



# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

**Facoltà di Giurisprudenza  
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**L'ISTITUTO DELLA NON PUNIBILITÀ PER  
"PARTICOLARE TENUITÀ" DEL FATTO.  
DISCIPLINA NORMATIVA E PROBLEMATICHE  
ATTUALI.**

**Relatore:**

**Prof. Alessandro Melchionda**

**Laureando:**

**Tommaso Pedrazzani**

**Anno accademico: 2016/2017**





# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

**Facoltà di Giurisprudenza**

**Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**L'ISTITUTO DELLA NON PUNIBILITÀ PER "PARTICOLARE  
TENUITÀ" DEL FATTO.  
DISCIPLINA NORMATIVA E PROBLEMATICHE ATTUALI.**

**Relatore:**

**Prof. Alessandro Melchionda**

**Laureando:**

**Tommaso Pedrazzani**

**Esiguità – Irrilevanza – Tenuità -  
Offensività - Punibilità**

**Anno accademico: 2016/2017**



## INDICE

### L'ISTITUTO DELLA NON PUNIBILITÀ PER "PARTICOLARE TENUITÀ" DEL FATTO. DISCIPLINA NORMATIVA E PROBLEMATICHE ATTUALI.

INTRODUZIONE.....	pag. 5
1. ALLE SPALLE DEL D.LGS. 28 DEL 2015. LE RAGIONI DI FONDO DELL'ART. 131 <i>BIS</i> C.P. E GLI ESPERIMENTI LEGISLATIVI CHE L'HANNO PRECEDUTO NEL PROBLEMatico RAPPORTO TRA L'IRRILEVANZA DEL FATTO E IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ IN CONCRETO.....	pag. 9
a) <i>Alla ricerca della ratio di fondo. Vecchi stimoli e nuove istanze per l'introduzione della particolare tenuità del fatto nel sistema penalistico italiano.....</i>	pag. 9
i. Punti di contatto e di divergenza tra l'offensività concreta e il fatto particolarmente tenue tra enunciazioni di principio e applicazioni concrete.....	pag. 9
ii. L'irrilevanza del fatto come strumento di deflazione processuale: pregi e forzature di una risposta necessitata da istanze contingenti.....	pag. 25
b) <i>L'ossessione per la codificazione: gli infruttuosi tentativi di positivizzare il principio di offensività nel confronto con l'attuale clausola di irrilevanza del fatto.....</i>	pag. 27
i. I tentativi di codificare l'offensività come principio generale del sistema penalistico italiano: l'evoluzione degli sforzi di normazione dal Progetto Pagliaro al Progetto Nordio.....	pag. 29
ii. L'irrilevanza del fatto nel rito minorile e nel processo penale davanti al giudice di pace. Rinvio.....	pag. 41
iii. Il fatto particolarmente tenue tra la metà degli anni 2000 e i giorni nostri: il distacco dalle ambizioni assiologiche nell'ottica del perseguimento di risultati maggiormente tangibili.....	pag. 41
c) <i>I precedenti storici: l'irrilevanza del fatto davanti al giudice di pace e nel processo minorile.....</i>	pag. 43
i. Il fatto penalmente irrilevante nel rito minorile: l'art 27 del d.p.r. 448 del 1988.....	pag. 43
ii. Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel processo penale davanti al giudice di pace: l'art 34 d.lgs. 274 del 2000.....	pag. 47

- d) *La qualificazione dell'art. 131 bis come causa di non punibilità. L'impatto dell'irrelevanza del fatto sulla configurazione generale delle clausole di esenzione dalla pena.....pag. 51*
2. DALLA PROGETTAZIONE ALLA REALIZZAZIONE DELLA CLAUSOLA DI ESIGUITÀ DEL FATTO: L'ITER LEGISLATIVO CHE HA MODELLATO LE FORME DELL'ART. 131 BIS C.P. E LE INDICAZIONI SUI LIMITI ESTERNI DI APPLICABILITÀ DELL'ISTITUTO.....pag. 62
- a) *Il percorso normativo dalle indicazioni della legge delega alla configurazione attuale dell'art 131 bis c.p.....pag. 63*
- i. I contenuti della legge delega n. 67 del 2014: il progetto complessivo e le fondamenta dell'odierna irrilevanza del fatto nel processo penale ordinario.....pag. 63
  - ii. L'abbandono di fattori esterni teleologici nella definizione del fatto particolarmente esiguo: i perché di un dietrofront avvertito come necessario.....pag. 67
  - iii. L'impatto "rivoluzionario" delle osservazioni delle Commissioni Giustizia: le integrazioni dello schema originario dell'irrelevanza penale del fatto tra opportune specificazioni e chiarimenti destabilizzanti.....pag. 70
- b) *L'ambito applicativo della speciale tenuità del fatto e il rapporto con le altre ipotesi di esiguità della condotta dell'ordinamento penale italiano.....pag. 73*
- i. Il parametro della fascia edittale massima superiore ai cinque anni di reclusione: dubbi di coerenza sistematica e confluenza di istanze general preventive.....pag. 73
  - ii. Il ruolo delle circostanze nella determinazione della pena ai fini dell'applicabilità della particolare tenuità del fatto.....pag. 77
  - iii. Il tentativo e l'irrelevanza penale del fatto: alcuni sforzi per colmare un'inspiegabile aporia legislativa.....pag. 87
  - iv. L'art. 131 bis c.p. può convivere con i suoi precedenti nel rito minorile ed in quello onorario?.....pag. 95
3. IRRILEVANZA PENALE DEL FATTO O SPECIALE TENUITÀ DEL REATO? L'ANALISI DEI REQUISITI STRUTTURALI DELL'ART 131 BIS TRA LE INCERTEZZE SUL SIGNIFICATO SISTEMATICO DELLA CLAUSOLA E I DUBBI CIRCA I LIMITI DELLA SUA OPERATIVITÀ CONCRETA.....pag. 103
- a) *La nozione di "esiguità" e la scelta degli indici che delineano la particolare tenuità del fatto. Osservazione della dimensione oggettiva del fatto penalmente irrilevante.....pag.103*

- i. I caratteri del fatto specialmente tenue alla luce delle istanze che sorreggono l'istituto e delle esigenze di coerenza concettuale e sistematica.....pag. 103
  - ii. La componente oggettiva della particolare tenuità del fatto: la nozione di offesa irrilevante e la controversa tematica dei reati di pericolo.....pag. 110
  - iii. Le modalità della condotta: il disvalore di azione nella valutazione di esiguità del fatto.....pag. 117
  - iv. Le ipotesi di esclusione oggettiva della particolare tenuità del fatto: forte restrizione della discrezionalità giudiziale e valorizzazione *a contrario* di componenti soggettive.... .pag. 125
  
- b) *La dimensione soggettiva all'interno dell'irrelevanza penale del fatto: le difficoltà di coordinamento tra il silenzio della legge delega e il rinvio all'intero primo comma dell'art. 133 c.p.*.....pag. 133
  - i. Il peso dell'elemento soggettivo nella valutazione del fatto penalmente esiguo: le potenzialità e i limiti della dimensione graduale dell'illecito.....pag. 133
  - ii. La componente psicologica nelle scelte del decreto legislativo n. 28 del 2015, tra indicazioni imprecise e suggerimenti (forse) volutamente contraddittori.....pag. 139
  
- c) *Dentro al comportamento "non abituale". L'irresistibile tentazione di includere il curriculum criminale del reo nella valutazione di esiguità del fatto e l'esplicito distacco dal parametro tradizionale dell'occasionalità*.....pag. 159
  - i. La scelta di inserire la dimensione personologica nel giudizio di irrilevanza del reato: legittimi dubbi di ragionevolezza e considerazioni sul peso da attribuire all'indice in questione.....pag.159
  - ii. Alle origini della condotta non abituale. L'occasionalità del comportamento nelle clausole di irrilevanza precedenti al d.lgs. 28 del 2015.....pag. 162
  - iii. Le previsioni del decreto legislativo 28 del 2015 in merito alla dimensione personologica del reato: il problema della definizione della "non abitualità" del comportamento e i suoi elementi di novità, reali o presunti, rispetto al passato..... pag. 166
  - iv. Le ipotesi espresse di comportamento abituale a confronto con alcune categorie tipiche del diritto penale.....pag. 173
  
- 4. LA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ PER SPECIALE LIEVITÀ DEL FATTO E (ALCUNI) ISTITUTI GENERALI O PARTICOLARI DEL SISTEMA PENALISTICO ITALIANO: STORIA DI UNA SIMBIOSI DIFFICILE E DEI PRIMI APPROCCI GIURISPRUDENZIALI IN ARGOMENTO.....pag. 187
  - a) *L'irrelevanza del fatto a confronto con i reati costruiti tramite soglie di punibilità: un banco di prova importante per le enunciazioni generali sulla*

<i>natura e sui meccanismi di funzionamento dell'art. 131 bis c.p.</i> .....	pag. 187
i. Il ruolo delle soglie espresse di rilevanza penale all'interno della struttura del reato. Cenni.....	pag. 187
ii. Il fatto penalmente irrilevante oltre la soglia di rilevanza penale: un ossimoro solo apparente o anche reale?.....	pag. 192
iii. L'impatto del proscioglimento per esiguità del fatto sulle sanzioni amministrative: un potenziale ostacolo di non poco conto per l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità.....	pag. 197
 b) <i>Le problematiche di diritto intertemporale: la particolare tenuità del fatto tra lex mitior e abrogatio criminis.</i> .....	pag. 202
 c) <i>Il fatto penalmente irrilevante al cospetto del reato soggettivamente complesso: l'art. 131 bis c.p. è comunicabile ai correi?</i> .....	pag. 211
 d) <i>La responsabilità dell'ente per il reato particolarmente tenue: l'art. 131 bis c.p. a contatto con la disciplina del d.lgs. 231 del 2001.</i> .....	pag. 217
 CONCLUSIONI.....	pag. 225
 BIBLIOGRAFIA.....	pag. 241



## INTRODUZIONE

Con il decreto legislativo n. 28 del 2015 ha fatto ingresso nell'ordinamento penalistico italiano una causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di portata generale, cioè non limitata ad alcuni riti particolari, collocata nella Parte Generale del codice penale all'art. 131 *bis* e accompagnata da una serie di interventi puntuali all'interno del codice di procedura finalizzati ad adattare le strutture processual penalistiche alle rilevanti novità che questa novella ha portato, o perlomeno è in grado di portare.

L'istituto di cui trattasi è senza ombra di dubbio un istituto "complesso" tanto nella analitica lettura dei suoi peculiari tratti somatici, quanto ovviamente nel giudizio complessivo che se ne può trarre all'esito di uno studio quanto più attento possibile dell'intero fenomeno della particolare tenuità del fatto, così come dipinto dalla suddetta riforma del 2015.

Prima di addentrarci in una osservazione capillare della disciplina sostanziale dell'art. 131 *bis* c.p., è a nostro avviso importante evidenziare come una fattispecie normativa di questo genere, cioè una clausola di esclusione della sanzione penale in virtù delle modestissime conseguenze cagionate da un reato, che pure risulterebbe "perfetto" e quindi completo di tutti gli elementi che ne fondano il disvalore penale, non può non attirare su di sé anche attenzioni e istanze di natura politica e sociologica, obbligando quindi a volgere lo sguardo anche al di là di una esclusiva prospettiva tecnicamente giuridica, che pure rimarrà il *focus* di questo lavoro.

Parlare di esenzione dalla pena per i reati bagatellari, o concretamente bagatellari (ammesso che così possano essere classificate fattispecie penali per le quali il nostro ordinamento prevede la sanzione carceraria fino ad un massimo di cinque anni) in un momento storico in cui i *mass media* sembrano evidenziare, a torto o a ragione, un crescente sviluppo della micro criminalità e un conseguente innalzamento delle istanze di tutela dei cittadini,<sup>1</sup> alimentate in maniera significativa dal rilievo che molto spesso i responsabili di gravissimi crimini a danno della collettività (ad esempio in materia di terrorismo) hanno un *curriculum* penale colmo di "incidenti" minori, certamente rischia di preoccupare sensibilmente i consociati e chi ne è il portavoce.

---

<sup>1</sup> È curioso notare come nel 2003 M. Donini (*Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, Indice Penale, 2003, pag. 97), parlando delle disposizioni in materia di esiguità del fatto nel processo minorile e in quello davanti al giudice di pace, manifestasse tutto il suo scetticismo nei confronti di un'espansione generale di queste ipotesi, affermando che "si tratta di casi [...] che la legislazione futura potrebbe in teoria estendere a qualsiasi delitto, anche se non lo farà per ragioni simboliche e di prevenzione generale".

Non è un caso che nella gestazione di questa novella una parte significativa delle istanze sociali summenzionate abbia condotto a diverse modifiche del progetto iniziale, arrivando talvolta perfino al rischio di “contaminarne” la natura, costringendo il giurista a rinnovare e a rinnovarsi l’interrogativo su quali siano dunque la *ratio* e gli scopi della modifica apportata dal d.lgs. 28 del 2015.<sup>2</sup>

L’ibridazione che contraddistingue questo istituto, chiara e lampante fin dall’origine di questo percorso di legiferazione, si è arricchita strada facendo di elementi ulteriori, talvolta francamenti superflui, talvolta relativamente “destabilizzanti” (e quindi significativi nel bene o nel male) nell’economia complessiva di questa nuova causa di non punibilità, determinando nell’interprete che si trovi a doverla maneggiare la necessità di un approccio molto attento e soprattutto non ingenuo.

L’ingenuità da cui si vorrebbe ammonire consiste soprattutto nel pretendere di analizzare il sistema dell’articolo 131 *bis* assumendo un unico punto di vista, fondando cioè la propria attività ermeneutica su una o alcune soltanto delle cause fondanti la particolare tenuità del fatto.

Ogni giurista è consapevole dell’importanza della *ratio* alla base dell’istituto per la sua corretta interpretazione e applicazione; a maggior ragione il penalista, da anni ormai affezionato alla tematica del bene giuridico e del suo ruolo dell’interpretazione del diritto, è conscio di non poter operare su una fattispecie tanto complessa senza prima aver risolto il nodo gordiano della causa che ne costituisce le fondamenta.

A questo proposito va ricordato che lo studioso della materia penale è tradizionalmente avverso al riconoscimento di una molteplicità di *rationes* alla base dell’istituto giuridico, questo perché tale elemento nell’attività interpretativa propria di questo specifico settore dell’ordinamento riveste un ruolo da protagonista difficilmente eguagliabile nelle altre materie giuridiche.

Riflettendo sulla funzione esegetica del bene giuridico<sup>3</sup> va ricordato che l’analisi della fattispecie tipica di una norma penale non può prescindere dalla previa individuazione dell’oggetto di tutela, ma al contempo quest’ultimo non è un elemento “piatto”, posto nelle mani dell’interprete attraverso strumenti collocati *aliunde* rispetto alla disposizione di legge.

Al contrario la stessa definizione del bene giuridico tutelato talvolta è il frutto di una delicata operazione ermeneutica che non può che avere come baricentro e fulcro del suo svolgimento quello stesso fatto tipico che paradossalmente proprio il bene giuridico è deputato a meglio descrivere agli occhi dell’operatore giuridico.

Questa particolare condizione di “elasticità” tra l’oggetto di tutela e la fattispecie tipica, inusuale per il diritto penale che spesso impone o pretende di

---

<sup>2</sup> Il riferimento va senz’altro al moltiplicarsi delle cause che ostano all’applicazione dell’art. 131 bis c.p., le quali spesso sono sembrate un semplice messaggio politico senza alcun apprezzabile fondamento logico – giuridico.

<sup>3</sup> Qui si sta operando una “perfetta” parificazione tra bene giuridico e *ratio* della fattispecie giuridica che probabilmente non è immune da rilievi da parte degli esperti di dottrina generale del diritto. Tuttavia se è ormai pacificamente riconosciuto che il diritto penale, nel suo profilo incriminatorio, è funzionale alla tutela di beni giuridici, costituzionalmente identificabili secondo gli insegnamenti di Bricola, è chiaro come nello studio della fattispecie di reato il bene giuridico stesso altro non sia che la causa fondante che sorregge, legittima e orienta la norma incriminatrice.

imporre a fini garantistici rigidi muri divisorii tra le varie categorie concettuali, ha preso il nome di “spirale ermeneutica”, ed è al giorno d’oggi parte del patrimonio comune di qualunque interprete che si confronti con la materia penale.

Alla luce di quanto appena brevemente illustrato, è abbastanza evidente da dove nasca l’idiosincrasia del diritto penale per la plurioffensività, che nello specifico ambito del bene giuridico si riferisce alla pluralità di *rationes* alla base di una fattispecie incriminatrice.

Se l’oggetto di tutela ha un ruolo così dominante nell’orientare l’esegesi del giurista, riconoscere una molteplicità di beni giuridici non fa che altro che creare confusione perché priva la norma penale della sua guida più efficace e valente proprio perché questa non è più unica, e quindi non è più chiaramente individuabile.

Questo orientamento fondamentalmente avverte il pericolo di un relativismo ermeneutico che andrebbe a minare anche il principio della certezza del diritto e della sua prevedibilità, seppur calato nella particolare veste dell’interpretazione giuridica e non del dato positivo, qualora si abbandoni la sicura strada della monoffensività.

Una chiara manifestazione di questa posizione di netta chiusura verso le istanze del plurioffensivismo può essere riscontrata nello studio del reato di calunnia, da manualistica assunto come esempio classico di illecito posto a presidio di più beni giuridici (amministrazione della giustizia e libertà dell’individuo), ma da taluni ridotto ad un solo oggetto di tutela per lampanti fini di utilità pratica (maggiore certezza nell’interpretazione, individuazione della persona offesa ...) data la difficoltà di negare nel merito la lesione o la messa in pericolo di entrambi i beni giuridici in questione.

Riconosciuti i meriti e i vantaggi della teoria che sollecita sempre uno sforzo verso la definizione di un’unica *ratio* alla base dell’istituto, anche sacrificando, se del caso, quelle che hanno una rilevanza minore per natura o per la lettura che ne viene data, bisogna tuttavia ammettere che questo orientamento talvolta necessita di qualche attenuazione di fronte ai casi in cui la matrice di una norma giuridica sia effettivamente e pacificamente caratterizzata da una pluralità di cause fondanti, poiché diversamente non si tratterebbe più di interpretare il dettato della legge, ma di storpiarlo, di snaturarlo in nome di istanze utilitaristiche che invece devono cedere il passo alla espressa volontà del legislatore che in certe occasioni di fronte alla complessità della realtà sociale non può coltivare ambizioni riduzionistiche, ma deve coscienziosamente riprodurre questa fenomenologia complessa all’interno del diritto stesso, lasciando all’interprete il compito, arduo non vi è dubbio, di comprendere sotto quali profili emerge con preponderanza quel volto dell’istituto e dove invece si palesa quell’altro.

È chiaro che quanto finora detto a proposito del bene giuridico e delle norme incriminatrici può ragionevolmente valere anche per la valutazione della *ratio* di un istituto penalistico diverso dalle fattispecie di reato: *mutatis mutandis* anche qui la corretta ricostruzione della causa fondante l’istituto sarà fondamentale per indirizzare con esattezza la sua interpretazione e la sua applicazione laddove il dato positivo sia carente o oscuro, specialmente nel coordinamento con le altre norme dell’ordinamento.

Trasportando la riflessione appena delineata sull’oggetto di questo scritto, cioè l’analisi della nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto,

va fin da subito chiarito che sono due, almeno in linea astratta, le istanze di fondo che ne hanno ispirato e accompagnato la genesi: da un lato abbiamo il principio di offensività, oppure secondo una declinazione più cauta i principi di proporzione e di ragionevolezza della sanzione penale, nonché quelli di meritevolezza o bisogno della stessa, che rappresentano in qualche modo il volto più nobile e solenne di questa novella, dall'altro l'esigenza di deflazione processuale e carceraria, che malgrado attiri meno l'attenzione dello studioso rispetto ai "sacri" principi suddetti, nella realtà dei fatti si rivela di carattere assolutamente dominante, specie se vista come un corollario della necessità di utilizzare le risorse giudiziarie in maniera efficiente e funzionale ad un giustizia penale pronta ed effettiva, senza dimenticare le pressioni di provenienza extranazionale su tali tematiche.

Nelle varie componenti positive e negative della particolare tenuità del fatto a fianco di queste *rationes* principali si infiltrano anche altre istanze di rango secondario, riscontrabili per lo più in sede di definizione negativa dell'operatività dell'art. 131 *bis* c.p., si pensi ad esempio al requisito della non abitudine, in sé e per sé non direttamente connesso alla logica di un'esenzione da pena per irrilevanza concreta del fatto, o meglio ancora alla causa ostativa rappresentata dai reati commessi con crudeltà sugli animali, che, al di là della probabile superfluità di questa specificazione, denota una specifica attenzione alla tutela degli animali francamente eccessiva se non altro da un punto di vista topografico se si pensa che l'art. 131 *bis* va a collocarsi nel cuore della Parte Generale del Codice Penale, cioè in prossimità delle norme che disciplinano la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena.

È chiaro che anche queste "aggiunte" rispetto al modello minimo dell'istituto non fanno altro che evidenziarne ulteriormente la natura ibrida, costringendo l'operatore giuridico a notevoli sforzi interpretativi.

Per questi motivi è da ritenersi scorretto un approccio alla causa di non punibilità per particolarità tenuità del fatto attraverso le lenti di una sola delle istanze ispiratrici di questa riforma, poiché in tal modo si rischia di avere una visione inevitabilmente parziale e incompleta del fenomeno che si ha sotto mano. Malgrado le difficoltà che questo comporta, è opportuno tenere sempre nella dovuta considerazione tutte le basi logiche e concettuali che sorreggono questo istituto, consapevoli che la scelta di far prevalere l'una o l'altra in sede di interpretazione, a determinate condizioni e circostanze, può concretamente stravolgere le potenzialità di questa clausola di non punibilità, pur lasciando intatto il dato positivo.

La decisione, apparentemente solo teorica, della *ratio* da prediligere nel momento in cui si analizza un particolare profilo dell'art. 131 *bis* c.p. (e di tutto il sistema, anche processuale, che da esso dipende) è potenzialmente determinante poi per valutare l'operatività concreta del nuovo istituto, e di questa responsabilità è bene che il giurista sia pienamente conscio.

## **Capitolo Primo**

ALLE SPALLE DEL D.LGS. 28 DEL 2015.  
LE RAGIONI DI FONDO DELL'ART. 131 *BIS* C.P. E GLI ESPERIMENTI  
LEGISLATIVI CHE L'HANNO PRECEDUTO NEL PROBLEMatico  
RAPPORTO TRA L'IRRILEVANZA DEL FATTO E IL PRINCIPIO DI  
OFFENSIVITÀ IN CONCRETO.

***a) Alla ricerca della ratio di fondo. Vecchi stimoli e nuove istanze per l'introduzione della particolare tenuità del fatto nel sistema penalistico italiano.***

*I. Punti di contatto e di divergenza tra l'offensività concreta e il fatto particolarmente tenue tra enunciazioni di principio e applicazioni concrete.*

L'ordinamento penalistico italiano avvertiva ormai da anni la necessità di dare spazio all'irrilevanza penale del fatto di reato al fine di valorizzare compiutamente la concreta manifestazione della vicenda posta sotto gli occhi del giudice penale, concedendo a quest'ultimo, di fronte ad un reato perfetto, il potere di determinare discrezionalmente non solo il *quantum* della sanzione, come puntualmente disciplinato dall'art. 133 c.p., ma persino l'*an* della reazione punitiva ordinamentale, ovviamente ancorando tale possibilità a precisi limiti legislativamente determinati.<sup>4</sup>

Gli stimoli tradizionali in tale direzione erano e sono tuttora volti a dare finalmente una disciplina positiva precisa e chiara ad uno tra i più solenni ma al contempo nebulosi principi del nostro sistema penale, ovvero il principio di offensività.

O meglio, è doveroso specificare fin d'ora che questa è la presa di posizione di una parte degli studiosi che discorrono dell'attuale art. 131 *bis* c.p. in relazione ai capisaldi nel nostro ordinamento penale,<sup>5</sup> mentre chi ha scritto tali disposizioni

---

<sup>4</sup> Risale ai primi anni del 2000 l'augurio di G. Fiandaca (*L'offensività è un principio codificabile?*, Foro Italiano, 2001, Parte V, pag. 10) il quale, di fronte alle difficoltà di trovare un comune accordo sulla normazione del principio di offensività globalmente inteso, manifestava "maggiori aperture rispetto alla possibilità di codificare una ben ponderata disciplina dell'irrilevanza quale istituto applicabile alle forme di manifestazione in concreto scarsamente offensive di fattispecie di reato di gravità medio – bassa".

<sup>5</sup> "La non punibilità per la particolare tenuità del fatto, da un punto di vista di riscontro normativo e sistematico, non solo evoca, ma [...] fortemente rivitalizza e rafforza fasti teorici e pratica operatività del principio in questione" [cioè il principio di offensività]. P. Gaeta e A.

e buona parte della giurisprudenza preferiscono parlare più cautamente dei principi di proporzione e ragionevolezza della sanzione.<sup>6</sup>

Questi ultimi due principi, sebbene stabilmente connessi a quello di offensività, si distinguono dal proprio “capostipite” rappresentandone sottospecie qualitativamente diverse.<sup>7</sup>

Entrambi infatti vivono in rapporto relativistico e relazionale rispetto ad un *quid* che funge da termine di paragone: il primo si confronta in termini quantitativi con la lesione o la messa in pericolo perpetrata al bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale, imponendo che la reazione dell’ordinamento statale non sia sbilanciata alla luce del crimine commesso; il secondo, per chi non lo equipara di fatto alla proporzione realizzando una sorta di endiadi, richiede invece che la sanzione penale non appaia distonica rispetto alle scelte di incriminazione previste altrove, in particolare rispetto quelle che condividano un nucleo di disvalore comune, specialmente in termini di bene giuridico tutelato e di modalità di aggressione, esigendo di converso un tessuto penalistico omogeneo e coerente.

Il principio di offensività ha al contrario una vocazione più oggettiva e assolutistica.

A prescindere dal diverso punto di vista da cui lo si osservi, l’unica prospettiva che interessa questo principio dovrebbe avere a che fare con ciò che viene protetto e quando esso si trovi in pericolo.

