 186-bis CStr, art 12 d. lgs. 25.7.1998 n. 286. V., altresì, la diversa formulazione dell'art. 15-*quater* del d. l. 26.11.1980 n. 776 (inserito in sede di conversione dalla l. 22.12.1980 n. 874), che più sinteticamente esclude l'applicazione della disposizione dell'ultimo comma dell'art. 69 c. p. Si tratta per lo più di ipotesi relative a fattispecie-base in partenza escluse dall'operatività dell'art.131-bis Cp a causa dell'elevato massimo edittale. In argomento, A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino 2010.

⁸³ Di solito la blindatura dell'aggravante è accompagnata dalla precisazione che le concorrenti attenuanti «non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti» rispetto a questa (v. tuttavia la nota precedente a proposito dell'art. 15-*quater* d. l. 776/1980), con conseguente totale neutralizzazione delle stesse. Nondimeno, la netta esclusione del giudizio di bilanciamento disposta dall'art. 131-bis co. 4 Cp, non sembra lasciare spazio ad una simile evenienza: il giudice dovrà dare corso ad entrambe le circostanze, operando le diminuzioni di pena sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente all'aggravante.

⁸⁴ Analoga è la conclusione laddove si acceda all'interpretazione che riduce le circostanze indipendenti a circostanze ad effetto speciale in ragione della variazione frazionaria ideale oltre il terzo della pena-base conseguente alla loro applicazione. Di contro, la questione sembra inestricabile aderendo all'impostazione che assimila tutte le circostanze indipendenti alle circostanze ad effetto speciale, senza mutarne la fisionomia originaria (v. *supra*, n. 3.1.1).

la soluzione della convergenza di più circostanze ad effetto speciale (in senso stretto) eterogenee: si pensi alla compresenza dell'aggravante e dell'attenuante previste dall'art. 384-ter Cp, entrambe tali da determinare una variazione frazionaria della pena-base, rispettivamente in aumento e in diminuzione, dalla metà a due terzi⁸⁵. Poiché la stima della tenuità del fatto è affidata dal legislatore al parametro del massimo della pena edittale deve condividersi l'opzione interpretativa che suggerisce di computare l'aggravante con precedenza e nel suo valore massimo, trovando successiva applicazione l'attenuante nella minima estensione. Di difficile verifica (anche in considerazione della platea di delitti candidabili alla non punibilità per particolare tenuità) e di impossibile soluzione risulta infine il concorso tra circostanze eterogenee tutte di tipo autonomo.

3.2. *Gli indici di tenuità: tra criteri di valutazione e presunzioni preclusive.*

L'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto è scandito dall'indicazione dei requisiti e dalla prescrizione dei criteri per la relativa valutazione. E proprio in questa fondamentale porzione della disciplina risiedono le maggiori perplessità, a causa della commistione di parametri oggettivi e soggettivi che concorrono alla stima dell'entità del fatto. Per vero, a lasciare perplessi non è tanto l'individuazione dei requisiti di tenuità descritti nell'art. 131-bis co. 1 Cp, quanto l'insieme di presunzioni di non sussistenza degli stessi di cui il legislatore si fa carico nei due commi successivi.

La particolare tenuità del *fatto*, anticipata dalla rubrica dell'art. 131-bis Cp, viene fatta consistere nella particolare tenuità dell'*offesa* e nella non abitudine del *comportamento*⁸⁶. A sua volta l'apprezzamento della valenza dell'*offesa* si appunta sui due distinti indici delle modalità della condotta⁸⁷ e dell'esiguità del danno o del pericolo⁸⁸, la cui stima deve essere compiuta ai sensi dell'art. 133 co. 1 Cp⁸⁹.

⁸⁵ Ancora una volta il criterio indicato risulta compatibile con la considerazione delle circostanze indipendenti come circostanze ad effetto speciale, purché esprimano un gradiente superiore al terzo rispetto alla pena-base; è invece inapplicabile se le circostanze indipendenti vengono tutte classificate come circostanze ad effetto speciale, continuando a connotarsi per la distinta cornice sanzionatoria.

⁸⁶ Tali requisiti sono definiti "indici-criteri" dalla *Relazione illustrativa* allo schema del decreto delegato (v. il relativo punto 3).

⁸⁷ Come osservato da G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità, (Seconda parte)*, cit., 110, la valorizzazione del requisito della modalità della condotta, non contemplato nella legge delega e inserito solo in un secondo momento dalla Commissione ministeriale, «consente di evitare di trasformare il nuovo istituto in una sorta di depenalizzazione di categorie astratte di reati».

⁸⁸ Definiti "indici-requisiti" al punto 3 della *Relazione illustrativa*. A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 120, rileva le difficoltà connesse all'apprezzamento dell'esiguità del pericolo a causa della mancanza di un evento.

⁸⁹ Fra gli autori particolarmente critici rispetto a questa forma complessa di valutazione, v. A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 118; R. Rampioni, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 467 s. Valorizza l'ancoraggio del giudizio di irrilevanza ai parametri delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno e del pericolo, come strumento di contenimento della discrezionalità giudiziaria, C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 522.

Il richiamo al complesso dei coefficienti di gravità del *reato* elencati nel primo comma dell'art. 133 Cp è stato criticato dalla dottrina, che ne ha ravvisato per un verso la parziale inutilità e per altro verso l'esorbitanza rispetto a quanto richiesto dalla natura rigorosamente oggettiva dell'offesa⁹⁰. Sotto il primo profilo il rilievo è di immediata constatazione con riguardo al rinvio alla «gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa» (art. 133 co. 1 n. 2 Cp), poiché tale parametro non apporta alcun contributo all'apprezzamento del requisito dell'«esiguità del danno o del pericolo» di cui all'art. 131-bis co. 1 Cp⁹¹. Di contro, non sembra del tutto condivisibile l'osservazione circa la superfluità del richiamo al n. 1 dell'art. 133 co. 1 Cp⁹², che consente una significativa puntualizzazione degli indici di valutazione delle modalità della condotta⁹³, altrimenti destinati ad operare esclusivamente nel distinto contesto della commisurazione della pena.

Il profilo maggiormente controverso del rinvio all'art. 133 co. 1 Cp riguarda il mancato riferimento, nell'art. 131-bis co. 1 Cp, al coefficiente psicologico dell'intensità del dolo e del grado della colpa (art. 133 co. 1 n. 3), che sembra tradire il dichiarato intento del legislatore di «"sganciare" per quanto possibile il giudizio d'irrelevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico»⁹⁴, di difficile effettuazione nelle prime fasi del procedimento⁹⁵. In realtà la lettura della relazione illustrativa allo schema del decreto delegato manifesta una puntuale presa di posizione circa la fisionomia del reato, che assegna alle componenti soggettive del dolo e della colpa una valenza anche oggettiva che concorre a definire il disvalore di azione⁹⁶: l'apprezzamento dell'intensità del dolo e del grado della colpa filtrerebbero dunque nella valutazione complessiva dell'esiguità del fatto attraverso l'indice-criterio delle "modalità della condotta"⁹⁷.

⁹⁰ Non sembra condivisibile l'interpretazione che ritiene plausibile una valutazione della condotta anche alla stregua dei parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 Cp: nel senso qui non condiviso, R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3858 s., nota 53. V. altresì, A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 119, critico circa il mancato richiamo al secondo comma dell'art. 133 Cp, sicché la dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità può prescindere da condotte riparatorie. Per alcune pronunce di merito che si sono espresse in senso opposto v. R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 13, nota 64.

⁹¹ Cfr. I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 43.

⁹² Nel senso qui criticato, I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 43 s.

⁹³ *Contra*, I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 43.

⁹⁴ Così la *Relazione*, al punto 3.

⁹⁵ Cfr. A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 119. Per B. Magro, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, cit., 13, la tenuità dell'offesa va valutata solo in termini oggettivi, senza alcun riguardo alla gravità della colpa e all'intensità del dolo.

⁹⁶ Per una ricostruzione della fisionomia generale del reato articolata nelle tre componenti del disvalore oggettivo d'evento e del disvalore oggettivo e soggettivo d'azione v. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, cit., 391.

⁹⁷ V. il punto 3 della *Relazione* ove si legge che «la formula adottata è ben lungi dall'escludere qualunque rilevanza dell'elemento soggettivo del reato. In effetti, appare del tutto ovvio che l'indice-criterio delle "modalità della condotta" si presta benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della (tipicità della) condotta; sia dell'intensità del dolo, sul

Senonché un'interpretazione rigorosa del dato normativo suggerisce di circoscrivere il collegamento con il primo comma dell'art. 133 Cp ai soli coefficienti di gravità del reato descritti ai numeri 1 e 2, che rispecchiano gli indicatori di tenuità dell'*offesa* descritti nell'art. 131-bis co. 1 Cp⁹⁸. Eppure, la pretesa di una valutazione prettamente oggettiva della tenuità dell'*offesa* trova smentita nelle presunzioni attraverso le quali il legislatore ha inteso vincolare la discrezionalità del giudice, in parte indubbiamente estranee alle modalità della condotta e all'entità del danno o del pericolo in ragione delle quali dovrebbe essere valutata l'opportunità della dichiarazione di non punibilità⁹⁹. Ed infatti, accanto alle preclusioni riferite a puntuali modalità obiettive della condotta (quando l'autore ha agito con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa) o incentrate su precise caratteristiche dell'evento (quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona), il legislatore ha indicato i motivi abietti o futili quale causa ostativa al riconoscimento del beneficio. L'intrinseca natura psicologica di tale condizione presuntiva¹⁰⁰, che ricalca pedissequamente l'aggravante prevista dall'art. 61 n. 1 Cp, sposta il fuoco della valutazione dal piano oggettivo dell'*offesa* a quello soggettivo dell'autore, che avrebbe dovuto rimanerne estraneo¹⁰¹. Evidentemente il legislatore

presupposto che assai spesso quest'ultima si riverbera e si traduce nell'adozione da parte dell'autore di determinate modalità esecutive della condotta». Cfr., R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 666; R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 13, nota 62; F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 85 s.; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 519; S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 408 s. V., altresì, F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1709, che già a proposito della legge delega aveva ritenuto la possibilità di recuperare la considerazione dell'elemento soggettivo in sede di apprezzamento delle modalità della condotta. *Contra*, G. De Francesco, *Illecito esiguo*, cit., 220 s., per il quale una tale lettura reca con sé il rischio «di 'amputare' arbitrariamente il dolo e la colpa cui si riferisce l'art. 133 della loro dimensione 'soggettiva'». Del reato, già in precedenza (*L'esiguità dell'illecito penale*, in *DPP* 2002, 893 s.) l'A., mettendo in relazione le scelte di criminalizzazione con la caduta delle esigenze punitive, aveva ritenuto imprescindibile la valutazione dell'*insieme delle componenti dell'illecito penale*, pur nella consapevolezza della difficile conciliazione tra l'accertamento del grado di colpevolezza e le esigenze di semplificazione e contrazione del rito nei riguardi di fenomeni di consistenza bagatellare.

⁹⁸ *Contra*, I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 43, che considera il rinvio al n. 3 dell'art. 133 co. 1 Cp l'unico riferimento effettivamente rilevante, mentre ritiene ripetitivo il richiamo agli indici di cui ai nn. 1 e 2 della medesima disposizione; G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (*Seconda parte*), cit., 110; G. De Francesco, *Illecito esiguo*, cit., 220 s.

⁹⁹ Per P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative*, cit., 2608 s., gli elenchi delle esclusioni di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 131-bis Cp devono considerarsi esemplificativi.

¹⁰⁰ Cfr. C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 519. Per M. Gallo, *Soglie di punibilità*, in *AA.VV.*, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, *Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 471, anche i motivi abietti o futili sono riconducibili alle modalità della condotta citate nel primo comma dell'art. 131-bis Cp.

¹⁰¹ Tra gli autori che rilevano la discutibile contaminazione soggettiva nel giudizio di tenuità a causa della presunzione legata ai motivi abietti o futili, v. A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 119 s. Per T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 21, con l'eccezione dell'ipotesi presuntiva relativa alla morte e alle lesioni gravissime quali conseguenza della condotta, tutte le altre

ha isolato tra i motivi a delinquere del reo, mantenuti avulsi dall'apprezzamento di tenuità¹⁰², quelli ritenuti maggiormente significativi tanto da risultare tributari dell'autonomo apporto di disvalore cui è collegato l'innalzamento della pretesa punitiva ai sensi dell'art. 61 n. 1 Cp. Laddove i requisiti di colpevolezza, nell'alveo dei quali devono essere ricondotti i motivi abietti o futili, fossero di per sé stessi partecipi della consistenza dell'offesa, non vi sarebbe bisogno di ricorrere ad una presunzione per garantirne la rilevanza¹⁰³.

Diversa considerazione meritano le altre presunzioni di non tenuità dell'*offesa*, in parte attinenti alle modalità della condotta in parte riconducibili alla consistenza del danno o del pericolo.

Iniziando da queste ultime, l'art. 131-bis co. 2 Cp, con una previsione abbastanza scontata¹⁰⁴, preclude la dichiarazione di non punibilità nelle ipotesi in cui «la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona»¹⁰⁵. È difficile immaginare una valutazione positiva della tenuità del fatto in siffatte circostanze; tuttavia l'impegno del legislatore nell'arginare la discrezionalità giudiziaria¹⁰⁶, lungi dal risolversi in una disposizione superflua, è foriero di discutibili esiti applicativi, potendo aprire la strada a dichiarazioni di tenuità pur in presenza di lesioni anche gravi ogni qualvolta il regime sanzionatorio prescritto per il reato implicato lo consenta¹⁰⁷: è questo il caso delle lesioni personali colpose (v. artt. 590, 590-bis e 590-sexies Cp) e delle lesioni quali conseguenza non voluta di un delitto doloso (art. 586 Cp) o di una rissa (art. 588 co. 2 Cp).

Venendo alle condizioni ostative riferibili alle modalità della condotta, queste trovano tutte corrispondenza in alcune delle aggravanti comuni elencate nell'art. 61 Cp¹⁰⁸, rispetto alle

condizioni ostative indicate nell'art. 131-bis co. 2 Cp riguardano il giudizio di colpevolezza in termini di rimproverabilità.

¹⁰² Il legislatore ha inteso escludere dalla valutazione di tenuità i *motivi a delinquere* del reo, limitando il richiamo ai soli coefficienti di gravità del reato di cui al co. 1 dell'art. 133 Cp: v. F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 87. V. tuttavia, *infra*, n. 3.2.2, con riguardo alle presunzioni di abitudine del comportamento relative alla commissione di reati della stessa indole.

¹⁰³ Cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667, per un'analogha motivazione della presunzione collegata ai motivi abietti o futili.

¹⁰⁴ Cfr. C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 520; *Contra*, R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 18, nota 93.

¹⁰⁵ Per M. Gallo, *Soglie di punibilità*, cit., 471, la previsione ha senso «soltanto alla luce della rilevanza dell'elemento psicologico dell'illecito» nel giudizio di particolare tenuità, a differenza di quanto disposto dall'art. 49 Cp, «tutto imperniato su una valutazione oggettiva».

¹⁰⁶ In realtà sembra che la previsione sia stata sollecitata dalla necessità di adeguare l'istituto alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo relative alla tutela della vita: cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (*Seconda parte*), cit., 1104 cui si invia altresì per la puntuale replica di V. Maiello, cit. *ivi*, in nota 46.

¹⁰⁷ Cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667; I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 43, nota 14.

¹⁰⁸ L'aver adoperato sevizie e l'aver agito con crudeltà verso le persone riprendono l'aggravante di cui al n. 4 dell'art. 61 Cp; la presunzione consistente nell'aver profitato delle condizioni di minorata difesa della vittima trova riscontro nell'art. 61 n. 5 Cp. Le condizioni ostative alla dichiarazione di non punibilità sono sottratte al regime di imputazione delle circostanze ed operano a prescindere da una formale contestazione: cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit.,

quali talora ampliano lo spettro casistico: è questo il caso dell'ipotesi descritta dall'art. 61 n. 4 Cp¹⁰⁹, che, ai fini della preclusione della dichiarazione di non punibilità, viene ripresa con l'ulteriore previsione dell'esercizio della crudeltà anche in danno di animali. Con ogni probabilità l'inserzione della presunzione relativa alla crudeltà verso gli animali è stata determinata dalla cornice sanzionatoria che accompagna le incriminazioni che implicano condotte pregiudizievoli per gli animali, tutte compatibili con la sfera operativa dell'art. 131-bis Cp.

3.2.1. Di recente, l'elenco delle presunzioni negative della particolare tenuità dell'*offesa* è stato arricchito di una nuova previsione volta ad impedire la dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp «quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-bis, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni» (131-bis co. 2 Cp). Come era prevedibile, l'inserzione è stata realizzata con decretazione d'urgenza¹¹⁰, come accade ogni qual volta l'intervento repressivo viene condotto sotto il vessillo delle esigenze di pubblica sicurezza.

Conformemente a quelle che precedono, anche queste presunzioni trovano consonanza nelle aggravanti comuni ad effetto comune. La prima ipotesi evoca la circostanza inserita contestualmente all'interpolazione che ha interessato il secondo comma dell'art. 131-bis Cp: si tratta dell'aggravante descritta dall'art. 61 n. 11-septies Cp che trova applicazione quando il fatto è stato commesso «in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante trasferimenti da o verso luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni». Le presunzioni incentrate sui delitti descritti dagli artt. 336, 337 e 341-bis Cp, nella misura in cui esigono per la loro operatività che il reato sia commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni, riprendono l'aggravante prevista dall'art. 61 n. 10.

La particolarità della formulazione del complesso delle nuove preclusioni riguarda il suo duplice livello di tipizzazione, articolato non più esclusivamente su uno dei parametri di tenuità dell'*offesa* (*in specie* le modalità della condotta) ma anche sul tipo di reato, indicato in modo puntuale o delineato attraverso una serie di requisiti. Precisamente, fuori dalle ipotesi espressamente indicate (artt. 336, 337 e 341-bis Cp), esso deve consistere in un delitto e deve essere dotato di una soglia massima di pena che in questo caso è dimezzata rispetto a quella che ordinariamente segna il limite oltre il quale non è consentita la dichiarazione di non punibilità. Questa complessiva tecnica di redazione conserva l'operatività dell'istituto

666; R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 18; R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3841, nota 6.

¹⁰⁹ Fra gli autori che riconoscono la natura oggettiva dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 4 Cp, in quanto attinente alle modalità dell'azione, v. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, cit., 630 s.

¹¹⁰ V. art. 16 co. 1, lett. b d. l. 14.6.2019 n. 53 conv. in l. dalla l. 8.8.2019, n. 77, recante *Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*. La formulazione originaria del decreto legge aveva limitato l'interpolazione ai delitti «puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive»; la legge di conversione ha poi introdotto il riferimento ai reati di cui agli artt. 336, 337 e 341-bis Cp.

rispetto ai delitti puniti con una pena uguale o inferiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione e alle contravvenzioni; eppure l'incidenza della recente interpolazione nel testo del secondo comma dell'art. 131-bis Cp è tutt'altro che trascurabile. Basti considerare che rimangono estranei alla non punibilità molti delitti che di consueto sono commessi in occasione delle manifestazioni sportive e che in assenza della nuova presunzione sarebbero stati intercettati dal raggio d'azione dell'istituto: si pensi alle lesioni semplici (art. 582 Cp), alla rissa cui conseguano lesioni non gravissime (art. 588 co. 2 Cp)¹¹¹, al danneggiamento (art. 635 Cp), alla contravvenzione al divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (art. 6 l. 13.12.1989 n. 401), al lancio di materiale pericoloso, allo scavalco ed invasione di campo (art. 6-bis l. 401/1989) e al possesso di artifici pirotecnici (art. 6-ter l. 401/1989) in occasione di manifestazioni sportive.

Riservando ad un momento successivo le riflessioni circa l'opportunità del ricorso a meccanismi presuntivi riferiti ad un istituto il cui obiettivo è (anche) quello di riportare a misura il rapporto tra fatto concreto e reazione punitiva, ci limitiamo in questa sede a manifestare la preoccupazione che il recente intervento legislativo, lungi dal costituire un'*una tantum*, abbia dato avvio ad una prassi legislativa volta a restringere le maglie della non punibilità per particolare tenuità del fatto attraverso l'impiego di presunzioni il cui elenco potrebbe diventare pletorico.

3.2.2. Seguendo l'esempio della sperimentazione praticata nei sistemi minorile e del giudice di pace, l'art. 131-bis co. 1 Cp fa dipendere la dichiarazione di non punibilità dal carattere occasionale del fatto illecito nell'esperienza di vita dell'autore¹¹². Tuttavia la definizione di tale presupposto nell'istituto di più recente introduzione si discosta dai precedenti per l'impiego di un sintagma che predilige la definizione in negativo ("non abitualità del comportamento") alla più netta enunciazione in positivo impiegata dal legislatore nell'art. 27 d.P.R. 22.9.1988 n. 448 (per il sistema penale minorile) e nell'art. 34 del d. lgs. 28.8.2000 n. 274 (nel procedimento penale davanti al giudice di pace), ove il requisito è riassunto nella "occasionalità", rispettivamente, del "comportamento" e del "fatto"¹¹³.

Il confronto con le definizioni che caratterizzano le precedenti sperimentazioni dell'istituto può risultare utile ai fini della delineazione del requisito che ci occupa. Al riguardo, poiché anche la dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp assume come indice rivelatore della tenuità del fatto il "comportamento" dell'autore, conviene proseguire il raffronto impegnando come termine di comparazione l'istituto minorile. Ebbene,

¹¹¹ V. supra, n. 3.2. circa la discutibile scelta legislativa di appuntare la presunzione relativa alla consistenza del danno sulla morte e sulle lesioni gravissime, dando così la stura a possibili esiti interpretativi volti a riconoscere la tenuità dell'offesa pur in presenza di lesioni colpose anche gravi.

¹¹² T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 21, tale presupposto è ispirato da esigenze di prevenzione speciale.

¹¹³ Per una sintesi delle diverse interpretazioni del requisito della "occasionalità" che caratterizza l'istituto dell'irrelevanza del fatto nel rito minorile v. I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 44 e letteratura ivi citata.

“occasionalità” e “non abitualità” del comportamento non sembrano sovrapponibili: mentre il primo sostantivo richiama una vicenda pressoché irripetibile perché generata da particolari circostanze, e dunque del tutto casuale nell’esperienza di vita dell’autore, la “non abitualità” sembra connotarsi in senso più elastico¹⁴, risultando di per sé non incompatibile con precedenti vicende giudiziarie dell’aspirante al beneficio¹⁵. Questa prima conclusione, argomentata sulla base dell’esegesi letterale, trova conforto nella Relazione illustrativa del decreto delegato¹⁶ e riscontro nell’analisi delle presunzioni che assistono l’accertamento della non abitualità del comportamento ai sensi dell’art. 131-bis Cp, alcune riferibili alla “storia criminale” dell’autore, altre alle caratteristiche del reato commesso¹⁷.

Ai sensi del terzo comma dell’art. 131-bis Cp, l’accesso al beneficio è interdetto al soggetto che «sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero che abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato,

¹⁴ Cfr. G. Amarelli, *L’esclusione della punibilità, (Seconda parte)*, cit., 1111; R. Bartoli, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667.

¹⁵ Cfr. F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 92 s. e 94 ss., il quale sottolinea il carattere prognostico del giudizio sotteso al concetto di comportamento occasionale, che, dunque implica valutazioni personologiche suscettibili di imprevedibilità e arbitrarietà; di contro, la stima della “non abitualità” del comportamento si sostanzia in un apprezzamento esclusivamente diagnostico. Secondo l’A., se il legislatore avesse privilegiato il presupposto della occasionalità in luogo della non abitualità, sarebbe stata possibile la riapertura dei procedimenti in precedenza archiviati per particolare tenuità, laddove fossero emersi nuovi episodi criminosi della stessa indole ascrivibili al medesimo autore, non necessariamente successivi a quelli già dichiarati di scarsa consistenza lesiva. Per converso, un comportamento giudicato non abituale resta tale, potendo semmai influire sul successivo giudizio di tenuità relativo a nuovi episodi, sia pure della stessa serie, commessi oltre che scoperti successivamente a quello già dichiarato di particolare tenuità. Cfr., altresì, D. Brunelli, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell’offesa*, cit., 452 s., che, a proposito dei criteri direttivi della delega legislativa in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, raccomandava una lettura oggettiva della clausola di non abitualità, maggiormente in linea con il linguaggio del legislatore delegante. *Contra* R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3843, nota 1, per il quale “occasionalità” e “non abitualità” differiscono solo nel grado, non nella qualità, implicando entrambe un giudizio di tipo prognostico. In giurisprudenza v. Cass. 11.7.2018 n. 41774, in *dejure.it*, per la quale «il requisito della “non abitualità” del comportamento non può essere ricostruito alla stregua del concetto di “occasionalità”» previsto dai similari istituti nell’ambito della competenza penale del giudice di pace e del sistema penale minorile.

¹⁶ V. il punto 4 della *Relazione illustrativa* allo schema del decreto delegato, cit., ove si demanda all’interprete il compito di «dare tutte le opportune precisazioni contenutistiche» al concetto di “non abitualità”, che si assume diverso da quello «più usuale» di “occasionalità”. Tuttavia non si manca di precisare che «la presenza di un “precedente” giudiziario non sia *di per sé sola* ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti».

¹⁷ Tra gli autori che considerano tassative le indicazioni del terzo comma dell’art 131-bis Cp, non solo in ragione della formulazione della disposizione ma anche per le esigenze di determinatezza, T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22, cui aderiscono, tra gli altri, F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 93; A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 120 s.; S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 410, nota 68. Nello stesso senso, Cass., S.U. 26.2.2016 n. 13681, cit., 786. Tuttavia, la Relazione al decreto delegato sembra esprimersi in senso contrario: v. nota precedente. Per il carattere esemplificativo delle preclusioni v., altresì, P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative*, 2608 s.

sia di particolare tenuità»¹¹⁸. Inoltre, il legislatore sussume nell'alveo dei comportamenti non abituali anche la commissione di reati «che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate».

Sebbene nella *littera legis* la non abitualità del comportamento risulti partecipe della complessiva tenuità del *fatto*, le condizioni personali descritte dal primo gruppo di tali presunzioni, piuttosto che esprimere una maggiore consistenza dell'offesa, rinviano ad esigenze di prevenzione speciale che non potrebbero trovare soddisfazione nella rinuncia alla punibilità dell'autore¹¹⁹. L'aver collegato l'effetto ostativo della non punibilità per particolare tenuità alle ipotesi di pericolosità specifica del reo imputabile, sposta l'asse della valutazione concernente l'opportunità della pretesa punitiva dalla gravità oggettiva del fatto alla pericolosità del suo autore, dando ingresso a valutazioni di capacità a delinquere del reo che lo stesso legislatore aveva ricusato con il puntuale ed esclusivo richiamo al primo comma dell'art. 133 Cp¹²⁰. Sennonché, come giustamente affermato in più occasioni dalla Corte costituzionale, «il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità»¹²¹.

È comprensibile, anche se non in sintonia con l'orientamento appena richiamato, che il legislatore non ritenga opportuno abbandonare ogni pretesa sanzionatoria nei riguardi del reo imputabile che versi in taluna delle condizioni di pericolosità specifica di cui agli artt. 102 ss. Cp, pur avendo egli commesso un fatto di particolare tenuità. Tuttavia non può farsi a meno di notare la discutibile commistione di piani che caratterizzano la disciplina della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp. La naturale vocazione dell'istituto a trovare applicazione nelle primissime fasi del procedimento ha indotto il legislatore ad ancorare le preclusioni relative alle condizioni personali dell'autore ad un'intercorsa dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza¹²². Ne consegue che la presunzione ostativa alla

¹¹⁸ Si noti che risultano escluse da tale preclusione le ipotesi di abitualità e professionalità nelle contravvenzioni.

¹¹⁹ Per R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667, tale preclusione risponde ad esigenze meramente securitarie. V., altresì, i rilievi critici di S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 411 s.

¹²⁰ Sia l'abitualità nel reato ritenuta dal giudice (artt. 103 e 104 Cp), sia la professionalità nel reato (art. 105), sia la tendenza a delinquere (art. 108) presuppongono la considerazione delle circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 Cp.

¹²¹ Così, Corte cost. 5.11.2012 n. 251, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 69 co. 4 Cp, come sostituito dall'art. 3 l. 251/2005, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co. 5 TuStup sulla recidiva di cui all'art. 99 co. 4 Cp. Analogamente Id. 14.4.2014 nn. 105 e 106 e Id., 21.6.2017 n. 205 nuovamente intervenute sull' 69 co. 4 Cp, come sostituito dalla l. 251/2005.

¹²² Cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità, (Seconda parte)*, cit., 1111; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667 s.; R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 20.

dichiarazione di non punibilità è incentrata su di una condizione di pericolosità del reo accertata in occasione di precedenti vicende giudiziarie, rispetto alle quali il fatto *sub iudice* non necessariamente mantiene un legame che ne giustifichi l'attrazione nell'orbita della proiezione prognostica. Il persistere nella pretesa punitiva (pur in presenza di un fatto la cui modesta consistenza lesiva ne avrebbe altrimenti consigliato l'abbandono) in vista della neutralizzazione della pericolosità del suo autore, conduce all'inaccettabile risultato di affidare alla pena una funzione di prevenzione speciale negativa che non dovrebbe appartenere alla luce del quadro costituzionale. Si aggiunga che lo scollamento della presunzione prognostica dal sostrato empirico è ulteriormente accentuato dalla preclusione dell'impiego degli indici di capacità a delinquere del reo, stante l'esclusivo richiamo al primo comma dell'art. 133 Cp; sicché nessun peso potrà essere attribuito al contegno postdelittuoso¹²³, che pure avrebbe potuto consigliare, unitamente all'esiguità dell'offesa del fatto *sub iudice*, la rinuncia alla pena¹²⁴.

Anche la presunzione incentrata sulla realizzazione di più reati della stessa indole sembra discutibile¹²⁵, a causa della sua estraneità al disvalore d'evento e d'azione che caratterizzano l'illecito; a maggior ragione ove si consideri che la preclusione opera perfino quando ciascuna *fatto*, isolatamente considerato, risulti di particolare tenuità. Si aggiunga che, giusta la clausola definitoria di cui all'art. 101 Cp, la medesimezza dell'indole dei reati può essere desunta anche dai motivi che li determinano, sicché ancora una volta all'apprezzamento della valenza del *fatto* non risultano estranee suggestioni di tipo soggettivo.

Tuttavia, l'approfondimento del raggio operativo della preclusione di cui si discute sembra indirizzarne l'interpretazione verso risultati più confortanti. Stando alla sua formulazione letterale, la presunzione rinviene il suo presupposto nella "commissione" di più reati della stessa indole, sicché risulta compatibile con la lettera dell'art.131-*bis* co. 3 Cp il diniego del beneficio limitatamente al caso di contestazione di molteplici violazioni nel procedimento *sub iudice*¹²⁶. Per vero, nonostante che non siano mancate prese di posizione volte a patrocinare, anche ai fini di questa ipotesi preclusiva, la necessità che i precedenti reati della stessa indole risultino accertati con provvedimento definitivo¹²⁷, non sembra del tutto peregrino

¹²³ Cfr. G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016", consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 16.12.2015, 7.

¹²⁴ È imprescindibile il richiamo al monito di G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, che avvertiva il rischio di irragionevoli automatismi collegati al requisito della non abitualità.

¹²⁵ In dottrina, come in giurisprudenza, è pacifico che eventuali precedenti giudiziari relativi a reati che non condividono la medesima indole con quello per cui si procede non costituiscono ostacolo alla dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* Cp: cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1111. Inoltre il tenore letterale dell'art. 131-*bis* co. 3 Cp suggerisce di collegare l'effetto preclusivo alla presenza di almeno due illeciti oltre quello per il quale si pone la questione della dichiarazione di non punibilità: v. Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, cit.

¹²⁶ In questo senso, A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 121. V., tuttavia, Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, cit., per la quale, fermo restando il presupposto della medesima indole, la pluralità di reati cui consegue l'effetto ostativo può riguardare più illeciti tutti *sub iudice*, precedenti condanne irrevocabili e finanche reati già dichiarati non punibili ex art. 131-*bis* Cp.

¹²⁷ Cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1111, che ritiene necessaria una precedente sentenza di condanna definitiva o un precedente provvedimento di proscioglimento ai

sostenere un'interpretazione di tipo ulteriormente restrittivo, volta a circoscrivere il vincolo presuntivo ai fatti in contestazione nel procedimento in corso¹²⁸. Questa soluzione, oltre ad essere suggerita dalla formulazione del terzo comma dell'art. 131-bis Cp, che (è bene ribadirlo) fa richiamo alla "commissione" di più reati della stessa indole subito precisando che può anche trattarsi di *fatti* ciascuno dei quali connotato da particolare tenuità¹²⁹, trova ulteriore conforto nei criteri di valutazione della tenuità indicati nel primo comma: mentre per l'apprezzamento della consistenza dell'*offesa* si rinvia esplicitamente all'art. 133 co. 1 Cp, nessun richiamo normativo assiste la stima della non abitualità del comportamento. Se il legislatore, ai fini della valutazione di quest'ultimo presupposto, avesse voluto dare rilievo anche ai precedenti penali e giudiziari del reo e, in genere, alla condotta e alla vita del reo, antecedenti al reato, avrebbe fatto esplicito rimando agli indicatori della capacità a delinquere di cui al (n. 2 del) secondo comma dell'art. 133 Cp. Tuttavia, questa soluzione sarebbe risultata poco coerente con l'essenza dell'istituto, che, in conformità ai principi di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale, collega la dichiarazione di non punibilità alla consistenza del *fatto* e non alla qualità del suo autore¹³⁰. Del resto eventuali precedenti condanne per reati della stessa indole di quello *sub iudice* possono esplicare efficacia preclusiva per il tramite della dichiarazione di abitualità ai sensi dell'art.102 Cp, sia pure alle condizioni in esso previste¹³¹.

sensi dell'art. 131- bis Cp ai fini del soddisfacimento della presunzione. Similmente, I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità*, 46 s., per il quale una diversa soluzione comporterebbe un'«estensione della legge in malam partem» oltretutto contraria al principio di presunzione di innocenza. V., tuttavia, le prime linee guida adottate dalle Procure della Repubblica (cit. da I. Giacona, *op. cit.*, 47 ss. e relativa nota 24) che, ai fini della valutazione dell'abitualità, conferivano rilevanza anche alle sentenze non ancora passate in giudicato, alle declaratorie di estinzione del reato, di improcedibilità o di non punibilità e finanche alle denunce e agli arresti. Si tratta di un'interpretazione probabilmente influenzata dall'esperienza maturata nei procedimenti minorile e del giudice di pace: cfr. I. Giacona, *op. loc. ult. cit.* Per l'effetto preclusivo prodotto da precedenti dichiarazioni di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp pronunciate rispetto a reati della stessa indole, anche S. Perelli, *La non punibilità*, cit., 7 s.

¹²⁸ A maggior ragione deve escludersi che possano assumere rilievo reati estranei al procedimento in corso e non ancora accertati: cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 668.

¹²⁹ Cfr. R. Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *Giur. it.*, 2015, 1740. V., altresì, il punto 4 della *Relazione illustrativa* allo schema del decreto delegato, cit., ove si precisa che «l' "abitualità" ostativa al riconoscimento della particolare tenuità sembrerebbe piuttosto essere quella che venga accertata in relazione al reato oggetto del giudizio, nel senso cioè che quest'ultimo s'inserisca in un rapporto di seriazione con uno o più altri episodi criminosi: come potrebbe essere, ad esempio, il caso di un furto, seppure in sé minimo che risulti costituire un anello di una sorta di catena comportamentale».

¹³⁰ Nello stesso senso v. G. Rossi, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *DPP* 2016, 545.

¹³¹ Non potranno risultare ostative alla dichiarazione di non punibilità le ipotesi di recidiva, inclusa quella specifica e quella reiterata, a meno che, trattandosi di ipotesi assimilabili alle circostanze ad effetto speciale e dunque computabili ai fini della determinazione della pena ai sensi dell'art. 131-bis, co. 1 e 4 Cp, comportino un innalzamento del massimo della pena detentiva oltre i cinque anni. Fra gli autori che escludono l'effetto ostativo di tutte le ipotesi di recidiva, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 668. *Contra*, A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 121, con riguardo alla recidiva reiterata o specifica accertata giudizialmente; R.

D'altra parte, è difficile confutare che più episodi bagatellari possono costituire l'esordio di una carriera criminale¹³², incoraggiando una prognosi negativa sul futuro comportamento del reo. Del resto, contenendo l'operatività della preclusione nel perimetro tracciato dai fatti in contestazione nel procedimento in corso, le preoccupazioni legate alle esigenze di prevenzione speciale risultano maggiormente fondate, poiché le molteplici violazioni, valutate contestualmente, consentono una proiezione maggiormente attendibile sul futuro comportamento del reo. Tuttavia, come più volte ribadito, non è compito elettivo della pena di farsi carico del contenimento della pericolosità del reo, sicché la presunzione di abitualità fondata sulla commissione di più reati (anche bagatellari) della stessa indole, per risultare plausibile, deve potere essere letta in chiave oggettiva, quale manifestazione di una lesività tale da non potere giustificare la rinuncia alla pretesa punitiva.

Per vero, nel caso che ci occupa è già il fatto in sé, prima ancora del suo autore, a risultare non candidabile alla dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp¹³³. Ciascuno dei molteplici reati della stessa indole che compongono la complessiva vicenda *sub iudice* rappresenta il frammento di una serie naturalistica che, considerata nel suo complesso, esprime una consistenza lesiva difficilmente conciliabile con la rinuncia alla pretesa punitiva, prospettando anzi la necessità di un intervento rieducativo, che nell'attuale assetto sanzionatorio è affidato alla pena criminale ed ai suoi surrogati penitenziari.

3.2.2.1. Il secondo gruppo di presunzioni che assistono l'accertamento del requisito della non abitualità del comportamento focalizzano l'attenzione sulle caratteristiche della fattispecie incriminatrice implicata dal fatto commesso, ostacolando la dichiarazione di non punibilità «nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate» (art. 131-bis co. 3 Cp). Si tratta di uno dei profili maggiormente controversi della disciplina, che ha attirato le critiche della dottrina fin dalle primissime battute¹³⁴, soprattutto per la ridondanza della formula impiegata dal legislatore che non aiuta nell'individuazione del suo significato. Le perplessità hanno riguardato non tanto il richiamo alle condotte reiterate e a quelle abituali, quanto il riferimento alle condotte plurime.

Come sempre, conviene confrontarsi dapprima con il dato letterale della disposizione, che già attraverso la locuzione «reati che abbiano ad oggetto [...]» segnala un indice presuntivo desunto dalla fattispecie astratta implicata dal caso concreto, indipendentemente dalle

Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 23 e S. Perelli, *La non punibilità*, cit., 7, limitatamente alla recidiva specifica.

¹³² V. C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 752.

¹³³ Per E. Penco, *(Ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2018, 1509, l'art. 131-bis Cp, pone l'accento su un autore "non bagatellare" e sembra riprendere il modello di esiguità dell'illecito a suo tempo proposto da C.E. Paliero nel volume *Minima non curat praetor*, cit.

¹³⁴ Fra gli altri, T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22.

effettive modalità di estrinsecazione della condotta criminosa¹³⁵. Ciò premesso, appare opportuno indagare la possibilità di riconoscere un autonomo e distinto significato in ciascuno dei tre aggettivi qualificativi impiegati dal legislatore per individuare le classi di condotte ad effetto ostativo. Al riguardo, la sequenza «condotte plurime, abituali e reiterate» sembra richiamare una proiezione scalare. Iniziando dall'ultima categoria, la "reiterazione" richiama immediatamente la ripetizione di uno stesso comportamento, evocando in tal modo la categoria dottrinale del reato a condotta plurima o abituale in senso stretto. L'aggettivo "abituale" si distingue invece per un più ampio significato, tale da includere la consueta realizzazione di comportamenti non necessariamente identici ma omogenei; non a caso il riferimento alle condotte reiterate, pur potendo risultare sovrabbondante rispetto all'indicazione delle condotte abituali, non ha creato particolari problemi interpretativi ed è stato sin da subito collegato alla formulazione del delitto di atti persecutori, che incentra la fattispecie sulla reiterazione delle condotte di minaccia e molestia¹³⁶. Infine, la locuzione "condotte plurime" sembra riferirsi ad una molteplicità di azioni realizzate in un contesto spazio-temporale unitario e tutte rapportabili alla medesima disposizione incriminatrice, che provvede alla loro tipizzazione come modalità alternative di realizzazione dello stesso reato. In breve: quest'ultima classe di condotte sembra riguardare le norme a più fattispecie (c.d. miste alternative), la cui violazione è pur sempre considerata unica a dispetto della pluralità di azioni tutte riconducibili alla gamma di ipotesi da esse considerata¹³⁷.

Probabilmente, il riferimento alle condotte plurime è retto dalla *ratio* di impedire il riconoscimento della particolare tenuità in tutti i casi di compimento di più condotte tra loro diverse ma tutte riferibili alla stessa disposizione incriminatrice, poiché queste, essendo considerate come unica violazione, non avrebbero altrimenti impedito il riconoscimento della particolare tenuità del fatto al ricorrere dei presupposti descritti dall'art. 131-bis Cp. Certo, il necessario riferimento alla configurazione astratta del reato implica come conseguenza l'effetto preclusivo all'operatività dell'istituto anche nel caso in cui sia stato posto in essere uno solo dei comportamenti descritti dalla norma incriminatrice; tuttavia non sembrano prospettare valide alternative ermeneutiche. In particolare, è discutibile l'interpretazione, pure avanzata in dottrina, che collega il richiamo alle condotte plurime alla realizzazione plurisoggettiva del reato¹³⁸. Effettivamente, non si può escludere che la convergenza di una pluralità di condotte verso un unico evento possa essere sintomatica di una maggiore carica offensiva, tuttavia si tratta di ben altra cosa rispetto all'abitualità del comportamento che il legislatore

¹³⁵ *Contra*, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 668 s., che in ragione di un'interpretazione teleologicamente orientata ritiene che la norma debba essere riferita all'episodio concreto.

¹³⁶ Cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1107; A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 587, che valorizza altresì il riferimento all'aver approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima; T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22. Il delitto di atti persecutori solo di recente è stato sottratto all'ambito operativo dell'art. 131-bis Cp in ragione dell'inaspimento del regime sanzionatorio: v. art. 9 co. 3 l. 9.7.2019 n. 69 (c.d. codice rosso).

¹³⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, al delitto di cui all'art. 616 Cp.

¹³⁸ Così, sembrerebbe, Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22.

ha così inteso presumere e che non può che essere riferita al medesimo agente. Né appare coerente con il tenore del terzo comma dell'art. 131-bis Cp l'opinione che ravvisa nell'inciso in questione l'intento di escludere la dichiarazione di particolare tenuità nel caso di continuazione di reati¹³⁹; come è stato correttamente osservato, la preclusione riferita alla commissione di «più reati della stessa indole» risulterebbe in tal caso inutile, perché assorbita dalla più generale esclusione riferita alla continuazione di reati¹⁴⁰.

3.3. Come anticipato¹⁴¹, nel delineare il perimetro della non punibilità per particolare tenuità del fatto il legislatore ha tenuto conto degli *accidentalìa delicti*, per un verso inattivando le circostanze diverse da quelle autonome e ad effetto speciale ai fini della determinazione della pena ai sensi dell'art. 131-bis co. 1 Cp, per altro verso garantendo l'applicazione dell'istituto «anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante» (art. 131-bis co. 5 Cp)¹⁴². Questa precisazione consente di risolvere a favore della non punibilità le ipotesi di eventuale confluenza sul medesimo fatto concreto di circostanze attenuanti così configurate, che altrimenti avrebbero potuto rivendicare applicazione esclusiva¹⁴³.

¹³⁹ In giurisprudenza, la compatibilità del reato continuato con l'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp è controversa: in senso affermativo, Cass. 20.11.2018 n. 16502, in *dejure.it*, sempre che «si tratti di più azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo e nei confronti della stessa persona»; conformi, tra le tante, Cass. 11.12.2018 n. 4649, *ivi*; Id. 11.10.2018 n. 57355, *ivi*. *Contra*, Cass. 25.9.2018 n. 44896, in *dejure.it*, «in quanto anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale", ostativa al riconoscimento del beneficio»; Id. 20.3.2019 n. 18192, in *dejure.it.*; id. 29.3.2018 n. 19159, *ivi*. In dottrina, sostengono l'astratta compatibilità del reato continuato con la non punibilità per particolare tenuità, R. Bartoli, *Particolare tenuità del fatto: condanne irrevocabili risalenti nel tempo possono escludere, anziché fondare, l'abitudine del comportamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.11.2016; G. Rossi, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto"*, cit., 544; *Contra*, P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative*, cit., 2608 s. In argomento v., altresì, L. Brizi, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati*, cit.; M.C. Amoroso, *La posizione della giurisprudenza sul rapporto tra l'abitudine di cui all'art. 131-bis c.p. ed il reato continuato*, in *CP* 2017, 4358 ss.

¹⁴⁰ L'osservazione è di Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22; nello stesso senso, M.C. Amoroso, *La posizione della giurisprudenza*, cit., 4365 s.

¹⁴¹ V. *supra*, n. 3.1.

¹⁴² Viene così data «massima espansione allo scarso disvalore concreto del fatto»: S. Larizza, *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 640.