Diversi potranno semmai essere gli elementi da prendere in considerazione per fondare un giudizio in termini di offensività, tuttavia sembra mancare quella stretta connessione con un termine di paragone senza la quale i principi di proporzione e ragionevolezza non sarebbero pensabili.<sup>8</sup>

La scelta di enfatizzare questi ultimi profili a discapito del primo appare una sorta di precauzione adottata dal legiferante e dai giudici: parlare espressamente di una positivizzazione, sia anche parziale, del principio di offensività “spaventa” per la fondamentale indeterminatezza dei confini e delle potenzialità che questo può comportare.

Probabilmente proprio quel termine di raffronto che caratterizza ontologicamente i principi di proporzione e ragionevolezza rassicura una parte degli interpreti come fosse una specie di argine contro eventuali interpretazioni ardite della nuova causa di non punibilità: emergerebbe l’idea di un limite capace di frenare la creatività di giudice e operatori del diritto di fronte ad una fattispecie tanto innovativa e problematica.

---

Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cassazione Penale 2015, n. 7/8, pag. 2599.

<sup>6</sup> Vedasi la Relazione allo schema del d.lgs. 28 del 2015.

<sup>7</sup> “[Il principio di offensività] non potrebbe essere scomposto nei principi del diritto penale del fatto, in quello della ragionevolezza o in quello di proporzione: tutti e tre questi principi, infatti, non restituiscono – se non insieme – il significato fondante dell’offensività”. M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Diritto penale contemporaneo, 4/2013, pag. 18.

<sup>8</sup> Cristallino è sul punto ancora una volta M. Donini (*Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Cit., pag. 18) laddove afferma che “l’offensività [...] ha una dimensione assiologica che manca alla proporzione, la quale è del tutto relativa e utilitaristica”.

Va inoltre sottolineato che, evitando di affrontare direttamente il tema dell'offensività, il legislatore delegato ha potuto sorpassare le problematiche connesse ad un decennio abbondante di tentativi falliti di codificazione di questo principio.

A onor del vero la Relazione allo schema di decreto legislativo n. 28 del 2015 non si limita a tacere a proposito del principio di offensività strettamente inteso, ma va addirittura oltre precisando che l'irrilevanza del fatto avrebbe logiche e natura ben differenti da quelle su cui si fonda la concezione realistica del reato da ricavarsi all'interno dell'art. 49 co 2 c.p., dimenticando tra l'altro di citare quantomeno quel riconoscimento ormai unanime del rango costituzionale del principio di offensività rintracciabile negli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost.<sup>9</sup>

L'affermazione per cui "la c.d. irrilevanza del fatto sia istituito diverso da quello della c.d. inoffensività del fatto"<sup>10</sup>, oltre che garantire quell'allontanamento dal dibattito dottrinale sulla portata del principio di offensività cui già abbiamo accennato, sembra veicolare anche una certa attenzione ai potenziali riflessi politici di questa novella.

Conservare lo *status* di illecito penale spostando l'attenzione sul "mero" profilo della meritevolezza della sanzione può fungere da risposta alle possibili lamentele di quella parte della popolazione che appare sempre più sensibile alle iniziative del legislatore in tema di microcriminalità.

Ammesso e non concesso che il cittadino comune possa esprimere valutazioni in tal senso sulla base di una piena comprensione del rapporto tra tipicità e punibilità, su cui invero nemmeno la dottrina è giunta a conclusioni unanimi, è evidente che la presa d'atto che il rimprovero penale in astratto rimanga assolutamente intatto a fronte di una rinuncia alla pena solo contingente (in quanto legata alle peculiarità del caso concreto) e per di più addossata in termini di responsabilità sulle spalle dei magistrati, possa apparire una giustificazione politica piuttosto efficace.

A nostro modo di vedere in realtà il collegamento tra principio di offensività e l'attuale art. 131 *bis* è ben saldo e tutt'altro che marginale.

Il principio di offensività riveste da tempo un ruolo centrale nel nostro ordinamento, sicuramente per la struttura complessiva dell'impianto teorico, ma talvolta ha fatto anche apparizioni degne di nota nelle pronunce delle Corti superiori, divenendo a tutti gli effetti un pilastro nel nostro sistema penale.<sup>11</sup>

Malgrado tale rilevanza del principio di offensività, manca ancora una chiara previsione costituzionale o anche semplicemente di legge ordinaria (si dirà a breve a proposito dell'art. 49 c.p.) che esprima limpidamente la struttura e la

---

<sup>9</sup> Si osservi M. Donini (*Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Cit., pag. 17) il quale vede in questi parametri normativi in generale lo "statuto costituzionale del diritto penale".

C. Fiore (*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pag. 91) conferma come "l'affermazione che il principio di offensività abbia rilevanza costituzionale [...] si rinviene in forma esplicita, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, [...] a partire dalla sentenza n. 360 del 1995".

<sup>10</sup> Relazione allo schema del d.lgs. 28 del 2015.

<sup>11</sup> "Il principio di offensività è l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale". M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Cit., pag. 1.

portata di questo principio, da qui i tentativi di codificazione su cui ci intratterremo in seguito.

Nonostante questi limiti,<sup>12</sup> la dottrina, seguita a ruota dalla giurisprudenza, interrogandosi sulle caratteristiche del principio di offensività ha individuato una bipartizione fondamentale che ne connota in modo decisivo il significato, ovvero quella tra offensività in astratto e offensività in concreto.

La distinzione non è meramente nominalistica riflettendo in prima istanza una diversità tra i relativi destinatari: mentre la prima si rivolge essenzialmente al legislatore indirizzandone e vincolandone il potere normativo, la seconda ha a che vedere con l'applicazione effettiva della norma penale, coinvolgendo di fatto l'organo giudicante.<sup>13</sup>

Ciò che forse non è stato ancora sufficiente sottolineato è che queste non sono semplicemente due facce della stessa medaglia, ma in realtà principi molto differenti e in qualche modo autonomi, pur conservando ovviamente una matrice simile.

Il principio di offensività in astratto funge da indispensabile limite alla discrezionalità del legislatore nella selezione delle condotte da sottoporre a sanzione penale: in prima istanza ancora la previsione della fattispecie penale alla tutela dei soli beni giuridici meritevoli di protezione secondo la nostra Carta Costituzionale, dal momento che in cambio si richiede il sacrificio della libertà personale difesa dall'art. 13 Cost.<sup>14</sup>, in secondo luogo si limita l'intervento più severo dell'ordinamento solo a quelle ipotesi che possano realmente porre in pericolo il bene giuridico imponendo al legislatore attente valutazioni in ordine alla scelte di descrizione tipica del reato.

D'altronde non va dimenticato che il principio di *ultima ratio*, cui quello di offensività è adiacente, richiede una ponderazione complessiva

---

<sup>12</sup> Forse è più onesto ammettere che la copiosa elaborazione dottrinale in tema di offensività è stata in realtà aiutata e non ostacolata dall'assenza di un dettato normativo *ad hoc*. Qualora venga mai data a tutti gli effetti una veste formale al principio di offensività nella totalità delle sue dimensioni abbiamo pochi dubbi nel ritenere che questa sarà di fatto una fotografia degli spunti maggiormente condivisi nel panorama scientifico che da anni si interessa dell'argomento.

<sup>13</sup> C. Fiore (*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, Cit., pag. 103) enuclea con precisione la differenza tra i giudizi di offensività in astratto e in concreto ricordando come nel primo "la verifica del rispetto del limite costituzionale rappresentato dal principio di offensività implica la ricognizione della astratta fattispecie penale, depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in esso sussumibili" mentre nel secondo ove la specifica condotta "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 minimo grado".

<sup>14</sup> Dello stesso avviso è A. Molinarolli (*Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, Diritto penale contemporaneo 2/2016, pag. 21), il quale afferma che sullo sfondo del principio di offensività risiede "il valore della libertà personale e la considerazione per cui la relativa limitazione mediante il diritto penale sarebbe possibile solo in vista della tutela di un altro bene di significativo rilievo costituzionale o, quanto meno, non incompatibile con la Costituzione."

Ovviamente in ossequio all'insegnamento bricoliano la Costituzione va letta alla luce di una prospettiva dinamica, volta ad adeguare un testo normativo di fine anni '40 alle evoluzioni storiche, sociologiche e giuridiche degli anni seguenti. Diversamente non sarebbero nemmeno concepibili settori dell'ordinamento penalistico come il diritto penale dell'ambiente o dell'informatica.



dell'armamentario statale nella risposta agli illeciti, esigendo che lo strumento penalistico venga impiegato solo laddove le alternative siano destinate a fallire o già abbiano dimostrato la propria inefficacia.

Nei fatti il principio di offensività in astratto ha una valenza più che altro simbolica o didattica, se si escludono rare pronunce della Corte Costituzionale che sulla base di questo principio hanno colpito talune disposizioni di legge<sup>15</sup>, soprattutto quelle legate ad un'ideologia politica e culturale ormai anacronistica oppure quelle caratterizzate da derive verso un diritto penale d'autore incompatibile con l'insieme dei valori previsti nella nostra Costituzione.

Le ragioni della scarsa presenza di questo principio nelle sentenze della Consulta sono essenzialmente due: da un lato la lettura estesa dei beni giuridici riconducibili alla Costituzione ha lasciato molto spazio alla decisione politica circa gli oggetti della tutela penale, fino a prevedere in alcuni casi la protezione non tanto di veri e propri beni giuridici, ma di funzioni strumentali a questi;<sup>16</sup> dall'altro lato le forme di anticipazione della tutela penale nelle fattispecie di pericolo astratto o presunto sono state ritenute finora fondamentalmente salve, talvolta con la espressa o velata richiesta al giudice di accertare la sussistenza di un pericolo concreto, o quantomeno "più concreto" di quello emergente dalla sola *littera legis*.<sup>17</sup>

Se il primo profilo all'atto pratico sembra essere considerato meno problematico, poiché la scelta del bene giuridico da tutelare appare una prerogativa del legislatore su cui la Corte Costituzionale interviene solo in caso di manifesta irrazionalità,<sup>18</sup> il secondo profilo è invece significativamente

---

<sup>15</sup>Si osservi ad esempio la sentenza Corte Cost., sentenza 21 maggio 1987, n. 189 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il reato di esibizione della bandiera di Stato estero in assenza di apposita autorizzazione.

<sup>16</sup>V. Manes (*I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, Diritto penale contemporaneo, 2011, pag. 3) ci conferma come "il giudizio di meritevolezza circa beni/interessi/valori suscettibili di protezione penale appare un territorio dove la Corte costituzionale dimostra tutta la propria cautela: il merito dell'incriminazione penale, come anche le scelte in termini di sussidiarietà [...] appaiono dominio esclusivo della politica".

Negli stessi termini A. Molinaroli (*Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, Cit., pag. 22) riconosce che "nonostante la Corte abbia più volte avallato in linea teorica la valenza costituzionale del principio, ha sempre prevalso un certo *self restraint*, indotto dal timore di uno sconfinamento nella discrezionalità politica propria del legislatore."

<sup>17</sup>"Il dato di novità [...] è la presenza pur discontinua, di decisioni anche della Suprema Corte che riconoscono la valenza di guida interpretativa al principio di offensività anche al cospetto di fattispecie declinate su un paradigma formale [...], richiedendo comunque al giudice l'accertamento di una minima potenzialità di *vulnus* nella condotta per la configurabilità del reato". V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, Cit.

<sup>18</sup>A tal proposito va segnalato che taluni autori ritengono che la tematica del "catalogo" dei beni giuridici tutelabili attraverso la sanzione penale, già ampliato attraverso la nozione di Costituzione vivente, si sarebbe ulteriormente espanso a seguito dell'introduzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale inizialmente sarebbe dovuta entrare a far parte della Costituzione Europea, ma poi, a seguito del fallimento di questo progetto, è attualmente una fonte giuridica comunitaria equiparata ai Trattati dell'Unione Europea. Consapevoli che malgrado il mutamento del *nomen iuris* questi Trattati abbiano di fatto un valore para - costituzionale per il sistema delle fonti comunitarie, alcuni studiosi sostengono che anche i valori cui la Carta di Nizza fa riferimento possano essere considerati idonei a integrare beni giuridici da proteggere con lo strumento del diritto penale. In tal senso non va dimenticato che il diritto comunitario in genere, in particolare per come viene interpretato dalla CGUE, ha spesso un approccio molto

lamentato da buona parte della dottrina, che rifiuta la tendenza ad arretrare la soglia del penal rilevante, ritenendola una risposta di pregnanza politica ma scarsamente efficace, comportando al contrario alti costi per talune garanzie essenziali in un diritto penale moderno.

In quest'ottica si sostiene che altre dovrebbero essere le strade da percorrere per fronteggiare i pericoli alla pubblica sicurezza derivanti ad esempio dalle grandi forme di criminalità dei nostri tempi, e che l'arretramento della risposta penale in tale ambito risulti poco risolutivo; al contempo va osservato che nel contesto attuale è difficile ipotizzare che la Corte Costituzionale si assuma la responsabilità di contrastare uno dei segnali più concreti di lotta alla criminalità organizzata e internazionale da parte del nostro legislatore e tutto sommato non si può negare che se questa anticipazione della penal rilevanza dovesse essere accompagnata da strumenti e apparati investigativi veramente capaci di captare in anticipo i segnali di pericolo, nel giusto bilanciamento tra esigenze di controllo della criminalità e diritti fondamentali dell'individuo,<sup>19</sup> qualche risultato importante potrebbe essere raggiunto.

Totalmente differente per portata definitoria e spazi applicativi deve essere invece la riflessione relativa al principio di offensività in concreto.

Il principio di offensività in concreto è un "criterio interpretativo – applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il ben o l'interesse tutelato".<sup>20</sup>

Come da tempo segnalato dagli autori più autorevoli, la dimensione concreta dell'offensività opera come canone ermeneutico, come strumento di selezione dei fatti punibili alla luce della effettiva rispondenza della vicenda concreta agli obiettivi di tutela previsti a monte dal legislatore.

Riconoscere l'operatività del principio di offensività in tale senso significa affidare all'organo giudicante l'onere e l'onore di completare l'opera di definizione punitiva che competerebbe per antonomasia al Parlamento in quanto organo eletto dal popolo.

Quella riserva di legge assoluta posta dalla Costituzione a presidio della materia penale, verrebbe inevitabilmente "attenuata" non per l'intrusione di organi legislativi differenti dal Parlamento, ma per l'intervento di un potere, quello giudiziario, cui generalmente si chiede di verificare il fatto di reato e non di ricostruirlo o definirlo.

D'altro canto però è impensabile che in uno stato costituzionale di diritto si possa ancora difendere l'utopistico ideale del giudice come bocca della legge che tanto affascinava i teorici illuministi; inoltre a fronte della tendenza alla ipertrofia legislativa in ambito penalistico, più volte criticata dalla dottrina, ed in presenza di fattispecie spesso lontane dai modelli migliori del diritto penale del fatto, un

---

sostanzialista e pragmatico, che potrebbe cozzare con il potenziale formalismo della teoria del bene giuridico, legittimando ad esempio il ricorso ad una tutela penale della funzione, purché questa si riveli concretamente idonea a tutelare l'interesse finale che si voglia proteggere.

Alcuni spunti interessanti in tal senso possono rinvenirsi in V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G. Giappichelli Editore, 2005.

<sup>19</sup> Si pensa chiaramente alla discussione circa l'invasività e la legittimità delle nuove forme di investigazione, ad esempio le indagini informatiche o diversi strumenti di controllo della corrispondenza, delle comunicazioni e della navigazione online.

<sup>20</sup> Corte Costituzionale n. 265 del 2005.

ruolo importante (ma al contempo “responsabile”) del giudice può rappresentare una compensazione adeguata, idonea a raggiungere un accettabile punto di equilibrio tra le prescrizioni costituzionali e lo *status* attuale del diritto penale.

Il principio di offensività in concreto si distingue da quello di offensività in astratto anche per il profilo dei “luoghi” in cui può trovare applicazione.

Mentre l’offensività astratta, essendo funzionale a porre dei freni alla discrezionalità del legislatore, può trovare riscontro in ambito giudiziario per lo più davanti alla Corte Costituzionale,<sup>21</sup> salve le ipotesi in cui il giudice comune attui quella trasformazione da reati di pericolo astratto a reati di pericolo concreto talvolta imposta direttamente o indirettamente dallo stesso Giudice delle Leggi, l’offensività concreta al contrario dovrebbe trovare naturale sede davanti al giudice del fatto, anche se ovviamente non si può precludere che le corti superiori abbiano voce in capitolo, specialmente quando si tratti di valutare in generale l’approccio giuridico alla valutazione del fatto.

A onor del vero un sindacato sulla concreta offensività della condotta delittuosa è tanto più legittimo quanto più è vicino alla vicenda concreta; diversamente, allontanandosi da essa, cresce il pericolo che quel giudizio diventi in realtà artificioso e “inquinato” da elementi estranei a una pura valutazione di offensività effettiva, ad esempio perché convergono logiche di politica giuridica *latu sensu* intese.

Detto ciò è innegabile il rischio che senza un’opera di importante nomofilachia su tale punto da parte della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale si addivenga ad una incontrollata disomogeneità e frammentarietà dell’applicazione del principio di offensività in concreto e di riflesso della sanzione penale.<sup>22</sup>

A proposito della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di offensività è inevitabile spendere qualche parola sulla materia in cui maggiormente ha trovato applicazione questo principio, ovvero i reati in materia di droghe, e in particolare l’art. 73 co. 1 d.p.r. 309/1990 che punisce la condotta di coltivazione di piante da cui si possano ricavare sostanze stupefacenti.

Anche in ragione del fatto che in questo tipo di criminalità è quanto mai fatale il fattore criminogeno del carcere e che quasi un terzo dei ristretti attualmente ha commesso reati in qualche modo collegati agli stupefacenti, la giurisprudenza ha avuto più di un incentivo a dare una applicazione concreta del principio di offensività in concreto in tale sede.

---

<sup>21</sup> “Il legislatore sarebbe vincolato dalla Costituzione alla creazione di illeciti penali rispettosi del paradigma dell’offesa ad un bene giuridico meritevole di tutela penale, sotto pena di caducazione delle relative norme per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta.” A. Molinarolli, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, Cit., pag. 21.

<sup>22</sup> Soprattutto la Corte Costituzionale ha dimostrato un particolare ruolo nomofilattico relativamente all’applicazione del principio di offensività, sollecitando la magistratura ordinaria a una forte responsabilità in tale ambito, in modo da scongiurare il più possibile il rischio di declaratorie di incostituzionalità *tout court* delle norme penali e l’inevitabile frizione tra poteri istituzionali.

C. Fiore (*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, Cit. pag. 93) mostra chiaramente l’avanzare di questa consapevolezza in capo alla Consulta nello stratificarsi delle sentenze in argomento che si sono susseguite a partire dalla metà degli anni ’80, le quali evidenziano una chiara “destinazione nomofilattica nei confronti della giurisprudenza di merito”.

Talune di queste sentenze “incentrano la motivazione di inoffensività sulla esiguità del principio di attivo e la modalità palesemente minima di coltivazione”,<sup>23</sup> ad esempio le sent. Cass. 25674 del 2011 e le più recenti Cass. 5254 del 2015 e Cass. 3787 del 2016, in cui l’esiguità della sostanza drogante rendeva nei fatti insignificante l’aumento del relativo quantitativo, pur non essendo lo stesso totalmente assente.

Altre sentenze, anche laddove affermano in astratto che l’inoffensività della condotta dipende da una mancanza assoluta di messa in pericolo o lesione del bene giuridico, nei fatti svolgono questo accertamento sempre sulla base di parametri puramente quantitativi.

Ad esempio nella sentenza della Cassazione n. 10169 del 2016 si è ritenuta non irrilevante la coltivazione di nove piantine di marijuana (con una relativa sostanza stupefacente stimata in 60 mg); in Cass. 33835 del 2014 l’offensività era ritenuta insussistente a fronte di sole due piante (18 mg di sostanza); e ancora in Cass. 23082 del 2013 le piante di cannabis erano 43; infine in Cass. 9973 del 1998 la valutazione dell’offensività era calata sui 13,4 mg di eroina – base.

Si badi, in chiusura di questa elencazione di precedenti, che spesso si è ritenuto sussistente il reato di coltivazione di stupefacenti anche quando il principio attivo stupefacente ricavabile fosse inferiore alla dose singola consentita dal D.M. 11 aprile 2006,<sup>24</sup> venendo meno per tale via l’unico vero limite potenziale alla discrezionalità del giudice nella ricostruzione del fatto concretamente inoffensivo.

A noi pare che la stessa affermazione per cui è compito del giudice ricostruire la soglia minima della rilevanza penale evocata già di per sé la centralità di un parametro quantitativo e di riflesso di una valutazione in termini di esiguità della condotta.

Il concetto di “soglia” comporta inevitabilmente l’idea di una pluralità di livelli di pericolosità del comportamento illecito, tutti astrattamente offensivi, perché diversamente sarebbe assente già l’offensività potenziale (che ha a che vedere con il principio di offensività in astratto), ed all’interno di questi livelli la magistratura è tenuta a individuare quello che per le circostanze concrete della vicenda rappresenta il discrimine tra il massimo accettabile e il minimo sanzionabile.

Ci sembra corretto quindi rilevare che laddove effettivamente il principio di offensività nella sua dimensione concreta ha trovato una costante applicazione, tanto da confluire in un vero e proprio orientamento giurisprudenziale più o meno omogeneo, il giudizio di inoffensività, al di là delle petizioni di principio, si sia fondato prevalentemente su parametri di tipo quantitativo e l’assenza di una penal rilevanza della condotta è stata in realtà connessa non tanto ad una

---

<sup>23</sup> *La categoria dell’offensività nel reato di coltivazione di piante stupefacenti*, Relazione di Orientamento numero 36/2016 dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, pag. 10.

<sup>24</sup> Vedasi sempre la Relazione citata nella nota precedente laddove afferma (pag. 14) che secondo talune pronunce “il reato di cui all’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990 è configurabile anche in relazione a dosi inferiori a quella media singola di cui al D.M. 11 aprile 2006, con esclusione soltanto di quelle condotte afferenti a quantitativi di sostanze stupefacenti talmente minimi da non poter modificare, neppure in maniera trascurabile, l’assetto neuropsichico dell’utilizzatore”.

radicale mancanza di offensività, quanto ad una estrema esiguità del pericolo cagionato.<sup>25</sup>

Tutto questo in realtà è perfettamente coerente con lo statuto del principio di offensività: questo concetto è ontologicamente graduabile, livellabile, frazionabile.<sup>26</sup>

Il fatto irrilevante ben si presterebbe a rientrare nella nozione di offensività in concreto proprio perché avrebbe riguardo ai livelli inferiori di offensività della condotta, giustificando la rinuncia alla sanzione proprio perché manca un'offesa realmente apprezzabile da parte dell'ordinamento.

In assenza di una presa di posizione da parte del legislatore in relazione al fatto particolarmente tenue, la giurisprudenza ordinaria dove ha potuto e voluto ha utilizzato una nozione ampia del principio di offensività come concetto graduabile, facendovi talvolta confluire anche quello che oggi verrebbe classificato senza dubbio come fatto esiguo.

D'altronde se accogliessimo una nozione restrittiva di comportamento inoffensivo, tale per cui vi rientrerebbe solo il fatto che non ponga mai in pericolo il bene giuridico, allora a noi pare che il problema riguardi più che altro il principio di offensività in senso astratto: sarebbe doveroso sindacare la legittimità costituzionale di quella disposizione di legge per ottenere una declaratoria che rimodelli o caduchi quella fattispecie penale laddove permetta l'irrogazione della sanzione anche per le condotte riconducibili a quel tipo.

La forte attenzione che in questi anni ha riguardato il principio di offensività in concreto, dimostrata dai tentativi di codificazione del medesimo come criterio ermeneutico, sembra in realtà suggerire la necessità di trovare una soluzione per quei fatti che determinino un'offesa al bene giuridico minima e quindi immeritevole di sanzione penale, benché formalmente sussistente.

Insomma ci sembra irragionevole pensare che tutti quegli sforzi legislativi e dottrinali servissero a fornire una risposta alla questione meramente didattica del furto del chiodo arrugginito.

Ritornando all'approccio generale della dottrina rispetto al principio di offensività, il problema che da tempo affligge gli studiosi che si sono interessati sull'argomento è quello dell'assenza di una sua precisa indicazione a livello di diritto positivo, tanto per ciò che riguarda il profilo astratto, quanto per il lato concreto.

È in realtà doverosa una precisazione: una parte della dottrina ha da tempo cercato di rinvenire un fondamento positivo del principio di offensività nell'art. 49 comma 2 c.p.

---

<sup>25</sup> In questo senso dovrebbe interpretarsi quella "tentazione giurisprudenziale di interpretare la non punibilità per mancanza di offesa in una accezione più estensiva", assorbente anche i casi "in cui l'offesa non è totalmente mancante ma, pur essendo presente, si manifesta in forma esigua o scarsa". G. Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile?*, Cit., pag.6.

<sup>26</sup> Sull'idea del principio di offensività come nozione graduabile si veda sempre G. Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile?*, Cit. Segnaliamo in particolare un passaggio (pag. 7) nel quale, illustrata la propensione della magistratura a inglobare il fatto irrilevante nella valutazione di offensività in concreto, l'Autore afferma che questa operazione sarebbe in ogni caso "compatibile con lo statuto epistemologico del concetto di "offensività: il quale appartiene alla categoria logica dei concetti comparativi, cioè quantitativamente graduabili, nel senso di denotare appunto entità differenziabili secondo scale di diversa gravità".

Secondo questo orientamento l'esclusione del reato per inesistenza dell'oggetto e l'inidoneità dei mezzi adoperati altro non sarebbero che il riscontro positivo della c.d. concezione realistica del reato, e quindi della necessità di vedere nell'offesa uno dei requisiti essenziali per l'integrazione del reato.

Tuttavia è opportuno specificare che l'art. 49 c.p. per buona parte degli studiosi non appare idoneo ad essere identificato come l'effigie del principio di offensività nel sistema penalistico italiano, in quanto si sostiene che la sua funzione sia "solo" quella di completare il giudizio prognostico *ex ante* tipico del tentativo con un giudizio *ex post* sulle reali potenzialità di riuscita dell'illecito.