¹⁴³ Cfr. A. Gullo, *sub Art. 131-bis*, cit., 1949 s. Similmente, O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 814, per la quale, benché l'intento del legislatore fosse quello di sottrarre la valutazione ai giudici, evitando così il temuto effetto abrogante della riforma, è stato sottovalutato l'opposto rischio della tacita abrogazione delle attenuanti fondate su una descrizione della tenuità coincidente con quella della non punibilità ai sensi dell'art 131-bis Cp.

Nonostante la nostra legislazione penale esibisca numerose ipotesi di circostanze calibrate sulla tenuità del fatto¹⁴⁴ o dell'offesa¹⁴⁵, la gran parte di queste risulta in partenza esclusa dalla determinazione della pena detentiva ai fini dell'operatività dell'istituto disciplinato dall'art. 131-*bis* Cp, connotandosi per lo più come circostanze ad effetto comune¹⁴⁶, dunque non computabili ai sensi del quarto comma¹⁴⁷. Occorre tuttavia verificare se, mancando i presupposti di merito necessari alla dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* Cp, rimangono margini per l'attenuazione della pena prevista dalla concorrente circostanza incentrata sulla tenuità del fatto o dell'offesa.

La stessa enunciazione della questione segnala l'opportunità di indirizzare l'analisi distinguendo le ipotesi in cui la diminuzione della pena è collegata alla tenuità del danno o del pericolo¹⁴⁸ da quelle in cui l'attenuante implica una valutazione della tenuità del fatto contingente considerato nel suo insieme¹⁴⁹.

¹⁴⁴ V. art. 323-*bis* co. 1, 346-*bis* co. 5 e 648 co. 2 Cp; art. 7 co. 2 l. 14.6.2011 n. 95; art. 7 co. 3 l. 29.10.1997 n. 374; art. 171-*ter* co. 3 l. 22.4.1941 n. 633. Meritano distinta menzione le ipotesi in cui legislatore qualifica il fatto impiegando la locuzione «lieve entità»: v., fra gli altri, l'art. 289-*ter* co. 3 Cp e l'art. 2621-*bis* Cc. V., altresì, l'art. 4 co. 3 l. 18.4.1975 n. 110, che fa richiamo ai «casi di lieve entità».

¹⁴⁵ V. art. 2640 Cc. V., altresì, l'art. art. 62 n. 4 Cp, l'art. 219 r. d. 16.3.1942 n. 267 e l'art. 326 d. lgs. 12.1.2019 n. 14 (che entrerà in vigore il 15.8.2020), che appuntano l'attenuante sulla «speciale tenuità» del danno patrimoniale.

¹⁴⁶ V. artt. 62, n. 4, 311, 323-*bis* co. 1 e 346-*bis* co. 5 Cp; art. 2640 Cc; art. 326 d. lgs. 12.1.2019 n. 14 (vigente dal 15.8.2020); art. 219 r. d. 16.3.1942 n. 267; art. Art. 171-*ter* co. 3 l. 633/1941.

¹⁴⁷ V. *supra*, nn. 3.1 e 3.1.1. Non mancano casi di attenuanti di questo tipo per le quali il legislatore determina la pena in misura indipendente da quella ordinaria del reato, sicché, a seguire gli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità, si pone ancora una volta la questione della loro rilevanza a seconda dell'incidenza in termini frazionari sulla pena-base: fra le rare ipotesi, v. l'art. 648 co. 2 Cp (che dà rilievo al fatto di particolare tenuità) e l'art. 2621-*bis* co. 1 Cc (che considera il fatto «di lieve entità»). Si connotano come circostanze ad effetto speciale «in senso stretto», invece, l'art. 7 co. 2 l. 95/2011, l'art. 7 co. 3 l. 374/1997 (entrambi incentrati sul fatto «di particolare tenuità») e l'art. 3 co. 6 l. 28.12.1989 n. 422 (che fa riferimento al «fatto di lieve entità»), sebbene le fattispecie-base siano per lo più dotate di un massimo edittale talmente elevato da escludere a priori l'operatività dell'istituto. Può considerarsi di tipo autonomo la circostanza di cui all'art. 4 co. 3 l. 110/1975, che, per i «casi di lieve entità» in essa considerati, riduce alla sola pena dell'ammenda le sanzioni detentiva e pecuniaria previste in modo congiunto per la fattispecie-base. Invero, questa contravvenzione, punita con una pena detentiva in partenza esigua, rientra nella sfera operativa indicata nell'art. 131-*bis* co. 1 Cp a prescindere dal riconoscimento dell'attenuante.

¹⁴⁸ Fra le attenuanti che appuntano l'attenzione sulla «speciale tenuità» del danno o del pericolo v.: artt. 62 n. 4 Cp e art. 219 r. d. 267/1942. Collegano la «lieve entità» del fatto anche alla «tenuità del danno o del pericolo», l'art. 311 Cp e l'art. 3 co. 6 l. 422/1989 (che tuttavia accede a una fattispecie-base dotata di un massimo edittale talmente elevato da escludere comunque l'operatività dell'art. 131-*bis* Cp). V., altresì, l'art. 2621-*bis* Cc, che guarda, fra l'altro, agli effetti della condotta; e l'art. 2640 Cc, che sinteticamente collega la mitigazione della pena all'offesa «di particolare tenuità» quale conseguenza dei fatti incriminati negli articoli che lo precedono. Invero, anche il sistema di sanzioni previsto dal d. lgs. 8.6.2001 n. 231 prevede un'attenuante collegata al danno (patrimoniale) di particolare tenuità: v. art. 12 co. 1 lett. b d. lgs. 231/2001.

¹⁴⁹ Fra le ipotesi che possono aspirare alla non punibilità in ragione del massimo di pena previsto per le fattispecie-base cui accede la circostanza con variazione proporzionale v. artt. 323-*bis* co. 1 e 346-*bis* co. 5 Cp; art. 171-*ter* co. 3 l. 633/1941. V., altresì, l'art. 4 co. 3 l. 110/1975.

Per quanto riguarda le ipotesi in cui la mitigazione della pena è collegata unicamente all'esiguità del danno o del pericolo¹⁵⁰, la valutazione negativa di tale requisito in sede di accertamento dei presupposti della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp comprometterà anche il riconoscimento dell'attenuante; per converso, laddove già ai fini della non punibilità l'offesa dovesse risultare di particolare tenuità (anche) in ragione dell'esiguità del danno o del pericolo, un'eventuale stima negativa in relazione all'abitualità del comportamento non potrà riflettersi sull'applicabilità della circostanza¹⁵¹. Infine, nei casi in cui la circostanza sia configurata in modo tale da ampliare lo spettro del giudizio all'*offesa* (ma non al *fatto*) nel suo complesso¹⁵², il giudice dovrà avere riguardo, oltre che al danno o al pericolo, alle modalità della condotta, come richiesto dall'art. 131-bis Cp ai fini della non punibilità. Di conseguenza, un apprezzamento insoddisfacente del secondo requisito costituirà ostacolo sia alla dichiarazione di non punibilità sia all'applicazione della circostanza, pur in presenza di un danno o di un pericolo esiguo.

Quando invece l'attenuante implica una valutazione della tenuità del fatto considerato nel suo insieme, va osservato come talvolta la formulazione della diminuzione, in quanto incentrata in particolare sulla «lieve entità»¹⁵³, agevola l'individuazione di uno spazio intermedio tra il fatto di «particolare tenuità» rilevante ai sensi dell'art. 131-bis Cp e lo *standard* tipizzato nella fattispecie di base. In questi casi, esclusa la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp, rimane al giudice un margine di apprezzamento della consistenza del fatto concreto, che potrebbe risultare, in ragione della sua «lieve entità», comunque sottodimensionato in termini di disvalore rispetto a quello descritto nella fattispecie-base¹⁵⁴.

Tuttavia, non di rado la stessa attenuazione della pena è collegata alla «particolare tenuità del fatto»¹⁵⁵: in queste ipotesi, quando il reato per cui si procede corrisponda al limite di pena stabilito dall'art. 131-bis Cp, l'esclusione della non punibilità sembrerebbe in via di principio non lasciare spazio ad un'ulteriore stima in vista della mitigazione della sanzione, riportando il fatto concreto in quello descritto dalla fattispecie-base¹⁵⁶.

Eppure, come sopra approfondito, la stima della particolare tenuità del fatto enunciata nella rubrica dall'art. 131-bis Cp si articola in due distinte valutazioni: l'una attiene all'offesa, che si esige di particolare tenuità, l'altra riguarda il comportamento del reo, che deve risultare

¹⁵⁰ V. *supra*, nota 148.

¹⁵¹ Cfr. T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 20, per il quale la non punibilità per particolare tenuità risulta speciale per aggiunta rispetto all'attenuante che si riferisce al danno o al pericolo, sicché, sussistendone tutti i presupposti, è destinata a prevalere ai sensi dell'art. 15 Cp.

¹⁵² V., ad es., l'art. 2640 Cc, ai sensi del quale «Se i fatti previsti come reato agli articoli precedenti hanno cagionato un'offesa di particolare tenuità la pena è diminuita».

¹⁵³ V., a titolo esemplificativo, l'art. 4 co. 3 l. 110/1975 e l'art. 2621-bis Cc.

¹⁵⁴ Cfr. Cass. 7.3.2017 n. 51261, in *CP* 2018, 905.

¹⁵⁵ V. artt. 323-bis co. 1, 346-bis co. 5 e 648 co. 2 Cp; art. 7 co. 2 l. 95/2011; art. 7 co. 3 l. 374/1997; art. 171-ter co. 3 l. n. 633/1941.

¹⁵⁶ V., tuttavia, Cass. 18.10.2016 n. 46255, in *dejure.it*, che ha ritenuto possibile il riconoscimento dell'attenuante ex art. 323-bis Cp nonostante la preventiva esclusione della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp.

non abituale. Sennonché, le ipotesi circostanziate caratterizzate dalla tenuità del fatto circoscrivono l'apprezzamento alla vicenda *sub iudice*, rispetto alla quale rimangono estranei eventuali precedenti episodi penalmente rilevanti. Di contro, la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp involge una stima, riferita anche al comportamento del reo, che travalica retrospettivamente la vicenda giudiziaria in atto. Ne consegue che l'esclusione della non punibilità implicherà il disconoscimento della concorrente attenuante, solo nelle ipotesi in cui il *fatto* oggetto delle due valutazioni coincida.

Si pensi all'autore di più delitti di abuso d'ufficio commessi in tempi diversi ciascuno dei quali, isolatamente considerato, risulti di particolare tenuità: nonostante la cornice sanzionatoria prevista dall'art. 323 Cp non precluda in astratto l'operatività dell'istituto, il *fatto* concreto posto a base dell'esempio non consente di superare il vaglio di tenuità ai fini della non punibilità a causa dell'abitualità del comportamento, presunta *ex lege* con riferimento alla commissione di «più reati della tessa indole»¹⁵⁷; eppure ogni singolo fatto esprime una consistenza offensiva certamente inferiore a quella descritta dalla fattispecie non circostanziata. Ebbene, se la reiterazione delle condotte è riconducibile ad un medesimo disegno criminoso, saranno precluse al reo sia la non punibilità *ex art.* 131-bis Cp sia l'attenuazione della pena ai sensi dell'art. 323-bis Cp: la prima a causa della ritenuta abitualità del comportamento, ancora una volta implicata dalla commissione di «più reati della stessa indole», la seconda in ragione del vincolo della continuazione che, avvicinando le diverse violazioni, manifesta la non tenue offensività della vicenda nel suo complesso¹⁵⁸. Laddove, invece, il reato oggetto del giudizio sia solo l'ultimo della serie e non venga riconosciuta la continuazione con i precedenti, pur rimanendo escluso il beneficio della non punibilità a causa della ritenuta abitualità del comportamento¹⁵⁹, non dovrebbe essere precluso al giudice di diminuire la pena ai sensi dell'art. 323-bis Cp¹⁶⁰.

3.4. Talvolta la scarsa consistenza del fatto connota già la configurazione legislativa della fattispecie-base; alcuni esempi si rintracciano nella disciplina in materia di false comunicazioni sociali, segnatamente nell'art. 2621-bis Cc – sempreché se ne ravvisi la natura di reato autonomo¹⁶¹ – e nel testo unico in materia di stupefacenti (art. 73, co. 5 TuStup), ove il legislatore descrive taluni fatti «di lieve entità», indicando i coefficienti di minore lesività. In

¹⁵⁷ V. *supra*, n. 3.2.2.

¹⁵⁸ Con riguardo ai rapporti tra continuazione di reati e attenuante della particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 323-bis Cp, v., fra le altre, Cass. 5.7.2018 n. 1313, in *dejure.it.* e Id. 18.4.2013 n. 30821, *ivi*, per le quali il giudice «è tenuto a valutare la vicenda nel suo complesso e non solo con riferimento all'entità della violazione più grave, autonomamente considerata».

¹⁵⁹ V. tuttavia l'interpretazione restrittiva proposta *supra*, *sub* n. 3.2.2., volta a circoscrivere il vincolo presuntivo relativo alla commissione di più reati della stessa indole ai fatti in contestazione nel procedimento in corso.

¹⁶⁰ Di diverso avviso A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 118. V., altresì, T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 20 s.; F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 91 s.

¹⁶¹ Per una sintesi dei contrastanti orientamenti al riguardo v. V. Manes, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.2.2016, 33 s.

questi casi, sussistendo i presupposti richiesti dall'art. 131-bis Cp, non vi è motivo di escludere la non punibilità, ben potendo il giudice ravvisare una tenuità tale da ritenere eccessivo l'intervento punitivo penale¹⁶². Tale lettura trova conforto non solo nella diversa locuzione impiegata dal legislatore per segnalare l'esiguità del fatto (che deve risultare «di lieve entità» e non «di particolare tenuità») ma anche e soprattutto nella non perfetta coincidenza tra gli indici di tenuità che connotano per un verso la fattispecie incriminatrice e per altro verso l'istituto della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp. Inoltre, una non trascurabile conferma della plausibilità di una dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità, riferita a fatti che sono già qualificati dal legislatore come lievi, si rinviene proprio nella più recente formulazione della disciplina in materia di false comunicazioni sociali. Con la l. 27.5.2015 n. 69, di poco successiva all'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto nel codice penale, il legislatore ha inserito nel codice civile due distinte disposizioni dedicate, rispettivamente, ai fatti di false comunicazioni sociali «di lieve entità» (art. 2621-bis Cc) e alla previsione di un'apposita regola di giudizio ai fini della dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp (art. 2621-ter Cc)¹⁶³, che trova applicazione anche con riguardo ai fatti lievi¹⁶⁴.

Ove invece il legislatore si limitasse ad una più neutrale descrizione del fatto in termini di «particolare tenuità», senza indicarne i relativi coefficienti, sembra riproporsi il nodo interpretativo prospettato dalla sussistenza di forme circostanziate del reato caratterizzate da particolare tenuità¹⁶⁵. In quel caso si trattava di indagare la sorte dell'attenuante una volta esclusa la dichiarazione di non punibilità; adesso, invece, si tratta di verificare se esistano margini per l'operatività dell'istituto previsto dall'art. 131-bis Cp, una volta che il fatto concreto sia stato ritenuto particolarmente tenue ai sensi della corrispondente norma incriminatrice. Tali margini esisteranno nella misura in cui il giudice abbia, per un verso, ancorato

¹⁶² Similmente, R. Aprati, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *CP* 2015, 1320 s.; G. Alberti, *Non punibilità*, cit., 5 s.

¹⁶³ Cfr. R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1320 s.; A. Gullo, *sub* Art. 131-bis, cit., 1951. Come osservato da G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità, (Seconda parte)*, cit., 1111 s., probabilmente la *ratio* degli artt. 2621-bis e 2621-ter Cc. risiede nella necessità di bilanciare l'irrigidimento della disciplina in materia di false comunicazioni sociali; tuttavia, la scelta legislativa desta dubbi quanto alla ragionevolezza della deroga introdotta con l'art. 2621-ter Cc, che peraltro costituisce un precedente pericoloso per l'uniformità del sistema cui aspirava l'istituto previsto dall'art. 131-bis Cp. Similmente, O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 810, nota 12, per la quale l'art. 2621-ter Cc costituisce la prima di una serie di "deroghe odiose" che la fattispecie è destinata ad attrarre a sé.

¹⁶⁴ Rispetto al delitto di false comunicazioni sociali normativamente caratterizzato da lieve entità, la non punibilità potrà essere dichiarata tutte le volte in cui, ferma restando la non abitualità del comportamento, l'offesa presenti i requisiti richiesti dall'art. 131-bis Cp, rispetto ai quali devono essere valutati in modo prevalente l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori (art. 2621-ter Cc), tenuto altresì conto della natura e delle dimensioni della società (art. 2621-bis Cc). Sulla nuova disciplina del delitto di false comunicazioni sociali v. M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *CP*, 2015, 1723 ss.; V. Manes, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.2.2016, e letteratura ivi citata.

¹⁶⁵ V. *supra*, n. 3-3.

l'accertamento della particolare tenuità ai ristretti canoni di esiguità dell'offesa rilevanti per la causa di non punibilità, e, per altro verso, ravvisato la non abitualità del comportamento del reo.

3.5. Prima di riprendere le fila del discorso sulla natura giuridica della non punibilità per particolare tenuità del fatto, conviene rivolgere l'attenzione, sia pure per brevi cenni, agli adeguamenti della disciplina processuale implicati dall'introduzione dell'istituto¹⁶⁶. Il primo innesto ha riguardato le disposizioni in materia di archiviazione, che ora annovera la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp tra i casi che ne giustificano la richiesta (art. 411 co. 1 Cpp). L'iniziativa è rimessa al pubblico ministero¹⁶⁷, che tuttavia deve coinvolgere l'indagato e la persona offesa¹⁶⁸, ai quali è riconosciuto il diritto di opporsi motivando le ragioni del dissenso¹⁶⁹. La mancanza di opposizione o la sua inammissibilità può trovare sbocco o nella pronuncia di un decreto motivato che dà accoglimento alla richiesta o nella restituzione degli atti al pubblico ministero, che può eventualmente essere accompagnata dalla pretesa di nuove indagini o dall'ingiunzione della formulazione dell'imputazione (artt. 411 co. 1-bis e 409 co. 4 e 5 Cpp)¹⁷⁰. Di contro, l'opposizione della persona offesa o dell'indagato che superi il vaglio di

¹⁶⁶ Ravvisa l'esiguità del profilo processuale della disciplina a fronte dell'esautività di quello sostanziale, A. Marandola, *I "ragionevole dubbi"*, cit., 792 ss.

¹⁶⁷ Secondo A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, in www.laegislazionepenale.eu, 25.5.2016, 5, il giudice, richiesto di archiviazione per infondatezza della notizia di reato, può aprire il contraddittorio a persona offesa e indagato ai fini dell'archiviazione per tenuità del fatto. Né questa soluzione recherebbe la violazione dell'art 112 Cost. che vincola l'iniziativa del pubblico ministero e non le decisioni del giudice. Sostengono la compatibilità dell'istituto con il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale S. Bonaudo, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 369; A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 590; F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1706 s.; v. anche R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3843, nota 14.

¹⁶⁸ Ai sensi dell'art. 90-bis Cpp, alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito, fra l'altro, alle facoltà ad essa spettanti nei procedimenti in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

¹⁶⁹ Non si tratta dell'unico caso in cui il pubblico ministero è vincolato a notificare alla persona offesa l'avviso della richiesta di archiviazione, pur in assenza della dichiarazione di questa di volerne essere informata, poiché l'art. 408 co. 3-bis Cpp prevede un'analogia eventualità quando si procede per i delitti commessi con violenza alla persona e per il reato di cui all'art. 624-bis Cp; tuttavia, in queste ipotesi il termine per l'opposizione è indicato in trenta giorni, a fronte dei venti previsti dalla disciplina ordinaria (art. 408 co. 3 Cpp) e dei dieci prescritti con riferimento alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto (art. 411 co. 1-bis Cpp). A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 122, aveva paventato il rischio della proliferazione di «sub-procedimenti camerale grazie a "temerarie" opposizioni alla richiesta di archiviazione». Peraltro l'ordinanza del G.i.p. è ricorribile per Cassazione.

¹⁷⁰ Il giudice può anche restituire gli atti al pubblico ministero indicando la possibilità di chiedere l'archiviazione per altra causa: cfr. R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1324 s. Secondo A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 5, nel caso in cui il G.i.p. ritenga di dovere rigettare la richiesta di archiviazione deve procedere in udienza camerale nel contraddittorio tra le parti, nonostante che non sia stata proposta opposizione, come per le ipotesi ordinarie di archiviazione. V., altresì, S. Quattrocchio, *Deflazione e*

non inammissibilità provoca l'udienza camerale ad esito della quale il giudice pronuncia ordinanza, se la richiesta trova accoglimento, altrimenti restituisce gli atti al titolare delle indagini anche in questo caso con l'eventuale istanza di un supplemento dell'attività istruttoria o con l'intimazione della formulazione dell'imputazione (artt. 411 co. 1-bis e 409 co. 4 e 5 Cpp). In ogni caso né la persona sottoposta alle indagini né la persona offesa hanno un diritto di veto circa la decisione del G.i.p. di disporre l'archiviazione per particolare tenuità del fatto¹⁷¹. Eppure la qualificazione del fatto come tenue presuppone la verifica della sua sussistenza, della sua commissione da parte dell'indagato e della sua configurabilità come reato, verifica che tuttavia in questa fase preliminare è governata dallo *standard* probatorio relativo alla sostenibilità dell'accusa in giudizio che è ben altro rispetto a quello processuale che fonda le pronunce di responsabilità¹⁷². Ora, se si considera che ai sensi dell'art. 3 co. 3 lett. f d.P.R. 14.11.2002 n. 313, come modificato dal d. lgs. 28/2015, i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis Cp si iscrivono per estratto nel casellario giudiziale¹⁷³, a maggior ragione deve essere raccomandata l'interpretazione restrittiva che abbiamo proposto circa la presunzione di non abitudine del comportamento collegata alla commissione di più reati della stessa indole¹⁷⁴: se questa ipotesi preclusiva fosse collegata, come pure è stato sostenuto in dottrina¹⁷⁵, al necessario accertamento con provvedimento definitivo dei precedenti reati della stessa indole, l'effetto pregiudizievole verrebbe fatto discendere da un provvedimento di archiviazione privo del necessario sostrato probatorio e

razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa, in PPG 2015, 165 s. *Contra*, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*¹⁹, Milano 2018, 623.