Innanzitutto questa disposizione ha il valore di semplice legge ordinaria, quindi non è in grado di fungere da vincolo e limite per il legislatore intenzionato a introdurre una nuova fattispecie incriminatrice; in secondo luogo il reato impossibile prende in considerazione solo i profili dell'inidoneità della condotta e dell'inesistenza dell'oggetto che possono rappresentare tutt'al più una sola delle sfaccettature in cui si può manifestare il reato concretamente inoffensivo (risultando invero probabilmente estranea la seconda eventualità); in ultima analisi, anche a voler forzatamente ricondurre il principio di offensività all'interno dell'art. 49 c.p., va senza dubbio rilevato come l'articolo in esame non fornisca affatto precisi parametri guida per l'interprete che si trovi a dover definire un fatto inoffensivo, sicché questa norma dovrebbe essere in ogni caso ritenuta bisognosa di una significativa opera di implementazione.

Per tali ragioni bisogna ritenere che prima della novella del 2015, il sistema penalistico italiano, ad eccezione del rito minorile e di quello di fronte al giudice di pace, fosse sprovvisto di una generale norma di diritto positivo capace di valorizzare in chiave di impunità l'estrema modestia della messa in pericolo o lesione del bene giuridico, non riuscendo comunque tale lacuna ad impedire alle Corti di ritagliare nella fattispecie penale un requisito minimo di offesa al bene giuridico tale da legittimare il ricorso alla pena.<sup>27</sup>

Spesso si è descritto questo tipo di comportamenti eccezionalmente lievi "non punibili",<sup>28</sup> ma in realtà con riferimento a quegli indirizzi giurisprudenziali che hanno dato vigore al principio di offensività in concreto sarebbe più corretto parlare di un'esclusione radicale dall'ipotesi di reato della condotta interessata. Molto spesso infatti queste pronunce dimostravano di aderire a quell'orientamento che riteneva l'offesa un elemento integrante la tipicità del reato, di conseguenza quando questa risultasse assente non vi era alcun fatto sussumibile nella fattispecie incriminatrice; anche laddove si abbracciasse la lettura dell'offensività come requisito ulteriore e distinto dalla tipicità, in genere non si contestava comunque la necessità di tale elemento al fine di ritenere perfetto il reato.

---

<sup>27</sup> "Va segnalato come, fino a un recente passato, ragioni di giustizia sostanziale [...] hanno indotto una parte della giurisprudenza ad estendere l'ambito della categoria dell'inoffensività alle ipotesi di offesa esistente, ma minima. Simili casi [...] possono oggi rientrare a pieno titolo nel campo di operatività del nuovo istituto di cui all'art. 131 bis c.p.". G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per "Il libro del diritto Treccani 2016", Diritto penale contemporaneo, 2015, pag. 4.

<sup>28</sup> Il progetto di riforma costituzionale portato avanti dalla Commissione Bicamerale prevedeva di codificare il principio di offensività nell'art. 129 Cost imponendo per l'appunto genericamente la "non punibilità" di questi fatti di reato.

Se è vero che la sanzione penale è la risposta più severa che il sistema normativo prevede di fronte ad un comportamento ritenuto riprovevole dalla collettività, e se è altrettanto vero che la durezza di questa reazione impone che vi si ricorra solo dopo che tutte le altre sanzioni a disposizione dell'ordinamento si palesino, *ex ante* o *ex post*, inefficaci (id est principio di *extrema ratio*), appare del tutto evidente come non vi possa essere un fatto tipico in assenza di una condotta che manifesti (concretamente) la capacità di mettere in pericolo il bene giuridico di riferimento, e di conseguenza la capacità di generare preoccupazione e timore in chi rappresenta l'ordinamento giuridico e di riflesso il popolo stesso.

Va detto che questa posizione circa il rapporto tra offesa e tipicità non esaurisce il panorama degli orientamenti scientifici sul punto: una parte della dottrina sostiene invece che l'offensività sia un requisito ulteriore e distinto rispetto al fatto tipico, che svolge nei confronti di quest'ultimo una funzione di integrazione ai fini della sussistenza del reato.

Tracce di questo dibattito sulla relazione tra queste due categorie concettuali sono ravvisabili nel percorso (fallito) di codificazione del principio di offensività, nonché in quelle previsioni (come l'attuale art. 131 *bis* c.p.) che hanno dato rilievo all'elemento dell'offesa sotto profili differenti da quello della tipicità, invocando categorie concettuali da essa differenti.

La teoria dell'offensività in concreto, benché unanimamente caldeggiata da studiosi e interpreti mostra alcuni punti di maggiore fragilità.

Innanzitutto è difficile riconoscere all'apparato giudiziario un potere così delicato in assenza di modalità di esercizio e confini più dettagliati: di fatto questo sindacato sulla concreta offensività della condotta criminale rischia di trasformarsi surrettiziamente in un'opera di rimodulazione o di riscrittura della fattispecie di reato, talvolta tollerata<sup>29</sup> e talvolta avversata dal legislatore, ma che in ogni caso può mettere in discussione il riparto dei compiti tra giudice e legge disegnato dalla Costituzione italiana.<sup>30</sup>

Il pericolo che questo controllo giurisdizionale, deputato a rafforzare l'idea di un diritto penale del "fatto" nel senso più profondo, sconfini in una illegittima invasione delle prerogative dell'organo rappresentativo della volontà popolare è innegabilmente latente.

Vi è di più. Configurare la condotta concretamente inoffensiva come un'ipotesi che escluda la sussistenza stessa del reato per assenza del requisito del fatto tipico comporta aberranti conseguenze in punto di coordinamento tra la disciplina penalistica e gli altri rami dell'ordinamento: il venir meno della tipicità delittuosa comporta in automatico la caducazione di ogni profilo di responsabilità relativamente a quell'illecito, che in realtà a ben vedere "illecito" ormai non può più esser ritenuto.

---

<sup>29</sup> È opportuno ricordare, uscendo per un secondo dai temi in discorso, che il delicatissimo rapporto tra il reato di diffamazione e la libertà di svolgere attività giornalistica (costituzionalmente tutelata dall'art. 21 cost.) è stato dettagliatamente disciplinato da una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione e non dalla penna del legislatore.

<sup>30</sup> Sembra molto preoccupato dai riflessi sull'equilibrio dei poteri istituzionali, e di conseguenza sul controllo democratico sulle scelte in materia penale, G. Fiandaca, il quale teme che l'enfasi sul principio di offensività in concreto possa portare ad una insana sovraesposizione "politica" della magistratura. *L'offensività è un principio codificabile?*, Cit.

Proprio perché viene escluso quel fatto tipico solo astrattamente ascrivibile a quella norma incriminatrice, l'ordinamento non ammette che quel soggetto venga chiamato altrove a rispondere di quella condotta, mentre così non accade qualora la mancata sanzione penale sia dovuta all'assenza o alla presenza di requisiti diversi, che contraddistinguono nello specifico l'illecito penale, si pensi rispettivamente alle scusanti, che afferiscono all'elemento soggettivo, o ad una circostanza al ricorrere della quale la legge, per ragioni di opportunità, rinunci alla reazione penale.

Questa tematica richiama da vicino quella che viene tradizionalmente evocata per illustrare una delle principali differenze tra le cause di giustificazione e le scusanti: mentre le prime escludono l'illiceità del fatto commesso agli occhi dell'intero ordinamento giuridico, le seconde, sebbene esentino dalla pena, non impediscono in capo all'autore un addebito di responsabilità di fronte ad un giudice civile, amministrativo o tributario.

*Mutatis mutandis* la stessa logica vale nella determinazione della differenza tra l'assenza del fatto tipico e la presenza di una causa di non punibilità.<sup>31</sup>

Seguendo fedelmente i dettami provenienti da quell'orientamento del diritto vivente che valorizza nella sua forza massima il principio di offensività in concreto descrivendolo addirittura come componente del fatto tipico, giungeremmo in sostanza al paradosso di un fatto penalmente sanzionabile in astratto perché pianamente sussumibile in una fattispecie di reato, ma di cui concretamente nessuno sarà chiamato a rispondere davanti a nessuna giurisdizione, nemmeno per una causa di risarcimento danni, dal momento che mancherebbe radicalmente l'elemento fattuale, oggettivo cui ancorare tale responsabilità.

Per questo motivo i più recenti progetti legislativi in materia di particolare tenuità del fatto, quantomeno quelli che sono visto il traguardo, hanno praticamente all'unanimità preferito abbandonare l'impervia strada della tipicità del fatto di reato, in cui il principio di offensività troverebbe la sua collocazione naturale, per spostare l'attenzione su categorie concettuali con una portata circoscritta all'ambito del diritto penale, segnatamente le cause di improcedibilità e quelle di non punibilità, di cui ci occuperemo nelle prossime righe.

Fatta questa necessaria panoramica sui punti più salienti del dibattito italiano attorno al principio di offensività in materia penalistica, non rimane che ritornare al tema di cui ci stiamo occupando nello specifico, la nuova clausola di particolare tenuità del fatto, per verificare quanto di ciò che è stato appena illustrato possa riflettersi sulla valutazione di tale innovativo istituto.

A nostro modo di vedere l'art. 131 *bis* c.p. conserva un legame molto forte col principio di offensività e nello specifico con la sua dimensione concreta, malgrado le prese di posizione in senso parzialmente contrario individuabili nella Relazione allo schema del decreto legislativo *de qua* e di buona parte della giurisprudenza.

Forse vi è spazio per andare provocatoriamente al di là del riconoscimento di un semplice nesso tra la novella del 2015 e l'inoffensività concreta.

---

<sup>31</sup> Nonostante i termini della questione siano differenti, in entrambe le ipotesi abbiamo da una parte un elemento che esclude l'illiceità del fatto agli occhi dell'intero ordinamento (cause di giustificazione e assenza del fatto tipico) e dall'altra un fattore che impedisce l'irrogazione della pena, ma non incide sul giudizio che altri rami del diritto possano compiere a proposito del medesimo episodio (scusante e causa di non punibilità).



Nessuno mette in discussione la portata costituzionale, seppur immanente del principio di offensività, e altrettanto solida è la sua distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto, nonostante questa opzione ermeneutica rappresenti sicuramente un salto ulteriore e quindi un passaggio “coraggioso” in assenza di una stabile base positiva su cui poggiare.

Ciò detto dobbiamo rilevare che nella lettura costituzionale del principio di offensività manca una indicazione vincolante del luogo in cui questo debba emergere in seno alla teoria generale del reato.

Certamente molti hanno sottolineato che tale principio dovrebbe avere a che fare con la tipicità dell'illecito penale, ma in assenza di appigli normativi più netti, questa interpretazione del principio di offensività in concreto sembra legittimata più sul piano dell'opportunità che su quello della necessità.

Come a dire che in fondo l'inserimento dell'offensività concreta tra gli elementi del fatto tipico sia stata finora la scelta preferibile sul piano dogmatico in virtù della lacuna di indicazioni contrarie sul piano normativo, senza però che questa conclusione risultasse prescritta dalla Carta Costituzionale.

Se a queste riflessioni aggiungiamo che nemmeno la struttura tripartita classica del reato è un dato necessitato dalla Costituzione e in fondo neanche dal codice penale, motivo per cui vi sono autori che sostengono che in realtà anche la punibilità della condotta incida sulla perfezione dell'illecito penale, ecco che abbiamo le basi per accedere all'ultimo passaggio di questa “provocazione”.

Con l'inserimento dell'art. 131 *bis* c.p. il legislatore potrebbe aver voluto distinguere tra l'offensività concreta nella macro criminalità e l'offensività concreta nella micro criminalità.

Mentre per i fatti che esulano dal campo applicativo della particolare tenuità permane l'assenza di una disciplina espressa dell'irrelevanza concreta del fatto, per cui continueranno ad applicarsi i criteri individuati tradizionalmente da dottrina e giurisprudenza al riguardo, per la seconda sembra che il legislatore abbia deciso di dirottare la problematica dell'offensività in concreto della condotta sul piano della punibilità, quindi al di fuori della tipicità del reato.

Sulla mancanza di vincoli giuridici in senso contrario già ci siamo espressi sopra, ma neppure sul piano della logica legislativa ci sembra che tale opzione sia del tutto irrazionale, pur rimanendo ovviamente opinabile.

Il fatto concretamente inoffensivo infatti non è privo di qualsiasi disvalore penale perché corrisponde ad una condotta pianamente sussumibile in una fattispecie di reato; semmai al contrario sarà il fatto astrattamente inoffensivo a non essere penalmente rimproverabile.

La scelta del legislatore di ritenere non punibile il fatto concretamente inoffensivo nella criminalità inferiore può apparire un legittimo tentativo di equilibrio tra la necessità di evitare l'irrogazione della sanzione penale per vicende modeste (ma pur sempre rimproverabili) e l'esigenza di non rinunciare alla minaccia astratta della sanzione, in modo da venire incontro al cittadino comune che paradossalmente potrebbe sentirsi più vulnerabile nei confronti della delinquenza comune rispetto ai reati più efferati spesso visti come lontane vicende televisive.

A chi provasse a obiettare che tale impianto ermeneutico rovescerebbe i rapporti di forza tra legge ordinaria e Costituzione, poiché porterebbe a interpretare l'antecedente logico (il principio di offensività in concreto ai sensi

della Carta Fondamentale) alla luce del suo successore (la disciplina ordinaria della irrilevanza del fatto) e non il contrario, oltre che ribadire la mancanza di una precisa indicazione in Costituzione del *modus operandi* dell'offensività in concreto, non possiamo che rispondere ricordando che la struttura della spirale ermeneutica non è affatto estranea all'esegesi penalistica.

Come infatti il bene giuridico va letto anche in relazione alla struttura tipica del reato, pur essendo il primo a dover vincolare e indirizzare il secondo, allo stesso modo non è assurdo pensare di leggere l'offensività concreta del fatto derivante dalla Costituzione alla luce di ciò che sul piano positivo ne rappresenterebbe la più efficace e dettagliata trasposizione, anche in ragione dei plurimi punti oscuri che tale principio conserva a livello di dettato costituzionale.

Inoltre come già accennato in precedenza, quando la giurisprudenza ha dato concretamente forma all'offensività come canone ermeneutico lo ha fatto applicandolo a casi in cui l'offesa non era radicalmente assente, bensì particolarmente esigua, avvalorando quindi la tesi per cui l'assoluta incompatibilità tra irrilevanza e inoffensività più volte predicata dagli studiosi in realtà rimanga più che altro sulla carta.

Non si può certo nascondere che a fronte di un orientamento maggioritario il quale afferma con estrema sicurezza l'impossibilità di confondere i due piani, in quanto il fatto penalmente esiguo rimane pur sempre un fatto tipico e offensivo, si riscontra poi un certo imbarazzo nella difficoltà di individuare una linea di confine tra il fatto irrilevante e il fatto concretamente inoffensivo che non rimandi a elucubrazioni astratte e fantasiose, dimostrazione in fondo che l'assioma di quella indiscutibile differenza operativa rischia di essere una mera petizione di principio fondata su argomenti di autoevidenza.

Del tutto legittimo è allora interrogarsi se il d.lgs. 28 del 2015 non abbia in realtà riproposto in termini nuovi la questione dell'offensività concreta del reato, quantomeno per ciò che concerne l'ambito della microcriminalità, cercando un compromesso tra la "purezza concettuale" del principio in questione, prodotto autoctono della dottrina italiana gelosamente custodito e difeso dalla stessa, e l'esigenza di fornire al giudice parametri più precisi per il suo funzionamento, nonché quella di assicurare i consociati ponendo limiti personologici alla sua applicabilità.

Il progetto di dare finalmente un riscontro positivo solido all'inoffensività in concreto rischia tuttavia di portare con sé un pericoloso rovescio della medaglia. La codificazione degli effetti dell'irrilevanza del fatto a livello di legge ordinaria senza una previa cristallizzazione nella normativa costituzionale potrebbe far pensare paradossalmente ad un abbassamento delle garanzie prestate dal principio di offensività, specialmente agli occhi di chi sostiene una lettura dello stesso tale da permettere di ritenere non tipici i fatti nel concreto irrisoriamente lesivi del bene giuridico.

Proseguendo su questi binari si potrebbe argomentare che il nostro legislatore, ben lungi dal voler valorizzare il canone costituzionale dell'offensività, lo abbia invece voluto degradare: se prima rappresentava un principio immanente con le vesti regali del rango costituzionale, oggi, sebbene assuma un volto molto più chiaro e definito, si ritroverebbe in definitiva collocato tra le disposizioni di legge ordinaria, senza alcuna forza maggiore rispetto a quelle che

disciplinano la discrezionalità del giudice nella determinazione del *quantum* di pena oppure rispetto alle norme incriminatrici in generale.

Insomma il dazio pagato per aver assunto finalmente contorni precisi e definiti, sarebbe stata la perdita dello *status* di principio costituzionale *tout court*.

A nostro avviso obiezioni di questo genere non colgono nel segno.

Innanzitutto sul piano della gerarchia delle fonti non è ammissibile che una legge ordinaria possa degradare il rango di una norma costituzionale, sebbene immanente, poiché a tale scopo servirebbe semmai una legge costituzionale. Inoltre chi sostiene che, nonostante i caratteri ibridi del nuovo art. 131 *bis* c.p. di cui si sta discorrendo, il legame tra il principio di offensività e la nuova clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto rimanga molto forte e di primaria importanza per l'interpretazione di quest'ultimo, ritiene che la novità del 2015 abbia significato una parziale definizione di quel principio nel codice penale e non invero un mutamento della sua natura.

Come già rilevato il principio di offensività ha due dimensioni: la prima dimensione, quella astratta, guarda per lo più alla fattispecie "legale", cioè alla descrizione del fatto di reato e al suo rapporto con il bene giuridico protetto; la seconda invece prende di mira la manifestazione concreta del comportamento *contra legem*.

Mentre il primo interessa per lo più le logiche della politica legislativa, con un impatto finora abbastanza scarso per la tradizionale deferenza della Corte Costituzionale verso le scelte del Parlamento in tale ambito, il secondo pone problemi applicativi davvero importanti nell'ottica di una sua effettiva operatività nelle aule di giustizia.

Come si può realmente fornire una descrizione generale e aprioristica del fatto "concretamente inoffensivo"? Quali poteri ha il giudice a tal proposito, preso atto che, una volta riconosciuta la dimensione costituzionale del principio di offensività in concreto, è necessario che vi sia data un'effettiva attuazione nei tribunali? Ancora, fino a che punto il legislatore, quale espressione della sovranità popolare e titolare primario del potere di scelta in senso lato nella materia penale, potrebbe vincolare e direzionare *ex ante* una valutazione ontologicamente volta a osservare la vicenda penale nelle sue sfumature più contingenti e singolari? Come si può infine disegnare questo sistema dell'irrelevanza penale del fatto senza snaturare il rapporto istituzionale tra legge e giudice?

A nostro avviso la riforma del 2015 mira esattamente a fornire una risposta a queste domande: intatto il principio di offensività in astratto, su cui nemmeno lontanamente incide la novella, il nuovo sistema della particolare tenuità del fatto avrebbe l'ambizione di dare attuazione all'offensività in concreto, che è e rimane un canone di portata costituzionale, con una disciplina ritagliata questa volta sui profili del bisogno e dell'opportunità della sanzione, piuttosto che della tipicità dell'ipotesi di reato.

Malgrado la dottrina più recente e la stessa Relazione allo schema del d.lgs. 28 del 2015 sostengano che l'ancoraggio del requisito dell'offensività in concreto all'elemento della tipicità sia un dato acquisito, così non è perché in realtà nel tempo si è sviluppato un forte dibattito circa il rapporto tra queste due categorie.

Come sarà più chiaro dopo l'analisi dei tentativi di normazione del principio di offensività sviluppatasi a partire dagli anni '90, lo scontro tra chi riteneva che le due categorie in questione fossero una realtà unica, consistendo l'offensività in

una delle diverse componenti della tipicità, e chi invece propendeva per una lettura dicotomica, volta a evidenziare la differente sfera operativa dei due requisiti, ha fatto da padrone nell'approccio giuridico-culturale agli sforzi di riforma del codice penale.

Ciò che è importante sottolineare è che l'eventuale attrazione dell'offensività nel campo applicativo della tipicità può essere al massimo una scelta e non una soluzione obbligata, essendo certamente possibili anche opzioni differenti, purché, ed è questo il vero vincolo imposto dal principio di offensività in concreto, vi si dia effettiva applicazione in uno dei vari luoghi della teoria penalistica.

Anzi, a essere onesti, nel lungo *iter* che ha tentato di introdurre il principio di offensività nel codice penale o nella Costituzione, bisogna ammettere che il più delle volte il canone della lesività concreta è stato predisposto come requisito integrativo della tipicità e non come elemento già integrato nella stessa, rivestendo quindi un significato diverso e ulteriore.<sup>32</sup>

Non si esclude certo che l'idea di includere l'offensività negli elementi del fatto tipico sia fondata su buone basi logiche e giuridiche, ma è possibile concludere che con la riforma del 2015 in materia di fatto particolarmente tenue, il legislatore italiano si sia avvicinato ad un'ottica dicotomica del rapporto tra offensività e tipicità, scegliendo di valorizzare il primo sul diverso piano della punibilità, quantomeno per ciò che concerne la microcriminalità.

In fondo il principio di *extrema ratio* che informa la materia penalistica non riguarda solo il momento applicativo della sanzione penale, ma inerisce già alla formulazione della fattispecie incriminatrice, e in genere alla previsione della condotta come reato.<sup>33</sup>

Sostenendo che l'irrilevanza del fatto sia cosa ben diversa dall'inoffensività concreta dovremmo ammettere che il legislatore preveda comunque come reato una condotta che già ha superato il vaglio della concreta offesa al bene giuridico, ma che in ogni caso risulterebbe immeritevole della sanzione penale, non comprendendosi in tal senso, proprio alla luce del principio di sussidiarietà, come possa ritenersi astrattamente assoggettabile a pena questo comportamento che da un lato ha posto in pericolo il bene giuridico, ma dall'altro non è meritevole di punizione.

Si fatica a comprendere come questa logica possa essere compatibile con l'idea del legislatore come selezionatore dei fatti più riprovevoli agli occhi dell'ordinamento, in quanto tali degni della reazione più severa dello stesso.

A ben vedere quella operata dall'attuale art .131 *bis* c.p. sembra proprio una scelta di campo, volta a consentire la non punizione di fatti di modesta, meglio modestissima, rilevanza, scavalcando al contempo le problematiche di quel

---

<sup>32</sup> Ci sembrano particolarmente efficaci in tale prospettiva le parole di M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Edizioni scientifiche italiane, 2005, pag. 281, in nota 33) il quale, tentando di riassumere la logica dei rapporti tra le due categorie in questione afferma che "i due concetti di tipicità e di offensività dovrebbero rimanere comunque distinti almeno concettualmente. La stessa possibilità che il legislatore includa o meno l'offesa nella struttura del reato, dovrebbe significare che l'offensività è concetto autonomo rispetto a quello di tipicità".

<sup>33</sup> "La stessa *extrema ratio* [...] è pensata e commentata soprattutto in relazione alla costruzione degli illeciti, alla commisurazione edittale e dunque alle scelte legislative di criminalizzazione, non rispetto all'applicazione giudiziale." M. Donini, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, Indice Penale, 2003, pag. 76.

dibattito che più e più volte ha infruttuosamente tentato di normare il principio di offensività nel nostro ordinamento.

Questa soluzione interpretativa permetterebbe di perseguire anche il fine, secondario ma non certo disdicevole, di sollecitare il legislatore italiano ad una maggiore attenzione nella selezione dei livelli sanzionatori, in particolar modo per le ipotesi di reato in cui il legame con il bene giuridico appaia più labile, *in primis* i reati di pericolo astratto.

L'art. 131 *bis* c.p., ancorato l'*an* dell'inoffensività concreta del fatto (anche) al livello sanzionatorio previsto per quella fattispecie di reato, si occupa poi di fissare con precisione le condizioni al ricorrere delle quali la particolare tenuità può essere riscontrata.

Nonostante alcuni nodi problematici legati proprio alla scelta degli elementi in base ai quali valutare l'irrelevanza della condotta e alle cause ostative alla stessa, non si può che ritenere apprezzabile il tentativo della riforma del 2015 di fornire ai giudici degli indici guida nel sindacato sulla particolare lievità del fatto, garantendo che la lettura del caso concreto da parte dell'organo giudicante possa sempre esplicarsi come una "discrezionalità orientata" e quindi controllabile, evitando che in tali ipotesi l'*an* della sanzione penale sia irrimediabilmente lasciato nell'arbitrio del giudice.

## *II. L'irrelevanza del fatto come strumento di deflazione processuale: pregi e forzature di una risposta necessitata da istanze contingenti.*

Accanto a queste *rationes* che abbiamo definito "tradizionali", la clausola di irrilevanza del fatto è stata considerata anche una potenziale risposta all'esigenza di deflazionare le aule di giustizia da un lato e le carceri dall'altro.

Come è ormai ben noto, le tempistiche dei processi penali italiani e le condizioni dei condannati alla pena detentiva sono alcuni dei maggiori punti dolenti del sistema - giustizia italiano, specialmente agli occhi severi dei giudici europei, da tempo intolleranti verso queste croniche lacune della nostra macchina giudiziaria *lato sensu* intesa.

Le pronunce Sulejmanovic e Torreggiani,<sup>34</sup> in particolare quest'ultima in quanto sentenza pilota, hanno messo in luce le deficienze strutturali dell'ordinamento italiano nel contenimento della misura carceraria tanto come misura cautelare quanto come sanzione penale vera e proprio, invitando le nostre istituzioni a dare effettività all'idea che la detenzione rappresenti realmente la soluzione estrema nella scelta punitiva.

Sebbene rispetto all'idea di una trasposizione normativa del principio di offensività questa diversa *ratio* appaia meno nobile e meno apprezzabile con gli strumenti della pura tecnica giuridica, bisogna riconoscere che ha svolto un ruolo decisivo per l'introduzione del microsistema della particolare tenuità nel nostro codice penale: è davvero difficile sostenere con sicurezza che questa riforma sarebbe giunta a destinazione con le sole forze date dall'esigenza di fornire un quadro di diritto positivo al principio di offensività in concreto senza il valido

---

<sup>34</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Causa Sulejmanovic c. Italia, 16 luglio 2009 e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013.

sostegno della necessità di alleggerire il contenzioso penale e rendere genuinamente “estremo” il ricorso alla pena detentiva.<sup>35</sup>

Per quanto riguarda il profilo della decongestione processuale, è fin da subito evidente che la risposta che la novella del 2015 può fornire a questo tipo di istanze dipende molto da come opera nella pratica l'ipotesi dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto: solo in questa sede può dirsi raggiunto pienamente l'obiettivo di uno snellimento dei carichi processuali penalistici, poiché in caso contrario avremmo semplicemente una nuova causa di non punibilità, il cui ricorrere o meno non può che essere provato e accertato in aula davanti al giudice, senza alcuna deflazione del contenzioso, anzi forse l'esatto contrario.