¹⁷¹ All'indagato è garantito un momento di contraddittorio argomentativo, sicché egli vanta solo un «diritto potestativo alla celebrazione di un'udienza camerale»: così, R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1322. S. Vinciguerra, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano 2006, 2099 s., aveva sottolineato l'opportunità della sottrazione del beneficio alla volontà delle parti come invece avviene nel sistema del giudice di pace, dal momento che nel caso di reati procedibili d'ufficio si determina una "rottura" di difficile giustificazione in ragione dei principi che governano il nostro processo penale. V., altresì, C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 521. *Contra*, A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 588, per il quale il ruolo della persona offesa «svolge un vero e proprio potere interdittivo, in relazione all'ammissibilità di una sentenza di non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto».

¹⁷² V. R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1322 s., che supera i dubbi di legittimità costituzionale connessi alla mancata previsione del necessario assenso dell'indagato argomentando sugli effetti del provvedimento di archiviazione per esiguità, che «non ha la forza di applicare sanzioni, ma anzi ha l'idoneità di impedire la celebrazione dello stesso processo». *Contra*, A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 3, per il quale la tenuità del fatto consiste in una causa di non punibilità trattata a scopo deflattivo come causa di improcedibilità, tale da prescindere da qualsivoglia accertamento della responsabilità.

¹⁷³ Per R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 671, la disciplina che impone l'iscrizione nel casellario giudiziale sembra costituire il frutto della pressione di interessi esterni.

¹⁷⁴ V. *supra*, n. 3.2.2.

¹⁷⁵ V. *supra*, in nota 127.

sottratto al consenso della persona sottoposta alle indagini¹⁷⁶. Tuttavia sembra prospettabile una diversa interpretazione, suggerita già dall'esegesi letterale della disciplina in materia di casellario giudiziale. Come anticipato, l'art. 3 co. 3 lett. f d.P.R. 313/2002 prevede l'iscrizione dei provvedimenti giudiziari definitivi ivi indicati; nondimeno tra le clausole definitorie elencate nell'art. 2 d.P.R. 313/2002, ve ne è una, prevista alla lett. g, che definisce come "provvedimento giudiziario definitivo" «il provvedimento divenuto irrevocabile, passato in giudicato o, comunque, non più soggetto a impugnazione con strumenti diversi dalla revocazione». Tra questi non può farsi rientrare il provvedimento di archiviazione che può essere superato da un decreto motivato di riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero determinata dall'esigenza di nuove investigazioni (art. 414 Cpp). Dunque l'archiviazione motivata dalla particolare tenuità del fatto non dovrebbe poter essere iscritta nel casellario giudiziale¹⁷⁷, a maggior ragione ove si consideri che l'opposizione della persona sottoposta alle indagini può solo sollecitare formule più favorevoli di proscioglimento che trovino fondamento nell'istruttoria già svolta, essendo preclusa all'indagato la pretesa di ulteriori attività investigative intese ad ottenere una più vantaggiosa conclusione del procedimento¹⁷⁸. Seguendo tale soluzione interpretativa, i precedenti fatti archiviati per particolare tenuità non potranno per ciò solo essere valorizzati ai fini dell'affermazione della non abitualità del comportamento e dunque della preclusione alla dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp, imponendosi per questi la prova oltre ogni ragionevole dubbio a carico dell'accusa¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Al riguardo, R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1324, suggerisce di riferire la preclusione ai reati accertati nel *processo*, con esclusione di quelli pronosticati fuori da esso, come nelle ipotesi di archiviazione per tenuità del fatto. Diversamente, A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 6, per il quale l'iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario giudiziale non incide sui suoi effetti tipici, che non precludono una nuova considerazione della notizia di reato archiviata. Secondo l'A., la questione trova tuttavia soluzione nell'art. 2 Cpp, ai sensi del quale «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito»; sicché la precedente archiviazione per particolare tenuità del fatto, come pure la dichiarazione di non punibilità assunta nella forma della sentenza dibattimentale, suscettibile di acquisizione ai sensi dell'art. 238-bis Cpp, non vincolerebbe il giudice impegnato in un successivo procedimento nel corso del quale dovesse prospettarsi una nuova ipotesi di particolare tenuità del fatto.

¹⁷⁷ Così R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3860 ss., al quale si rinvia per le possibili obiezioni argomentate sulla formulazione dell'art. 3 co. 3 lett. f d.P.R. 313/2002 e sulla disciplina dell'eliminazione delle iscrizioni dal casellario giudiziale di cui al successivo art. 5, nonché per le osservazioni intese a superale. Al riguardo la giurisprudenza di legittimità, dapprima orientata nel senso accolto nel testo, ha trovato smentita in alcune pronunce che tuttavia si sono espresse solo incidentalmente sul punto (Cass. 15.6.2017 n. 40293, in *CED*, e Id. S.U. 25.2.2016 n. 13681, cit.) giungendo infine al recente arresto delle Sezioni unite che hanno accolto la soluzione opposta: Cass. S.U. 30.5.2019 n. 38954, in *dejure.it*, per le quali «Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis cod. pen. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, ferma restando la non menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione».

¹⁷⁸ V. R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3864 s. Per A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 4, ulteriori investigazioni possono essere sollecitate sono in funzione strumentale alla confutazione della qualificazione dell'offesa ipotizzata dal pubblico ministero.

¹⁷⁹ Così R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3866. Per L. Tavassi, *I primi limiti giurisprudenziali alla "particolare tenuità del fatto"*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.6.2015, 12 s., mancando la cristallizzazione

Ad ogni modo, non vi è dubbio che questa prima parte della disciplina processuale, funzionale alla deflazione¹⁸⁰, stride con la qualificazione dell'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp come causa di non punibilità, che avrebbe richiesto il necessario esercizio dell'azione penale e la sua dichiarazione con sentenza¹⁸¹. Ragioni di coerenza avrebbero imposto la qualificazione della particolare tenuità del fatto come causa di improcedibilità, ma ha prevalso l'esigenza di portare l'operatività dell'istituto alla massima estensione¹⁸².

3.5.1. Quella delle indagini preliminari non è l'unica fase del procedimento in cui può collocarsi l'istituto della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp, poiché il d.lgs. 28/2015 ha provveduto ad annoverare tale ipotesi anche tra le cause di proscioglimento predibattimentale di cui all'art. 469 Cpp¹⁸³. Tuttavia la giurisprudenza di legittimità, non senza eco in dottrina, ritiene che la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp possa essere pronunciata anche in udienza preliminare, poiché la formulazione dell'art. 425 Cpp, nella misura in cui prevede che debba essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere quando si tratta di persona «non punibile per qualsiasi causa», contiene in sé la previsione della non punibilità per

del fatto ad opera dell'imputazione, il provvedimento di archiviazione non può essere invocato come precedente in un successivo procedimento relativo ad un fatto di altrettanta scarsa offensività; in tale ipotesi sarebbe doverosa «la riapertura delle stesse attività investigative sul primo caso che, per questo motivo, non apparirebbe più occasionale» e dunque tenue: Secondo l'A., in siffatta evenienza le due condotte verrebbero processate unitariamente.

¹⁸⁰ Cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 669.

¹⁸¹ Come del resto accade nel procedimento minorile. In questo senso, L. Tavassi, *I primi limiti giurisprudenziali*, cit., 10 ss., che (seguendo G. Riccio, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, in *Quaderno n. 1 de La Gazzetta Forense*) propone di considerare la tenuità come *modo di essere del fatto*, che induce il pubblico ministero «ad una valutazione procedimentale di “superfluità” del giudizio», che trova poi conferma nel provvedimento di archiviazione una volta superato il vaglio giudiziale della sussistenza delle condizioni di legge. Si tratterebbe dunque di una “condizione di non procedibilità” anomala, perché non dipendente dalla volontà di terzi ma da una caratterizzazione concreta del fatto. V., altresì, F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1707 s., che, commentando la delega legislativa, rilevava come l'esclusiva connotazione sostanziale dell'istituto non avrebbe necessitato di un adeguamento processuale, poiché sarebbe stata sufficiente la disciplina ex art. 129 Cpp.

¹⁸² Cfr. P. Tonini, *Manuale*, cit., 621. Critica l'innesto nell'art. 411 Cpp, A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2015, 3, che ravvisa l'eterogeneità della non punibilità ex art. 131-bis Cp rispetto alle altre ipotesi ivi indicate, che configurano casi di archiviazione c.d. “in diritto”, mentre la non punibilità per particolare tenuità richiede al decidente un accertamento in punto di fatto. Secondo l'A., la nuova ipotesi di archiviazione non presenta profili di omogeneità neanche con la situazione di infondatezza della *notitia criminis* descritta nell'art. 408 Cpp, sicché sarebbe stato preferibile inserire un art. 408-bis Cpp, «meglio idoneo a sottolineare l'“eccentricità” della nuova fattispecie archiviativa». *Contra*, A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 3, per il quale accertamenti in fatto sono necessari anche nel caso di dichiarazione di estinzione del reato, di mancanza di condizioni di procedibilità o per escludere che il fatto sia previsto come reato, solo che, al pari di quanto accade nel caso della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp, si tratta di accertamenti non destinati ad una verifica dell'attendibilità della *notitia criminis* ma della sua rilevanza.

¹⁸³ V. *infra*, n. 3.5.2.

particolare tenuità¹⁸⁴. Del resto non avrebbe senso negare l'applicabilità dell'istituto nella fase dell'udienza preliminare una volta che lo stesso sistema ne regola la disciplina nello stato preliminare delle indagini e in quello successivo della fase predibattimentale.

Quanto al valore di "precedente" della sentenza di non luogo a procedere motivata dalla particolare tenuità del fatto, non sembra potersi revocare in dubbio che essa trovi iscrizione nel casellario giudiziale una volta divenuta definitiva (art. 3 co. 3 lett. f d.P.R. 313/2002). Nondimeno, l'eventuale rilevanza della pronuncia ai fini della valutazione della particolare tenuità di un nuovo fatto oggetto di un successivo procedimento a carico dello stesso autore risulta meno problematica rispetto a quanto abbiamo in precedenza osservato con riguardo al provvedimento di archiviazione pronunciato in ragione dei presupposti indicati nell'art. 131-bis Cp, poiché la sentenza di non luogo a procedere presuppone un contraddittorio, che peraltro è più completo di quello previsto in generale per i procedimenti camerali ex art. 127 Cpp.¹⁸⁵, ed è soggetta ad impugnazione ai sensi dell'art. 428 Cpp¹⁸⁶.

3.5.2. Come anticipato, la non punibilità per particolare tenuità del fatto può collocarsi anche nella sottofase degli atti preliminari al dibattimento. In questo caso viene in considerazione il co. 1-bis dell'art. 469 Cpp, introdotto dal d.lgs. 28/2015. L'originaria formulazione dell'art. 469 Cpp non avrebbe consentito, a differenza di quanto abbiamo visto per il non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 Cpp¹⁸⁷, di accogliere tra le ipotesi di proscioglimento anticipato anche quella in cui l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis Cp. Fra l'altro la nuova causa di proscioglimento predibattimentale si discosta dalle altre, che presentano natura meramente procedurale e risultano dunque estranee all'accertamento di profili di merito¹⁸⁸; tanto è vero che la pronuncia predibattimentale ex art. 131-bis Cp, a differenza degli altri casi indicati nel co. 1 dell'art. 469 Cpp, è vincolata all'audizione oltre che del

¹⁸⁴ V. Cass. 12.2.2016 n. 21409 in *dejure.it*. In dottrina v. A. Marandola, *I "ragionevoli dubbi"*, cit., 799 s.; G. Spangher, *La particolare tenuità del fatto*, in *SI* 2015, 640; P. Tonini, *Manuale*, cit., 644. V., altresì, R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1324 ss., che risolve il dubbio di compatibilità costituzionale destato dall'irrelevanza del consenso dell'imputato ai fini della pronuncia di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 Cpp argomentando in ragione degli effetti che essa reca con sé, vale a dire: assenza di conseguenze punitive anche in relazione al distinto binario delle misure di sicurezza; revocabilità; improduttività di vincoli per il giudizio civile o amministrativo di danno (a differenza di quanto previsto dagli artt. 651, 651-bis e 652 Cpp). Lo stesso effetto ostativo rispetto ad una successiva dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto avrebbe natura preventiva e non punitiva, dunque tale da sottrarre la pronuncia ai canoni costituzionali connessi alle sanzioni punitive. D'altro canto è garantito un contraddittorio argomentativo, il giudice può disporre anche d'ufficio un'integrazione istruttoria e il provvedimento di non luogo a procedere è pur sempre ricorribile per Cassazione.

¹⁸⁵ V. P. Tonini, *Manuale*, cit., 637.

¹⁸⁶ Occorre rammentare che la l. 23.6.2017 n. 103 ha nuovamente inserito l'appello tra i mezzi di impugnazione contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata ai sensi dell'art. 425 Cpp.

¹⁸⁷ V. *supra*, n. 3.5.1.

¹⁸⁸ V. P. Tonini, *Manuale*, cit., 706. Ravvisa una stonatura nell'interpolazione dell'art. 469 Cpp, S. Quattrocchio, *Deflazione e razionalizzazione del sistema*, cit., 166.

pubblico ministero e dell'imputato, della persona offesa, se compare (art. 469 co. 1-bis Cpp)¹⁸⁹. Ancora una volta, però, quest'ultima è titolare del diritto ad un contraddittorio argomentativo, non essendogli riconosciuto alcun potere di veto rispetto alla dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp¹⁹⁰; mentre l'opposizione dell'imputato o del pubblico ministero possono paralizzare la pronuncia di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto¹⁹¹. Né la persona offesa può avvantaggiarsi della pronuncia di proscioglimento predibattimentale, 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 prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale, poiché l'art. 651-bis Cpp riconosce efficacia di giudicato nei suddetti giudizi solo alla sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento o giudizio abbreviato. Scelta più che plausibile ove si ponga mente al carattere sommario dell'accertamento che trova sbocco nella pronuncia predibattimentale; caratteristica, questa, che non ostacola l'iscrizione della sentenza anticipata di proscioglimento nel casellario giudiziale, trattandosi di provvedimento definitivo in quanto suscettibile di passare in giudicato¹⁹². Non dimeno, sebbene in questo caso, a differenza del provvedimento di archiviazione, il vettore della non punibilità consista in una sentenza, è la formula di proscioglimento che non sembra appropriata, poiché il "non doversi procedere", consono alle ipotesi di improcedibilità e di estinzione del reato, mal si attaglia alla non punibilità per particolare tenuità, che dovrebbe di per sé presupporre l'accertamento del fatto¹⁹³. Del resto, a differenza di quanto accade in conclusione dell'udienza preliminare, la decisione di proscioglimento predibattimentale si basa sui contenuti del fascicolo del dibattimento che, in questa fase, è verosimilmente più scarno rispetto a quello del pubblico ministero, che invece fa da sfondo alla decisione di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 Cpp.¹⁹⁴ L'unico non trascurabile elemento indirizzato al riassetto dell'equilibrio tra le contrapposte esigenze della deflazione processuale e delle garanzie difensive è costituito dalla facoltà di opposizione riconosciuta all'imputato (oltre che

¹⁸⁹ Cfr. A. Marandola, *I "ragionevoli dubbi"*, cit., 799. Per R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3862, si tratta comunque di sentenze di rito.

¹⁹⁰ Cfr. A. Marandola, *I "ragionevoli dubbi"*, cit., 799.

¹⁹¹ V., fra le tante, Cass. 23.2.2017 n. 15838, in *CP* 2018, 894.

¹⁹² Cfr. R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3862, che valorizza il diritto di opposizione riconosciuto all'imputato per salvaguardare la coerenza della categoria dei provvedimenti iscrivibili.

¹⁹³ V. R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1327. *Contra*, R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3848, per il quale il tipo di accertamento implicato da questa ipotesi di proscioglimento predibattimentale ha natura di rito e non di merito, sicché tale caratteristica confermerebbe la natura ibrida dell'istituto. V., altresì, A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 3, per il quale, «poiché la tenuità non sopravviene al fatto, ma lo connota sin dall'origine, in qualsiasi momento la si accerti occorre dichiarare che l'azione penale non poteva essere esercitata», come lasciano intendere gli artt. 469 e 651-bis Cpp. L'accertamento della responsabilità è previsto da quest'ultima disposizione solo per la dichiarazione di improcedibilità nella fase del giudizio e per ragioni di economia processuale.

¹⁹⁴ Si aggiunga che a differenza di quest'ultima la sentenza anticipata di proscioglimento non è appellabile: cfr. P. Tonini, *Manuale*, cit., 706.

al pubblico ministero); del resto, non solo vi è qui una rinuncia al contraddittorio nella formazione delle prove che hanno accertato la responsabilità, ma l'imputato mantiene l'interesse ad una formula di proscioglimento più favorevole durante la successiva fase dibattimentale (ai sensi dell'art. 129 Cpp) o a conclusione di essa (ai sensi dell'art. 530 Cpp)¹⁹⁵.

3.5.3. La non punibilità per particolare tenuità del fatto può essere dichiarata anche a conclusione del dibattimento o del rito abbreviato, come si deduce dalla lettura della disciplina in materia di giudicato, anch'essa modificata per effetto dell'introduzione dell'istituto previsto dall'art. 131-bis Cp. Nel preservare gli effetti del proscioglimento motivato dalla particolare tenuità del fatto nei giudizi civile e amministrativo di danno, il legislatore ha fatto esplicito riferimento alla relativa sentenza irrevocabile pronunciata in seguito a dibattimento o a conclusione del giudizio abbreviato.

Nel silenzio serbato dal legislatore, il provvedimento che dà applicazione all'art. 131-bis Cp non può che consistere nella sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530 Cpp, la cui formulazione sembra adeguata ad accogliere, tra le ipotesi ivi previste, anche la non punibilità per particolare tenuità del fatto¹⁹⁶. Invero, l'art. 530 co. 1 Cpp prevede che il giudice pronuncia sentenza di assoluzione, fra l'altro, «se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione»; inoltre il co. 3 del medesimo articolo prevede che analoga sentenza debba essere pronunciata se vi è la prova o il dubbio che il fatto è stato commesso in presenza «di una causa personale di non punibilità»¹⁹⁷. Trattandosi di pronunce fondate sul pieno accertamento della responsabilità dell'imputato, tanto da essere state definite «criptocondanne»¹⁹⁸, è pacifica la loro iscrizione nel casellario giudiziale e dunque la valenza di precedente ai fini della valutazione dei presupposti della particolare tenuità di un fatto per il quale si dovesse procedere successivamente¹⁹⁹.

4. La lettera dell'art. 131-bis Cp e ancora prima delle rubriche delle partizioni del codice che lo incorporano (il titolo V e il relativo capo I del libro I) è lapidaria sul punto: la particolare tenuità del fatto costituisce una causa di esclusione della punibilità. Di contro, il codice di procedura penale presenta una disciplina non nettamente indirizzata nella stessa direzione: gli innesti conseguenti all'introduzione dell'istituto ne risaltano l'affinità con le cause di improcedibilità, mentre l'assenza di una puntuale presa di posizione del legislatore sulla formula di proscioglimento ne incoraggia la valorizzazione della natura sostanziale²⁰⁰. Non sembra

¹⁹⁵ Così, R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1328.

¹⁹⁶ V. Trib. Chieti, 16 maggio 2018, per il quale deve essere pronunciata sentenza di assoluzione con la formula «perché l'imputato non è punibile per la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis cp».

¹⁹⁷ Cfr. R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1328, n. 667, in *dejure.it*.

¹⁹⁸ R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3861 e *passim*, che ravvisa la forte omogeneità strutturale tra le sentenze di assoluzione per particolare tenuità e gli altri provvedimenti elencati nell'art. 3 lett. f del d.P.R. 313/2002. V., altresì, G. Spangher, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 639.

¹⁹⁹ Cfr. R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3861.

²⁰⁰ Già F. Bricola, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *IP* 1989, 339, aveva qualificato come causa di esclusione della punibilità «ai confini con l'improcedibilità» il

comunque che la peculiare disciplina processuale, evidentemente motivata da esigenze di deflazione, possa scalfire l'inequivocabile connotazione sostanziale dell'istituto e la sua classificazione tra le cause di non punibilità²⁰¹. Al pari di queste, infatti, la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp risponde a ragioni di opportunità²⁰², sia pure prevalentemente di carattere processuale²⁰³, che consigliano la rinuncia alla pretesa punitiva rispetto ad un fatto che integra tutti i requisiti descritti dalla fattispecie incriminatrice e mantiene la sua illiceità anche in sede extrapenale²⁰⁴. Si tratta tuttavia di appurare in quale tipologia di cause di esclusione della punibilità possa essere ascritto l'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp. Le cause di non punibilità si prestano ad essere classificate in base ad un duplice criterio: la loro collocazione temporale rispetto al reato, in ragione della quale si qualificano come originarie o successive, e il loro rapporto con l'autore del fatto incriminato che ne determina la natura oggettiva o personale²⁰⁵.

Ora, è indubbio che la particolare tenuità, costituendo un'estrinsecazione del fatto che costituisce reato e non essendo condizionata dalla realizzazione di condotte postdelittuose,

proscioglimento per irrilevanza del fatto ai sensi dell'art. 27 d. P.R. 448/1988. La non punibilità per particolare tenuità del fatto ha ricevuto alterne qualificazioni nei precedenti tentativi di riforma. Rileva la natura ibrida dell'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp, A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 116. Per G. Rossi, *Il nuovo istituto*, cit., 538, si tratta di una figura di non punibilità a metà strada tra le cause di non punibilità in senso stretto e i c.d. limiti istituzionali della punibilità. D. Brunelli, *Diritto penale domiciliare*, cit., 456, commentando la legge delega, riteneva «di scarso interesse pratico» l'argomento della natura giuridica della non punibilità, poiché avrebbe rilevato soprattutto la costruzione processuale riservata alla clausola.

²⁰¹ Cfr. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 669. La natura sostanziale dell'istituto è ravvisata anche nella dottrina processualpenalistica, sia pure con qualche disagio: v., ad es., P. Tonini, *Manuale*, cit. 620, per il quale si tratta di una «singolare “condizione di non punibilità”». Sostengono la natura sostanziale dell'istituto anche R. Aprati, *Le regole processuali*, cit., 1318 s.; A. Nappi, *Tenuità del fatto*, cit., 3. V., altresì, C. cost., 28.1.2015 (3.3.2015).

²⁰² Cfr. M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP* 1990, 63 s., per il quale nelle cause di non punibilità in senso stretto l'assenza della reazione punitiva si spiega alla stregua di interessi «esterni alla meritevolezza di pena», estranei sia al disvalore oggettivo del fatto sia alla dimensione esistenziale-psicologica dell'agente; pertanto esse rispondono a ragioni di opportunità pratica.

²⁰³ V. tuttavia, *infra*, nel testo.