Al contempo però va assolutamente evitato un ricorso cieco e massiccio a questa ipotesi di chiusura del processo, pena un sacrificio incondizionato di interessi (il principio di innocenza del singolo e le esigenze di sicurezza della collettività) che non possono certamente essere considerati inferiori a quello della semplificazione del lavoro di giudici e procuratori.

Va fin da subito rilevato che questa seconda *ratio* dell'art. 131 *bis* c.p. è quella che molto spesso viene valorizzata con maggiore attenzione da giudici e interpreti, con il risultato di una sensibile estensione dell'ambito applicativo della clausola di irrilevanza della condotta.

È tuttavia opportuno anche stavolta che le scelte ermeneutiche siano volte a cercare un ottimale punto di equilibrio tra le varie istanze e interessi coinvolti, non dimenticando che una disposizione di legge è, si spera, destinata a vivere più a lungo delle contingenze che ne hanno determinato l'introduzione, motivo per il quale l'interpretazione storica, cioè quella volta a ricostruire gli obiettivi perseguiti dal legislatore che ha scritto quel testo di legge, è solo uno dei criteri ermeneutici utilizzabili, e sempre più spesso nemmeno uno dei più risolutivi.

A distanza di anni dal momento di ingresso dell'irrilevanza del fatto nel nostro sistema penale realisticamente (e auspicabilmente) i motivi storici che hanno condotto alla previsione dell'art. 131 *bis* c.p. perderanno sempre più vigore nelle scelte ermeneutiche lasciando spazio a quegli elementi che emergano dal dato testuale della norma e dal suo collegamento con il resto della struttura codicistica.

D'altronde ci si augura che questa novità legislativa possa consentire realmente di raggiungere i risultati sperati e che quindi queste motivazioni “opportunistiche” possano cedere il terreno, in sede interpretativa, a quella base concettuale che ne delinea meglio la natura intrinseca dell'istituto, ovvero uno strumento per la selezione dei fatti da sottoporre a sanzione penale ancorato alla dimensione dell'offesa perpetrata al bene giuridico.

È chiaro in tal senso che la logica deflattiva conserverà il suo importante ruolo esegetico solo se riuscirà nel frattempo a saldarsi con altri profili più schiettamente giuridici, evitando di sorreggersi (quasi) esclusivamente su ragioni di mera opportunità.

---

<sup>35</sup> “Una tale riforma, tante volte annunciata e tante volte accantonata, non avrebbe neppure stavolta, visto la luce se non fosse stato per la crescente drammaticità della situazione carceraria nazionale”. M. Chiavario, *L'espansione dell'istituto della “tenuità del fatto”: frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 236.

Se è vero che entrambe le istanze che abbiamo ricordato godono di pari dignità ed anzi la seconda è quella che probabilmente ha svolto un ruolo decisivo in sede politica per dare finalmente questo riscontro positivo alla irrilevanza penale del fatto, è doveroso sottolineare che il principio di offensività in concreto e l'esigenza di alleggerire il contenzioso penale e la popolazione carceraria non sembrano essere pienamente equiparabili sul piano del rispettivo valore esegetico.

Mentre il primo ci pare autonomamente idoneo a fondare una particolare scelta interpretativa piuttosto che un'altra (quindi può valere come principio dimostrativo<sup>36</sup>), il secondo al contrario sembra manifestare un carattere di strumentalità (più simile ad un principio argomentativo), e questo ha ovviamente importanti riflessi sul ruolo ermeneutico attribuito a ciascuno di essi.

È difficile sostenere che l'esigenza deflattiva abbia un valore da solo rilevante agli occhi del diritto sostanziale: nessuno mette in discussione che servano norme in grado di rendere i protagonisti del processo penale liberi di svolgere efficacemente i propri compiti, tuttavia nel momento in cui si deve interpretare il testo della legge, è corretto che l'operatore giuridico fondi le proprie conclusioni sui valori e sugli strumenti tecnici che l'ordinamento sostanziale mette a disposizione.

Le istanze di decongestione delle aule giudiziarie si manifestano come ragioni di opportunità che potranno rilevare ai fini dell'interpretazione giuridica in senso stretto solo qualora possano trovare un riscontro diretto e una traduzione in altri istituti o argomentazioni giuridiche.

Il rischio altrimenti è quello di trovarsi di fronte ad un'estensione incondizionata del campo applicativo di questo nuovo istituto, poiché risulterebbe di fatto impossibile controbattere giuridicamente una giustificazione argomentativa che in realtà si presenta fin dall'origine atecnica.

Qualora diversamente questo genere di istanze trovino espressione in istituti o costruzioni logiche di natura propriamente giuridica, ecco che allora nessun ostacolo si può opporre all'utilizzo delle stesse in chiave interpretativa, ovviamente nel confronto con le ragioni di segno diverso.

***b) L'ossessione per la codificazione: gli infruttuosi tentativi di positivizzare il principio di offensività nel confronto con l'attuale irrilevanza del fatto.***

Al di là di quanto già ampiamente detto a proposito del rapporto tra il principio di offensività e l'attuale articolo 131 *bis* c.p., è indispensabile ripercorrere brevemente il tracciato che collega i tentativi di normare l'offensività del reato con la recente introduzione della particolare tenuità del fatto, poiché, anche volendo riconoscere il minimo nesso possibile tra i due istituti, è innegabile che gli sforzi

---

<sup>36</sup> A proposito della qualificazione del principio di offensività come principio dimostrativo o argomentativo si veda G. Fiandaca (*L'offensività è un principio codificabile?*, Cit., pag.4) il quale, riprendendo le idee di M. Donini, lo identifica come un principio a metà strada tra le due opzioni. Tuttavia saremmo propensi a ritenere che l'evoluzione in particolare della giurisprudenza ordinaria negli anni seguenti a questi contributi abbia spostato il baricentro verso una connotazione dimostrativa di tale principio.

di positivizzazione del primo abbiano rappresentato un tappa logica e storica fondamentale per l'attuale formulazione dell'art. 131 *bis* c.p.

A cavallo tra gli anni '80 e '90 la dottrina italiana, avvertendo l'insufficienza di un principio di offensività immanente al dettato costituzionale e quindi frutto fondamentalmente della preziosa ricostruzione interpretativa ad opera degli studiosi e della giurisprudenza che li ha seguiti, ha iniziato a valutare l'opportunità di dare finalmente una veste decorosa e una collocazione adatta a questo principio.<sup>37</sup>

Sfruttando anche le istanze verso una radicale riforma del codice sostanziale prima e di quello processuale dopo, alcuni tra i massimi esponenti della dottrina italiana che nel tempo si erano dibattuti sulla portata e il significato del principio di offensività hanno trovato terreno fecondo per proporre questa importante novità per la codicistica italiana.

Possiamo scindere i momenti di questa "epoca legislativa" in tre blocchi, in senso non rigidamente temporale: il primo blocco va dal Progetto Pagliaro (fine anni '80) al Progetto Nordio (inizio anni 2000); il secondo blocco consiste nell'introduzione delle clausole di irrilevanza del fatto nel processo minorile e in quello davanti al giudice di pace; l'ultimo invece va dalla Commissione Dalia (2004) alla Commissione Fiorella (2013).

Nel primo periodo confluiscono tentativi di codificazione dell'offensività ancora molto legati all'idea di una descrizione dello stesso come vero e proprio principio generale, con un'attenzione particolare rivolta a determinati modelli incriminatori, come i reati di pericolo astratto, mentre la prospettiva del fatto esiguo, quantomeno confinante con quella dell'offensività e altrettanto bisognosa di normazione, emerge solo con il Progetto Grosso, cioè il penultimo di questo blocco.

La seconda fase in realtà tale non è, nel senso che si tratta di due interventi normativi sensibilmente lontani negli anni (ben dodici anni tra il primo e il secondo) e nella collocazione topografica (riguardano due riti differenti), ma con importanti comunanze di *ratio* e struttura e, particolare di non poco conto, gli unici due esperimenti di questo afflato riformatorio ad avere successo.

Dato che questi due progetti hanno avuto esito positivo dedicheremo loro successivamente un autonomo spazio.

La terza fase si segnala per un ripensamento del problema dell'offensività *lato sensu* inteso: preso atto delle enormi difficoltà a trovare saldi punti di convergenza sull'idea dell'offensività penalmente rilevante tali da poter raggiungere finalmente il tanto agognato proposito,<sup>38</sup> si è deciso di cambiare rotta, spostando il dibattito sul limitrofo tema dell'esiguità del fatto.

---

<sup>37</sup> M. N. Masullo (*Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cassazione Penale 2005, pag. 1772) mostra come proprio l'idea della cristallizzazione normativa del principio in questione abbia rappresentato il *leitmotiv* delle fallite novelle che si sono susseguite tra gli anni '90 e gli anni 2000. Infatti "l'idea di far rivivere il principio di offensività attraverso una sua esplicitazione normativa, a livello di legislazione ordinaria o costituzionale, ha accomunato tutte le principali progettazioni di riforma penale degli ultimi anni".

<sup>38</sup> Non è indifferente notare che in nessuna occasione, passando da un progetto all'altro, si sia mantenuto il testo definitivo proposto in quello precedente, nonostante non sempre questi tentativi di riforma siano naufragati per cause imputabili alla questione del principio di offensività. Questo rilievo è forse indice dell'inaspettata assenza di una *koinè*, di una reale coesione attorno



A fronte del congelamento del progetto di normazione espressa del principio di offensività, non si è comunque voluto rinunciare all'idea che il profilo della lesività potenziale o concreta del fatto di reato potesse fungere da strumento indispensabile per la selezione delle condotte di interesse penale, anche in virtù degli incoraggianti risultati ottenuti nel processo minorile e in quello davanti al giudice di pace.

Per tale motivo questi ultimi progetti di riforma hanno preferito occuparsi del fatto particolarmente tenue anziché del fatto radicalmente inoffensivo, trasportando l'attenzione su istituti con un minore impatto sistematico (almeno all'apparenza), quali le condizioni di procedibilità e le cause di non punibilità.

*I. I tentativi di codificare l'offensività come principio generale del sistema penalistico italiano: l'evoluzione degli sforzi di normazione dal Progetto Pagliaro al Progetto Nordio.*

Cominciando dalla prima delle fasi individuate va fin d'ora sottolineato che gli esperimenti che si collocano all'interno di questo blocco possono essere valutati e confrontati sotto tre direttrici specifiche: la preferenza per una visione del principio di offensività come guida e vincolo per il legislatore oppure come criterio ermeneutico per l'interprete; la relazione tra offensività e tipicità; la previsione o meno di una disciplina *ad hoc* per il fatto meramente esiguo.

Ovviamente non tutte queste componenti sussisteranno in ciascun progetto di riforma, e va da sé che le assenze saranno tanto significative quanto le presenze.

Il Progetto Pagliaro si colloca temporalmente tra il 1988 e il 1992 e si caratterizza per la previsione del principio di offensività sia nella sua veste astratta, pensata per il legislatore, sia nella sua veste concreta, ideata per l'interprete e quindi per il giudice.

Ciò che può immediatamente stupire, anche da una prima e sommaria osservazione, è la scelta di collocare i due volti dell'offensività in due disposizioni diverse, anche abbastanza lontane tra loro, con una soluzione opposta ad esempio rispetto al Progetto della Commissione Bicamerale che qualche anno più tardi li inserirà in due commi del medesimo articolo.

La proposta del Progetto Pagliaro non è affatto disdicevole poiché segnala in modo netto che in realtà il principio di offensività in astratto e quello in concreto rappresentano effettivamente due principi diversi con ambiti e sfere applicative differenti, malgrado l'originario ceppo comune.

Ci sembra invece relegabile a una mera curiosità la scelta di enunciare prima l'offensività come criterio ermeneutico rispetto alla lesività come canone di politica legislativa, mentre quasi sempre il secondo viene anteposto al primo

---

al significato di questo principio, malgrado fosse di fatto unanimemente riconosciuto da decenni come caposaldo della penalistica italiana.

C. Fiore (*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, Cit., pagg. 102-103) dà riscontro a questa sensazione scrivendo che "al diffuso consenso sulle premesse (la necessaria lesività del fatto penalmente rilevante) non corrispondeva [...] un consenso generalizzato, sia sull'opportunità di una espressa codificazione del principio di offensività, sia in ordine alla sua rilevanza costituzionale".

poiché solo una seria selezione dei beni giuridici e delle condotte che li possono mettere in pericolo può fondare un corretto giudizio di offensività in concreto.

L'art. 4, in punto di applicazione e interpretazione della legge penale, impone che *la norma sia interpretata in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico*.

L'art. 54 invece, rivolto a dare indicazioni al legislatore relativamente al comportamento da tenere in sede di predisposizione delle norme penali,<sup>39</sup> richiede di *descrivere di regola le singole fattispecie delittuose in modo tale che la loro realizzazione assuma una dimensione di concreta lesività o di concreto pericolo per il bene giuridico*.

Si badi: il fatto che l'art. 54 discorra di concreta lesività e di concreto pericolo non deve indurre a ritenere che tale disposizioni si occupi del principio di offensività in concreto, perché il discrimine per individuare tale profilo dell'inoffensività rimane comunque principalmente il destinatario della prescrizione.

La descrizione delle norme penali compete al legislatore, quindi a lui spetta l'individuazione di ciò che va tutelato e di come farlo, mentre al giudice spetta l'analisi della vicenda concreta, cioè la verifica che il fatto astrattamente offensivo abbia anche effettivamente messo in pericolo il bene tutelato.

Sicuramente degno di nota è l'utilizzo della locuzione "di regola", un'espressione praticamente sconosciuta alle fonti di diritto positivo poiché racchiude in sé un'ontologica dimensione di precarietà, specialmente laddove sprovvista di una precisa indicazione relativa alle ipotesi in cui si può derogare alla regola; molto più spesso infatti la disciplina ordinaria è preceduta o seguita dall'elencazione dei casi o delle circostanze che sono fatti salvi poiché soggetti ad un trattamento differenziato.

L'art. 54, indicata come via maestra la strada della costruzione di reati quantomeno di pericolo concreto, concede comunque "la possibilità per il legislatore di derogare a tale canone di normazione ogni qual volta, evidentemente, la particolare natura del bene o le (speciali) ragioni di prevenzione gli impongano di allontanarsi dal modello ideale (di offensività)".<sup>40</sup>

Questa disposizione manifesta una complessiva presa d'atto che elevare il principio di offensività a caposaldo della parte generale del codice rischia di non essere sufficiente per i fini cui questo ambisce.

La soluzione del problema dell'offensività in via ermeneutica prescritta dall'art. 4 ha sicuramente un ruolo importante, ma la sua valenza dovrebbe essere meramente residuale, se non addirittura "emergenziale", poiché il giudice non può sopperire al compito del legislatore di incriminare solo i fatti che siano realmente idonei a ledere il bene giuridico, selezionando già tra le condotte tipiche solo quelle concretamente pericolose.

---

<sup>39</sup> Secondo V. Manes (*Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Cit., pag. 272) questa disposizione costituiva "una indicazione programmatica posta a presidio della tecnica di formulazione delle fattispecie di parte speciale".

<sup>40</sup> M. N. Masullo, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1774.

L'offensività come canone interpretativo, per come descritta nella disposizione citata, lascia tuttavia qualche dubbio circa il ruolo attribuito alla stessa nel Progetto Pagliaro.

Secondo una parte della dottrina affermare che la fattispecie disegnata dal legislatore possa poi nella realtà rivelarsi estranea rispetto alla prospettiva di una effettiva messa in pericolo del bene tutelato, significa ammettere che l'offensività e la tipicità siano due categorie differenti, intimamente collegate certo, ma pur sempre autonome.<sup>41</sup>

Secondo altri autori invece la particolare formulazione della norma permetterebbe di sostenere che in realtà l'offensività sia una componente della tipicità e che all'interprete venga chiesto di leggere come tipica solo quella condotta che abbia i requisiti minimi di lesività imposti dal canone dell'estrema *ratio*.<sup>42</sup>

Per parte nostra, premesso che il dato testuale lascia effettivamente aperte entrambe le vie senza escludere nettamente l'una piuttosto che l'altra,<sup>43</sup> adottando uno sguardo di comparazione rispetto ai progetti degli anni successivi, ci sembra di poter dire che quello del 1992 sia uno di quelli in cui la prospettiva dell'offesa come elemento integrante la tipicità emerge più nitidamente dal momento che si tratta di "interpretare" la norma incriminatrice in chiave di offensività e non di "applicarla" solo laddove la lesività sia manifesta.

Un ultimo passaggio di questo Progetto che merita attenzione è quello relativo alle condotte meramente esigue e non radicalmente offensive.

Il timore che il principio espresso nell'art. 4 potesse essere sfruttato dalla giurisprudenza per una generalizzata depenalizzazione in concreto (e in bianco) rispetto ai fatti delittuosi di modesta entità ha spinto i proponenti a prevedere espressamente una norma generale in tema di esiguità.

L'art. 22 n. 4 inserisce l'ipotesi del fatto tenue nel novero delle circostanze attenuanti, prevedendo quindi un semplice sconto di pena in luogo di una radicale esenzione dalla stessa (come nell'attuale art. 131 *bis*) o addirittura di una totale assenza del reato (come nel caso del fatto inoffensivo).

Traspare in modo evidente che all'inizio degli anni '90, in assenza di quelle forti spinte alla decongestione dei palazzi di giustizia e degli istituti penitenziari, il profilo della modestia del fatto di reato non rappresentasse uno strumento per la selezione del penalmente rilevante e quindi un elemento connesso alla

---

<sup>41</sup> Sempre M.N. Masullo (*Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1776) ricorda come la previsione dell'art. 4 del Progetto Pagliaro si inserisca appieno in quel dibattito irrisolto sul rapporto tra tipicità e offensività, sottolineando come tale norma spinga verso una tesi separazionista, dal momento che "il tipo descrittivo del reato [...] non è mai tale da scontare tutte le varianti del caso concreto, che potrebbero rendere il fatto nel suo complesso inoffensivo, sicché [...] l'alternativa si risolve nella combinazione fatto tipico, ma inoffensivo".

<sup>42</sup> "[Nel Progetto Pagliaro] si voleva così garantire che l'offesa fosse elemento della tipicità e non alla stessa esterno, in modo che l'offensività non costituisse ostacolo all'attuazione piena del principio di legalità e di certezza del diritto". M. Caterini, *Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pagg. 280-281.

<sup>43</sup> Lo stesso M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pag. 281.) ammette che "la formulazione letterale [...] poteva dare spazi anche a significati diversi [...] tale da lasciarsi interpretare anche nel senso di un'offesa in chiave integrativa della fattispecie."

necessità/opportunità di punire, risultando all'epoca preminenti solo le esigenze di dare una collocazione precisa al principio di offensività.

Al Progetto Pagliaro è seguito nel 1995 il Progetto Riz, che ha la particolarità di essere l'unico in questo blocco di iniziative di riforma a provenire direttamente dal Parlamento.

Questo Progetto rinuncia ad ogni sforzo di codificazione del principio di offensività in concreto, concentrandosi esclusivamente sul profilo astratto, cioè sulla prescrizione di norme penali a tutela di beni giuridici e sulla tipologia delle fattispecie incriminatrici in rapporto alle modalità di offesa del bene stesso.

Malgrado l'approccio minimalista questa proposta presentava un contenuto davvero innovativo nella panoramica del principio di offensività: data la costante frizione delle tecniche di tutela penale anticipata (*in primis* i reati di pericolo astratto) con il requisito della potenziale lesività del fatto di reato, ma riscontrata al contempo la più o meno fondata necessità di ricorrervi comunque per proteggere adeguatamente beni giuridici di particolare pregnanza,<sup>44</sup> il Progetto Riz proponeva di fatto di assorbire questi ultimi in un unico "super bene giuridico"<sup>45</sup> da tutelare in via anticipata (la sicurezza sociale) richiedendosi però che tali prescrizioni incriminatrici fossero legate a ragioni di sicurezza sociale qualificate come elementi della fattispecie.

Questa proposta aveva l'indubbio merito di affrontare direttamente il nodo dolente che caratterizzava l'offensività astratta, cioè l'eccessiva anticipazione della tutela penale in talune particolari tecniche di normazione, sollecitando una forte attenzione nel momento della descrizione tipica, arricchendo per così dire il contenuto minimo necessario di queste fattispecie di pericolo astratto e permettendo di riflesso un controllo più capillare da parte del giudice (ancorato però alla riconduzione del fatto concreto nel fatto tipico, senza che si potesse addivenire ad un vero e proprio sindacato di concreta offensività della condotta).

Un ultimo profilo notevole di questa iniziativa è la previsione dell'art. 39 di includere l'offensività del fatto (senza specificare se in una direzione potenziale, quindi astratta, o attuale, quindi concreta) tra gli elementi che devono essere abbracciati dall'elemento psicologico del soggetto agente.

Questo articolo farebbe propendere per una lettura del principio di offensività come parte integrante del fatto tipico, anche se l'assenza di precisione circa il tipo di offensività che qui rileva di fatto affievolisce il significato di questa disposizione, non essendovi alcun dubbio sul fatto che la lesività potenziale inerisca alla tipicità, mentre il punto focale starebbe proprio sul profilo concreto dell'offensività, dimenticato sostanzialmente da questa proposta di novella.

Come già anticipato il Progetto Riz ha avuto esito negativo, anche in ragione del fatto che la dottrina si è mostrata preoccupata da questa legittimazione esplicita dei reati di pericolo astratto (seppur fittiziamente ricondotti a reati di

---

<sup>44</sup> Nonostante le innumerevoli voci contrarie alla tendenza moderna di far retroagire sempre di più la soglia della penal rilevanza, "l'ordinamento penale con può non tener conto del fatto che il mantenimento della sicurezza sociale esige, in alcuni settori della vita, [...] la previsione di norme specifiche di salvaguardia della sicurezza stessa". Questa è la giustificazione riportata nella Relazione al Progetto Riz, richiamata da M. N. Masullo in *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1778.

<sup>45</sup> L'espressione è ripresa da M. Caterini, *Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pag. 289.

pericolo “concreto” rispetto al bene della sicurezza sociale) e non ha condiviso l’idea di ricondurre tutti gli oggetti giuridici pubblicistici di rango maggiore all’interno di un unico super bene giuridico, avvertendo il pericolo che nell’insieme questa normativa avrebbe potuto in realtà aumentare e non diminuire la distanza rispetto al principio di offensività globalmente inteso.

Molto significativo è stato il lavoro della Commissione Bicamerale, la cui proposta è giunta ad un articolato approvato in prima battuta il 4 Novembre 1997, se non altro perché questo tentativo non si è accontentato di positivizzare il principio di offensività a livello di legge ordinaria, ma ha cercato di cristallizzarlo nella Carta Costituzionale.

Beninteso, questo Progetto non metteva in discussione l’esistenza immanente del medesimo principio a livello costituzionale, ma cercava di estrapolarlo dalle pieghe nascoste delle diverse disposizioni costituzionali per metterlo in evidenza, una sorta di manifesto politico e giuridico dell’approccio italiano al diritto penale.

Questo Progetto è giunto alla proposta di un nuovo articolo 129 Cost. che descrivesse al primo comma l’offensività astratta, mentre al secondo l’offensività concreta, evidenziando a differenza di altre proposte la stretta connessione tra i due volti della lesività del fatto.

Parte degli studiosi non ha mancato di sottolineare l’infelice scelta lessicale del termine “offensività” in luogo di “offesa”: mentre infatti la seconda si presterebbe perfettamente allo scopo di una valutazione attuale della condotta delittuosa, la prima sembrerebbe alludere ad una dannosità solo in potenza, adatta semmai per il profilo astratto dell’offensività.<sup>46</sup>

Malgrado il generale apprezzamento per le osservazioni volte a stimolare il legislatore alla ricerca di un linguaggio giuridico quanto più possibile riconducibile a scelte lessicali pregevoli, va osservato come in tale ambito queste critiche paiano un poco eccessive se si considera che in realtà il concetto di offensività sembra estraneo al lessico non giuridico.

Trattandosi di una nozione tecnico - giuridica, e posto che, al di là delle differenti impostazioni circa il suo trattamento, non vi sono dubbi sul fatto che per offensività in concreto si intenda la valutazione da parte dell’interprete circa l’effettiva messa in pericolo (o lesione) del bene giuridico, ci sembra di poter dire che queste lamentele possano passare in secondo piano.

Tornando al merito del Progetto della Commissione Bicamerale, il primo comma ambiva a costituzionalizzare la dottrina bricoliana, prevedendo che la tutela penale fosse riservata esclusivamente a beni di rilevanza costituzionale.

Sicuramente più denso di significati era il secondo comma laddove esentava dalla sanzione penale l’autore di *un fatto previsto dalla legge come reato nel caso in cui esso non [avesse] determinato una concreta offensività*.

Qui la scelta verso una lettura dell’offensività come elemento ulteriore e integrativo rispetto alla tipicità appariva piuttosto netta: un conto è la ricostruzione del fatto di reato e la sua riconduzione al modello legale previsto dal legislatore, un altro è valutare se tale condotta sia risultata nei fatti concretamente offensiva.

---

<sup>46</sup> Riportano questa attenzione alle scelte terminologiche del Progetto della Commissione Bicamerale sia M. N. Masullo (*Aspettando l’offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1779), sia M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Cit., pag. 319).

Qualcuno ha criticato la scelta di prevedere questa disciplina già nella Costituzione, sostenendo il rischio di un'eccessiva rigidità di tale impostazione e il pericolo di un abuso del sindacato costituzionale in tal senso,<sup>47</sup> tuttavia ci sembra che l'art. 129 secondo comma si limitasse opportunamente a positivizzare il nucleo condiviso del concetto di offensività in concreto senza peraltro dare particolari vincoli rispetto al suo *modus operandi*,<sup>48</sup> che avrebbe potuto trovare una migliore disciplina successivamente nel codice penale, soprattutto per ciò che riguardava i criteri di individuazione del fatto effettivamente inoffensivo.

L'unica presa di posizione forte in questo articolato sembrava quella riguardante il rapporto tra offensività e tipicità, previsto in termini di autonomia e integrazione.

Su questo punto la critica più severa è stata quella di voler superare il fervente dibattito dottrinale in tema, consolidando a livello costituzionale quella che in realtà era solo una delle linee di pensiero possibili, senza che questa avesse necessariamente un consenso schiacciante.

Insomma, trattandosi di una riforma costituzionale e non di un semplice novella del codice, come sul piano politico si richiede un consenso rafforzato, diverso da quello previsto per le leggi ordinarie, altrettanto dovrebbe verificarsi sul piano scientifico, dove sarebbe necessario cristallizzare in Costituzione solo quelle elaborazioni che accolgano effettivamente un'adesione quasi unanime.<sup>49</sup> D'altronde se effettivamente si tratta di impostazioni tecnico - giuridiche,

---

<sup>47</sup> Nella prospettiva di M. N. Masullo (*Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1779) "la previsione avrebbe trovato migliore collocazione all'interno di una norma codicistica ordinaria, scongiurando, al contempo, il rischio di strumentalizzare il ricorso alla Corte costituzionale ogni qual volta fosse stato negato l'effetto di impunità per concreta assenza di offesa".

Negli stessi termini G. Fiandaca (*L'offensività è un principio codificabile?*, Cit., pag. 4) teme che "un forte aumento del contenzioso di costituzionalità, con la conseguenza di accentuare l'incidenza del ruolo politico-discrezionale della Consulta" potrebbe determinare "una sovraesposizione politica della Corte Costituzionale [...] difficilmente compatibile col principio della divisione dei poteri".

Di tutt'altro avviso sembra invece essere V. Manes (*Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Cit., pag. 205) il quale ritiene invece che sia mera utopia la volontà di escludere la Consulta da una posizione determinante nell'inquadramento dell'offensività in concreto. Infatti "il pericolo di una sovraesposizione della Corte e di un conseguente travalicamento dei limiti imposti dalla *political question* [...] sembra un rischio suscettibile di essere accettato con opportuni correttivi". Invece di pretendere che ogni discorso relativo al tema dell'offensività debba esaurirsi nella prospettiva del legiferante, "davanti a uno scenario che visualizzi il compito della Corte come autentico deuteragonista del legislatore [...] occorre semmai interrogarsi se non sia più proficuo dotare i giudici costituzionali dello strumentario tecnico e metodologico necessario ad una dimensione nuova degli equilibri tra i poteri e della composizione dei conflitti".

<sup>48</sup> Va sottolineata la scelta di prevedere il disinteresse penale per queste condotte attraverso l'espressione "non punibile", con una formula inidonea di per sé a prendere posizione sul significato tecnico dell'offensività nella struttura del reato, compito che certamente meglio si adatta alla legge ordinaria.

<sup>49</sup> Questo sembra essere il senso delle parole di C. Fiore (*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, Cit., pag. 93), laddove afferma che la filosofia della Corte Costituzionale relativamente alle elaborazioni dottrinali sarebbe quella di "assecondare il consolidarsi di orientamenti innovativi, solo quando essi appaiano già in larga misura una espressione di senso comune della cultura giuridica".

difficilmente si può ipotizzare che la successiva valutazione politica possa fungere da filtro efficace nei confronti di forzature autoritarie di chi rivesta un ruolo preponderante nella Commissione di riforma.

Una corretta, per quanto breve, analisi della proposta della Bicamerale non può prescindere da un piccolo *excursus* storico relativo al suo *iter* di progettazione.

Inizialmente l'approccio della Commissione al tema dell'offensività era di tipo prettamente processuale: l'obiettivo era quello di attenuare il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) avvicinandolo ai modelli di altri Paesi europei e non, senza tuttavia sfociare in un sistema di azione penale discrezionale.

In quest'ottica si voleva valorizzare il canone dell'offensività "quale criterio capace di costruire un valido discrimine tra quelle condotte per le quali l'azione penale doveva rimanere obbligatoria e quelle, invece, ove la mancanza di offesa doveva indurre a non procedere".<sup>50</sup>

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale non veniva in questo modo radicalmente eliminato poiché di fatto si trattava "semplicemente" di arricchirne il contenuto: mentre nello schema attuale l'attivazione degli oneri delle procure è in genere legata al mero riscontro della possibile verifica di un fatto tipico, essendo di solito riservato ad altri momenti procedurali o processuali l'approfondimento circa gli altri elementi del reato, con il Progetto originario della Bicamerale si voleva aggiungere il requisito dell'offesa concreta, in modo da evitare la dispersione di preziose energie investigative e giudiziarie per l'accertamento di fatti concretamente innocui.

Questa idea prendeva spunto dalla consapevolezza che nella prassi italiana il principio puro dell'obbligatorietà dell'azione penale non potesse mai trovare assoluta applicazione per l'insufficienza delle risorse giudiziarie a far fronte ad ogni notizia di reato, che in quanto tale dovrebbe portare o all'imputazione o ad procedimento formale (e quindi *lato sensu* "oneroso") di archiviazione, da qui la frequenza nell'utilizzo di stratagemmi e meccanismi di fatto capaci di selezionare le *notiae criminis* rilevanti, in spregio al dettato formale dell'art. 112 Cost.

La volontà quindi di predisporre uno strumento capace di permettere l'uscita da questa situazione di costante patologia aveva dirottato le riflessioni in punto di offensività sul versante processuale.

Malgrado questi propositi si giunse abbastanza brevemente ad un cambio di orientamento per la paura da un lato che il concetto di offensività risultasse troppo nebuloso per fondare una rinuncia all'azione penale basata su requisiti tecnici e non meramente discrezionali, dall'altro che lasciare questo delicato accertamento esclusivamente nelle mani del pubblico ministero potesse condurre ad applicazioni disomogenee e ineguali della giustizia penale nel territorio italiano.<sup>51</sup>

Per queste ragioni si assistette al trasferimento del profilo offensivo dalla logica processualistica a quella sostanziale, arrivando così alla descrizione del

---

<sup>50</sup> M. Caterini, *Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pagg. 308-309.

<sup>51</sup> M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pag. 314) conferma la presa d'atto di questa scarsa fiducia nei confronti della magistratura inquirente, affermando che questo cambio di rotta sarebbe da riferirsi all' "intento di evitare che il relativo accertamento fosse compiuto dal p.m. anziché dal giudice".

principio di offensività in astratto e in concreto codificata nei primi due commi del proponendo art. 129 Cost.

L'insuccesso anche di questa proposta di riforma sarebbe da rintracciare nell'incapacità del Progetto della Bicamerale di raccogliere un vero consenso forte nella dottrina italiana, in ragione del fatto che "le tesi fondamentali di Bricola [...] erano ormai state accettate solo in quanto declassate a principi di politica criminale [...] e questo perché non si voleva che diventassero vincolanti, per lasciare più campo libero alla politica criminale di sperimentale incriminazioni di pericolo astratto".<sup>52</sup>

Un'iniziativa che ha condiviso con il Progetto della Commissione Bicamerale la peculiarità di essere partita come riforma processuale per poi trasformarsi in una proposta di matrice sostanziale è il disegno di legge n. 4625 – 4625 *bis* del 1998, volto a introdurre nel c.p.p. l'art. 346 *bis* in tema di improcedibilità per irrilevanza penale del fatto.

Per la prima volta, sulla scia dell'esperimento introdotto una decina di anni prima nel rito minorile, si ragiona sulla possibilità di introdurre una clausola di irrilevanza del fatto di portata generale, non limitata quindi alle particolari logiche del processo penale dei minori, mutando la scelta lessicale e contenutistica che prima era sempre ricaduta sulla nozione di "inoffensività".

Con questa opzione si volevano "raggirare" gli ostacoli che il lungo e irrisolto dibattito sulla portata del principio di offensività aveva mostrato, poiché si andava ripetendo con fermezza che il concetto di esiguità e quello di inoffensività sarebbero due nozioni drasticamente differenti (senza peraltro stabilire dove fosse la linea di confine tra i due, posto che, come già visto, ove la giurisprudenza ha effettivamente fatto ricorso al principio di offensività in concreto per selezionare l'intervento penalistico lo ha fatto per lo più ricorrendo a parametri quantitativi riconducibili pacificamente della categoria dell'esiguità), permettendo di addivenire ad un mezzo utile per deflazionare il contenzioso penalistico.

Concentrare l'attenzione sul profilo dell'irrilevanza, anziché su quello dell'inoffensività consentiva anche un ulteriore vantaggio: mentre la nozione di offensività concreta era coperta da una "veste solenne", essendo da un lato un "principio" e dall'altro uno dei frutti più preziosi della dottrina italiana, e di conseguenza nessuno aveva osato "inquinare" le forme dettando dei precisi criteri per la relativa delimitazione (o forse semplicemente era quasi impossibile trovare il consenso sufficiente su tali profili se nemmeno lo si era riuscito a trovare per ciò che concerneva la sua dimensione generale), questo non valeva per l'irrilevanza del fatto.

L'approccio maggiormente pragmatico consentito dalla tematica dell'esiguità ha portato all'individuazione di chiari requisiti (almeno nella formulazione) per la sua verifica, nonché all'identificazione di un campo applicativo legato alla pena edittale massima che non doveva superare i tre anni di detenzione (in aggiunta ai reati puniti con la pena pecuniaria sola o congiunta con quella detentiva massima dei 3 anni).

I requisiti erano assai vari tra loro e spaziavano da una dimensione oggettiva (esiguità del fatto e modalità della condotta) a una dimensione

---

<sup>52</sup> M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Cit., pag. 24.



soggettiva (grado di colpevolezza) senza trascurare elementi legati alla personalità del reo (occasionalità dell'illecito anche in relazione alla capacità a delinquere).<sup>53</sup>

Nel confronto con la proposta originaria della Bicamerale questo disegno di legge, malgrado presentasse il vantaggio di non intromettersi nella complessa *querelle* del principio di offensività strettamente inteso, scontava però un problema di non poco conto: mentre il Progetto primario della Commissione Bicamerale poteva legittimamente ambire a superare il tradizionale meccanismo dell'obbligatorietà dell'azione del p.m. poiché proponeva una novella di rango costituzionale, il proponendo art. 346 *bis* c.p.p. non godeva di tale forza e in assenza di un orientamento che mitigasse la pretesa assolutezza dell'art. 112 Cost non poteva avere ottimistiche speranze per il suo buon esito, come i fatti hanno dimostrato.

Ben presto la prospettiva trasmigrò dal piano processuale a quello sostanziale nella direzione di configurare una causa di non punibilità, pur rimanendo la proposta inserita nel codice di procedura.

Tuttavia questo cambio di orientamento non è bastato per raggiungere un risultato finale positivo, costringendo quindi di fatto la prosecuzione delle scelte al ribasso, quantomeno rispetto ai propositi iniziali, prevedendo nel 2000 un istituto quasi analogo limitato però al processo penale davanti a giudice di pace (art. 34 d.lgs 274 del 2000).

Il Progetto della Commissione Grosso, che si sviluppa tra gli anni 1998 e 2001 è probabilmente quello più affascinante e significativo nella nostra prospettiva di analisi del principio di offensività soprattutto perché coinvolge nell'iniziativa di riforma anche la questione dell'irrelevanza del fatto.

A dire il vero questo secondo elemento è stata un'aggiunta *in itinere*, con l'obiettivo di accogliere quelle segnalazioni provenienti da autorevole dottrina che cominciava a metter in discussione l'opportunità di cristallizzare (solo) il principio di offensività invitando a porre una maggiore attenzione sul versante dell'esiguità del fatto.<sup>54</sup>

Integrando l'articolato originario con una disposizione *ad hoc* sul fatto particolarmente tenue, la proposta Grosso cercava di raggiungere una soluzione di compromesso che non rinunciasse a quell'afflato codificatorio che aveva caratterizzato tutta un'epoca legislativa, ma al contempo si mostrasse sensibile alle nuove istanze emergenti nella dottrina e nella prassi.

---

<sup>53</sup> Il cambio di rotta rispetto ai precedenti tentativi di codificazione del principio di offensività è sottolineato da M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., 2005, pag. 297) che non manca di rilevare come in virtù della pluralità di questi requisiti "la mancanza di offesa [...] non [costituiva] più il solo elemento determinante l'irrelevanza penale".

<sup>54</sup> Difficile ritenere che l'art. 74 del Progetto Grosso non sia stata una vera e propria risposta alle provocazioni di quella parte della dottrina che potremmo simbolicamente ricondurre alle parole di G. Fiandaca in *L'offensività è un principio codificabile?*, Cit. A conferma di ciò, quando il medesimo Autore introdurrà questo contributo nel Suo volume *Il diritto penale tra legge e giudice* (CEDAM, 2002), al termine dello scritto inserirà una Postilla (pagg. 127-128) in cui darà conto del fatto che "a seguito del dibattito scientifico tra i professori di diritto penale svoltosi a Siracusa nel novembre 2000, i componenti la Commissione Grosso hanno ritenuto di dover procedere a una revisione delle proposte originarie, formulando un progetto aggiornato", in cui alle previsioni originarie si aggiunge il recepimento delle indicazioni fornite, tra gli altri, dallo stesso G. Fiandaca.

In origine, per ciò che ci riguarda, vi era esclusivamente l'art. 2 il quale prevedeva la non applicazione delle fattispecie incriminatrici ai fatti che non determinassero una offesa al bene giuridico.

Due indicazioni balzano immediatamente all'occhio dell'interprete.

Innanzitutto si prevedeva la descrizione del principio di offensività come criterio ermeneutico, quindi come strumento operativo per il giudice e l'interprete in generale.<sup>55</sup>

In secondo luogo non vi sono dubbi sul fatto che questa disposizione configuri l'elemento dell'offensività come un requisito ulteriore e diverso rispetto alla tipicità, poiché si occupa del momento applicativo della fattispecie penale rispetto ad un fatto che già risponde ai requisiti della tipicità.

La dottrina ha ravvisato due possibili letture di questo articolo.

La prima opzione andava nella direzione di applicare questa disposizione solo per le fattispecie di evento o di pericolo concreto, ribadendo la necessità, peraltro mai messa in discussione per queste categorie di reati, di accertare pienamente la sussistenza di quel particolare ulteriore elemento del fatto tipico, rappresentato dall'evento in un caso e dal pericolo nell'altro.

Dal momento che non si è mai dubitato che l'evento del reato o il pericolo laddove presentati come elementi della fattispecie fossero componenti della tipicità da accertare giudizialmente, questa interpretazione dell'art. 2 si rivelava di fatto inutile perché si limitava a ribadire l'ovvio.

L'altra possibile interpretazione era quella di vedere in questa norma una sorta di espressa e generale codificazione del criterio ermeneutico teleologico, come guida per la ricostruzione del fatto tipico.

In questo senso "l'offesa quale presupposto o fondamento della punibilità si atteggia[va] a equivalente concettuale dell'evento in senso giuridico: cioè nell'offesa per definizione insita in ogni illecito penale".<sup>56</sup>

Il problema di questa ricostruzione, che ha trovato non pochi proseliti in dottrina e giurisprudenza, era che l'opera di identificazione dello scopo della fattispecie incriminatrice, così centrale per la sua concreta applicazione, era lasciata irrimediabilmente nelle mani del giudice e risultava un parametro difficilmente sindacabile perché influenzato in parte considerevole da elementi estranei al testo da interpretare.<sup>57</sup>

Proprio perché questa opzione lasciava ampi margini di discrezionalità in mano all'interprete ed era forte il timore di un utilizzo arbitrio degli strumenti

---

<sup>55</sup> "All'offesa intesa in senso strutturale, ossia come elemento autonomo e paritetico rispetto agli altri della fattispecie, s'è preferito il modello interpretativo, ossia l'offesa quale criterio ermeneutico – necessario ma concorrente con gli altri – per la comprensione dell'effettivo significato e della completa portata della fattispecie." M. Caterini, *Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pag. 299.

<sup>56</sup> G. Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile?*, Cit., pag. 5.

<sup>57</sup> Sempre citando G. Fiandaca (*L'offensività è un principio codificabile?*, Cit., pag. 5), sarebbe diffusa in giurisprudenza "la tendenza a manipolare la ricostruzione dei beni giuridici protetti e degli scopi di tutela, sulla base di preoccupazioni e valutazioni preconcepite che prescindono in tutto o in parte dai dati testuali".

Anche M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pag. 303) evidenzia la possibilità di un utilizzo arbitrario dell'offensività come canone ermeneutico da parte dei giudici, avvertendo che "il concetto di offesa, affinché assurga a reale criterio di discernimento di ciò che possa avere rilevanza penale, deve essere specificato in guisa da scongiurare interpretazioni che nella sostanza potrebbero svuotarne la funzione critica".

offerti, del tutto eccedente rispetto alle previsioni,<sup>58</sup> la Commissione decise di introdurre anche un art. 74 dedicato esplicitamente al fatto offensivo ma particolarmente tenue, come a voler escludere espressamente che questa categoria venisse attratta, assorbita per via giudiziale a quella del fatto inoffensivo.<sup>59</sup>

La sussistenza di questa particolare causa di non punibilità, di natura chiaramente sostanziale, era ancorata a una serie di criteri che in parte riprendevano le precedenti previsioni in materia di irrilevanza del fatto (particolare tenuità del fatto, minima colpevolezza, occasionalità della condotta), in parte aggiungevano elementi di novità (assenza di pretese risarcitorie e mancanza di esigenze special o general preventive tali da giustificare l'adozione di misure nei confronti del reo), ma ciò che più sorprende era il limitatissimo campo applicativo di questa disposizione, ristretto ai reati punibili con la pena detentiva massima non superiore a due anni, vanificando in concreto (se non addirittura già in astratto) gli obiettivi deflattivi di questo Progetto.

L'ultimo momento di questo blocco di tentativi di riforma del codice penale è rappresentato dal Progetto Nordio il quale adotta in realtà una soluzione vista dai più come minimalista nei confronti del principio di offensività.

L'art. 7 del Progetto in questione si limitava a prevedere l'applicazione della norma penale ai soli casi in cui si fosse verificato un danno o un pericolo per l'interesse da essa specificamente protetto.

Emerge subito la sostituzione della nozione di bene giuridico con il ben più evanescente concetto di interesse protetto dalla norma, elemento che, se unito alla scelta di rinunciare a precise indicazioni relativamente alla scelta degli oggetti tutelati dal diritto penale, mette in luce l'opzione decisamente rinunciataria di questo legislatore relativamente al profilo dell'offensività.<sup>60</sup>

Nonostante tutte queste osservazioni, opportunamente portate in luce dagli studiosi, il Progetto Nordio aveva un indubbio pregio, che lo contraddistingueva rispetto ai suoi predecessori, ovvero la precisione nella definizione di ciò che occorre valutare per la definizione di fatto inoffensivo.

La proposta legislativa in questione faceva espresso riferimento all'assenza del danno o del pericolo per l'interesse in questione, null'altro.

È certamente una scelta semplicistica, senz'altro troppo riduzionista e per questo chiaramente da criticare, ma per la prima volta, al di fuori delle diverse

---

<sup>58</sup> Secondo M. N. Masullo (*Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1781) "non si può escludere [...] che la soluzione immaginata per ridurre le distanze tra l'astrattezza del (rigido) dato formale e la verifica di situazioni concrete al di fuori degli stessi obiettivi di tutela non sia, poi, utilizzata in un'accezione estensiva: vale a dire come comprensiva anche dei casi [...], in cui l'offesa non è totalmente mancante ma, pur essendo presente, si manifesta in forma esigua o scarsa."

<sup>59</sup> "Il progetto Grosso [...] per la prima volta decideva di disciplinare le ipotesi di offensività esigua considerandole autonomamente alla luce (non solo dell'entità dell'offesa ma anche) di diversi e ulteriori criteri". V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Cit., pag. 273.

<sup>60</sup> V. Manes (*Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Cit., pag. 275) rileva come "l'offensività non sembra particolarmente valorizzata in chiave politico – criminale [...] ed anzi l'operatività del principio [...] viene espressamente ritenuta non preclusiva rispetto all'utilizzo della tecnica del pericolo astratto".

previsioni in tema di irrilevanza del fatto, il legislatore definisce in modo limpido cosa connoterebbe l'offensività concreta del fatto di reato.

Emerge una nozione puramente oggettiva del concetto di offensività, spoglia di ogni elemento soggettivo (grado della colpevolezza) o personale (indici vari di capacità a delinquere), e indirizzata in una logica di assolutezza, poiché o il danno/pericolo vi è, e allora ci sarà reato, oppure non vi è, e allora verrà meno l'illecito, non residuando spazi per una lettura di tale principio in termini gradualità.

Proprio la riduzione del principio di offensività in concreto ai soli requisiti del danno o del pericolo avrebbe paradossalmente permesso una facile o quantomeno ragionevole applicazione di questa disposizione in sede giudiziale, facendo magari da trampolino verso istituti processuali altrettanto sbrigativi ma agevolmente applicabili proprio nella fase preprocessuale.

Al termine di questo *excursus* su quello che abbiamo individuato come il primo momento dei tentativi di normazione del principio di offensività o di irrilevanza (ci venga concesso qui di accomunare i due concetti) è giunto il momento di tirare le fila e provare a fare una breve considerazione.

A nostro avviso, e troviamo il conforto di voci considerevoli in dottrina, il vero limite di tutti questi progetti di riforma, con qualche parziale eccezione,<sup>61</sup> è stato quello di prevedere sì in generale la cristallizzazione definitiva del principio di offensività, ma senza l'individuazione di criteri precisi al ricorrere dei quali questa sussista o, altrettanto importante, venga meno.<sup>62</sup>

Perché tale principio, in particolare nella sua dimensione concreta, sia effettivamente operativo e quindi possa fungere davvero da filtro per la selezione dei fatti penalmente rilevanti sarebbe necessario identificarne il *modus operandi*, sia prendendo esplicita posizione riguardo agli istituti sostanziali e processuali con cui questo entri in frizione (principio di legalità e principio di obbligatorietà dell'azione penale *in primis*) sia attraverso una banale elencazione dei parametri da considerare per il relativo giudizio, diversamente risulta abbastanza ipocrita la lamentela di un eccessivo dominio del formante giurisprudenziale in materia.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Ci riferiamo al Progetto Grosso che disciplinando sia l'inoffensività del reato, sia l'irrilevanza del fatto quantomeno esplicita la differenza teorica tra i due istituti e detta per il secondo precisi requisiti applicativi. Il dubbio che rimane però anche in questo caso è secondo quali criteri sia possibile distinguere il fatto inoffensivo dal fatto irrilevante, posto che l'affermazione, teoricamente ineccepibile, per cui nel primo il fatto non è nemmeno in grado di porre in pericolo il bene giuridico, rischia di risultare inadeguata alle concrete vicende delle aule di giustizia.

<sup>62</sup> M. Caterini (*Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Cit., pag. 303) scrive che "sancire che il reato consiste in un'offesa, ma non chiarire che cosa si debba intendere per offesa, significa attribuire all'interprete un eccessivo potere e, nel contempo, snaturare la carica selettiva che dovrebbe possedere il principio di offensività".

Dello stesso avviso G. Fiandaca (*L'offensività è un principio codificabile?*, Cit., pag. 6) secondo il quale vi sarebbe un'obiezione di fondo che i vari Progetti non sono mai riusciti a superare: "finché il giudice continuerà a non disporre di criteri o indici normativamente prefissati, idonei a guidarlo nel saggiare lo spessore lesivo del fatto, la verifica giudiziale dell'offensività sarà esposta al rischio di ancorarsi anche a parametri estralegali di giudizio, con aggiramento più o meno palese del principio di legalità".

<sup>63</sup> Senza questa necessaria normazione di "dettaglio" da parte del legislatore, "il paradigma dell'offensività rischia di diventare ideologia, in quanto tutta la sua gestione si sposta sull'interprete, cioè sulla giurisprudenza, costretta a concretizzare offese indeterminate". M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Cit., pag. 13.

Si ha la sensazione che i legislatori abbia avuto paura di “sporcarsi le mani” in tal senso un po’ per la difficoltà di trovare solidi punti di convergenza sull’argomento, un po’ per la reticenza a dare un assetto così rigido ad un “principio” che, per sua natura, dovrebbe sfuggire ad una precisa fissazione di paletti.

Risultati ben più apprezzabili si sono visti quando si è deciso di scendere di un gradino, passando dalla sacralità del principio di offensività al pragmatismo dell’irrelevanza del fatto, salto questo che ha fatto scomparire quel *self restraint* del legislatore che anzi, esperimento dopo esperimento, ha provato e testato nuovi criteri di delimitazione del fatto penalmente rilevante, fino ad arrivare, con l’attuale art. 131 *bis* c.p. addirittura ad un abuso del dettaglio sotto tale profilo (ci riferiamo *in primis* alla superfluità di talune cause ostative che in qualche modo contribuiscono comunque indirettamente a disegnare il volto dell’istituto).

## *II. L’irrelevanza del fatto nel rito minorile e nel processo penale davanti al giudice di pace. Rinvio.*

Come già detto al secondo blocco degli approcci di codificazione del principio di offensività e di irrilevanza del fatto sarà dedicato un spazio *ad hoc*, quindi non indugeremo ulteriormente in questa sede.

## *III. Il fatto particolarmente tenue tra la metà degli anni 2000 e i giorni nostri: il distacco dalle ambizioni assiologiche nell’ottica del perseguimento di risultati maggiormente tangibili.*

La trattazione del terzo momento sarà molto più breve del primo perché in qualche modo già è erede di alcune delle acquisizioni maturate tra gli anni ’90 e 2000 e per altro verso prosegue il cammino tracciato dalla parte più pregevole della migliore tra le proposte appena illustrate, cioè la disciplina della non punibilità del fatto particolarmente tenue del Progetto Grosso, nonché dalle corrispondenti previsioni di non sanzione per il fatto specialmente lieve del d.p.r. 448 del 1988 e del d.lgs. 274 del 2000.

Tutte queste iniziative legislative rinunciano a una codificazione del principio di offensività *tout court*, nella consapevolezza che questa ambizione è vana se il substrato scientifico non è concorde sulle soluzioni da adottare, preferendo puntare l’attenzione solo sul versante dell’esiguità del fatto, in modo da fornire al contempo validi strumenti per gli obiettivi di deflazione carceraria e processuale.

La commissione Dalia, istituita nel 2004, ha cercato di valorizzare l’irrelevanza del fatto nella prospettiva processuale, in particolar modo nelle sedi dell’archiviazione, della sentenza di non luogo a procedere e del proscioglimento predibattimentale.