²⁰⁴ Cfr. T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 19. V., altresì, G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità, (Prima parte)*, cit., 974 ss.; Id., *Particolare tenuità*, 397; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 517; A. Gullo, *sub Art. 131-bis*, cit., 1947; L. Tavassi, *I primi limiti giurisprudenziali*, cit., 9, che argomenta sull'art. 1 della l. n. 67/2014. V., altresì, L. Cornacchia, *La punibilità sub condizione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12.12.2017, 32, per il quale l'esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp rappresenta una «una figura generale di condizione negativa di punibilità». In giurisprudenza v. Cass., S.U. 26.2.2016 n. 13681, cit.; C. cost. 3.4.2019 n. 120. *Contra*, D. Brunelli, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *AP* 2016, 275, per il quale «[l]a figura non va parametrata alle cause di non punibilità in senso stretto [...]; piuttosto è il perdono giudiziale del minorenni la fattispecie che più le si avvicina».

²⁰⁵ Al riguardo resta ancora fondamentale il richiamo a G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *ED*, VI, 1960, *passim*.

possa essere annoverata tra le cause originarie di esclusione della punibilità²⁰⁶; di contro, non altrettanto intuitiva si presenta la sua classificazione in base al secondo criterio, a causa della commistione di parametri che concorrono alla stima della tenuità del fatto. Il nodo problematico è costituito dalle presunzioni di abitualità del comportamento che abbiamo definito anamnestiche, in quanto riferite alla “storia criminale” dell’autore²⁰⁷. Si tratta di condizioni personali dell’agente che non attingono la consistenza lesiva del fatto, ma tuttavia assumono rilievo nella sua complessiva valutazione ai fini della rinuncia alla pretesa punitiva. Le presunzioni negative collegate alle dichiarazioni di delinquenza abituale, professionale o per tendenza non sono portatrici di esigenze di adeguatezza della risposta sanzionatoria alla gravità del fatto, ma si fanno carico piuttosto delle istanze di prevenzione destinate a rimanere altrimenti insoddisfatte in un regime incondizionato di rinuncia alla pena.

Tanto basta per inquadrare la nuova ipotesi di non punibilità introdotta nel 2015 tra le cause personali di esclusione della punibilità, con i conseguenti effetti di disciplina *ex art.* 119 Cp nel caso in cui l’offesa di particolare tenuità sia scaturita dall’intervento di una pluralità di agenti per alcuni soltanto dei quali il comportamento può stimarsi come non abituale²⁰⁸. Una volta ravvisata la natura personale dell’istituto previsto dall’art. 131-bis Cp già in ragione del primo gruppo di presunzioni di abitualità del comportamento, rimane assorbita ogni ulteriore considerazione relativa alle altre ipotesi presuntive che, *ictu oculi* o in via interpretativa, risolvono il giudizio in chiave oggettiva²⁰⁹. Né tale conclusione sembra compromessa dall’interpretazione restrittiva che abbiamo suggerito con riguardo alla presunzione collegata alla commissione di più reati della stessa indole: la limitazione del vincolo presuntivo ai fatti in contestazione nel procedimento in corso incentra il fuoco della valutazione sulla complessiva vicenda naturalistica *sub iudice*, la cui consistenza lesiva risulta difficilmente conciliabile con l’eventuale rinuncia alla pretesa punitiva nei riguardi di tutti gli attori coinvolti nella realizzazione della pluralità di illeciti.

²⁰⁶ *Contra*, R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit. s., 5, per il quale si tratterebbe di una causa di esclusione della punibilità sopravvenuta.

²⁰⁷ *V. supra*, n. 3.2.2.

²⁰⁸ Nello stesso senso, B. Magro, *Tenuità dell’offesa e crisi della legge penale*, cit., 15, nota 34. *Contra*, G. Amarelli, *L’esclusione della punibilità, (Prima parte)*, cit., 978; R. Rampioni, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 464. V., altresì, O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 811, per la quale si tratta di una figura «ermafrodita: per metà oggettiva e per metà soggettiva», con tutte le conseguenze in caso di concorso di persone nel reato.

²⁰⁹ Il riferimento deve intendersi, rispettivamente, alle presunzioni che abbiamo definito diagnostiche, in quanto incentrate sulle caratteristiche della fattispecie incriminatrice implicata dal fatto commesso (v. *supra*, n. 3.2.2.1), e alla presunzione collegata alla commissione di più reati della stessa indole (v. *supra*, n. 3.2.2). Con riguardo a quest’ultima, la limitazione del vincolo presuntivo ai fatti in contestazione nel procedimento in corso incentra il fuoco della valutazione sulla complessiva vicenda naturalistica *sub iudice*, la cui consistenza lesiva risulta difficilmente conciliabile con la rinuncia alla pretesa punitiva nei riguardi di tutti gli attori coinvolti nella realizzazione della pluralità di illeciti. Né a diversa soluzione dovrebbe pervenirsi laddove si accolga l’orientamento che sostiene la necessità che i precedenti reati della stessa indole risultino accertati con provvedimento definitivo (v. *supra*, n. 3.2.2); questa interpretazione, che suffraga la natura personale della causa di non punibilità prevista dall’art. 131-bis Cp, implica l’applicazione del beneficio ai soli concorrenti estranei a siffatti precedenti.

La qualificazione della non punibilità per particolare tenuità come causa (originaria e) personale di esclusione della punibilità, consente di risolvere una delle questioni che avevamo lasciato in sospeso in attesa dell'analisi della disciplina, vale a dire l'individuazione del suo fondamento giuridico-sostanziale. Intuitivamente, la situazione prospettata sembra quella di una concorrenza tra interessi contrapposti: all'interesse, monolitico e immanente, ad attivare la sanzione penale in presenza di tutti requisiti della fattispecie incriminatrice, si contrappone l'esigenza antagonista della rinuncia alla pretesa punitiva in vista di uno scopo estraneo al fatto e al quale il legislatore assegna un ruolo prevalente. Tuttavia, a differenza delle consuete ipotesi di non punibilità, nelle quali il contro-interesse è valutato a monte dal legislatore e si traduce nella costruzione di fattispecie configurate a loro volta in astratto, nell'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp l'inopportunità dell'intervento punitivo è raccomandata o meglio attualizzata dal fatto concreto riconducibile ad un'ampia classe di reati eterogenei accomunati da un livello massimo della pena edittale contenuto entro i cinque anni ²¹⁰.

Prima di proseguire nella verifica dell'assunto, conviene concludere la riflessione, anche questa a suo tempo sospesa, sulla *ratio* politico-criminale della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp. Che la disciplina processuale dell'istituto sia orientata alla deflazione è emerso in occasione della relativa analisi²¹¹; occorre adesso verificare se le disposizioni di natura sostanziale suggeriscano di ravvisare uno o più fini, ulteriori rispetto a quello deflattivo. Come anticipato²¹², la relazione illustrativa del d.lgs. 28/2015 aveva indicato nella realizzazione dei principi di proporzione e di *ultima ratio* lo scopo cui è protesa la disciplina sostanziale dell'istituto. Effettivamente entrambe le *rationes* dichiarate dal legislatore, meglio definite dalla coppia concettuale proporzione/sussidiarietà (o necessità) della pena criminale²¹³, sembrano compendiarsi nell'art. 131-bis Cp: la particolare tenuità dell'offesa, riferita alle componenti oggettive e soggettive del fatto, riassume il canone della *proporzione*; mentre il presupposto della non abitualità del comportamento, la cui stima è assistita da presunzioni preclusive in parte incentrate su alcune condizioni personali del reo, dà attuazione al criterio della *necessità* della risposta punitiva, sottolineandone la superfluità a fronte di una carriera criminale del tutto modesta.

Tuttavia non può farsi a meno di notare che i canoni della proporzione e necessità della sanzione penale richiedono un apprezzamento sequenziale in ragione del quale l'esclusione

²¹⁰ Cfr. D. Brunelli, *Il fatto tenue*, cit., 274, per analoghe considerazioni relative alla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, alla quale l'A. non ritiene riferibile la non punibilità ex art. 131-bis Cp.

²¹¹ Sul diverso ruolo attribuito allo scopo deflattivo dalla dottrina impegnata nello studio della non punibilità per particolare tenuità, v. *supra*, n. 2 e letteratura ivi citata.

²¹² V. *supra*, n. 2.

²¹³ È questa la coppia concettuale assunta dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 novembre 1983 (in *GU* 23.1.1984 n. 22), recante i *criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*. In argomento v. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, cit., 49 ss.; v. altresì, P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP* 2013, 1665, per il quale «La “meritevolezza” e il “bisogno” di pena sono le categorie dottrinali nelle quali si riversano i postulati del principio di *ultima ratio*».

del primo rende ultroneo il secondo. Ora, una volta accertata la particolare tenuità dell'offesa come richiesto dai commi primo e secondo dell'art. 131-bis Cp, e dunque il difetto di proporzione della pretesa punitiva, dovrebbe essere risolta *ex se* la questione della sua necessità. Invece, l'accertamento ulteriore dell'abitudine del comportamento implica l'insostenibile contraddizione di dare ingresso ad una considerazione della necessità di pena, pur risultando il fatto immeritevole di tale sanzione. Le considerazioni che precedono insinuano il dubbio, più che plausibile alla luce del dato esperienziale, che le *rationes* a suo tempo dichiarate dal legislatore non fossero assistite da una puntuale consapevolezza del loro distinto significato e che l'unica ragione *sostanziale* della non punibilità per la particolare tenuità del fatto risieda nella necessità di pena, indicata dal legislatore con la locuzione *extrema ratio*.

Una conferma di quanto osservato viene dalla disciplina processuale dell'istituto, che, nel regolare gli effetti delle sentenze irrevocabili che pronunciano il proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, dichiara che queste hanno efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo di danno, «quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso». Proprio il riferimento all'*illiceità penale* del fatto, ancorché ritenuto di particolare tenuità, conferma l'incongruità di un richiamo alla proporzione quale criterio ispiratore della non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp, riducendosi lo scopo dell'istituto alla realizzazione del principio di *extrema ratio* (ovvero di sussidiarietà o necessità) della sanzione criminale. Se nell'esercizio del magistero punitivo questo canone sconsiglia l'impiego della pena criminale pur in presenza di fatti che ne risultano meritevoli, quando appaia ugualmente o maggiormente proficuo ai fini della tutela del bene giuridico il ricorso all'illecito punitivo amministrativo, il principio di sussidiarietà suggerisce *de lege lata*, in presenza di un fatto concreto di particolare tenuità e di un reo in carne e ossa scevro di un'apprezzabile "storia criminale", di abbandonare la sanzione penale perché superflua se non addirittura controproducente rispetto allo scopo che essa intende perseguire. Ed in effetti la realizzazione occasionale di un fatto scarsamente lesivo ad opera di un soggetto che non si trovi in taluna delle condizioni preclusive previste dall'art. 131-bis Cp sembra non palesare l'esigenza di un intervento rieducativo né tanto meno sollecita meccanismi di prevenzione speciale negativa, peraltro rapportabili al distinto binario delle misure di sicurezza²¹⁴. Inoltre, la reazione sanzionatoria rispetto al fatto commesso potrebbe essere avvertita

²¹⁴ Particolarmente illuminanti, ai nostri fini, le riflessioni di G. De Francesco, *Illecito esiguo*, cit., 200 ss. Per l'A., dei tre metodi di apprezzamento del *quantum delicti*, naturalistico, di valore e funzionale-teleologico, deve essere privilegiato quest'ultimo. La "misurazione" non dovrebbe dunque arrestarsi al mero disvalore dell'illecito, ma dovrebbe decifrarsi alla luce dei fini della pena rapportati al modo concreto di atteggiarsi degli elementi che compongono l'illecito, in modo da apprezzare la persistenza attuale delle valutazioni che avevano condotto alla predisposizione della norma incriminatrice. Al giudice, pertanto, compete la stima dello spessore e della consistenza dell'illecito in modo da stabilire se questo ha assunto una dimensione teleologicamente apprezzabile ai fini della punibilità. Dunque, la valutazione giudiziale involge non solo la commisurazione della pena, ma anche l'irrelevanza del fatto esiguo. In questa prospettiva diviene fondamentale il distacco dagli angusti schemi della tradizione, che nel vigore dell'art. 131-bis Cp portano a considerare esigui solo i fatti che si discostano in misura minima dalla totale mancanza dell'offesa. La peculiare prospettiva promossa dall'A. è strettamente

come ingiusta da parte del reo, compromettendone la disponibilità al percorso di rieducazione²¹⁵.

A ben vedere, la non punibilità per particolare tenuità, per un verso, si palesa come il rovescio delle condizioni obiettive di punibilità *estrinseche*²¹⁶, portatrici di un interesse, estraneo alla *ratio* sottesa all'incriminazione, che attualizza la necessità della sanzione criminale; per altro verso, rappresenta il riflesso speculare delle condizioni *intrinseche*, in quanto evidenza, piuttosto che la sottolineatura, l'evanescenza dell'offesa²¹⁷.

Tornando infine alla questione del fondamento giuridico-sostanziale dell'istituto, la sensazione già espressa di trovarci al cospetto di una concorrenza di interessi contrapposti risulta corroborata dall'approfondimento dello scopo politico-criminale che anima la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. All'interesse immanente alla conservazione della sequenza reato-pena, sopravviene un interesse antagonista che ora sappiamo consistere nell'attuazione del principio di sussidiarietà-necessità e nella realizzazione della deflazione giudiziaria, reso attuale dalla concreta estrinsecazione del fatto e ritenuto prevalente dal legislatore purché ricorrano le condizioni previste dall'art. 131-bis Cp.

5. Conclusa l'analisi della disciplina della non punibilità per particolare tenuità del fatto e accertata la natura dell'istituto, è possibile ora riprendere la riflessione intorno alla prima questione che abbiamo posto come obiettivo all'inizio di questa indagine, vale a dire la persistente sostenibilità, nel mutato assetto normativo, della c.d. concezione realistica del reato e la sorte dei fatti c.d. inoffensivi conformi al tipo²¹⁸. Al riguardo la relazione illustrativa del d.lgs. 28/2015 si impegna a precisare che il fatto inoffensivo è «atipico», dunque «insussistente come reato», a fronte della tipicità sicuramente ravvisabile nel fatto di particolare tenuità tuttavia non punibile «in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale»²¹⁹. Viene dunque ripresa e valorizzata la distinzione tra “fatto inoffensivo”,

collegata all'inquadramento in chiave positiva delle funzioni di prevenzione generale e speciale della pena, secondo l'impostazione da tempo patrocinata da G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit. Una volta assunto tale angolo visuale, dovrebbe essere precluso qualsivoglia ingresso all'ampia trama di valutazioni riferibili alla condotta di vita del reo. Sulla base di queste premesse sfuma, anzi si prospetta come controproducente, il condizionamento dovuto alla misurazione dell'illecito in chiave gradualistica.

²¹⁵ In questo senso, cfr. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Prima parte), cit., p. 973 che paventa anche il rischio di un «diffuso senso di disorientamento nei confronti delle valutazioni politico-criminali dell'ordinamento giuridico».

²¹⁶ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 649 Cp. Sul punto v. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., 476.

²¹⁷ Sia consentito il rinvio a G. Panebianco, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., vol. I, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. de Vero, Torino 2010, 254 ss e 264 s.

²¹⁸ Già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo istituto non si è mancato di riconoscere in esso la codificazione del principio di offensività: v. B. Magro, *Tenuità dell'offesa*, cit., 4. Nello stesso senso, R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 7, cui si rinvia altresì per una breve rassegna dell'ampia letteratura in materia di offensività.

²¹⁹ V. il punto 2 della Relazione illustrativa del d.lgs. n. 28 del 2015.

ricondotto alla disciplina dell'art. 49 co. 2 Cp, e "fatto scarsamente lesivo", ora considerato nell'art. 131-bis Cp; distinzione da tempo segnalata dagli studiosi²²⁰, non senza l'evidenza di posizioni contrarie²²¹.

Com'è noto, nell'ambito dell'articolato dibattito sviluppatosi sulla disciplina del reato impossibile e sui rapporti tra questo e il delitto tentato, la concezione realistica del reato ha individuato nell'art. 49 co. 2 Cp l'espressione del principio *nullum crimen sine iniura*, che vincola il giudice all'accertamento *ex post* e in concreto della lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, con la conseguente alternativa secca tra l'impunità nei termini dell'art. 49 Cp, se il fatto risulta inoffensivo, e la riconduzione di questo al reato consumato nel caso contrario²²². Non è questa la sede per riprendere le numerose argomentazioni addotte a sostegno di questa interpretazione, tutte ragionate sul serrato confronto tra le disposizioni degli artt. 56 e 49 Cp; sembra invece maggiormente proficuo ricordare tra le obiezioni sollevate²²³, non senza repliche²²⁴, l'osservazione secondo la quale la conformità del fatto al tipo descritto dalla norma incriminatrice non può non risultare di per sé espressiva della sua lesività²²⁵. Se l'interesse tutelato deve essere dedotto dall'intera fattispecie, è difficile che un fatto ad essa corrispondente risulti inoffensivo²²⁶. Delle due l'una: o la condotta perpetrata non corrisponde al tipo descritto dalla norma incriminatrice pertanto è atipica e dunque inoffensiva, o risultano integrati tutti i requisiti da essa rappresentati, sicché si è realizzata la situazione che nella raffigurazione del legislatore determina la lesione del bene giuridico alla cui tutela si indirizza l'incriminazione²²⁷. A meno che non si sostenga l'esistenza di un diverso criterio di individuazione dell'interesse tutelato che prescindendo dal tipo descritto dal legislatore²²⁸: operazione di per sé pericolosa in quanto suscettibile di dare corso ad abusi del potere giudiziario e prima ancora dello stesso potere legislativo²²⁹.

²²⁰ V., fra gli altri, M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 244 s.

²²¹ Per tutti, F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *RIDPP*, 1973, 9 s., nota 16; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale* 3, Milano 2001, 569 s. D. Brunelli, *Il fatto tenue*, cit., 268, considera artificiosa la distinzione tra «offesa inesistente e offesa ridottissima»; per l'A., in caso di «offesa ridottissima» il giudice, in applicazione del principio di offensività, deve dichiarare l'insussistenza del fatto anche se non occasionale e indipendentemente dai motivi per il quale è stato commesso. V., altresì, G.L. Gatta, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale*, in *DPenCont*, n. 4/2018, 185.

²²² Il riferimento è da intendersi, in particolare, a G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano 1965; Id., *Reato impossibile*, in *DigDPen*, vol. XI, 1996. Per una sintesi delle diverse posizioni riconducibili alla concezione realistica del reato v. M. Caterini, *Reato impossibile e offensività*, cit., 155 ss.

²²³ Per le quali si rinvia a M. Caterini, *Reato impossibile e offensività*, cit., 186 ss.

²²⁴ Per le quali si rinvia a G. Neppi Modona, *Reato impossibile*, in *DigDPen*, cit., 267 ss.

²²⁵ F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit., 30. V., altresì, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3ª ed., Milano, 2004, sub art. 49, 514.

²²⁶ F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit., 30.

²²⁷ *Contra*, G. Fornasari, *Evasione impropria, principio di offensività e reato impossibile*, in *GI*, 2016, 191.

²²⁸ Cfr. F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit., 30 ss.

²²⁹ Secondo M. Caterini, *Reato impossibile e offensività*, cit., 200 s., l'adesione alla concezione realistica del reato nella sua accezione estrema potrebbe dare ingresso a criteri di interpretazione estranei a quelli che hanno guidato il legislatore nella formulazione della fattispecie, sicché potrebbe giungersi

Del resto la disciplina del reato impossibile, invocata dalla concezione c.d. realistica del reato a proprio fondamento normativo, descrive due distinte situazioni entrambe evocative di ipotesi di non corrispondenza della vicenda concreta alla fattispecie astratta. Non solo non è tipico il fatto in cui difetta l'oggetto dell'azione, perché inesistente²³⁰, ma è altresì incongruente con la fattispecie descritta dal legislatore l'azione compiuta e pure univoca ma intrinsecamente inidonea a produrre l'evento dannoso o pericoloso che la norma incriminatrice intende prevenire; questa, infatti, non consegue la soglia minima di tipicità imposta già dall'art. 56 Cp ai fini della rilevanza penale degli atti prodromici alla consumazione del reato²³¹. Si pensi all'iniezione di una sostanza innocua a fini abortivi: il fatto risulta atipico non solo rispetto alla fattispecie di parte speciale, ma già con riguardo alla corrispondente forma tentata. In tutte le ipotesi considerate dall'art. 49 cpv. il difetto di offesa deriva dalla non conformità del fatto al tipo descritto nella norma incriminatrice e rappresentatosi dall'agente. Tanto è vero che nelle ipotesi testé citate il proscioglimento impiega la formula "perché il fatto non sussiste"²³².

Eppure in giurisprudenza non mancano richiami alla disciplina del reato impossibile per conseguire il risultato dell'impunità di talune condotte delle quali si ravvisa la conformità al tipo. Il riferimento è alla copiosa casistica in materia di falso (grossolano e inutile)²³³ e di coltivazione di piante da sostanze stupefacenti²³⁴, ancorché non manchino altri campi di evidenza, sebbene meno ricorrenti.

Al riguardo la dottrina più recente ha giustamente ricondotto la questione al distinto piano dell'interpretazione teleologica della norma incriminatrice²³⁵, che nel dialogo continuo e triadico tra la previsione legale, la sua *ratio* (e dunque il bene giuridico alla cui salvaguardia si indirizza l'incriminazione) e il fatto concreto procede ad una progressiva delineazione del novero delle ipotesi che ad una "precomprensione" risultano tutte riconducibili al suo ambito semantico, suggerendone, se del caso, un esito restrittivo nel senso di considerare a questo

all'estrema conseguenza di considerare offensive e dunque tipiche condotte non corrispondenti al tipo. V., altresì, G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *RIDPP* 1983, 1223. Per alcune riflessioni circa le tensioni della concezione realistica del reato con il principio di legalità nelle articolazioni della riserva di legge e della determinatezza/tassatività, v. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *SI*, 2007, 421 s.

²³⁰ Si pensi all'esplosione di un colpo d'arma da fuoco verso un cadavere o alla somministrazione di una sostanza abortiva ad una donna non gravida.

²³¹ Quanto detto prescinde dall'accezione di evento (in senso giuridico o in senso naturalistico) che si intenda accogliere.

²³² Su questa formula di proscioglimento v., tra gli altri, L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 61 ss.

²³³ Fra le tante e per tutte Cass. 11.2.2019 n. 27310, in *dejure.it.*; Id. 29.5.2013 n. 37314, *ivi*. Critico sull'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che in materia di falso grossolano fa riferimento all'art. 49 Cp in chiave di concezione realistica del reato, R. Bartoli, *Le falsità documentali*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., vol. VI, *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. Pelissero e R. Bartoli, Torino 2011, 338 ss.