Curiosa in questo caso la scelta di delimitare il campo applicativo non in relazione alla fascia edittale massima della pena, ma in relazione al giudice competente, ovvero il giudice di pace e il giudice monocratico del tribunale ordinario.

Per quanto riguarda i presupposti applicativi si può notare una sostanziale ripetizione di quelli indicati per il processo davanti al giudice di pace, inclusa la

particolare valutazione circa l'eventuale pregiudizio derivante dal processo penale alle esigenze di lavoro, salute, famiglia e studio dell'indagato.

La giustificazione dell'insuccesso di tale proposta sarebbe da attribuire all'indeterminatezza delle clausole cui risultava ancorata la valutazione dell'irrilevanza del fatto,<sup>64</sup> conclusione questa poco difendibile in primo luogo perché sarebbe irrealistica la previsione di parametri eccessivamente stringenti per questo tipo di giudizio, in secondo luogo perché tale affermazione comporterebbe il riconoscimento del giudizio penale del giudice di pace come un processo di "serie B" in cui è possibile tollerare pronunce di proscioglimento sulla base di valutazioni equitative non accettabili nel giudizio ordinario.

Nel 2006 la Commissione Pisapia cercò di riportare la questione dell'irrilevanza del fatto sul piano sostanziale, prevedendo due soli criteri per la sua identificazione, ovvero la tenuità dell'offesa e l'occasionalità della condotta, lasciando poi al legislatore delegato la scelta se introdurre o meno di nuovi.

Di questa proposta va sottolineata la particolare attenzione al ruolo della vittima del reato: da un lato si prevede che in caso di applicazione di questa ipotesi di non punibilità a seguito di sentenza dibattimentale il giudice debba pronunciarsi anche sulla domanda risarcitoria (in netta controtendenza rispetto al Progetto Grosso che inseriva l'assenza di pretese risarcitorie tra i requisiti del fatto penalmente irrilevante), dall'altro si prescrive l'efficacia di giudicato di questa sentenza relativamente ai giudizi civili, riservandole per tale profilo un trattamento che è tipico delle decisioni di condanna.

Al fallimento di questa iniziativa è seguito nel 2009 il Progetto Tenaglia che di fatto ripresentava i contenuti della proposta della Commissione Pisapia e prevedeva di introdurre una disposizione *ad hoc* nell'art. 530 *bis* c.p.p., auspicando soprattutto che questo nuovo strumento trovasse efficace applicazione già al termine delle indagini preliminari.

L'opera di progressivo avvicinamento all'attuale disciplina dell'irrilevanza del fatto è proseguita con la Commissione Fiorella, la quale per la prima volta individuava nell'art. 131 *bis* c.p. la collocazione ideale per questo nuovo istituto, configurandolo però all'epoca come una condizione di procedibilità, sulla scia dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000.

I requisiti previsti consistevano ancora una volta nelle modalità della condotta, nell'esiguità del danno o pericolo, nel grado della colpevolezza e nell'occasionalità del comportamento, mentre, rispetto al rito del giudice di pace, spariva l'elemento legato all'impatto del processo penale sulle relazioni sociali e personali del reo.

Per ciò che riguarda il campo applicativo vanno fatte due osservazioni importanti: la prima è che questa proposta prendeva in considerazione il minimo edittale (3 anni) e non il massimo come molte delle iniziative precedenti e come l'assetto attuale dell'art. 131 *bis* c.p., in aderenza a quel principio per cui la gravità astratta di un reato dipende più dal minimo della sanzione possibile che dal massimo; la seconda è che già in questa versione dell'art. 131 *bis* c.p. troviamo la disciplina della rilevanza delle circostanze per la delimitazione del campo applicativo attualmente in vigore e lo stesso vale per il rapporto tra tenuità del

---

<sup>64</sup> Vedasi A. R. Castaldo, *La non punibilità per particolare del fatto: il nuovo art. 131 bis c.p.*, in *Trattato di diritto penale* a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Parte Generale e Speciale, Riforme 2008 – 2015, UTET, pag. 113.

fatto come esenzione dalla pena e tenuità del fatto come circostanza attenuante, profili su cui ci intratterremo meglio in seguito.

La tappa successiva, che è finalmente l'ultimo *step* di questo percorso, è stata la legge delega 67 del 2014 che ha affidato alla Commissione Palazzo il compito di rinnovare alcuni profili del sistema penale, sanzionatorio e penitenziario per adeguarlo alle istanze provenienti sia dagli ambienti nazionali, sia dalle istituzioni sovranazionali.<sup>65</sup>

Dai lavori di questa Commissione ha poi avuto origine il d.lgs. 28 del 2015 che ha dato i natali alla prima ipotesi generale di non punibilità del fatto specialmente tenue nell'ordinamento penalistico italiano.

### ***C) I precedenti storici: l'irrilevanza del fatto davanti al giudice di pace e nel processo minorile.***

Come accennato in precedenza l'ordinamento italiano non è arrivato impreparato all'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Già prima del 2015 qualche esperimento in materia era andato a buon fine: ci riferiamo in particolare al rito minorile in relazione all'art. 27 d.p.r. n. 448 del 1988 e al giudizio dinnanzi al giudice di pace per ciò che concerne l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.<sup>66</sup>

Questi due istituti hanno in comune la scelta di individuare la tenuità del fatto come un elemento su cui fondare l'esenzione da pena per il reo, ma al loro interno riflettono scelte di fondo e tecniche giuridiche differenti.

Il confronto tra l'art. 131 bis c.p. e i suoi "predecessori" ci accompagnerà praticamente per tutto il nostro percorso, per cui in questa sede ci occuperemo degli aspetti a nostro avviso indispensabili per una prima presentazione degli artt. 27 e 34, soprattutto per ciò che riguarda i caratteri strutturali e la configurazione concettuale dei medesimi, con la premura in seguito di analizzare volta per volta ulteriori profili degni di nota specialmente nel paragone con l'odierna figura di tenuità del fatto.

#### ***I. Il fatto penalmente irrilevante nel rito minorile: l'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988.***

L'art. 27 d.p.r. 448 del 1988 relativo al giudizio minorile, rubricato *Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, prevede al primo comma che "durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e la occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenni."

---

<sup>65</sup> Innegabile che abbiano svolto un ruolo cruciale in tal senso gli "impulsi (o meglio richiami) sovranazionali per porre rimedio al sovraffollamento carcerario e all'inflazione del sistema penale". A. R. Castaldo, *La non punibilità per particolare del fatto: il nuovo art. 131 bis c.p.*, Cit., pag.115.

<sup>66</sup> L'idea che queste innovazioni rappresentassero una forma di prima applicazione pratica dell'irrilevanza del fatto in vista di un'estensione generale dell'istituto emerge chiaramente nella Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000 (p.40).

Questa disposizione, così come del resto la generale configurazione del rito minorile, riflette a pieno titolo quello scopo di trattare con una particolare attenzione il soggetto minorenni all'interno del processo penale, che l'Italia si è impegnata a rispettare anche a livello internazionale.<sup>67</sup>

Gli elementi che devono immediatamente stimolare la curiosità dell'interprete, al netto di tutte le ulteriori problematiche, sono in particolare tre: anzitutto la qualifica di questa clausola di esenzione dalla pena ai confini tra una causa di non punibilità in senso stretto e una condizione di procedibilità, in proseguo la necessità che il comportamento sia riconducibile ad un canone di occasionalità, infine l'ancoraggio di questo istituto alle esigenze di formazione dell'imputato minore.<sup>68</sup>

A questi profili va aggiunta la possibilità di ricorrere all'improcedibilità per tenuità del fatto già in sede di indagini preliminari, che anzi risulta senza dubbio la soluzione preferibile proprio al fine di impedire che il minorenni subisca le gravi conseguenze giuridiche e sociali derivanti dalla sottoposizione a processo penale nelle ipotesi in cui il fatto di reato dallo stesso commesso si palesi in realtà decisamente modesto.

L'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988, come già anticipato, è perfettamente collocato nelle logiche tipiche del giudizio minorile, rito che chiaramente è ritagliato sulle caratteristiche soggettive di un imputato la cui personalità è ancora in fase di costruzione e su cui l'esperienza del processo penale non può che incidere in maniera determinante.<sup>69</sup>

Gli obiettivi cui l'istituto in discorso ambisce sono da un lato la celere definizione della vicenda processuale per l'indagato o imputato minorenni, dall'altro una generale deflazione dei carichi della giustizia penale, in questo caso di quella minorile.<sup>70</sup>

L'art. 27 infatti "si inserisce in una trama sistematica ispirata all'idea di esiguità penale quale prodromo indefettibile per l'attivazione di congegni

---

<sup>67</sup> "Considerando le direttrici metodologiche a cui si ispira il citato d.p.r. n. 448/1988, è possibile notare che esse si allineano a pregresse determinazioni assunte a livello metanazionale, come dimostrano la redazione di importanti atti normativo – internazionali che costituiscono delle vere e proprie pietre miliari nella costruzione del diritto processuale minorile". N. Ventura, *La declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Il Giudice di Pace Quaderni, E. Mattevi, C. Pongiluppi e N. Ventura, IPSOA, 2009, pag. 108.

<sup>68</sup> Parte della dottrina non manca di lamentare la vaghezza dei requisiti strutturali di questa ipotesi di non punibilità, quasi a suggerire che il baricentro della disposizione vada rintracciato nelle esigenze educative del minore, mentre la valutazione degli altri elementi possa essere ricondotta in qualche modo ad un giudizio "equitativo" e in ogni caso strumentale rispetto alle esigenze citate.

Infatti la disposizione in esame "non individua [...] il contenuto specifico del carattere tenue del fatto, né chiarisce quale sia l'oggetto di tale tenuità [...]; l'occasionalità del comportamento, dal canto suo, è requisito di non immediata decifrabilità, ed anzi ambiguo". C. Pongiluppi, *Il concetto di esiguità del reato: profili dogmatici e politico – criminali*, Cit., pag. 19.

<sup>69</sup> C. Pongiluppi (*Il concetto di esiguità del reato: profili dogmatici e politico – criminali*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Cit., pag. 19) sottolinea la particolare "attenzione ai risvolti umani della vicenda punitiva" che connota questa disposizione.

<sup>70</sup> C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Dike ediz. 2015, pag. 20) delinea l'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 come un "istituto ispirato alla cd. *Diversio*" evidenziandone le peculiarità connaturate al particolare rito in cui è inserito.



procedurali volti a non procrastinare oltre l'interruzione dell'*iter* procedimentale per evidenti ragioni di opportunità, legate alla constatazione dello scarso disvalore (penale) del fatto - reato perpetrato".<sup>71</sup>

Per quanto concerne la natura giuridica di questa disposizione la dottrina e gli interpreti si sono interrogati a lungo se essa riguardasse il profilo sostanziale, ovvero quello processuale dell'illecito.<sup>72</sup>

La soluzione di questo quesito richiede necessariamente una valutazione preliminare su quali siano le differenze di struttura e di funzionamento tra le cause di non punibilità in senso stretto e le condizioni di procedibilità.

La dottrina si è dimostrata in passato alquanto confusa sul punto, ritenendo fondamentalmente che l'impossibilità di avanzare processualmente verso l'inflizione della sanzione penale equivalesse nella sostanza alle ipotesi di rinuncia alla pena *tout court*, con la conseguente superfluità di qualsiasi sforzo definitorio in tal senso.

In realtà tale posizione si rivela alquanto ingenua in virtù delle notevoli differenze strutturali tra i due istituti che si ripercuotono immancabilmente sugli effetti che discendono da questa operazione di qualificazione giuridica.

Mentre infatti le cause di non punibilità interessano il merito dell'imputazione e proprio per questo afferiscono a elementi fattuali che devono essere suscettibili di accertamento in sede processuale, le condizioni di procedibilità fanno riferimento a "scelte di opportunità circa la perseguibilità del reato espresse mediante un atto del soggetto interessato o di una pubblica autorità",<sup>73</sup> perlopiù dichiarazioni di volontà che concernono la vicenda processuale strettamente intesa.<sup>74</sup>

Questa distinzione è percepita da parte degli studiosi come un vero e proprio vincolo per il legislatore che non sarebbe legittimato a invertire questo tipo di rapporto in fase di introduzione o modifica di clausole di non punibilità in senso lato.

In tutta onestà risulta difficile sostenere il valore prescrittivo e non meramente classificatorio delle definizioni appena riportate, se non altro poiché non è possibile trovarne traccia né nel testo costituzionale, né nella parte generale del codice penale, motivo per cui andrebbe riconosciuta una certa

---

<sup>71</sup> N. Ventura, *La declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 116.

<sup>72</sup> Il dibattito sulla natura giuridica di questa clausola di impunità viene efficacemente ripresa da M. N. Masullo (*Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1786), secondo la quale tuttavia ad essere decisivo è in realtà il rilievo per cui "l'istituto *de quo*, pur richiamando note di esiguità, si incentri soprattutto sul perseguimento di un interesse – le esigenze educative del minore – estraneo al fatto di reato".

<sup>73</sup> Con questa descrizione C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pagg. 14 ss) tenta di delineare i difficili contorni strutturali della categoria delle condizioni di procedibilità, ponendo al centro questo momento voltivo che pertiene ad un soggetto pubblico o privato il quale potrà discrezionalmente scegliere se lasciare proseguire o meno il processo penale, ovvero se darvi inizio.

<sup>74</sup> "Di recente si è sottolineato che la configurazione dell'irrelevanza del fatto quale causa di improcedibilità dovrebbe legarsi per lo più ad interessi esterni alla dimensione concreta dell'offesa o del suo autore; viceversa, la preferenza per una soluzione di tipo sostanziale dovrebbe vedere la non punibilità fondata su una sorta di riconoscimento dell'eccessività della pena in rapporto a quel grado di disvalore del fatto – reato". M. N. Masullo, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cit., pag. 1788.

discrezionalità della legge nella selezione di ciò che può integrare una esenzione da pena per ragioni sostanziali e ciò che invece attiene a ragioni processuali.

Ciononostante la distinzione tra cause di non punibilità e condizioni di procedibilità così disegnata permette di trarre una conseguenza molto rilevante: le prime evitano l'applicazione della pena a fatti che rimangono tipici, antigiuridici e colpevoli e soprattutto come tali vengono pienamente accertati, le seconde invece precludono in via preliminare la possibilità stessa di una verifica del fatto di reato, quantomeno nella sua completezza.

In sostanza nel contesto delle cause di non punibilità in senso stretto la scelta "opportunistica" di neutralizzare la reazione penale di fronte a quell'illecito non intacca minimamente la perfezione del reato cui si riferisce, dal momento che sono sussistenti tutti i classici requisiti che lo compongono.

Da ciò deriva che il giudice, prima di pronunciarsi in punto di non punibilità deve necessariamente verificare ed accertare la presenza degli elementi costitutivi del reato, cosicché la pronuncia di proscioglimento che fa applicazione di una causa di non punibilità integra paradossalmente un'ipotesi di "condanna senza pena".<sup>75</sup>

Le cause di non procedibilità invece impediscono *tout court* che il giudice penale svolga la propria funzione di accertamento del reato, escludendo a priori una qualunque pronuncia sul merito della vicenda, nel senso che il giudice non solo non deve valutare la condotta dell'imputato, ma nemmeno può farlo, proprio perché risulta assente un presupposto indefettibile per il suo potere - dovere di pronunciarsi su tali profili.

Ritornando all'ipotesi di cui ci stiamo occupando, la più parte degli studiosi e della giurisprudenza nel caso dell'art. 27 d.p.r. 448 del 1988 ha optato per la qualificazione di causa di non punibilità, intravedendo in esso un'importante novità per l'ordinamento penale italiano volta a escludere l'applicazione della sanzione penale per ragioni di meritevolezza pur in presenza di un fatto di reato completo.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 16) dopo aver escluso che la sentenza applicativa di una clausola di non punibilità possa essere equiparata ad una sentenza di condanna agli effetti dell'art. 651 c.p.p., riconosce che essa "pur non avendo effetto di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, potrebbe rilevare ai sensi dell'art. 654 c.p.p. per quanto concerne i fatti materiali oggetto del giudizio penale".

<sup>76</sup> Si vedano Cass. pen. Sez. IV, Sent., 05-03-2014, n. 10531 ("mentre le sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 425 cod. proc. pen. non contengono un accertamento della responsabilità, non altrettanto può dirsi della sentenza per irrilevanza penale del fatto" e ancora "la richiamata connotazione della sentenza per irrilevanza del fatto, ovvero il contenere in sé un accertamento del merito [...]"); Cass. pen. Sez. I, 30-03-2006, n. 11349 ("Il nuovo testo del D.P.R. n. 448 del 1988, art. 32, comma 1, sost., L. n. 63 del 2001, art. 22, che ha subordinato la pronuncia nell'udienza preliminare della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto [...] al consenso dell'imputato a che il processo sia definito in quella fase, è stato, a sua volta, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 195 del 2002, nella parte in cui, in mancanza del consenso dell'imputato, preclude al Giudice di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere che non presupponga un accertamento di responsabilità. Da ultimo, peraltro, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 149 del 2003, sottolineata la preminente pertinenza dell'istituto al diritto sostanziale, pur presentando implicazioni di carattere processuale [...]"); Cass. pen. Sez. V, Sent., 20-09-2013, n. 38956 ("[l]a definizione del processo in sede di

In realtà tuttavia le caratteristiche di questa ipotesi di irrilevanza del fatto, incentrata sulle esigenze di tutela del minore non tanto nei confronti della pena, quanto piuttosto nei confronti del processo penale in quanto tale,<sup>77</sup> al punto che da taluno è sostenuto che tale declaratoria di non punibilità andrebbe perfino preferita alla prosecuzione del processo anche nelle ipotesi in cui questo conduca verosimilmente ad un epilogo assolutorio,<sup>78</sup> spingerebbero ad una rivisitazione di tale posizione nell'ottica di riconoscerne una preponderante natura processuale.

Infatti in presenza dei presupposti richiamati dall'art. 27 d.p.r. 448 del 1988, il giudice non è tenuto a interrogarsi *funditus* sulla sussistenza della responsabilità dell'imputato, ma è chiamato a proscioglierlo immediatamente, in modo da limitare quanto più possibile la soggezione al processo penale, che l'ordinamento percepisce in tale contesto come pena (sociale) eccessiva e ingiusta.

## *II. Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel processo penale davanti al giudice di pace: l'art. 34 d.lgs. 274 del 2000.*

L'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, concernente il rito davanti al giudice di pace, pur ruotando sempre attorno alla nozione della esiguità del fatto, si presenta invece *expressis verbis* come una condizione di procedibilità.<sup>79</sup>

L'articolo in questione, rubricato significativamente *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, così recita: 1. *Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato.* 2. *Nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento.* 3. *Se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono.*

Anche in riferimento a questa disposizione è opportuno sottolineare in particolar modo tre profili di interesse, ovvero la riproposizione del requisito

---

udienza preliminare per irrilevanza del fatto [...] presuppone l'affermazione di responsabilità dell'imputato")

<sup>77</sup> Autorevole dottrina conferma infatti che l'introduzione di tale istituto sarebbe motivata direttamente dalla "opportunità di ridurre al minimo il danno derivante dalla sottoposizione al processo". F. Della Casa, *Processo penale minorile*, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, CEDAM, Settima edizione, pag. 1250.

<sup>78</sup> F. Della Casa (*Processo penale minorile*, Cit., pag. 1251) riferisce invece dell'esistenza di opinioni radicalmente opposte, secondo le quali sarebbe doveroso lasciar proseguire il processo penale, pur in presenza dei requisiti dell'art. 27, qualora ciò "risultasse più conson[o] alle esigenze educative del minore".

<sup>79</sup> F. Sgubbi (*L'irrilevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Giuffrè, 2002, pag. 162) fa notare che, malgrado la pacifica qualificazione dell'istituto come condizione di procedibilità, "il contenuto della norma è fondamentalmente sostanziale: in essa si fa riferimento a parametri che attengono al fatto e sono imperniati sul fatto".

dell'occasionalità della condotta, l'espressa rilevanza del grado di colpevolezza e il *focus* sulle esigenze personali e relazionali dell'imputato.

In fondo è la Suprema Corte di Cassazione a confermarci che la portata di questa novità legislativa è comprensibile solo all'esito della complessiva ponderazione di tutti questi tratti caratteristici, posto che *“la declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al giudice di pace implica la valutazione congiunta degli indici normativamente indicati, ossia l'esiguità del danno o del pericolo, il grado di colpevolezza e l'occasionalità del fatto: valutazione, questa, alla quale deve associarsi la considerazione del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato, ossia la considerazione di interessi individuali in conflitto con l'istanza punitiva.”*<sup>80</sup>

Le istanze che hanno promosso l'introduzione di questo istituto sono rivolte anche qui da un lato a snellire il contenzioso penale<sup>81</sup>, dall'altro a sollevare il reo dalle conseguenze del processo penale, avvertite come ingiustamente lesive della complessiva “sfera umana” dello stesso in confronto alla modestia del comportamento criminale.

Sotto questo aspetto sussiste una differenza rispetto all'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988, forse non particolarmente appariscente, ma certamente non trascurabile: mentre nel processo minorile la particolare tenuità del fatto è funzionalmente orientata a tutelare un soggetto in crescita, in formazione, e quindi una persona che non ha ancora raggiunto la maturità e la piena comprensione delle proprie azioni, qui siamo di fronte ad un imputato che ha o dovrebbe aver raggiunto tale *status*, per cui in questo caso la prospettiva è rivolta a salvaguardare il contesto personale e relazionale in cui l'imputato è attualmente inserito, senza una proiezione futura delle istanze di tutela.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> In questo modo si esprime Cass. pen. Sez. V, Sent., 10-11-2016, n. 47523.

F. Sgubbi (*L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, Cit., pag. 164) in relazione ai criteri individuati dall'art. 34 sostiene che “il disvalore di evento rappresenta il primo criterio per valutare la gravità del reato o viceversa, la sua natura bagatellare. Ne consegue che i criteri successivi si presentano come subordinati: e, quanto più si scende nella scala dei criteri, quanto più pregnante dovrà essere la motivazione circa l'utilizzo del criterio subordinato”.

<sup>81</sup> A questo proposito va rilevato che in realtà il risultato pratico rischia di divergere notevolmente dalle intenzioni del legislatore. Posto infatti che tale causa di improcedibilità ben potrebbe (meglio: auspicabilmente dovrebbe) essere riscontrata dal p.m. durante la fase preprocessuale, “per accertare la sussistenza degli elementi legittimanti questo epilogo procedimentale, le indagini preliminari [dovrebbero] consentire di fornire risposte a questioni che solitamente fuoriescono dagli accertamenti richiesti per decidere se esercitare o meno l'azione penale”. In questi termini scrive E. Marzaduri (*Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Compendio di Procedura Penale*, Cit., pag. 1309) il quale prosegue affermando che “anche se si allude ad una causa di improcedibilità nell'art. 34, appare piuttosto improbabile ipotizzarne una reale efficacia deflattiva nella fase preprocessuale”.

<sup>82</sup> A tale riguardo non manca chi si interroga se possano al contrario sussistere ipotesi in cui il processo penale possa lasciare intatte le esigenze di studio, lavoro, famiglia e salute dell'indagato imputato. Cfr. F. Sgubbi, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, Cit., pag. 165.

Fondamentalmente sembra che al giudice di pace sia imposta una interpretazione restrittiva di questo requisito, pena un'applicazione pressoché automatica dell'art. 34 nei fatti di lieve entità, senza che tale ulteriore requisito possa avere una reale efficacia selettiva.

Se a queste valutazioni aggiungiamo l'ovvia considerazione della diversità di competenza tra il giudice di pace, tradizionalmente legittimato a conoscere dei c.d. reati bagatellari propri, e il giudice minorile, che invece vede incardinata la propria competenza sulla base di una mera caratteristica soggettiva del soggetto agente, è evidente a nostro avviso come nella seconda ipotesi l'ordinamento tollerati con maggiore ampiezza forme di "scommessa" sul recupero del reo, nell'auspicio che la semplice minaccia di un processo e di una sanzione penale, poi concretamente non portate a termine, possano effettivamente avere effetti rieducativi nei confronti di un soggetto la cui personalità è ancora *in itinere*, mentre nella prima la dimensione finalistica della norma dovrebbe fare un passo indietro, lasciando una posizione preponderante alla valutazione degli altri requisiti propriamente attinenti alla particolare tenuità dell'offesa, *in primis* quelli oggettivi.

Un'altra differenza tra il rito minorile e quello del giudice di pace è data dalla scelta lessicale per la descrizione del fatto esiguo: mentre nel primo caso si parla di "irrilevanza del fatto" nel secondo si utilizza l'espressione "particolare tenuità del fatto".

Ci soffermeremo successivamente sul precipitato di queste differenze terminologiche, ma in questa sede va rilevato che tutto sommato non sembra che a questa diversità sia corrisposto nei fatti un differente trattamento giuridico: tanto il legislatore quanto i giudici sembrano aver visto nell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1998 un esempio cui guardare per la disciplina e la trattazione della particolare tenuità del fatto nel processo penale del giudice di pace, non potendosi riscontrare sul punto sensibili divergenze applicative.<sup>83</sup>

Nonostante la *rubrica legis* qualifichi esplicitamente l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 come clausola di esclusione della procedibilità, diversi interpreti ritengono che questa definizione rappresenti una forzatura, soprattutto se si dà un valore forte alla distinzione concettuale tra cause di non punibilità in senso stretto e cause di improcedibilità vista sopra.

La disposizione in questione, ruotando attorno al fulcro della tenuità del fatto, connotata qui esplicitamente anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo, vincola il proscioglimento dell'indagato o imputato ad un sindacato sul merito dell'accusa, non potendosi di conseguenza accettare l'idea di vedere in tale istituto una mera *absolutio ab instantia*.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> N. Ventura (*La declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 119) sostiene a tal proposito "la tesi della consonanza sostantiva tra l'istituto dell'irrilevanza del fatto e quello della particolare tenuità del medesimo".

<sup>84</sup> Sulla tesi per cui la valutazione ex art. 34 d.lgs. 274 del 2000 coinvolgerebbe necessariamente il merito dell'imputazione sembra prendere posizione Cass. pen. Sez. V, 07-05-2009, n. 34227 la quale afferma che "la declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al giudice di pace implica la valutazione congiunta degli indici normativamente indicati - esiguità del danno o del pericolo; grado di colpevolezza; occasionalità del fatto - e del fatto concretamente commesso, non potendo essere limitata alla fattispecie astratta di reato", nonché Cass. pen. Sez. IV, 28-04-2006, n. 24387 per cui "nel procedimento penale davanti al giudice di pace, ai fini dell'applicabilità della causa di improcedibilità di cui all'articolo 34 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, dovendosi considerare congiuntamente l'esiguità del danno o del pericolo derivato, il grado di colpevolezza e l'occasionalità del fatto, la valutazione del giudice non può limitarsi alla fattispecie astratta di reato, ma deve riguardare quella concreta".