²³⁴ V., fra le altre, Cass. 22.2.2017 n. 36037, in *dejure.it.*

²³⁵ Fra gli altri, R. Bartoli, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante e "concezione realistica" del reato. Il commento*, in *DPP*, 1999, 327 ss.

estranei quei fatti che non attingono l'interesse tutelato previamente ricavato dall'esegesi della fattispecie (c.d. spirale ermeneutica)²³⁶. E ciò sul presupposto che anche la migliore delle tecniche descrittive impiegate dal legislatore non è immune da vizi di 'narrazione' che risentono dell'imprevedibile svolgersi della realtà. In questa prospettiva, l'offesa al bene giuridico tutelato non partecipa degli elementi costitutivi della fattispecie, sicché non costituisce oggetto di accertamento in sede giudiziale; piuttosto l'interesse protetto funge da canone ermeneutico nell'individuazione dell'effettivo ambito di operatività della norma incriminatrice, che risulta meno esteso di quanto suggerisce l'interpretazione letterale.

Questa soluzione si pone in perfetta aderenza al principio di legalità in tutte le sue articolazioni a differenza della concezione realistica del reato, che rimette al giudice il compito di ridisegnare i margini dell'incriminazione sia pure nel momento della sua applicazione. Invero, come è stato giustamente osservato, la concezione realistica non solo compromette la tassatività della fattispecie e la conseguente certezza del diritto, ma espone a rischio la riserva di legge, qualora se ne faccia impiego rispetto ai reati di pericolo astratto (o presunto) e ai reati c.d. di scopo²³⁷. In questi casi, infatti, la considerazione dell'offesa come distinto requisito di fattispecie legittima il giudice alla ricerca di una lesione estranea alla costruzione tipica della fattispecie astratta, sopravanzando la *mens legis*²³⁸.

Al di là delle perplessità appena illustrate, la riconduzione della questione dei fatti c.d. inoffensivi conformi al tipo al piano dell'interpretazione (restrittiva) consente di meglio delineare il perimetro del nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, altrimenti destinato a (ulteriori) ondivaghe variazioni a causa della contiguità con i postulati della concezione realistica del reato, che non di rado ha manifestato una certa sensibilità all'influenza di fattori esterni nell'accertamento della concreta offensività del fatto storico²³⁹.

²³⁶ V. G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, cit., 279 s. Con particolare riferimento al diverso rapporto dell'interpretazione teleologica e della concezione realistica del reato con il principio di legalità, v. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, 421.

²³⁷ Così R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 421 s.

²³⁸ V. ancora R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 422.

²³⁹ La riflessione di R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 423 s., trova conferma in Cass. 16.10.2013 n. 7451, in *dejure.it*: nel caso di specie il giudice di prime cure aveva dichiarato non doversi procedere per insussistenza del fatto in ordine al reato di furto di due lattine di birra, del valore di quattro Euro, ai danni di un supermercato. La valutazione della concreta inoffensività del fatto aveva tenuto conto non solo «dell'esiguo valore economico del bene sottratto in rapporto alla consistenza patrimoniale della persona offesa, che ne determinava l'inidoneità a ledere il bene giuridico protetto rappresentato dall'integrità del patrimonio», ma anche «della sostanziale incensuratezza dell'imputato». I giudici di legittimità hanno ritenuto tale operazione ermeneutica affetta «da inosservanza ed erronea applicazione della legge penale perché introduce nell'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del reato due elementi spuri e cioè, sul fronte oggettivo, la consistenza patrimoniale della persona offesa in rapporto al valore della cosa sottratta, sul fronte soggettivo la personalità dell'autore del fatto, in particolare lo stato d'incensuratezza. Elementi che esulano dalla previsione normativa la quale, a prescindere dalle caratteristiche soggettive dell'agente, valutabili ai fini della dosimetria della pena, punisce, com'è confermato dalla previsione del furto tra i reati contro il patrimonio e dalla finalità di profitto che deve animare la condotta, la sottrazione di cose che comunque rappresentino un bene suscettibile di un qualsivoglia, pur modesto, valore economicamente

Da tale tendenza non è certo immune l'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp, che presenta almeno il non trascurabile vantaggio di tradurre tali fattori in altrettanti requisiti tipici inerenti alla non abitualità del comportamento.

Certo, la non punibilità per particolare tenuità attenua la drastica alternativa tra “insussistenza del fatto” ai sensi dell'art. 49 cpv. e sua piena rilevanza; tuttavia la considerazione dei diversi effetti che conseguono all'una e all'altra soluzione sollecitano una precisa *actio finium regundorum*: mentre l'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp paralizza qualsiasi conseguenza sanzionatoria in sede penale²⁴⁰, il proscioglimento per insussistenza del fatto fondato sull'art. 49 cpv. lascia residuare la possibile applicazione di una misura di sicurezza (art. 49 co. 4 Cp)²⁴¹ ma a differenza del primo non è tracciato nel casellario giudiziale. Diversa è poi l'efficacia dei provvedimenti irrevocabili che pronunciano il proscioglimento per la particolare tenuità del fatto e l'assoluzione per la sua insussistenza, poiché il primo ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno (art. 651-bis Cpp).

Ragionando, come sembra maggiormente corretto, sul distinto e preliminare piano dell'interpretazione, non solo si contiene il rischio delle oscillazioni nell'applicazione dell'istituto previsto dall'art. 131-bis Cp²⁴², ma si superano i rilievi circa l'irragionevolezza delle conseguenze sanzionatorie legate alla disciplina dell'art. 49 cpv., che lascerebbe residuare l'eventualità di una misura di sicurezza per un fatto del tutto inoffensivo a fronte della totale impunità prevista per il fatto di particolare tenuità. Invero, l'abbandono della concezione realistica del reato e la valorizzazione dell'armamentario ermeneutico dovrebbero condurre i fatti inoffensivi conformi al tipo all'epilogo dell'assoluzione per insussistenza del fatto senza tuttavia recare la residua possibilità dell'applicazione di una misura di sicurezza. Che debba essere questa la formula di proscioglimento da privilegiare risulta dalla considerazione che l'esito del procedimento esegetico che risolve per l'esclusione della vicenda concreta dal perimetro semantico della fattispecie astratta passa attraverso l'interpretazione restrittiva di uno degli

apprezzabile».

²⁴⁰ Per vero il codice si pronuncia espressamente sulla inapplicabilità delle misure di sicurezza rispetto alle cause estintive del reato (art. 210 Cp), mentre tace rispetto alle cause di non punibilità in senso stretto comprensive dell'art. 131-bis Cp.; ma può ritenersi che la stessa soluzione si estenda a queste ultime. Afferma che la “non punibilità” investe anche le misure di sicurezza T. Padovani, *Diritto penale*11, Milano 2017, 407. Tuttavia, in giurisprudenza è consolidato l'orientamento per il quale la confisca continua ad avere applicazione nonostante il proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis Cp: v. Cass. 15.11.2017 n. 54086, in *CP* 2018, 3869; Id. 5.6.2017 n. 31683, in *dejure.it*.

²⁴¹ Ciò che ha fatto dubitare della compatibilità della non punibilità per particolare tenuità con il canone della ragionevolezza espresso dall'art. 3 Cost: v. G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (*Prima parte*), cit., 976 s., Id., *Particolare tenuità del fatto ed offensività*, cit., 400 s., che lamenta anche la violazione dei principi di proporzionalità della sanzione e del finalismo rieducativo della pena; I. Giacomina, *La nuova causa di non punibilità*, 42. Ritiene superabile l'incongruenza aderendo alla tesi che ricomprende l'offensività nella tipicità, sicché il fatto inoffensivo risulta atipico, O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 808 s.

²⁴² V. tuttavia *infra*, n. 6.

elementi del fatto tipico, determinando il difetto di corrispondenza tra il fatto previsto e quello realizzato, che risulterà pertanto atipico e dunque penalmente insussistente²⁴³.

5.1. Come anticipato²⁴⁴, la concezione realistica del reato ha trovato evidenza soprattutto nella casistica in materia di falso e di coltivazione di piante da sostanze stupefacenti. Tuttavia non mancano anche in tempi recenti pronunce che, richiamando la disciplina del reato impossibile, invitano alla valutazione dell'offensività in concreto della condotta e dunque della sua idoneità a ledere il bene giuridico tutelato in caso di furto di oggetto di tenue valore²⁴⁵. Ora, mettendo in pratica gli indirizzi di un'interpretazione teleologica in chiave restrittiva, in queste ipotesi l'attenzione deve soffermarsi sulla nozione di "cosa" quale oggetto della condotta di impossessamento rilevante ai sensi dell'art. 624 Cp, tenuto conto del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e più in generale della *ratio* ad essa sottesa. Senonché, indipendentemente dal bene giuridico che si intenda individuare quale oggetto di tutela dall'altrui impossessamento nella ben nota alternativa tra «relazione di fatto» e «stato di diritto»²⁴⁶, l'interpretazione sistematica della disciplina in materia di furto deve condurre a ravvisare la complessiva *ratio* della fattispecie nella salvaguardia del patrimonio²⁴⁷, sicché non appaiono candidabili all'inclusione nell'accezione di "cosa mobile" tutti i beni di per sé insuscettibili di rappresentare un valore economico²⁴⁸. Ciò risulta non solo dalla collocazione del delitto in parola nel titolo XIII del libro II del codice penale, ma soprattutto dalla lettura della fattispecie di furto e di alcune disposizioni che concorrono a delinearne la disciplina. Il riferimento è in primo luogo al fine della realizzazione del profitto che deve accompagnare la

²⁴³ Cfr. Cass. 2.2.2017 n. 23093, in *dejure.it*, che in relazione ad un'ipotesi di furto di un cartello di segnaletica stradale dismesso a causa del suo stato di deterioramento, ripercorre entrambe le soluzioni della concezione realistica e dell'interpretazione teleologica, sottolineando l'invarianza del risultato giudiziale. Nello stesso senso si era già espressa anche C. cost. 9.3.2016 n. 109, per la quale v. *infra*, in nota 263. Sulla nozione di fatto nelle formule di proscioglimento v. A Pagliaro, Fatto (dir. proc. pen.), in *ED*, XVI, 1967, 961 s.

²⁴⁴ *Supra*, n. 5.

²⁴⁵ V. Cass. 19.12.2018 n. 4011, in *CP*, 2011, 3990, che ha annullato con rinvio una sentenza di condanna per furto pluriaggravato di alberi di leccio di proprietà del Comune, per difetto «della valutazione del rapporto tra il valore del sottratto e la lesione del bene giuridico tutelato, vale a dire del patrimonio dell'ente comunale», tenuto conto della necessità di verificare la tenuta dell'ipotesi incriminatrice alla luce del principio di offensività in concreto.

²⁴⁶ V., per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*⁷, Bologna 2015, 49 ss.

²⁴⁷ Fra le diverse concezioni di patrimonio prospettate in dottrina, per le quali v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 22 ss., è preferibile accogliere quella economico-giuridica, che attribuisce rilievo sia alla rilevanza economica sia alla dimensione giuridico-formale delle cose che ne fanno parte: in questo senso, G. Fiandaca, E. Musco, *op. ult. cit.*, 24 s., cui si rinvia per le argomentazioni che suggeriscono di preferire questa tesi dottrinale.

²⁴⁸ Cfr. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 424. Per il prevalente orientamento dottrinale che considera suscettibili di furto anche le cose che hanno solo valore di affezione v. M. Formica, *I delitti di furto*, in *Trattato teorico|pratico di diritto penale*, cit., vol. VII, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino 2011, 341.

condotta di impossessamento mediante sottrazione della cosa mobile altrui²⁴⁹; ma non trascurabile è anche la clausola definitoria di cui all'art. 624 co. 2 Cp, che considera "cosa mobile" le energie purché dotate di un "valore economico"; ancora, si consideri l'attenuante prevista dall'art. 626 co. 1 n. 2) Cp, incentrata sulla tenuità del valore della cosa sottratta oltre che sulla finalità di provvedere a un grave ed urgente bisogno. Se così è, la sottrazione di un bene privo di valore economico, piuttosto che condurre alla dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis Cp, dovrebbe risolversi nel proscioglimento per insussistenza del fatto, a causa del difetto di corrispondenza tra la vicenda concreta e la fattispecie così come delineata dal legislatore e chiarita nel suo significato per il tramite dell'interpretazione teleologica.

Allo stesso modo deve concludersi con riguardo alla casistica in materia di falso grossolano e inutile²⁵⁰. Com'è noto, la giurisprudenza in tema di falso considera grossolano il falso «intrinsecamente e irrimediabilmente inidoneo a ledere o mettere in pericolo la pubblica fede, siccome realizzato con modalità percepibili *ictu oculi* e senza bisogno di speciali accertamenti da parte di chicchessia»²⁵¹; il falso inutile, invece, «cade su un atto, o su una parte di esso assolutamente privo di valenza probatoria»²⁵².

Tenendo a mente il significato dell'aggettivo "falso", che è immediatamente individuabile in «ciò che è sostanzialmente non vero, ma è creduto o si vuol far passare per vero»²⁵³, e la "fede pubblica" quale bene giuridico che accomuna i delitti del titolo VII del Libro II del codice penale²⁵⁴, è giocoforza ritenere che il falso penalmente rilevante è quello che compromette l'attendibilità degli oggetti, segni e forme esteriori che l'ordinamento considera importanti in quanto garantiscono la certezza e l'affidabilità del traffico economico e/o giuridico²⁵⁵. Di conseguenza, non corrisponde al falso penalmente inteso l'immutazione del vero che, palesandosi *ab origine* come tale, non compromette la percezione dell'attendibilità dell'oggetto falsificato. Il criterio interpretativo, dunque, soccorre nelle ipotesi di falso grossolano, che per quanto detto non può che risultare atipico rispetto alla fattispecie astratta, senza necessità di

²⁴⁹ Per questa argomentazione, G. Pecorella, Furto (dir. pen.), in *ED*, XVIII, 1969, 337, per il quale «La determinazione, quindi, delle cose che possono essere oggetto di furto, non può avvenire che in funzione di quella del profitto».

²⁵⁰ Per un'articolata trattazione delle figure di falso c.d. inoffensivo e delle diverse posizioni espresse al riguardo dalla dottrina nonché degli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza v. R. Bartoli, *Le falsità documentali*, cit., 335 ss.

²⁵¹ Fra le tante, Cass. 13.6.2013 n. 32769, in *dejure.it.*, e soprattutto Cass., S.U. 25.10.2007, n. 46982, in *DPP*, 2008, 1128, con nota di S. De Flammeneis, *La plurioffensività dei reati di falso tra normativa attuale e prospettive di riforma. Il commento*, *ivi*, 1133 e in *FI*, 2008, II, 203 ss., con nota di I. Giacona, *Delitti di falso documentale: il problema della individuazione della vittima*, *ivi*, 204.

²⁵² Così, fra le altre, Cass. 5.7.1990 n. 11498, in *dejure.it.*

²⁵³ Così, *Lessico universale italiano*, vol. VII, Roma 1971, 448.

²⁵⁴ V., tuttavia, G. Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *RIDPP*, 2010, 76, 79 e *passim*, per il quale i reati di falso devono essere letti «come reati di pericolo astratto rispetto ai beni concreti direttamente tutelati» dalle diverse fattispecie incriminatrici di falso. Sottolinea l'incapacità del bene giuridico della fede pubblica di svolgere un'efficace funzione sistematica M. Pelissero, *Nota introduttiva*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., vol. VI, *Reati contro la fede pubblica*, cit., 1 ss.

²⁵⁵ V. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. 15, Bologna 2012, 552.

scomodare la disciplina dell'art. 49 cpv. così come richiamata dalla concezione realistica del reato.

Allo stesso modo deve considerarsi atipico il falso c.d. *inutile*, sebbene sotto diverso profilo: in questo caso l'*immutatio veri*, di per sé non evidente, ricade su di una componente dell'oggetto materiale irrilevante ai fini della sua valenza probatoria e quindi in definitiva su di un oggetto diverso da quello considerato in chiave teleologica dal legislatore ai fini della configurazione della fattispecie²⁵⁶.

Una diversa considerazione deve essere riservata al falso c.d. *innocuo*, che per la giurisprudenza si configura «allorché la falsità, pur se astrattamente idonea ad ingannare il pubblico, risulta però inoffensiva, stante la concreta inidoneità ad aggredire gli interessi da esso potenzialmente minacciati»²⁵⁷. In questo caso, invero, il fatto concreto è perfettamente aderente alla fattispecie astratta senza scarti di sorta e la pretesa inoffensività riguarda non il bene della fede pubblica, ma l'interesse sotteso allo specifico documento falsificato²⁵⁸. Ci si dovrebbe allora rassegnare alla rilevanza penale del falso c.d. innocuo, a meno che, accedendo alla ricostruzione dogmatica che suggerisce di leggere i reati di falso «come *reati di pericolo astratto* rispetto ai beni *concreti*» da ciascuno di essi direttamente tutelati²⁵⁹, non risulti possibile conseguire un diverso risultato pur sempre muovendosi nella prospettiva dell'interpretazione teleologica della fattispecie.

Venendo alla casistica in materia di coltivazione non autorizzata di piante da sostanze stupefacenti, la questione riguarda le ipotesi in cui la condotta è finalizzata al consumo esclusivamente personale del coltivatore²⁶⁰. Occorre preliminarmente ricordare che l'art. 75 del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope qualifica come illeciti amministrativi solo talune delle condotte incriminate dall'art. 73 del medesimo Testo unico, purché destinate all'uso esclusivamente personale dell'autore dell'illecito. Più esattamente, le condotte selezionate dall'art. 75 TuStup non ricomprendono le varie forme di produzione e diffusione delle sostanze anzidette. Per attenuare dunque il rigore della disciplina penale nel caso in cui la coltivazione sia finalizzata a soddisfare il consumo dello stesso coltivatore, non di rado si riscontrano pronunce che fanno richiamo all'offensività in concreto e all'art. 49 Cp per escludere l'integrazione del reato di cui all'art. 73 TuStup²⁶¹. Il

²⁵⁶ Cfr. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 425.

²⁵⁷ V. *supra*, nota 251.

²⁵⁸ Cfr. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 425. Di diverso avviso, G. Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, cit., 78, per il quale in questo caso difetta l'astratta pericolosità per il bene giuridico specificamente tutelato dal reato.

²⁵⁹ Così G. Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, cit., 78 ss.

²⁶⁰ Sulla condotta di coltivazione non autorizzata di piante da sostanze stupefacenti, v. G.C. Amato, *I reati in materia di stupefacenti: le fattispecie previste dall'art 73 d.P.R. n. 309/1990*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., vol. IX, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Torino 2012, 314 ss.

²⁶¹ È bene ricordare che la l. 2.12.2016 n. 242, recante *Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa*, dispone all'art. 2 co. 1 che è consentita, senza necessità di autorizzazione, la coltivazione di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio,

ragionamento seguito dai giudici di legittimità per dichiarare l'insussistenza del fatto fa leva sull'inidoneità dell'attività di coltivazione destinata al consumo esclusivo di una sola persona a recare lesione alla salute pubblica e a favorire la circolazione della droga e ad alimentarne il mercato²⁶²; ragionamento, questo, rafforzato dagli insegnamenti della Corte costituzionale proprio *in subiecta materia*²⁶³. Tuttavia, talvolta la valutazione della concreta idoneità lesiva

del 13.6.2002, le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico in materia di stupefacenti.

²⁶² V., fra le tante, Cass. 22.2.2017 n. 36037, in *dejure.it* (la vicenda riguardava la detenzione all'interno dell'abitazione di sei piantine di cannabis dell'altezza di circa cm. 90 cadauna, contenenti complessivamente un quantitativo di THC corrispondente a circa 42 dosi); Id. 17.2.2016 n. 8058, *ivi* (in questo caso si trattava della coltivazione di una pianta di cannabis indica da cui sono risultati ricavabili gr. 0,345 di principio attivo); Id. 11.12.2014 n. 9156, *ivi* (la coltivazione domestica riguardava cinque piantine invasate di cannabis dalle quali sono risultate estraibili grammi 0,1048 di sostanza stupefacente di cui non è stato neanche indicato il principio attivo); Id. 17.2.2011 n. 25674, in *CP* 2012, 1507 (la coltivazione domestica aveva ad oggetto una piantina posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa e contenente un principio attivo di mg. 16). Per vero, il richiamo ai medesimi principi si rinviene anche nella casistica in materia di detenzione a fini di spaccio di sostanze stupefacenti: v., fra le altre, Cass. 1.4.2009 n. 17266 (che ha ritenuto corretta la condanna pronunciata dai giudici di merito in relazione alla detenzione di 36 gr. di "hashish", il cui principio attivo era notevolmente superiore al dato quantitativo indicato nel d. m. 11 aprile 2006). *Contra*, Cass. 4.1.2018 n. 24740, in *dejure.it* (nel caso di specie si trattava della coltivazione, sul tetto dell'abitazione, di 11 piante di sostanza stupefacente di tipo marijuana); Id. 11.6.2009, n. 40567, in *dejure.it* (in un caso di coltivazione, nella terrazza della propria abitazione, di 13 piantine di marijuana). La questione della rilevanza penale della coltivazione non autorizzata di piante da sostanze stupefacenti finalizzata al consumo esclusivamente personale del coltivatore è stata sottoposta alle Sezioni unite della Corte di cassazione: v. Cass. S.U., 24.4.2008, n. 28605, in *CP* 2008, 4503 ss., con nota di S. Beltrani, *Coltivazione "domestica" di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*, *ivi*, 4513 ss.: i giudici di legittimità, pur rimarcando la rilevanza penale di qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, hanno ribadito il principio del necessario accertamento in concreto dell'offensività della condotta contestata all'agente, che nella specie non ricorre soltanto nell'eventualità in cui «la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile» (le Sezioni unite hanno pertanto rigettato il ricorso dell'imputato condannato dai giudici di merito per la coltivazione di 7 piante di cannabis indica con titolo medio dello 0,21% pari a grammi 2,13 di principio attivo puro). Di recente, la questione è tornata all'attenzione del Supremo Consesso: da quanto risulta dall'informazione provvisoria resa disponibile all'esito dell'udienza del 19.12.2019, le Sezioni unite, pur ribadendo la configurabilità del reato «indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente», hanno ritenuto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale «le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indizi di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore». Il testo della citata informazione provvisoria può leggersi in *sistemapenale.it*, 23.12.2019, ove pure è pubblicata l'ordinanza (n. 35436 dell'11.6.2019) con cui la III Sezione della Corte di cassazione, ravvisando un contrasto giurisprudenziale sul punto, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni unite.