Va inoltre evidenziata l'incompatibilità logica di questa qualificazione con la disciplina dettata per la riapertura di un procedimento penale conclusosi con una pronuncia di archiviazione per il sopraggiungere di una condizione di procedibilità originariamente assente: la tenuità del fatto, pur nella complessità della sua manifestazione, rimane certamente un tratto del comportamento necessariamente contingente ad esso, che non può mutare o sopravvenire dopo che questo si è concluso, anche perché nel contesto del rito penale onorario una situazione di fatto analoga (condotte riparatorie successive al reato) è espressamente presa in considerazione dal successivo art. 35 del d.lgs. 274 del 2000.

Giocando con i latinismi potremmo dire *semel tenuis, semper tenuis* nel senso che questo requisito non è suscettibile di subire modifiche con il trascorrere del tempo.

La modestia del fatto di reato in sintesi, a differenza delle ordinarie cause di improcedibilità, non è un elemento che può scomparire o palesarsi successivamente nella dinamica processuale condizionandone l'andamento in senso positivo o negativo, dal momento che è un profilo intrinseco della condotta del reo, e tale rimane a prescindere dalle vicende che interessano il momento dell'accertamento processuale.

Tuttavia nel senso di una corretta ascrizione dell'istituto in commento al novero delle cause di improcedibilità, oltre alla rubrica dell'articolo che sebbene non sia essa stessa legge comunque non può essere trascurata in quanto ci fornisce in qualche modo una forma di interpretazione autentica, depone anche la considerazione che l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 assegna un ruolo da protagonista alla persona offesa, il cui dissenso all'applicabilità di tale istituto opera come veto rispetto alla possibilità di ricorrervi.

La giurisprudenza, valorizzando questa forte rilevanza della posizione del titolare del bene giuridico leso, sanziona con la nullità il decreto di archiviazione per irrilevanza del fatto che ometta di considerare l'atto di opposizione della persona offesa, in quanto tale vizio rappresenterebbe un *vulnus* al principio del contraddittorio,<sup>85</sup> invitando tra l'altro a non interpretare automaticamente

---

<sup>85</sup> Si vedano Cass. pen. Sez. V, 20-10-2016, n. 54190 ("nel procedimento per reati di competenza del giudice di pace, il giudice è tenuto a valutare se sussiste un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; ne consegue che la omessa valutazione, da parte del decreto di archiviazione emesso del giudice di pace, dell'atto di opposizione della persona offesa, in quanto costituente una violazione del principio del contraddittorio, dà luogo a nullità del decreto stesso deducibile con ricorso per cassazione") nonché Cass. pen. Sez. IV, 29-09-2004, n. 47062 ("nel corso delle indagini preliminari, la dichiarazione che la persona offesa non ha interesse alla prosecuzione del procedimento deve essere acquisita dal pubblico ministero prima di chiedere l'archiviazione del procedimento ex articolo 34. Qualora il pubblico ministero non abbia provveduto in tal senso, non può però ritenersi precluso al giudice di pace di procedere all'«interpello» della persona offesa, essendo a detto giudice riservata la verifica dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'istituto: trattasi di un adempimento meramente procedimentale, che non si sovrappone agli accertamenti del pubblico ministero, risolvendosi in una semplice informazione che, pur se assunta al di fuori delle regole, è inerente non alla fondatezza della "*notitia criminis*" ma a un atto di impulso del procedimento condizionante lo sviluppo del medesimo").

Si ritiene addirittura legittima l'iniziativa del g.i.p. che, di fronte ad una richiesta di archiviazione in applicazione dell'art. 34 d.lgs. 274 del 2000, restituisca gli atti al p.m. invitandolo a raccogliere il parere della persona offesa circa l'opportunità di proseguire o meno il processo penale. (Cass. pen. Sez. V Ordinanza, 12-10-2010, n. 42238 "Non è abnorme il provvedimento

comportamenti astensivi della vittima come univoci segnali di disinteresse verso la prosecuzione della procedura.<sup>86</sup>

Ora, come già accennato in precedenza, uno dei principali tratti distintivi delle condizioni di procedibilità è proprio il fatto di ancorare l'instaurazione o la prosecuzione del processo penale ad una manifestazione di volontà proveniente da un soggetto esterno alla dinamica processuale primaria e necessaria (cioè quella che coinvolge lo Stato punitore e l'imputato) ma comunque coinvolto nella stessa e per questa ragione tutelato dall'ordinamento, tipicamente la vittima del reato o la persona offesa.

Ebbene nell'analisi della fattispecie di cui ci stiamo occupando tale peculiarità sussiste pacificamente e risulta decisiva, per la maggior parte degli interpreti, per qualificare in definitiva l'art. 34 come una condizione di improcedibilità, malgrado le particolarità che la contraddistinguono e di cui ci siamo appena occupati.

In chiusura di questa riflessione, non mancano voci in dottrina di chi, sconfessando quell'idea di una rigida ripartizione tra cause di non punibilità in senso stretto e cause di procedibilità tale da vincolare la scelta del legislatore, riconosce che nel caso in esame tale istituto sarebbe potuto essere indifferentemente disegnato secondo il primo modello o secondo l'ultimo e che in ultima analisi la scelta per la condizione di procedibilità sia dovuta alla valutazione opportunistica di assegnare un rilievo determinante alla mancanza di interesse ad una pronuncia sulla responsabilità penale dell'imputato da parte della persona offesa.<sup>87</sup>

***D) La qualificazione dell'art. 131 bis come causa di non punibilità. L'impatto dell'irrelevanza del fatto sulla configurazione generale delle clausole di esenzione dalla pena.***

Svolta questa breve riflessione sui profili di maggiore interesse dei due "antenati" dell'art. 131 bis c.p. occorre interrogarsi sul motivo per cui si sia passati da queste due disposizioni speciali ad una ipotesi normativa di portata generale, per di più inserita in una posizione assolutamente cruciale del codice sostanziale, e su quali correzioni siano state introdotte in questa versione della irrilevanza del fatto, alla luce delle esperienze maturate in questi decenni con gli artt. 27 e 34.

Innanzitutto una conferma della diversità della nuova disposizione del codice penale rispetto ai suoi predecessori, in particolare rispetto alla tenuità del fatto nel rito dinnanzi al giudice di pace, proviene direttamente dalla Consulta.

---

con cui il giudice di pace, investito della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto (art. 34 D.Lgs. n. 274 del 2000), disponga la restituzione degli atti al P.M. per accertare la volontà della persona offesa, trattandosi di attività, ex art. 17, comma quarto, D.Lgs. n. 274 del 2000, preordinata all'approfondimento delle indagini in ordine ad elementi rilevanti ai fini del corretto esercizio del potere di archiviare".)

<sup>86</sup> Cass. pen. Sez. V, 07-05-2009, n. 33689: "nel procedimento avanti al giudice di pace la mancata comparizione della persona offesa in udienza non rappresenta univoca manifestazione della volontà di non opporsi alla dichiarazione di non procedibilità dell'azione per la particolare tenuità del fatto".

<sup>87</sup> E. Marzaduri (*Procedimento penale davanti al giudice di pace* Cit., pag. 1309) ammette pacificamente che "lo spessore sostanzialistico del concetto di particolare tenuità del fatto ne avrebbe consentito egualmente una collocazione nell'ambito delle cause di non punibilità".

Per una particolare contingenza storica (la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 34 d.lgs. 274 del 2000 per irragionevole disparità di trattamento rispetto al giudizio penale ordinario e la coeva emanazione della legge delega contenente, tra l'altro, il mandato per l'introduzione nel nostro codice di una generale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto) la Corte costituzionale si è trovata a emanare una pronuncia che, per certi versi, riecheggia i tratti di un sindacato preventivo di legittimità costituzionale sull'allora nascento art. 131 *bis* c.p.

Sia ben chiaro, probabilmente nessun costituzionalista accetterebbe mai quest'ultima affermazione nella sua portata più radicale, ma è indubbio a nostro avviso che laddove il Giudice delle Leggi in *obiter dictum* accoglie con favore l'introduzione di una clausola di esiguità del fatto differente rispetto all'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, elencando nello specifico i profili di difformità che ritiene legittimi, dà nella sostanza *ex ante* il suo *placet* rispetto all'art. 131 *bis* del codice penale, o meglio rispetto alla versione allora *in nuce* della medesima disposizione.

Altra cosa sarà poi verificare quanto dell'attuale irrilevanza penale del fatto, cioè della disposizione concretamente entrata in vigore all'esito dell'*iter* parlamentare e governativo, sia effettivamente corrispondente al "progetto" di art. 131 *bis* c.p. che la Consulta aveva sotto gli occhi quando ha pronunciato la sentenza 25 del 2015, non potendosi nascondere che la stessa si sia assunta dei rischi non indifferenti fornendo quella patina di legittimità costituzionale preventiva ad una normativa che in realtà era ancora *in itinere*, prestando magari il fianco a future interpretazioni "abusiva" dell'art. 131 *bis* che facciano leva proprio su quella presunta declaratoria di compatibilità costituzionale dello stesso.<sup>88</sup>

Lasciando doverosamente la parola proprio alla Corte Costituzionale, questa afferma che *"certo, il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto" strutturata diversamente e senza richiedere tutte le condizioni previste dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, ed è quello che ha fatto con la legge 28 aprile 2014, n. 67 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili). Con l'art. 1, comma 1, lettera m), di tale legge, infatti, il legislatore ha conferito al Governo una delega per «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento».*

*Si tratta di una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, perché configura la «particolare tenuità dell'offesa» come una causa di non punibilità, invece che come una causa di non procedibilità, con*

---

<sup>88</sup> È chiaro che la Corte Costituzionale in realtà non si sia esposta puntualmente sulla legittimità dell'art. 131 *bis* c.p., e certamente non lo ha fatto sull'art. 131 *bis* c.p. oggi in vigore, dato che Le era richiesto di valutare eventuali profili di irrazionalità dell'art. 34 del d.lgs. 274/2000. Tuttavia rimane il pericolo che qualche interprete sia portato a credere che l'attuale art. 131 *bis* c.p. abbia ricevuto una precisa "benedizione" dalla Consulta in questa pronuncia, quando tuttalpiù la stessa si è espressa sulla generale validità di un progetto normativo volto a dare i natali ad una clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto con caratteri diversi dagli esperimenti precedenti.



*una formulazione che, tra l'altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla «non abitualità del comportamento»), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato. Nella linea della delega il Consiglio dei ministri ha poi approvato, il 1° dicembre 2014, uno schema di decreto legislativo recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. m, della legge 28 aprile 2014, n. 67», il cui art. 1 è diretto ad introdurre nel codice penale l'art. 131-bis, che prevede i requisiti e definisce l'ambito applicativo del nuovo istituto. E' dunque evidente che una causa di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto" può essere basata su una fattispecie diversa da quella prevista dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 [...].»<sup>89</sup>*

Balza all'occhio immediatamente l'esplicita presa di posizione sulla natura dell'art. 131 *bis* c.p., su cui a onor del vero pochi dubbi potevano seriamente sussistere per l'inserimento, ancora una volta, di una indicazione *ad hoc* nella *rubrica legis*.

La Consulta inserisce la particolare tenuità del fatto tra le cause di non punibilità, a differenza dell'art. 34 che integra un'ipotesi di improcedibilità, sottolineandone le significative differenze rispetto al processo davanti al giudice di pace.

Malgrado sia difficile porre fondatamente in discussione questa qualificazione dell'art. 131 *bis* c.p. va segnalato come tale disposizione rappresenti un *unicum* nel panorama delle cause di non punibilità nostrane e possa addirittura portare a una rivisitazione dei relativi contorni definitivi.

Le cause di non punibilità in senso stretto rappresentano per definizione delle ipotesi normative eccezionali: il venir meno della sanzione penale a fronte di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole non può che essere previsto solo in via straordinaria, con gli inevitabili corollari della tassatività e dell'esigenza di un'interpretazione restrittiva.<sup>90</sup>

Tradizionalmente infatti il legislatore prevede ipotesi di non punibilità per (im)meritevolezza della pena relativamente a specifiche fattispecie incriminatrici,<sup>91</sup> ovvero a talune tipologie omogenee di reati, per lo più dove queste siano accomunate dal medesimo bene giuridico e le modalità di lesione dello stesso siano simili.

---

<sup>89</sup> Corte Costituzionale sent. 25 del 2015.

<sup>90</sup> G. Cocco (*La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, Diritto penale contemporaneo, 2014, pag. 19) proponendo una lettura critica e innovativa del ruolo della punibilità nel nostro ordinamento penale, riconosce che per addivenire a tale risultato sia preliminarmente necessario sconfessare il "ruolo di eccezione comunemente attribuito alle cause di non punibilità sopravvenuta ed, in termini più ampi, all'uso della punibilità".

Negli stessi termini anche M. Donini, il quale, riprendendo l'immagine della giustizia penale a imbuto, ricorda che "in termini puramente fattuali [...] l'eccezione è la punibilità attuata, la punizione, la sua concreta attuazione". *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, Cit., pagg. 90-91.

<sup>91</sup> La tendenza ad una previsione frammentaria delle ipotesi di non punibilità secondo M. Donini (*Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, Cit., pag. 103) sarebbe dovuta alla circostanza che "le scelte di politica criminale, a fronte di settori molto differenziati, non possono essere generali, se non al prezzo di una scarsa efficacia e precisione, oppure di una sostanziale elusione della matrice parlamentare dell'indirizzo, in realtà appaltato alla gestione giurisprudenziale".

Alla prima categoria appartiene la previsione di cui all'art. 387 co. 2, la quale esenta da pena chi permette di riacquisire alla giustizia un detenuto evaso per propria colpa, mentre alla seconda è ascrivibile la ritrattazione che estende il proprio ambito di applicazione ai delitti ricompresi tra gli artt. 371 bis e 373 c.p.<sup>92</sup>

L'art. 131 *bis* c.p. invece configura una clausola di non punibilità di portata generale applicabile, con l'eccezione delle ipotesi ostative, a tutti i reati il cui massimo edittale sia compreso entro i cinque anni di detenzione, eventualmente in aggiunta alla pena pecuniaria, facendo venire meno quel legame forte con la specificità del bene giuridico leso o posto in pericolo e con le peculiari modalità di lesione dello stesso.

È evidente che l'irrelevanza penale del fatto così come disciplinata oggi sembra dimenticarsi della necessità che la causa di punibilità sia connotata dai caratteri della tassatività per giustificare la rinuncia alla pena in presenza di un reato perfetto, quindi completo di tutti i requisiti astrattamente richiesti dalla legge per attivare la reazione statale.

A queste considerazioni si può obiettare che non è del tutto vero che nel nostro ordinamento non sono presenti cause di non punibilità (intese in senso lato) con campo applicativo generalizzato, pensiamo in particolar modo a due fattispecie, cioè la desistenza dal reato (art. 56 co3) e l'art. 35 del d.lgs. 274 del 2000.<sup>93</sup>

Tuttavia si deve evidenziare come queste ipotesi riguardino talune vicende del tutto particolari, l'interruzione volontaria dell'*iter* criminoso nel primo caso e una condotta riparatoria *ex post* limitata però ai reati di competenza del giudice di pace nel secondo, e non siano idonee a trasmettere quella portata generale che ha l'attuale art. 131 *bis* c.p.

---

<sup>92</sup> Si tratta dei reati di false informazioni al p.m., false informazioni al difensore, falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione. Queste fattispecie delittuose sono caratterizzate da una comunanza nelle modalità di commissione, mendacio o reticenza nei confronti di soggetti con un ruolo processuale (nell'ipotesi dell'art. 373 c.p. in realtà la falsità è realizzata "da" un soggetto con funzioni processuali), e nel bene giuridico tutelato, ovvero la corretta ed efficiente amministrazione della giustizia. In particolare la ritrattazione permette di sanare *ex post* quel *vulnus* al bene giuridico pubblicistico che era stato commesso in precedenza, garantendo quindi alla macchina processuale di riprendere fluidamente il suo corso.

<sup>93</sup> Mentre la prima fattispecie è più che nota, la seconda ha a che vedere con lo specifico rito davanti al giudice di pace e configura propriamente una causa di estinzione del reato, categoria concettuale spesso (ma non sempre) ricompresa nella nozione di cause di non punibilità in senso ampio.

*Art. 35. Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie 1. Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato [...].*

La dottrina tende a classificare le cause di non punibilità in due categorie, ossia originarie e sopravvenute,<sup>94</sup> individuando chiaramente come discrimine il momento di maturazione delle stesse.<sup>95</sup>

In questa distinzione non risiede solo una mera differenza temporale, ma anche una diversa connotazione strutturale delle cause di non punibilità, poiché mentre le prime sono legate tendenzialmente ad una caratteristica personale del reo, le seconde attengono ad un'azione, un comportamento riparatorio dell'autore dell'illecito volto a reintegrare il bene giuridico leso.

Per le cause originarie o concomitanti la legge di solito prende come riferimento le caratteristiche soggettive del soggetto agente, ovvero una particolare relazione dello stesso con l'oggetto giuridico offeso o con il relativo titolare, si pensi per il primo caso alle immunità riconosciute ai vertici istituzionali o diplomatici stranieri, per il secondo ai reati contro il patrimonio commessi nei riguardi di un familiare.

Per le cause sopravvenute invece viene in gioco una logica premiale, cioè la teoria del "ponte d'oro al nemico che fugge": il reo che si riporta entro i confini della legalità ponendo in essere una condotta di segno opposto rispetto a quella che aveva integrato la fattispecie penale è ritenuto non meritevole di sanzione penale in un'ottica causale e in un'ottica finalistica.

Per la prima si evidenzia che il reo "pentito" avendo riparato l'offesa perpetrata non dovrebbe andare incontro a sanzione perché sarebbe ormai venuta meno ogni esigenza specialpreventiva; per la seconda si ritiene che permettere l'immunità da pena a chi si sia adoperato per neutralizzare il proprio illecito rappresenti un incentivo tale da proteggere il bene giuridico tanto quanto il divieto posto dalla norma incriminatrice, se non addirittura oltre.

Ciò che appare chiaro è il carattere strettamente personale di queste ipotesi di esenzione dalla punibilità, riconosciuto praticamente all'unanimità da tutti gli interpreti e da cui si fa discendere l'importante corollario della non comunicabilità ai correi della medesima, ai sensi dell'art. 119 c.p.,<sup>96</sup> anche se taluni autorevoli autori tendono a indicare la necessità di tale conclusione solo in relazione a quelle condizioni di non punibilità che ineriscano ad una caratteristica personale

---

<sup>94</sup> Vedasi C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pagg. 94 ss.

Altri autori inseriscono anche le cause di estinzione del reato tra le cause di non punibilità, cfr. G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè Editore, Quarta edizione.

<sup>95</sup> In presenza di una causa di non punibilità sussistono "ragioni particolari, date da condizioni personali dell'agente o dai suoi rapporti con la vittima o da un suo comportamento successivo [tali da] sconsigliare la reazione dell'ordinamento penale". M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Riv. It. Dir. Pen. E Proc. Pen., 1990, pag. 60.

<sup>96</sup> Si confrontino a tal proposito G. Marinucci e E. Dolcini (*Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Cit.), nonché C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit.), ed in un'ottica comparatistica G. Fornasari (*I principi del diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, pag. 380) il quale specifica, in relazione all'ordinamento penale tedesco, che le cause personali di esclusione della pena ineriscono non tanto alla meritevolezza della stessa, quanto alla necessità della sanzione.

del soggetto agente o ad una sua contro condotta salvifica, non escludendo a priori che talvolta la soluzione possa essere differente.<sup>97</sup>

Come si può agevolmente notare queste esenzioni da pena non hanno riguardo al fatto, bensì a ciò che lo circonda o lo segue, cioè le connotazioni personali del soggetto agente e le sue azioni successive, ragione per cui al legislatore è parso opportuno confinare questo “beneficio” solo al legittimo titolare, lasciando intatta la pena in capo ai correi, anche in ossequio al carattere di specialità ed eccezionalità di queste clausole.<sup>98</sup>

Il secondo carattere fondamentale delle cause di non punibilità, che a prima vista potrebbe apparire contraddittorio rispetto al primo, è la loro rilevanza oggettiva: esse infatti trovano applicazione quando si verificano a prescindere dal fatto che siano conosciute o conoscibili, e non rilevano putativamente, cioè quando sono erroneamente ritenute sussistenti in capo al soggetto agente.<sup>99</sup>

Questo trattamento giuridico “rigoroso” delle cause di non punibilità, oltre ad essere perfettamente coerente ancora una volta con l’idea che le stesse rappresentino un’eccezione sul piano della teoria generale del reato<sup>100</sup> e quindi siano bisognose di un’interpretazione e di un’applicazione restrittiva malgrado operino in *favor rei*, è visto come uno specchio e al contempo un “bilanciamento” teorico necessario rispetto alle condizioni obiettive di punibilità di cui all’art. 44 c.p.

Sia che operino a favore del reo, sia che invece giochino a suo sfavore, gli elementi condizionanti la punibilità ma estranei alla struttura classica del reato assumono rilievo per la mera circostanza del loro verificarsi, senza l’esigenza o l’opportunità di interrogare la sfera soggettiva del reo al riguardo.

Ebbene nel quadro delle cause di non punibilità così complessivamente delineato, dare una collocazione precisa dell’articolo 131 *bis* c.p. pienamente rispettosa delle (poche) previsioni di legge relative a questi istituti, nonché delle categorie elaborate dalla dottrina maggioritaria espressasi in argomento, risulta

---

<sup>97</sup> M. Romano (*Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Cit., pagg. 68-69) avverte che “non è [...] impensabile che le ragioni di pratica opportunità del non punire, estranee al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, possano valere per sè stesse, in termini oggettivo – generali, e siano da riferire allora a tutti coloro che abbiano preso parte al reato”.

<sup>98</sup> “Se le cause soggettive [di esclusione della pena] lasciano sussistere l’illiceità del fatto, e si limitano a far venir meno la punibilità per ragioni [...] concernenti la persona del singolo reo, sarebbe del tutto ingiustificato estenderne gli effetti al di là dei soggetti cui direttamente si riferiscono”. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli Editore, Sesta edizione, pag. 530.

<sup>99</sup> D’altronde essendo “le ragioni della non punibilità [...] estranee all’atteggiamento dell’agente [è del tutto naturale che esse rilevino] per la sola circostanza di essere obiettivamente presenti”. M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Cit., pag. 68.

<sup>100</sup> La eccezionalità delle previsioni di non punibilità è confermata dalla lettura tradizionale, riportata da G. Cocco (*La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*. Cit., pag. 5), secondo la quale “la irrogazione della sanzione, predeterminabile e proporzionata, deve essere la naturale conseguenza dell’integrazione del reato, a cui si può rinunciare, come strumento eccezionale e marginale, solo in casi specifici e per precise ragioni di politica criminale non riguardanti il tipo astratto di illecito ma [...] legate alle peculiarità del caso concreto”.

piuttosto complesso, nonostante la chiara presa di posizione del legislatore e della Corte Costituzionale a tal proposito.<sup>101</sup>

Innanzitutto va osservato che in genere per quanto riguarda le cause di non punibilità “l’assenza di reazione da parte dell’ordinamento si spiega alla stregua di interessi esterni alla meritevolezza di pena, che non hanno nulla a che vedere né con il disvalore oggettivo del fatto, né con la situazione esistenziale - psicologica dell’agente”,<sup>102</sup> mentre è un dato pacifico che l’attuale art. 131 *bis* c.p. ruoti in buona porta attorno all’idea della meritevolezza, proporzione e ragionevolezza della sanzione.<sup>103</sup>

Sicuramente la speciale tenuità del fatto non ha i caratteri di una causa di non punibilità sopravvenuta, dal momento che la lievità del fatto è un tratto che connota il fatto nell’istate in cui esso si manifesta e a quel momento deve rivolgersi la ricostruzione del reato in sede giudiziale.

A poco rilevano le riflessioni circa la considerazione delle condotte posteriori riparatorie per tale istituto, poiché, oltre al fatto che il dato testuale sembra escludere questa possibilità malgrado la giurisprudenza più recente tenti di seguire il percorso opposto, è del tutto evidente che questa ipotesi potrebbe al massimo rappresentare solo una delle possibili manifestazioni del fatto irrilevante, non essendo per tale verso idonea a caratterizzare nella sua interezza l’istituto di cui all’art. 131 *bis* c.p.

Sarebbe istintivo quindi concludere che la clausola di irrilevanza del fatto vada inserita pacificamente nella seconda categoria delle esenzioni dalla pena, ossia tra le cause di non punibilità originarie o concomitanti.

In realtà tale assunto, se preso acriticamente, è alquanto ingenuo e ingannevole.

Come già abbiamo avuto modo di osservare, le clausole di non punibilità concomitanti sono contraddistinte da particolari condizioni soggettive del reo, legate o a ragioni di opportunità pura (ad es. le immunità per i capi di Stato stranieri) o a particolari rapporti tra il soggetto agente e il bene giuridico o la vittima, tali da rendere ingiustificata l’intromissione dell’ordinamento statale (ad es. i reati patrimoniali a danno di parenti).

L’art. 131 *bis* c.p. per come è strutturato non ha alcuna delle caratteristiche summenzionate perché è connaturato, quantomeno in prima battuta, a quella dimensione graduale del fatto che viene per lo più trascurata da tutte le altre previsioni di non punibilità originarie proprio perché attinente ai profili interni del reato.

---

<sup>101</sup> “La causa di non punibilità [di cui all’art 131 bis c.p.] non è qualificabile quale causa sopravvenuta, [...] né può parlarsi di causa di non punibilità originaria nel senso in cui ne discute la dottrina tradizionale”. C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 27.

<sup>102</sup> M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Cit., pag. 64.

<sup>103</sup> La legittimità delle clausole di non punibilità legate a ragioni di meritevolezza della sanzione è confermata dal fatto che “se la pena ha uno scopo diverso dalla sola riaffermazione dei valori violati [...] e dalla compensazione delle colpe [...], deve essere disapplicata o degradata tutte le volte in cui la sua esecuzione primaria appaia inutile rispetto alle finalità di intervento”. M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, Cit., pag.86.