²⁶³ Il riferimento è soprattutto a C. Cost. 13.7.1995 n. 360. La Consulta era stata investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 75 e 73 TuStup: con riguardo alla prima disposizione era lamentato il contrasto con l'art. 3 Cost., a causa della mancata inclusione, tra le condotte punite soltanto con

della condotta, incentrata sul numero delle piante coltivate e/o sul loro effetto drogante espresso dalla quantità di principio attivo, si spinge fino alla valorizzazione dello stadio (iniziale, in corso, avanzato, esaurito) del processo produttivo²⁶⁴, dando ingresso «a un improprio criterio di punibilità differenziata»²⁶⁵. Anche in questo caso sono tangibili le frizioni della

sanzioni amministrative se finalizzate all'uso personale della sostanza, della coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti; l'art. 73 del TuStup, invece, era sospettato di violare gli artt. 13, 25 e 27 della Carta fondamentale, nella parte in cui prevede l'illiceità penale della condotta di coltivazione, indipendentemente dalla percentuale di principio attivo contenuta nel prodotto della coltivazione stessa. La prima questione è stata dichiarata infondata in ragione della non comparabilità della condotta di coltivazione con quelle allegate come *tertia comparationis*, poiché la detenzione, l'acquisto e l'importazione di sostanze stupefacenti per uso personale sono condotte collegate immediatamente e direttamente con l'uso stesso, sicché non è irragionevole una disciplina meno rigorosa; di contro, nel caso della coltivazione manca un nesso di immediatezza con l'uso personale, il che giustifica una disciplina di maggior rigore, rientrando nella discrezionalità del legislatore anche la scelta di non agevolare comportamenti propedeutici all'approvvigionamento di sostanze stupefacenti per uso personale. Si aggiunga che nelle ipotesi di detenzione, acquisto ed importazione il quantitativo delle sostanze stupefacenti è certo e determinato, pertanto consente la valutazione prognostica circa la destinazione ad uso personale o di spaccio della sostanza, mentre non è altrettanto prevedibile, con sufficiente grado di certezza, la quantità di sostanza stupefacente ricavabile dalle piante coltivate. Da tali considerazioni la Corte inferisce una maggiore pericolosità della condotta di coltivazione, anche perché l'attività produttiva è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili e quindi ha una maggiore potenzialità diffusiva delle sostanze stupefacenti estraibili. Ne consegue altresì l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 73 TuStup, che la Consulta considera come reato di pericolo presunto connotato dalla necessaria offensività. Tuttavia il giudice delle leggi distingue tra l'offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore penale ordinario e l'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata. Ove quest'ultima sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, «viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 cod. pen.). La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario». Di recente la Corte costituzionale è tornata sul tema, dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 TuStup, censurato per violazione degli artt. 3, 13 co. 2, 25 co. 2 e 27 co. 3 Cost. La nuova pronuncia, che ribadisce le considerazioni espresse nella precedente, è particolarmente interessante ai nostri fini, laddove spiega che l'allineamento della figura criminosa al canone dell'offensività "in concreto", di competenza del giudice comune, può essere conseguito «sia facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49 Cp); sia tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio»: C. cost., 9.3.2016, n. 109, cit.

²⁶⁴ Cass. 21.10.2015 n. 2618, in *dejure.it*; Id. 28.10.2008 n. 1222, in *RIDPP* 2009, 1529, che ha ritenuto l'insussistenza del fatto, nel caso di coltivazione, in una fascia di terreno nei pressi dell'abitazione dell'imputato, di 23 piantine di cannabis sativa non ancora giunte a maturazione, per le quali solo in via prognostica poteva prevedersi che avrebbero prodotto una notevole quantità di principio attivo. Su questa pronuncia v. la nota di A. Gentile, *Coltivazione di stupefacenti e principio di offensività: una lettura obbligata delle disposizioni dettate dal d.P.R. 309/90*, in *RIDPP* 2009, 1535 ss.

²⁶⁵ Così, Cass. 3.12.2014 n. 53803, in *dejure.it*; Id. 20.3.2014 n. 15152, *ivi*, per le quali «l'offensività della condotta si radica nella sola idoneità della coltivazione a produrre la sostanza per il consumo. Con l'effetto che non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza dell'accertamento,

concezione realistica con il principio di legalità: per un verso essa determina oscillazioni negli esiti applicativi della disciplina in materia di stupefacenti pur in presenza della medesima casistica, a seconda del grado di concretezza dell'offesa preteso dal giudice chiamato a darvi applicazione; per altro verso essa travalica la stessa scelta legislativa di configurare la coltivazione non autorizzata di piante da sostanze stupefacenti come reato ostativo e non come reato di pericolo concreto rispetto ai beni della salute pubblica, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico²⁶⁶.

Le osservazioni che precedono non determinano per ciò stesso l'inevitabile applicazione della fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 73 TuStup, laddove risulti l'assoluta inoffensività del fatto concretamente posto in essere. Ancora una volta occorre verificare la praticabilità di un'interpretazione restrittiva della fattispecie astratta. In questo caso l'attenzione si appunta sull'oggetto delle condotte incriminate dall'art. 73 del citato testo unico, che il legislatore determina per rinvio alle sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella I. Nell'eventualità in cui la sostanza, pur corrispondente a quella indicata nella tabella, risulti priva di efficacia drogante, l'interpretazione teleologica dovrebbe consigliare l'esclusione del fatto concreto dall'ambito applicativo della fattispecie astratta. Tuttavia, avuto riguardo alla *ratio* sottesa all'incriminazione e alla sua configurazione come reato di pericolo astratto, nel caso della condotta di coltivazione la valutazione sulla quantità di principio attivo ricavabile dalle piante coltivate dovrà necessariamente esprimersi in termini prognostici, prescindendo dallo stadio del processo produttivo²⁶⁷.

6. La risoluzione della questione dei fatti inoffensivi in chiave ermeneutica consente di delineare in modo netto i contorni della non punibilità per particolare tenuità del fatto, che nella configurazione ricevuta nella disciplina codicistica presenta punti di contatto con le sbavature manifestate dalla concezione realistica del reato quando questa impiega criteri quantitativi o dà ingresso a criteri esterni al fatto nell'apprezzamento della lesività della vicenda concreta²⁶⁸.

ma la conformità delle piante al tipo botanico previsto e la loro attitudine (anche per modalità tecniche e cura della coltivazione) a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente utilizzabile per il consumo». Nello stesso senso, Cass. 11.5.2010 n. 20557.

²⁶⁶ V. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 425 s. Individua l'oggetto della tutela penale della disciplina in materia di stupefacenti nella salute pubblica, che non deve essere intesa come la risultante della sommatoria della salute dei singoli individui, nella sicurezza pubblica e nell'ordine pubblico, C. cost. 9.3.2016 n. 109, cit. Nello stesso senso già Cass., S. U. 24.6.1998 n. 9973, in *DPP*, 1999 317, con nota di R. Bartoli, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante*, cit., 322 ss.

²⁶⁷ Per l'applicazione del criterio teleologico nelle ipotesi di cessione di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante, R. Bartoli, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante*, cit., 327 s.

²⁶⁸ V. *supra*, n. 5 e 5.1. V. R. Bartoli, *Il principio di offensività "in concreto"*, cit., 423 s., che sottolinea la netta differenza tra l'interpretazione teleologica, fondata su una valutazione qualitativa interna al fatto, e l'irrilevanza penale, propria dei sistemi minorile e del giudice di pace, incentrata su una valutazione quantitativa (ad esempio del danno o della colpevolezza) o collegata a fattori esterni (ad esempio l'occasionalità). Per converso, la concezione realistica è molto vicina all'irrilevanza penale:

L'impiego dell'interpretazione teleologica consente di espungere dall'area operativa della norma incriminatrice tutti quei fatti che, pur riconducibili alla sua area semantica, risultano in concreto inoffensivi. Di contro, eventuali fatti corrispondenti al tipo dotati di una carica lesiva esigua potranno semmai essere sottratti alla reazione punitiva per il tramite dell'art. 131-bis Cp²⁶⁹. La soluzione, imposta dall'attuale assetto normativo, non sembra possa subire eccezioni neppure in presenza di fatti che, superato il vaglio della conformità al tipo, risultino qualificati da una offensività di minima significatività²⁷⁰.

Invero, prima dell'approvazione del d.lgs. 28/2015, sia in dottrina che in giurisprudenza erano state avanzate letture favorevoli ad assimilare le ipotesi caratterizzate da una lesività di «significatività minima» ai fatti senza offesa²⁷¹. Non sorprendono dunque le preoccupazioni, manifestate nel vigore della nuova disciplina, di un'eccessiva espansione dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità a detrimento dell'assoluzione ai sensi dell'art. 49 co. 2 Cp, un tempo destinata ad includere, oltre alle ipotesi di fatti inoffensivi, anche quelle di offensività assolutamente marginale²⁷². Tale preoccupazione ha trovato talora conferma nelle prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 131-bis Cp, intervenute a conclusione di vicende processuali avviate anteriormente all'introduzione del nuovo istituto e per le quali era già intercorsa una prima pronuncia di insussistenza del fatto ai sensi dell'art. 49 co. 2 Cp. Emblematico al riguardo il caso di un'assoluzione ex art. 49 co. 2 Cp, pronunciata in primo grado rispetto ad un'ipotesi di furto di oggetto di tenue valore, poi annullata senza rinvio dalla Cassazione, «perché l'azione penale non poteva essere esercitata, trattandosi di persona non punibile ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen.»²⁷³.

anch'essa può basarsi su criteri quantitativi ed entrambe necessitano di un fondamento normativo esplicito.

²⁶⁹ Era questo l'assetto immaginato nel Progetto Grosso: nel Titolo I, dedicato alla legge penale, era previsto un esplicito divieto di applicazione delle norme incriminatrici «ai fatti che non determinano una offesa del bene giuridico» (art. 2 co. 2); nel titolo III, relativo alla pena, a conclusione delle disposizioni del capo III relative all'applicazione delle pene, era invece disciplinata la non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 74): *Progetto preliminare di riforma del codice penale, parte generale. Articolato 26 maggio 2001*, in *RIDPP* 2001, 661 ss. Deve altresì rammentarsi che lo *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, (c.d. Progetto Pisapia), in *RIDPP* 2007, 1570 ss., riuniva in un unico articolo le indicazioni circa l'offensività come canone guida nella disposizione e nell'applicazione della norma incriminatrice, e la non punibilità collegata alla tenuità dell'offesa e all'occasionalità del comportamento (art. 2 del Progetto Pisapia).

²⁷⁰ S. Vinciguerra, *Appunti sull'inoffensività*, cit., 2097, giustamente osserva che l'equiparazione tra inoffensività e tenuità del fatto risulta insidiosa, poiché portata alle estreme conseguenze potrebbe comportare la liceizzazione di comportamenti tenuti diffusamente.

²⁷¹ Cfr. C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 522 s.

²⁷² G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Prima parte), cit., 977; O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 815; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 523.

²⁷³ V. Cass. 17.9.2015, in www.archiviopenale.it, con nota di D. Brunelli, *Il fatto tenue*, cit., 258 ss. Per i diversi effetti che conseguono all'una piuttosto che all'altra soluzione v. *supra*, n. 5.

Fra l'altro, nulla garantisce da possibili deviazioni bulimiche del nuovo istituto nella prassi, nel senso di ricondurvi ipotesi del tutto prive di offensività²⁷⁴ come in effetti talvolta è dato riscontrare nelle pronunce di merito²⁷⁵ e di legittimità²⁷⁶. Eppure la distinzione tra fatto inoffensivo, pertanto insussistente, e fatto di particolare tenuità non punibile ai sensi dell'art. 131-bis Cp è ben nota alla giurisprudenza, che tuttavia non fa mancare oscillazioni nelle decisioni vertenti su questioni omologhe. La cartina al tornasole è rappresentata dalla controversa materia della coltivazione di piante da sostanze stupefacenti destinate all'uso personale del coltivatore: a fronte di pronunce che, nel solco del tradizionale richiamo all'offensività in concreto, concludono per l'insussistenza del fatto, ritenuto privo delle «sue caratteristiche di aggressività del bene giuridico»²⁷⁷, si riscontrano sentenze che, forti della nuova opportunità offerta dalla non punibilità per particolare tenuità, affermano la sussistenza del reato, salvo poi ragionare sulla non punibilità *ex art. 131-bis Cp*²⁷⁸, per vero di non agevole riconoscimento a causa dell'intrinseca serialità del comportamento di coltivazione²⁷⁹.

Si aggiunga che la commistione di parametri oggettivi e soggettivi che concorrono alla stima dell'entità del fatto ai fini dell'applicazione della nuova ipotesi di non punibilità²⁸⁰ alimenta e non poco le incertezze nella sua applicazione, esposta alla discrezionalità

²⁷⁴ Cfr. G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto ed offensività*, 401, che ha manifestato la preoccupazione di un ruolo residuale dell'art. 49 co. 2 Cp, il quale rischia di essere riservato ai soli fatti inoffensivi privi dei requisiti richiesti dall'art. 131-bis Cp o alle ipotesi in cui il reo esprima il proprio dissenso all'applicazione di tale istituto, in vista della più favorevole formula di proscioglimento garantita dalla dichiarazione di insussistenza del fatto *ex art. 49 Cp*, non tracciata nel casellario giudiziale e non preclusiva di una successiva concessione della non punibilità per particolare tenuità.

²⁷⁵ V., ad esempio, Trib. Terni, 11.5.2016, in *dejure.it*, che in un'ipotesi di falso c.d. grossolano ha privilegiato la non punibilità *ex art. 131-bis Cp*: nel caso di specie si trattava della falsa attestazione sul passaporto di un cavallo da parte di una persona animata dal desiderio di farlo partecipare ad una gara senza la prescritta visita; la grossolanità del falso era peraltro palesata dal fatto che era stato ritagliato il timbro apposto su un documento e fotocopiato in allegato ad altro, lasciando evidenti tracce di tale operazione di "taglia-incolla".

²⁷⁶ V. Cass. 2.11.2017 n. 12823, in *dejure.it*, sulla quale v., G.L. Gatta, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana*, cit.: nel caso l'addebito riguardava il furto di una melanzana, prelevata da un campo coltivato, che in appello era stato riqualficato nell'ipotesi tentata, con conseguente rideterminazione *in melius* del trattamento sanzionatorio. I giudici di legittimità hanno ritenuto innegabile la modestissima offensività del fatto, sì da rendere certamente operante l'istituto di cui all'art. 131-bis Cp

²⁷⁷ Cass. 10.11.2015 n. 5254, in *dejure.it*, che ha annullato senza rinvio perché il fatto non sussiste la sentenza di condanna nei confronti degli imputati che risultavano avere coltivato due piantine di canapa indiana. V. altresì *supra*, in nota 262, per il più recente arresto delle S.U. della Corte di cassazione *in subiecta materia*.

²⁷⁸ Cass. 7.7.2015 n. 38364, in *GI* 2016, 193 ss., con nota di E. La Rosa, *La coltivazione "domestica" di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, *ivi*, 196 ss.: nella specie l'imputato coltivava tre piante di marijuana nel cortile della propria abitazione.

²⁷⁹ Sul punto, Cass. 16.10.2018 n. 1766, in *CP* 2019, 3730, ha escluso la configurabilità di comportamenti protratti nel tempo nel caso in cui la coltivazione si esaurisca nella germogliazione di un seme. Tuttavia, in siffatte circostanze il criterio teleologico potrebbe suggerire di risolvere per l'insussistenza del fatto in ragione del difetto di corrispondenza della vicenda concreta con la fattispecie astratta.

²⁸⁰ V. *supra*, n. 3.2 e 4.

giudiziaria²⁸¹. Si insinua allora il sospetto che sarebbe stato miglior consiglio per il legislatore dedicare interventi di tipo diverso per sottrarre i fatti di minima lesività al magistero punitivo penale: il pensiero si rivolge alle fattispecie esigue già in punto di previsione astratta, per le quali dovrebbe proseguire l'opera di decriminalizzazione e di depenalizzazione, che di recente ha trovato slancio, sia pure in modo non del tutto immune da critiche, nella delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria (art. 2 l. 67/2014) e nei conseguenti decreti legislativi di attuazione²⁸².

7. Non resta ora che affrontare l'ultima questione che aveva sollecitato la riflessione sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto, vale dire la definizione del suo rapporto con i reati caratterizzati da soglie quantitative di punibilità. Com'è noto, in questi casi alla descrizione della condotta tipica, già di per sé espressiva di un certo disvalore, segue l'indicazione di soglie quantitative dalle quali è fatta dipendere la punibilità, poiché il loro superamento è significativo di una sensibile *lesività* del bene giuridico che si intende tutelare²⁸³. L'istituto registra una certa vivacità nella giurisprudenza così come in dottrina soprattutto a causa della controversa natura, che talvolta le vede assimilate alle condizioni obiettive di punibilità²⁸⁴ talaltra agli elementi costitutivi del fatto²⁸⁵: incertezza che risente del dibattito che

²⁸¹ Rischio, questo, da subito paventato in dottrina: tra gli altri, A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 590. Sottolineava il pericolo che l'introduzione di una clausola generale di non punibilità per i casi di minima lesività avrebbe comportato l'esposizione alla discrezionalità giudiziaria, C. Fiore, *Principio di tipicità e «concezione realistica del reato»*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, 61, Id., *Il principio offensività*, in *IP*, 1994, 287 ss.

²⁸² D. lgs. 15.1.2016 n. 7, recante *Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*, e d. lgs. 15.1.2016 n. 8, intitolato *Disposizioni in materia di depenalizzazione*. Per un'analisi critica del d. lgs. n. 7/2016, v. L. Riscicato, *L'illecito civile punitivo tra intenti deflativi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, in *discrimen.it*.

²⁸³ V. ad es., l'art. 316-ter Cp, l'art. 186 CStr e le varie ipotesi previste dal d. lgs. 10.3.2000 n. 74 con riferimento ai reati tributari.

²⁸⁴ In questo senso, A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 561 s.; Id., *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *RTrimDPenEc 2000*, con specifico riguardo alle soglie tributarie, anche se la *relazione ministeriale* al d. lgs. 10.3.2000, n. 74, consultabile in *GD 2000*, 14, 31 ss., considera tali soglie «alla stregua di altrettanti elementi costitutivi del reato, e che, in quanto tali, debbono essere investiti dal dolo». In giurisprudenza, Cass. 16.12.2014 n. 6705, in *dejure.it*; Id. 26.5.2011 n. 25213, in *CP 2013*, 285.

²⁸⁵ Tra gli autori che negano la natura condizionale delle soglie tributarie e societarie, con le inevitabili discutibili conseguenze sul piano dell'imputazione soggettiva, M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, cit., 1729 ss.; cfr. altresì D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino 2007, 67 ss., che considera le soglie di punibilità «afferenti al fatto tipico in qualità di elementi normativi, con funzione di specificazione tecnico-giuridica di fattori numericamente identificabili». Di recente, C. Longari, *La controversa natura delle soglie di punibilità*, in *PPG 2019*, 259 ss. e *passim*. Per un'efficace sintesi delle posizioni dottrinali sulla natura giuridica delle soglie di punibilità in materia penale tributaria si rinvia alla puntuale ricognizione M. Caputo, In limine. *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura di R. Borsari, Padova 2013, 33 ss.; v., altresì, C. Manduchi, *Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale*, in *RTrimDPenEc 2003*, 1210 ss.; C. Renzetti, *La natura giuridica delle soglie*

anima il preliminare profilo dei rapporti tra le condizioni obiettive di punibilità e gli *essentialia delicti*²⁸⁶.

In effetti non sembra potersi dubitare che le condizioni obiettive di punibilità appartengano alla fattispecie astratta, posto che in loro assenza non si realizza il “tipo” di reato descritto dalla norma incriminatrice; tuttavia, esse non ineriscono al “fatto di reato” *stricto sensu* inteso, vale a dire all’insieme di quegli elementi imputabili all’agente sia sotto il profilo obiettivo sia sotto il profilo soggettivo, in quanto partecipi del nucleo offensivo del reato e dunque espressivi del relativo disvalore²⁸⁷. Del resto, come è stato possibile constatare proprio ragionando sull’istituto disciplinato dall’art. 131-bis Cp²⁸⁸, l’eventuale sfasatura tra la realizzazione di tutti gli estremi del reato e la (non necessariamente) conseguente punibilità trova conferma nell’esistenza della speculare categoria delle *cause di non punibilità in senso stretto*²⁸⁹. Proprio le soglie di punibilità sembrano incarnare quegli elementi partecipi del profilo offensivo del fatto di reato, ma non “costitutivi” della relativa lesività e destinati a segnalare, piuttosto, le ipotesi in cui questo, oltre a essere “meritevole” di pena ne è altresì “bisognoso”²⁹⁰. Sennonché, la qualificazione delle soglie come condizioni obiettive ‘mette in crisi’ la non punibilità per particolare tenuità dei fatti concreti i quali, pur oltrepassando la soglia, si attestino su di una misura pressoché coincidente con essa: in questo caso sembra stagliarsi un conflitto tra la condizione obiettiva di punibilità e la non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis Cp, a causa della loro configurazione speculare²⁹¹.

La questione potrebbe apparire meno problematica accedendo all’opposto orientamento che riferisce le soglie di punibilità agli *essentialia delicti*. In questa eventualità, i fatti che in concreto si collocano al di sopra della soglia potrebbero ritenersi candidabili all’apprezzamento della consistenza dell’offesa, consentendo di conseguire l’impunità nonostante il superamento della soglia abbia già certificato la meritevolezza della reazione punitiva: il giudice

di punibilità nei reati tributari, in CP 2013, 286 ss. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 5.11.2015 n. 3098, in CP 2016, 3373; Id. 14.7.2015 n. 38292, *ivi* 2016, 1072; Id. 26.6.2014 n. 36859, in *dejure.it*.

²⁸⁶ In argomento sia consentito il rinvio a G. Panebianco, *Le condizioni*, cit., 249 ss.

²⁸⁷ G. Panebianco, *Le condizioni*, cit., 252. Considera le condizioni obiettive di punibilità elementi del fatto di reato – inteso come fatto comprensivo di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi necessari al prodursi della conseguenza giuridica – eppure estranei alla condotta illecita, A. Pagliaro, *Il reato*, Milano 2007, 226. V., altresì, L. Cornacchia, *La punibilità sub condicione*, cit., 30, per il quale le condizioni obiettive di punibilità sono elementi esterni al reato «ma funzionali a una valutazione teleologica dello stesso in termini di utilità».

²⁸⁸ V. *supra*, n. 4.

²⁸⁹ G. Panebianco, *Le condizioni*, cit., 252.

²⁹⁰ G. Panebianco, *Le condizioni*, cit., 269.

²⁹¹ V. la diversa posizione R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3856 ss.: l’A., partendo dalla premessa che le soglie di punibilità non costituiscono una precisa categoria unitaria all’interno del reato, potendosi ascrivere ai suoi elementi costitutivi o connotare come condizioni obiettive di punibilità, ipotizza differenti soluzioni: nel caso in cui la soglia si caratterizza come condizione obiettiva o come elemento costitutivo tuttavia non direttamente afferente all’offesa, l’istituto risulterebbe compatibile con l’art. 131-bis Cp; di contro, laddove questa si configuri come “soglia espressa di offensività”, non può darsi ingresso ad un apprezzamento del giudice che contraddice la valutazione astratta compiuta dal legislatore circa la punibilità del fatto.

si troverà in presenza di un fatto ritenuto dal legislatore come inoffensivo *al di qua* della soglia, mentre *al di là* di essa può ancora essere apprezzata la particolare tenuità secondo le cadenze imposte dall'art. 131-bis Cp²⁹².

Proprio la qualificazione come elementi costitutivi del reato ha guidato l'istinto della giurisprudenza di legittimità nelle prime occasioni di giudizio relative a reati caratterizzati da soglie di rilevanza penale, rispetto ai quali la compatibilità con il nuovo istituto è stata data per presupposta tanto da non essere neppure accennata²⁹³. Quando la questione è stata successivamente affrontata con maggiore approfondimento, la Corte di cassazione ha argomentato che «la previsione di soglie, quale ne sia la funzione all'interno della o rispetto alla fattispecie tipica, non è incompatibile con il giudizio di particolare tenuità del fatto perché in ogni caso la soglia svolge le proprie funzioni sul piano della selezione categoriale mentre la particolare tenuità conduce ad un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale, secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto»²⁹⁴. L'orientamento, già consolidato, ha trovato ulteriore conferma in una pronuncia delle Sezioni unite, che hanno ribadito l'assenza di preclusioni all'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti da esso prescritti²⁹⁵.

²⁹² Indicativa, al riguardo, Cass. 19.11.2015 n. 18680, in *dejure.it*, per la quale «La non punibilità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis c.p., presuppone l'esistenza di un reato perfetto in ogni suo aspetto (oggettivo e soggettivo), sicché il superamento anche solo di un centesimo del valore soglia costituisce "conditio sine qua non" dell'applicabilità dell'istituto, non ragione della sua esclusione». La questione riguardava il superamento del valore-soglia nei reati tributari.

²⁹³ V. Cass. 8.4.2015 n. 15449, in CP 2015, 2590, con nota di P. Gaeta, A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative*, cit., 2595 ss.; Cass., 22.4.2015 n. 21474, in *dejure.it*. entrambe le pronunce riguardano la materia di reati tributari.

²⁹⁴ Cass. 9.9.2015 n. 44132, in GI 2016, 707, relativa al reato di guida in stato di ebbrezza, per la quale v. G. Amarelli, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, *ivi*, 709 ss. Tra le argomentazioni la Corte ha richiamato i propri precedenti in materia di guida in stato di ebbrezza, nei quali è stata ritenuta l'applicabilità della causa di improcedibilità di cui all'art. 34 d. lgs. 274/2000, anche in riferimento ai reati di pericolo astratto o presunto, «perché anche per essi il principio di necessaria offensività consente l'individuazione in concreto di un'offesa anche minima al bene protetto, e perché la particolare tenuità si apprezza per mezzo di un giudizio sintetico sul fatto concreto, elaborato alla luce di tutti gli elementi normativamente indicati»: così Cass. 9.9.2015 n. 44132, cit., che richiama Cass. 28.4.2006 n. 24249, in CP 2007, 2895, con nota di G. Salcuni, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 d. lg. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*, *ivi*, 2901 ss. V., altresì, Cass. 19.11.2015 n. 18680, cit., che qualifica le soglie di punibilità nei reati tributari come elementi che integrano il reato concorrendo a definirne il disvalore.

²⁹⁵ Cass. S.U. 6.4.2016 n. 13681, cit., sulla quale v. la dottrina cit. *supra*, in nota 6. Per la giurisprudenza successiva, costantemente conforme, v.: con riguardo alla materia dei reati tributari, Cass. 21.4.2016 n. 38488 e Id. 17.7.2018 n. 52974, entrambe in *dejure.it.*, e Id., 30.5.2018 n. 39413, in GI 2019, 418, con nota di G. Toscano, *Omissione di versamenti contributivi e particolare tenuità del fatto*, *ivi*, 419; in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, Cass. 9.11.2018 n. 54018, Id. 4.12.2018 n. 5009 e Id. 17.10.2019 n. 44171, tutte in *dejure.it*. V., altresì, Cass. 9.7.2019 n. 35387, *ivi*, che, riprendendo il principio di diritto della citata sentenza delle Sezioni Unite, ha ribadito che «l'applicazione del nuovo istituto non può dirsi inibita ad alcuna tipologia di reato, anche nel caso dei reati senza offesa e di quelli di mera disobbedienza ovvero dei reati in cui il legislatore ha individuato soglie, fasce di rilevanza penale o di graduazione dell'entità dell'illecito, nonché nel caso dei reati di pericolo presunto, in cui il legislatore ha

A ben vedere, l'impostazione che sostiene la natura condizionale delle soglie di punibilità consente di conseguire il risultato dell'impunità in applicazione dell'art. 131-bis Cp. È vero che, riferendo le soglie alla disciplina dell'art. 44 Cp, si prospetta, come sopra accennato, un conflitto tra la condizione obiettiva di punibilità e la causa di non punibilità ex art. 131-bis Cp, le quali segnalano valutazioni di segno opposto circa la necessità di pena; tuttavia non sembra che il contrasto possa essere risolto a favore della prima. In effetti, la condizione obiettiva esprime l'opportunità dell'intervento punitivo in base ad una stima astratta, laddove la non punibilità ex art. 131-bis Cp è condizionata dal concreto manifestarsi del fatto *sub iudice*, che può attualizzare nel senso inverso la valutazione già espressa dal legislatore; sicché, in assenza di una sua puntuale presa di posizione che estenda le preclusioni presuntive previste dall'art. 131-bis co. 2 Cp ai reati "sub condicione"²⁹⁶, non vi sono i presupposti per legittimare una persistenza della punibilità dei fatti che, pur oltrepassando la soglia, si attestino su di una misura pressoché coincidente con essa e corrispondano a tutti i presupposti richiesti per l'applicazione della nuova causa di non punibilità²⁹⁷.

Eppure l'interpretazione proposta sembra impraticabile nelle ipotesi in cui la soglia quantitativa è espressa non in misura determinata bensì elastica e per lo più attraverso la formula letterale della "non punibilità". Un significativo esempio era ravvisabile nel reato di false comunicazioni sociali prima della modifica intervenuta ad opera della l. 27.5.2015 n. 69. Nel testo previgente alla riforma, il comma terzo dell'art. 2621 Cc escludeva la punibilità nei casi di falsità tali da non alterare «in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene»²⁹⁸. A

ritenuto, alla stregua di una massima di comune esperienza o di regole tecniche o di leggi scientifiche, l'inidoneità della condotta a recare pregiudizio al bene giuridico oggetto di tutela»; nel caso di specie, la pronuncia riguardava il delitto di porto di armi od oggetti atti ad offendere di cui all'art. 4 l. 110/1975.
²⁹⁶ V. *supra*, n. 3.2.

²⁹⁷ Fra gli autori che ritengono plausibile l'applicazione della non punibilità per particolare tenuità anche ai reati caratterizzati da soglie di punibilità, G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità*, (Seconda parte), cit., 1108 s.; Id., *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, cit., 713 s.; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 666; Id., *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1736; L. Brizi, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati*, cit., 3271, nota 6; D. Brunelli, *Il fatto tenue*, cit., 275 s.; F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 88; M. Gallo, *Soglie di punibilità*, cit., 469 s., in ragione della lettura sistematica della nuova causa di non punibilità con l'art. 49 co 2 Cp; G.L. Gatta, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.4.2015; S. Milone, *La "tenuità del fatto" non arriva per ora alle Sezioni Unite*, in *DPP* 2015, 995 s.; R. Rampioni, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 470. Si esprimono in senso contrario T. Padovani, *Un intento deflativo*, cit., 21; G. De Francesco, *Illecito esiguo*, cit., 216 s. Critico sulla considerazione unitaria delle soglie di punibilità ad opera della giurisprudenza che ne ammette l'astratta compatibilità con l'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp, R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto*, cit., 24 ss. V. altresì la diversa posizione di R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3856 ss., per la quale si rinvia alla nota 291.

²⁹⁸ Sulle soglie di punibilità nella pregressa disciplina del delitto di false comunicazioni sociali v., fra gli altri, G. Martiello, *Precisazioni giurisprudenziali sulla natura ed il modus operandi delle soglie di rilevanza penale del "falso in bilancio"*, in *GP* 2014, II, 22 ss.; I. Merenda, *Contributo allo studio delle "soglie di punibilità" nelle false comunicazioni sociali*, in *IP* 2010, 133 ss.; R. Flor, *Le ipotesi di false*

ben vedere, le soglie modulate in forma elastica esprimono un'anticipazione, già nella formulazione astratta della fattispecie, della delega legislativa al giudice circa la valutazione della rilevanza dell'offesa in concreto realizzata, ma senza i limiti che invece ne costringono la stima ai sensi dell'art. 131-bis Cp. Ne consegue che in queste ipotesi la partita si gioca interamente al livello dell'apprezzamento giudiziale, dal momento che l'accertamento in concreto del requisito rappresentato dalla soglia priva di significato l'ulteriore indagine sui presupposti dell'art. 131-bis Cp.

7.1. Il travaglio interpretativo sull'applicabilità dell'art. 131-bis Cp ai reati caratterizzati da soglie di punibilità è stato rinfocolato dalle riflessioni sulle conseguenze di un eventuale proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel caso in cui il valore-soglia, anziché segnare il confine tra liceità e rilevanza penale, rappresenta il limine al di sotto del quale il fatto costituisce pur sempre un illecito punitivo amministrativo potendo peraltro l'illecito penale, che si colloca al di sopra di esso, non essere assistito da una sanzione amministrativa accessoria²⁹⁹. Tale sembrerebbe l'ipotesi dell'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, che l'art. 316-ter co. 2 Cp configura come illecito amministrativo, allorché la somma indebitamente percepita sia pari o inferiore all'importo ivi indicato. Nel caso di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto in ragione di un marginale superamento del valore-soglia e della soddisfazione di tutte le condizioni prescritte dall'art. 131-bis Cp, una rigorosa applicazione del regime imposto dalle soglie dirimenti tra illecito amministrativo e illecito penale determinerebbe l'impunità del reo a fronte della persistente punibilità in sede amministrativa di colui che abbia indebitamente percepito una somma di importo (pari o) inferiore all'ammontare indicato dal legislatore³⁰⁰.

L'argomento ha interessato la giurisprudenza di legittimità con riguardo alla materia della guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186 co. 2 CStr. Questa disposizione individua tre distinte soglie rappresentate da altrettanti livelli di tasso alcolemico puntualmente indicati dal legislatore: la prima determina l'intervento del diritto punitivo amministrativo (186 co. 2 lett. a CStr), la seconda individua il passaggio all'area della rilevanza penale (186 co. 2 lett. b CStr) e la terza segnala una progressione nella carica di disvalore del fatto già previsto come reato che pertanto viene sanzionato più severamente (186 co. 2 lett. c CStr). Tutte le violazioni citate sono assistite dalla sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo crescente in funzione della gravità dell'illecito, che nell'ipotesi penale più grave determina anche la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, purché di proprietà del reo. Al riguardo, secondo i giudici di legittimità, nel caso in cui dovesse essere accertato un tasso alcolemico di poco superiore alla seconda soglia ed in presenza di tutti i presupposti prescritti dall'art. 131-bis Cp, il proscioglimento per particolare tenuità

comunicazioni sociali: natura, rilevanza ed operatività delle soglie di punibilità, in *RTrimDPenEc* 2010, 83 ss.

²⁹⁹ La questione è stata affrontata approfonditamente da G. Amarelli, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, cit., 714 ss.; Id., *Le Sezioni unite*, cit., 792 ss.

³⁰⁰ V. R. Dies, *Questioni varie*, cit., 3857 s.

avrebbe l'effetto di escludere l'applicazione della sanzione penale, lasciando residuare la sanzione amministrativa accessoria prevista per la corrispondente fattispecie incriminatrice³⁰¹: conclusione, questa, ribadita dalle Sezioni unite della Corte di cassazione³⁰². Sennonché, la soluzione proposta non vale a ripianare la già denunciata irragionevolezza delle conseguenze sanzionatorie, ove si consideri che il riscontro di un tasso alcolemico inferiore alla seconda soglia non esonererà l'autore del fatto dall'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria oltre che di quella accessoria; mentre l'autore del reato sopra-soglia prosciolto ai sensi dell'art. 131-bis Cp dovrà sopportare solo la sanzione amministrativa accessoria. Inoltre, l'assunto dei giudici di legittimità corrobora la premessa da cui hanno preso avvio le correnti riflessioni, poiché conduce al corollario dell'assoluta impunità nelle ipotesi in cui le fattispecie incriminatrici collocate oltre la soglia non sono munite di sanzioni amministrative accessorie.

La questione non è sfuggita alla più attenta dottrina, che ha suggerito, *de lege lata*, di applicare la sanzione prevista per il meno grave illecito amministrativo al reato sopra soglia dichiarato non punibile ai sensi dell'art. 131-bis Cp³⁰³; salvo poi stabilire se debba provvedervi lo stesso giudice penale o se questi debba trasmettere gli atti alla competente autorità amministrativa. Nella consapevolezza dei possibili rilievi circa la violazione del principio di legalità dell'illecito amministrativo sancito dall'art. 1 della l. 24.11.1981 n. 689, gli autori che propongono tale soluzione sottolineano il rapporto sincronico e non diacronico tra la fattispecie amministrativa e quella penale, ritenute avvinte da un rapporto di genere a specie. Di conseguenza, la non punibilità del fatto di reato ai sensi dell'art. 131-bis Cp determinerebbe la riespansione della norma (generale) che descrive l'illecito amministrativo, con conseguente applicazione della sanzione per esso prevista ai fatti sopra-soglia dichiarati non punibili perché particolarmente tenui³⁰⁴. Peraltro, l'assunzione di questa prospettiva pretende una coerente presa di posizione sull'omologa vicenda della depenalizzazione non assistita da un regime transitorio. Al riguardo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno avuto modo di pronunciarsi più volte, giungendo, nel più recente arresto³⁰⁵, al diniego della punibilità del fatto, in origine previsto come reato e successivamente depenalizzato, alla stregua del corrispondente illecito amministrativo frutto della mutata opzione politico-criminale del legislatore, sicché il fatto depenalizzato sarebbe destinato all'assoluta impunità. In questo caso, invero, l'*abolitio criminis* implicata dalla depenalizzazione libera il fatto concreto dalla rilevanza penale; al contempo, l'irretroattività della disciplina amministrativa sancita dall'art. 1 della l. 689/1981 lo sottrae alle relative sanzioni, poiché quando fu commesso esso costituiva reato

³⁰¹ V. Cass. 9.9.2015 n. 44132, cit., per la quale la sospensione della patente di guida è disposta direttamente dal giudice penale. Su questa sentenza v. G. Amarelli, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, cit., e Id., *Le Sezioni unite*, cit., 793 s.

³⁰² Per le Sezioni Unite, in questo caso «le sanzioni amministrative riprendono la loro autonomia ed entrano nella sfera di competenza dell'amministrazione pubblica»: Cass. S.U. 6.4.2016 n. 13681, cit. Per un'accurata analisi critica su questa pronuncia v. G. Amarelli, *Le Sezioni unite*, cit.

³⁰³ In questo senso, G. Amarelli, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, cit., 715; Id., *Le Sezioni unite*, cit., 795.

³⁰⁴ V. nota precedente.

³⁰⁵ Cass. S.U. 29.3.2012 n. 25457, in *CP* 2013, 1366.

ma non illecito amministrativo. Secondo la dottrina in parola, a segnare la differenza tra l'ipotesi della tutela gradualistica espressa dalle soglie di punibilità e l'intervenuta depenalizzazione sarebbe il tipo di rapporto tra i due illeciti, sincronico nel primo caso, diacronico nel secondo³⁰⁶.

La soluzione proposta, condivisibile quanto all'esito, non sembra potersi accogliere nelle relative argomentazioni. Invero, è difficile ravvisare tra l'illecito amministrativo e quello penale in progressione di soglia un autentico rapporto di specialità, poiché l'elemento differenziale, che qualifica come reato il fatto altrimenti configurato come illecito amministrativo, non vale a conferire alla disposizione incriminatrice la fisionomia della norma speciale: si è piuttosto in presenza di fattispecie antitetiche, suscettibili semmai di essere ricondotte (entrambe) ad un rapporto di specialità rispetto ad una (ideale) previsione di generica illiceità "punitiva". Anche a voler concedere la configurabilità di un rapporto strutturale di genere a specie tra le due ipotesi di illecito, non può prospettarsi la riespansione della norma ritenuta generale che descrive il meno grave illecito amministrativo solo perché sia stata ritenuta applicabile, con riferimento al fatto concreto corrispondente alla norma incriminatrice, la causa di non punibilità: tale (provvisoria) applicazione della norma incriminatrice ritenuta speciale dovrebbe mettere fuori gioco in partenza la norma generale proprio in vista del rapporto strutturale di specialità così ipotizzato.

Come anticipato, quanto premesso non costringe tuttavia a rassegnarsi all'irragionevolezza delle complessive conseguenze sanzionatorie, nei termini già discussi di un'assoluta impunità (al netto di eventuali sanzioni amministrative accessorie) in caso di superamento della soglia di punibilità di rilevanza penale a fronte della persistenza della sanzione amministrativa per l'illecito che si colloca al di sotto di essa.

Al riguardo occorre riprendere le considerazioni che abbiamo sopra formulato a proposito dello scopo e della natura giuridica della non punibilità per particolare tenuità. È sufficiente qui ribadire che l'istituto risponde, oltre che ad esigenze di deflazione giudiziaria, alla realizzazione del principio di *extrema ratio* o meglio di necessità della sanzione criminale, la cui applicazione potrebbe essere sconsigliata dal fatto concreto, in quanto superflua se non addirittura controproducente rispetto allo scopo che essa intende perseguire³⁰⁷. Si tratta dello stesso principio che deve guidare il legislatore nell'esercizio del magistero punitivo una volta sciolta la preliminare riserva circa la meritevolezza della tutela penale di un determinato bene giuridico. Proprio a questo primario livello la valutazione della necessità pone il legislatore, che ha già optato per la proporzione (ovvero meritevolezza) della tutela penale, davanti all'alternativa tra la sanzione punitiva amministrativa e quella criminale, scoraggiando la seconda quante volte l'obiettivo di tutela risulti conseguibile in astratto attraverso la prima.

La preliminare opzione del legislatore in favore della (necessità della) pena criminale può nondimeno trovare smentita nel concreto dispiegarsi della vicenda *sub iudice* in quanto trovino realizzazione i requisiti descritti dall'art. 131-bis Cp. In tale eventualità, ove il reato caratterizzato dalla soglia di punibilità non si innesti su di un corrispondente illecito

³⁰⁶ V. nota 303.

³⁰⁷ V. *supra*, n. 4.

amministrativo, la rinuncia alla pretesa punitiva conseguente alla dichiarazione di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, che ha di poco sopravanzato la soglia di punibilità, lascia inalterata la valutazione, astratta e immanente alla fattispecie penale, circa la meritevolezza di pena, seppure in concreto priva di conseguenze sanzionatorie. Nella diversa ipotesi in cui la soglia rappresenta il valico che promuove il fatto da illecito amministrativo a penale, il lieve superamento del limine può condurre alla smentita in concreto della stima astratta circa la necessità di pena, ancora una volta lasciando immutata la valutazione relativa alla meritevolezza della reazione punitiva, che in questo secondo caso continua tuttavia ad avvolgere anche il sottostante illecito amministrativo³⁰⁸.

Se così è, l'applicazione della sanzione amministrativa prevista per l'illecito che si colloca sotto la soglia di punibilità anche al fatto che costituisce reato per il superamento della stessa, ma non punibile per la sua particolare tenuità, non forza il principio di legalità dell'illecito amministrativo sancito dall'art. 1 della l. 689/1981, poiché la norma che prevede la sanzione amministrativa considera nella sua sfera operativa anche queste ipotesi³⁰⁹. Nondimeno, la via maestra resta quella di un esplicito intervento del legislatore che districchi la questione, altrimenti rimessa alla discrezionalità giudiziaria. In proposito la dottrina intervenuta sul tema ha proposto un ventaglio di rimedi quali: a) l'inserimento di un nuovo comma nell'art. 131-bis Cp, inteso a garantire, nel caso del proscioglimento per particolare tenuità, l'applicazione delle sanzioni amministrative previste per il corrispondente illecito amministrativo; b) l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie pure nel caso di proscioglimento ai sensi dell'art. 131-bis Cp, similmente a quanto previsto dall'art. 168-ter Cp in caso di estinzione del reato per esito positivo della prova; c) la riproposizione nel corpo della l. 689/1981 di una disposizione analoga all'art. 75 co. 14 TuStup in modo da garantire l'impunità agli illeciti amministrativi che in concreto risultino di particolare tenuità³¹⁰.

Eppure non sembra peregrina una soluzione di segno opposto, che escluda *in partenza* l'applicazione dell'istituto disciplinato dall'art. 131-bis Cp nel caso dei reati caratterizzati da soglie di punibilità quanto meno nelle ipotesi in cui queste scandiscono la progressione

³⁰⁸ Alla stessa soluzione deve pervenirsi nel caso in cui il marginale superamento della soglia investe il superiore limine che determina il passaggio da un reato ad altro più grave, come è nei rapporti tra le ipotesi contravvenzionali previste dall'art. 186 co. 2 lett. b e c Cstr: il proscioglimento ai sensi dell'art. 131-bis Cp per la fattispecie contravvenzionale più grave si fonda su una stima concreta di particolare tenuità del fatto che contraddice anche la valutazione astratta della necessità di pena che riguarda il reato meno grave, lasciando immune la distinta considerazione della meritevolezza della tutela penale, che non impedisce, anzi reclama, l'intervento quantomeno della sanzione amministrativa. *Contra*, R. Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1737, che riconoscendo un rapporto di specialità tra illecito amministrativo e reato, e dunque la punibilità per il primo in caso di proscioglimento per particolare tenuità del secondo, ritiene che questo rapporto debba a maggior ragione ravvisarsi tra reato e reato, sicché la non punibilità ex art. 131-bis Cp per particolare tenuità del fatto più grave non pregiudica la punibilità di quello meno grave.

³⁰⁹ Per R. Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1737, «sussiste una certa omogeneità di disvalore e quindi di "continuità"» dal punto di vista afflittivo tra il sistema amministrativo e quello penale.

³¹⁰ Così G. Amarelli, *Le Sezioni unite*, cit., 796.

dall'illecito amministrativo a quello penale e a maggior ragione tra reati di diversa gravità³¹¹. Nel primo caso, la complessiva tecnica legislativa utilizzata appare di per sé adeguata a convogliare nella corretta direzione punitiva (amministrativa o penale) il multiforme manifestarsi della concretezza dei fatti storici. Nel secondo caso, risulterebbe ancora più inaccettabile un esito di assoluta impunità a fronte di una gradazione di rilevanza ugualmente criminale della consistenza dell'offesa.

ILP

³¹¹ V. *supra*, nota 308.
La legislazione penale
ISSN: 2421-552X