A questo punto abbiamo di fronte a noi due alternative.<sup>104</sup>

O consideriamo l'art. 131 *bis* c.p. come un *tertium genus* nella costellazione delle cause di non punibilità, riservandogli un trattamento normativo del tutto peculiare che potrà attingere da quello generalmente valido per gli altri due tipi solo entro limiti di compatibilità, oppure facciamo rientrare il fatto penalmente irrilevante tra le ipotesi di non punibilità concomitanti, a patto però di rivedere l'inquadramento dogmatico di queste ultime, in ragione delle notevoli differenze del nuovo "ospite".

A onor del vero la dicotomia fin qui richiamata tra cause di non punibilità originarie e sopravvenute sembra avere più rilievi nella costruzione teorica che nella dimensione pratica, posto che il regime normativo applicato ad entrambe sembra il medesimo.

Tuttavia va sottolineato che potrebbe risultare pericoloso reputare questa omogeneità di disciplina un dato acquisito per almeno due ordini di ragione.

In primo luogo la figura della punibilità *lato sensu* intesa ha pochi parametri normativi espressi di riferimento (tra i più importanti l'art. 44 c.p. relativo alle condizioni obiettive di punibilità, cioè l'ipotesi contraria a quella alla nostra attenzione, e l'art. 119 c.p. che però ha uno spettro piuttosto ampio riferendosi in generale alle circostanze soggettive che escludono la pena, incluse ad esempio le scusanti), di conseguenza molto del suo impianto è in realtà ricostruito da studiosi e interpreti, con una garanzia di stabilità e certezza in fin dei conti relativa poiché potrebbe venire meno qualora tali orientamenti mutassero, senza la necessità che intervenga la penna del legislatore.

In secondo luogo è corretto osservare che forse su alcuni profili sarebbe opportuno distinguere la disciplina delle cause concomitanti rispetto a quella delle cause sopravvenute.

Ad esempio si è già in precedenza accennato alla regola tendenzialmente condivisa della rilevanza puramente oggettiva delle clausole di non punibilità; tuttavia in relazione alle cause sopravvenute, se davvero si vuole valorizzare l'assenza di una ragione specialpreventiva per la sanzione penale in questa ipotesi sarebbe preferibile concedere tale esenzione solo in presenza di una controcondotta riparatoria effettivamente e pienamente voluta dal reo.

Se è vero che risulta difficile immaginare un comportamento ripristinatorio del bene giuridico totalmente involontario, è altrettanto vero che talvolta tale azione può spiegarsi solo con ragioni di contingente opportunità, per la presenza di forti pressioni esterne tali da rendere la controcondotta una scelta necessitata più che ponderata, e in questo caso una concessione oggettiva della non punibilità potrebbe apparire non giustificata.

A chi rilevi che in tale modo si diminuirebbe la tutela del bene giuridico tutelato perché si negherebbe una forma di incentivo a porre in essere condotte riparatorie, si può agevolmente replicare che in tali ipotesi si è per lo più di fronte a situazioni in cui comunque a breve termine si verificherà un evento tale da

---

<sup>104</sup> "L'inoffensività dell'accaduto è una connotazione della vicenda che non preesiste alla stessa ma che emerge sulla base delle concrete caratteristiche dell'accaduto". C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 27.

ripristinare il bene giuridico tutelato<sup>105</sup> e la condotta del soggetto agente in realtà realizza solo un leggero anticipo rispetto al reintegro dello stesso.

Inoltre volgendo per un attimo lo sguardo alla disciplina delle circostanze, l'art. 62 n. 6 c.p. prevede una circostanza attenuante generale nell'ipotesi in cui il reo si sia *adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato*.

Ora, se persino nel quadro delle circostanze attenuanti, e quindi per l'applicazione di un semplice sconto della pena pari a un terzo, il legislatore richiede che il ravvedimento sia "spontaneo" non si capisce per quale ragione nel caso di un'esenzione radicale dalla sanzione tale imprescindibile requisito debba venire meno.

Un ulteriore profilo che distanzia l'art. 131 *bis* c.p. dalle forme ordinarie delle cause di non punibilità è quello che attiene al rapporto tra il suo contenuto e l'accertamento giudiziale, ovvero alla relazione che intercorre tra la fattispecie che origina l'esenzione dalla sanzione e gli sforzi che i soggetti processuali devono compiere per la relativa verifica.

Di norma infatti l'accertamento della sussistenza di una ipotesi di non punibilità si risolve in un'indagine molto breve e semplice perché consiste nella verifica di una condizione personale di un soggetto, o di un suo *status*, ovvero nell'accertamento di un'azione posteriore al fatto volta a elidene gli effetti dannosi.

Entrambe queste situazioni escludono dispendiose e capillari attività investigative, garantendo che si addivenga rapidamente ad una pronuncia di proscioglimento, oppure addirittura (e auspicabilmente) a rinunciare all'azione penale.

Nel caso dell'irrelevanza del fatto queste affermazioni non possono trovare riscontro.

I requisiti cui l'art. 131 *bis* c.p. vincola la concessione di questa particolare esenzione da pena non sono certamente di agevole soluzione perché non consistono in un mero riscontro di dati fattuali o connotati personale, ma implicano vere e proprie "valutazioni" cioè l'espressione di un giudizio, più o meno complesso a seconda dei casi, fondato su ciò che traspare dalla vicenda delittuosa.<sup>106</sup>

Non vi è qui quella celerità nel passaggio tra la ricostruzione degli elementi del reato e la verifica della sussistenza dei requisiti per la non sanzione che contraddistingue di norma le fattispecie di non punibilità.

L'art. 131 *bis* c.p. si fonda su due indici guida che corrispondono sommariamente alla modestia del fatto e alla non abitualità dello stesso.

Avremo migliore occasione in seguito di analizzare con maggiore precisione questi due requisiti, ma per ora ci basti osservare che il primo fa riferimento all'art.

---

<sup>105</sup> Si pensi al caso in cui il soggetto, accorgendosi dell'imminente scoperta del proprio crimine o del prossimo intervento delle forze di polizia ritorni sui propri passi annullando la precedente condotta criminosa, ovviamente laddove l'ordinamento preveda una condizione di non punibilità di tale tenore.

<sup>106</sup> Secondo C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 28) "la valutazione circa la tenuità del fatto non pare potersi risolvere in un accertamento agevole o inerente profili esterni al fatto di reato contestato tanto che a tale fine sembrerebbe più opportuna un'attenta istruttoria dibattimentale."

133 c.p. primo comma, cioè una buona parte degli indici che il giudice ha a disposizione per stabilire il *quantum* di pena da commisurarsi.

Proprio questa difficoltà nella verifica dei requisiti della particolare tenuità del fatto rende difficoltosa la sua applicabilità già nella sede delle indagini preliminari, che pure è espressamente prevista ed è anzi necessaria per il raggiungimento dei fini deflattivi cui questa novella ambisce.

Tutti i rilievi appena mossi servono a evidenziare non tanto l'erroneità dell'inquadramento della particolare tenuità del fatto tra le cause di non punibilità, quanto invece il *novum* che questa rappresenta al loro interno.

L'inserimento dell'art. 131 *bis* tra le clausole di esenzione dalla pena non è un esito "naturale" per la struttura e la configurazione dell'irrilevanza del fatto, ma una scelta di compromesso, di politica legislativa.

Da un lato sembrava eccessivo delineare la modestia del fatto come una condizione idonea a eliminarne la tipicità del reato per l'impatto sistematico che avrebbe riguardato l'ordinamento penale nel suo complesso, per la conseguente "scomparsa" di ogni traccia *pro futuro* di tale episodio criminoso (il proscioglimento ex art. 131 *bis* c.p. invece, come fatto illecito ma non punibile, viene iscritto nel casellario giudiziario principalmente al fine di condizionare una futura nuova concessione di questa ipotesi di non punibilità) nonché per il messaggio che tale scelta politica avrebbe potuto dare ai cittadini in netta controtendenza rispetto alle presunte o reali esigenze di maggiore tutela da parte delle strutture normative.

Dall'altro lato la connotazione processualistica dell'irrilevanza del fatto come causa di improcedibilità appariva una forzatura troppo evidente, persino maggiore rispetto all'art. 34 d.lgs. 274 del 2000, che già di per sé pareva distanziarsi sotto taluni profili dall'aspetto ordinario delle ipotesi di non procedibilità e manifestava l'inopportunità di costringere nelle maglie di un istituto processuale un fenomeno di chiara vocazione sostanziale.

La ricchezza dei contenuti e delle prescrizioni di cui all'odierno art. 131 *bis* c.p. non poteva che condurre ad una qualificazione sostanzialistica dello stesso, specialmente alla luce della delicatezza del relativo accertamento.

La dottrina praticamente unanime, pur riconoscendone le indiscutibili peculiarità, aderisce compatta alla descrizione dell'art. 131 *bis* c.p. come causa di non punibilità, radicando questa impostazione su una serie di solidi indici testuali.

*In primis* viene in rilievo la *rubrica legis* che parla espressamente di esclusione della punibilità; in secondo luogo il dettato normativo stesso fa riferimento ad una punibilità esclusa in ipotesi di irrilevanza del fatto; in seguito il posizionamento topografico della norma (Titolo V, Capo I c.p.) ne mette in risalto la natura di valutazione attorno ad un reato già identificato come tale e la cui paternità non è oggetto di discussione, circostanze ampiamente riaffermate dalla Relazione allo schema del decreto legislativo; infine l'art. 651 *bis* c.p.p., introdotto ai fini di adeguare la disciplina processuale alla novella sostanziale, stabilisce che la sentenza dibattimentale che faccia applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. sia idonea a fare stato circa l'accertamento del fatto di reato e la sua riconducibilità al reo, integrando così quella figura di "condanna mascherata" che già in



precedenza abbiamo provocatoriamente utilizzato per descrivere questa fattispecie.<sup>107</sup>

La scelta di lasciare intatto il carattere illecito del fatto delittuoso, oltre che essere concettualmente condivisibile, segnala ai cittadini e agli operatori giuridici la volontà del legislatore di non rinunciare alla minaccia della sanzione penale, da taluni ritenuta già da sola espressiva di una sufficiente efficacia general preventiva,<sup>108</sup> pur permettendogli di non ricorrere agli onerosi strumenti dell'esercizio punitivo in presenza di fatti che non sembrano richiederlo o meritarlo, raggiungendo così quegli scopi deflattivi che hanno svolto un ruolo determinante per il buon esito del progetto normativo.

In definitiva ci sembra difficile negare che l'art. 131 *bis* c.p. introduca nel nostro ordinamento una causa di non punibilità totalmente nuova nel suo genere, tale da mettere forse in discussione il carattere di eccezionalità che tradizionalmente rivestono le vicende delle punibilità nel sistema penalistico italiano, pur manifestandoci al riguardo ancora fedeli dalla lettura tradizionale di questa relazione.

È probabilmente scorretto parlare di una crisi del rapporto tra generalità e specialità prima ancora di aver osservato nel dettaglio gli elementi su cui si fonda l'irrelevanza del fatto e i primi riscontri applicativi della stessa, ma senza dubbio è lampante la vocazione generalizzata di questo istituto, data dalla configurazione del suo campo applicativo, e una sua certa indeterminatezza di confini, posto che, malgrado l'impegno del legislatore a fissare paletti sempre più precisi, si tratta di una figura normativa in cui il peso specifico della discrezionalità dell'organo giudicante rimarrà sempre decisivo.<sup>109</sup>

Non a caso, dato che questo intervento normativo è "fratello" rispetto a un fenomeno di depenalizzazione più o meno coeva, non mancano gli autori che descrivono questi interventi come una doppia depenalizzazione: in concreto la prima, in astratto la seconda.

---

<sup>107</sup> Cfr. G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 3.

<sup>108</sup> Vedasi la complessiva linea teorica di G. Cocco in *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, Cit.

<sup>109</sup> La innegabile discrezionalità del giudicante in relazione a istituti come questo è in realtà assolutamente fisiologica dal momento che "l'*extrema ratio* [...] dovrebbe ispirare dialetticamente il sistema penale anche nella fase dell'applicazione e dell'esecuzione, e richiede qui un'attiva collaborazione della magistratura, ma nello stesso tempo una rinnovata fiducia in spazi di discrezionalità che le andranno affidati". M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, Cit., pag. 82.

## **Capitolo Secondo**

### **DALLA PROGETTAZIONE ALLA REALIZZAZIONE DELLA CLAUSOLA DI ESIGUITÀ DEL FATTO: L'ITER LEGISLATIVO CHE HA MODELLATO LE FORME DELL'ART. 131 BIS C.P. E LE INDICAZIONI SUI LIMITI ESTERNI DI APPLICABILITÀ DELL'ISTITUTO.**

Il vigente articolo 131 bis c.p. si esprime nei seguenti termini.

*Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.*

*L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o 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 ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.*

*Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.*

*Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.*

*La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.*

L'attuale configurazione della particolare tenuità del fatto nel codice penale italiano è frutto di una non scontata evoluzione che ha visto alcuni significativi salti tra le indicazioni fissate nella legge delega e gli approdi cui è giunto il risultato definitivo, con novità molto importanti anche rispetto al primo progetto predisposto dall'Esecutivo.

**a) Il percorso normativo dalle indicazioni della legge delega alla configurazione attuale dell'art. 131 bis c.p.**

*I. I contenuti della legge delega n. 67 del 2014: il progetto complessivo e le fondamenta dell'odierna irrilevanza del fatto nel processo penale ordinario.*

Come già accennato la legge delega n. 67 del 2014 nasceva in sostanza come risposta del Parlamento italiano alle pressioni sovranazionali che imponevano la predisposizione di nuovi strumenti (o l'aggiornamento di quelli già disponibili) tali da permettere un rilevante abbattimento del numero dei ristretti nelle carceri italiane e al contempo capaci di rendere più veloce ed efficiente l'esercizio della giurisdizione penale.

È chiaro che rispetto a tali obiettivi, e soprattutto in relazione all'urgenza di questi miglioramenti (si trattava di ridurre la popolazione carceraria di più di diecimila unità in circa un paio di anni) l'introduzione di un istituto come la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, pur certamente utile, non poteva che rivestire un ruolo marginale e secondario, risultando ovviamente "preferibili" interventi diretti sull'apparato sanzionatorio, in chiave di sospensione o rinuncia all'esecuzione di pene (detentive) già irrogate o da irrogarsi.

Infatti la legge delega 67 del 2014 mirava per l'appunto a realizzare quella tanto agognata riforma del sistema sanzionatorio italiano, passando dalla tradizionale prospettiva carcerocentrica del nostro diritto penale ad un assetto più moderno, in grado di prevedere un ventaglio di soluzioni punitive variegato, così da evitare da un lato il ricorso a fantasiosi meccanismi di rinuncia alla pena, giustificati solo dal dato contingente del sovraffollamento carcerario, e da introdurre dall'altro strumenti di punizione più adatti (e quindi efficaci) alla specifica tipologia del reato e del reo.<sup>110</sup>

A conferma di quanto detto, la normazione del fatto penalmente esiguo era originariamente estranea al progetto di legge delega *de qua*, avendovi fatto ingresso solo in un secondo momento, come elemento integrativo di una proposta di riforma già di per sé completa in relazione alle tecniche e agli scopi perseguiti.<sup>111</sup>

In fondo ancora non si era spenta quell'aspirazione che da diversi anni aveva cercato invano di allargare gli istituti di cui all'art. 27 d.p.r. 448 del 1988 e all'art. 34 del d.lgs 274 del 2000 anche al giudizio penale ordinario, trovando nelle "sollecitazioni" europee al legislatore italiano per un intervento rapido ed effettivo sul diritto positivo una ghiotta occasione per sorpassare gli ostacoli che in

---

<sup>110</sup> "[La complessiva ineffettività della pena] germina [...] da una impostazione pervicacemente carcerocentrica del sistema la quale, producendo sovraffollamento, comporta una costante torsione in senso decarcerizzante degli istituti originariamente concepiti in chiave rieducativa". F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2014, pag. 1702.

<sup>111</sup> Ce ne dà conferma A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 7) laddove ricorda che "nell'originaria proposta di legge Ferranti e altri (Atto C. 331) [...] poi sfociata nella legge n. 67 del 2014, non vi era traccia dell'istituto della particolare tenuità del fatto, occupandosi il testo [...] esclusivamente della materia delle pene detentive non carcerarie, della messa alla prova degli adulti e della sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili".

precedenza avevano impedito la previsione di una clausola generale di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il prodotto finale della legge delega n. 67 del 2014, oltre a disciplinare l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, giunse quindi alla previsione di quattro differenti deleghe al governo: la prima era quella di cui ci stiamo occupando, ovvero l'introduzione di una clausola di non punibilità per esiguità del fatto; la seconda ambiva a riformare il novero e il contenuto delle pene principali; la terza e la quarta erano indirizzate verso la depenalizzazione in astratto di taluni titoli di reati da ricondurre a illeciti amministrativi da un lato, e a illeciti civili da punirsi con una neonata forma di sanzione civile punitiva dall'altro.

Per quanto di nostro interesse, l'art. 1 let m) della legge in questione affidava all'Esecutivo il compito di dettare una normativa finalizzata ad *escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale.*

La legge sul punto appare già a prima vista alquanto laconica se pensiamo alla portata generale che il nuovo istituto avrebbe dovuto rivestire e alle profonde diversità di vedute che sul punto animavano gli esperti, testimoniate dal naufragio dei precedenti tentativi di codificazione della particolare tenuità del fatto nei codici sostanziale e processuale, con le conseguenti critiche nei confronti di una delega insufficientemente precisa e dettagliata, ai limiti della legittimità costituzionale.

Tuttavia, in queste poche righe il Parlamento ha dato alcune indicazioni importanti al Governo sull'assetto del nascente art. 131 *bis* c.p., comprimendo o allargando a seconda dei casi la discrezionalità tecnica di quest'ultimo.<sup>112</sup>

Innanzitutto la previsione di un'ipotesi di esclusione della punibilità ha direzionato in modo netto la qualificazione giuridica dell'art. 131 *bis* c.p., impedendo *expressis verbis* quell'opzione (solo) processuale percorsa talvolta nelle legislature precedenti.

Pare quindi che la scelta per una clausola di carattere sostanziale, su cui già nelle pagine precedenti ci siamo soffermati, abbia avuto in realtà per il legislatore delegato un carattere necessitato, anche se non manca chi sottolinea che già in quelle scarse prescrizioni della legge delega si annidava una parziale contraddizione sul punto (indice della difficoltà di definire con una formula netta la natura dell'irrelevanza del fatto) laddove si è conferito il mandato per una modifica *ad hoc* del codice di procedura penale, dal momento che "nessun bisogno vi sarebbe stato di adeguare la relativa normativa processuale essendo più che sufficiente il disposto dell'art. 129 c.p.p."<sup>113</sup>

Ancora più rigido è stato il legislatore delegante nel momento della selezione del campo applicativo dell'esiguità del fatto, quantomeno per

---

<sup>112</sup> In questa sede ci limiteremo ad una esposizione sommaria dei profili di più immediata evidenza della particolare tenuità del fatto per come emergono dalla legge delega n. 67 del 2014, mentre nelle pagine seguenti porremo maggiore attenzione sull'evoluzione dei singoli elementi che compongono questo istituto anche alla luce del confronto con le precedenti ipotesi di esiguità del fatto del processo minorile e di quello avanti al giudice di pace.

<sup>113</sup> Cit. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Cit., pag. 1707 – 1708.

l'individuazione delle fattispecie astratte che possono ritenersi incluse: il giudice può applicare l'art. 131 *bis* c.p. "solo" per i reati puniti con la pena detentiva fino al massimo dei cinque anni, sola o congiunta alla pena pecuniaria.

Questa soluzione è per certi versi mediana tra i precedenti tentativi di previsione di un'ipotesi di irrilevanza penale del fatto solo per reati puniti con pochi anni di reclusione come sanzione massima e quei rilievi dottrinali che evidenziano l'irrazionalità di una preclusione astratta al riconoscimento della speciale tenuità del fatto sulla base dei meri limiti edittali.<sup>114</sup>

Nulla ha potuto decidere quindi il delegato per ciò che riguarda il parametro da prendere in considerazione per la delimitazione della sfera operativa dell'esiguità del fatto (il massimo della pena astratta) e per la quantificazione di questa soglia (cinque anni), tuttavia ha avuto spazio di manovra per la scelta dell'incidenza delle circostanze sul limite edittale, in relazione alla quale ha deciso di seguire le strade già diffusamente percorse da varie disposizioni dei nostri codici, inserendo qualche elemento di novità di non poco conto su cui meglio ci soffermeremo in seguito.<sup>115</sup>

Proseguendo nell'osservazione della delega del 2014 in materia di particolare tenuità del fatto vengono poi espressamente indicati i due criteri guida su cui ruota l'istituto: la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine della condotta criminosa.

In relazione a questo profilo sono tre le considerazioni immediate da fare, specie alla luce dell'esperienza pregressa sul campo minorile e su quello del giudice di pace.

Viene meno innanzitutto qualsiasi indicazione relativa all'elemento soggettivo del reato, e quindi al profilo della colpevolezza, non potendosi ritenere che nella nozione di particolare tenuità dell'offesa possano includersi anche tali aspetti, dal momento che nel lessico penalistico il lemma "offesa" ha tipicamente una connotazione oggettiva.<sup>116</sup>

Se nell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 tale requisito era ugualmente assente, ma ritenuto comunque sussistente in via implicita dall'orientamento maggioritario, nell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 questo elemento è stato esplicitato, e spesso nei precedenti tentativi di introduzione di una clausola generale di non punibilità

---

<sup>114</sup> M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, 2016, pag. 7) richiama alcune critiche relative alla "rigidità del termine, che non terrebbe conto di situazioni bagatellari anche se punibili con livelli di pena superiori ai 5 anni, come le cosiddette micro-ricettazioni", mentre T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com), Guida al Diritto, 2015) afferma chiaramente che "in linea di principio, ogni reato è perfettamente suscettibile di una valutazione in termini di particolare tenuità".

<sup>115</sup> Il riferimento va ovviamente all'esclusione del bilanciamento ex art. 69 c.p. per le circostanze a effetto speciale e per quelle che prevedono una pena di specie diversa.

<sup>116</sup> M. Donini (*Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Cit., pag. 23) sottolinea come "un tratto molto italiano fa dell'offensività una grandezza di tipo oggettivo" e, malgrado questo requisito non sia sufficiente per ricorrere alla pena in ragione della valorizzazione di una responsabilità penale personale e colpevole, non si può negare che "quando si parla di offesa del bene, la componente soggettiva dell'illecito non vi è tradizionalmente contenuta".

per esiguità del fatto è stata prevista anche una valutazione di tenuità della colpevolezza.<sup>117</sup>

Sui motivi di questa scelta differente in relazione all'art. 131 *bis* c.p. ci dilungheremo più avanti, anche perché il legislatore delegato ha introdotto disposizioni che potrebbero potenzialmente disattendere questa presa di posizione del Parlamento.

Ciò che fin da adesso sembra opportuno segnalare è che difficilmente questa assenza può essere ritenuta una mera dimenticanza del delegante, come tale "rimediabile" dall'Esecutivo in sede di predisposizione del decreto legislativo<sup>118</sup>: al contrario, alla luce del dibattito su tema e degli esperimenti normativi sul punto, va ritenuto che questa sia stata una decisione ponderata dell'organo legiferante e che di conseguenza ogni previsione o interpretazione in senso contrario sia inevitabilmente macchiata da un sospetto forte di eccesso di delega, se non addirittura di violazione espressa della stessa.

In secondo luogo va ravvisato il passaggio dall'occasionalità del comportamento, presente tanto nell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 quanto nell'art. 34 d.lgs. 274 del 2000, alla non abitualità dello stesso prevista invece dalla legge delega 67 del 2014.

Analizzeremo nel dettaglio la portata di questo mutamento di prospettiva, ma balza subito all'occhio la volontà del legislatore di alleggerire un poco il peso della carriera criminale del reo nella concessione di questa esclusione dalla pena, facendo avanzare le esigenze deflative rispetto alle istanze preventive seppur senza rinunciare comunque alla (discutibile) inclusione di questi profili legati alla personalità dell'imputato o indagato nell'ambito dell'irrelevanza penale del fatto.

In realtà di per sé il cambiamento dall'occasionalità alla non abitualità della condotta sarebbe potuto essere di poco conto se posto esclusivamente nelle mani dell'interpretazione giurisprudenziale, che verosimilmente avrebbe potuto utilizzare la giurisprudenza settoriale sviluppatasi attorno alla nozione di occasionalità per riempire di contenuto la nuova formula prevista dalla legge delega.<sup>119</sup>

Ciò che invece sembra aver imposto una cesura piuttosto netta rispetto alle formule del rito minorile e di quello di competenza del giudice di pace risiede senz'altro nelle ipotesi esplicite di abitualità del comportamento, disciplinate al

---

<sup>117</sup> F. Palazzo (*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Cit., pag. 1709) ammette che la legge delega "[contiene] un'abbastanza vistosa deviazione dai precedenti e dalle proposte legislative in materia".

<sup>118</sup> "La scelta del delegante è stata [...] netta nel ripudiare, a differenza delle esperienze passate, indici meramente soggettivi". A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrocchio, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 24.

Negli stessi termini A. R. Castaldo (*La non punibilità per particolare del fatto: il nuovo art. 131 bis c.p.*, Cit., pag. 119) secondo il quale "la scelta effettuata dalla legge delega [...] non può certo essere casuale".

<sup>119</sup> In fondo C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, G. Giappichelli Editore, 2005, pag. 246) un decennio prima dell'introduzione dell'art. 131 bis c.p. scriveva, a proposito degli artt. 27 del d.p.r. 448 del 1988 e 34 del d.lgs. 274 del 2000, che "un fatto può restare occasionale, pur se non unico o episodico, purché non integri una condotta abituale o sistematica", manifestando quindi in anticipo una potenziale omogeneità di contenuti tra la più antica nozione di occasionalità del comportamento e la più moderna previsione di non abitualità dello stesso.

comma terzo dell'attuale art. 131 *bis* c.p. e i cui meriti o demeriti sono da imputarsi esclusivamente alle scelte del legislatore delegato.

Infine per la prima volta la speciale esiguità del fatto viene presa in considerazione in termini "puri" o quasi,<sup>120</sup> a differenza delle sperimentazioni precedenti in cui, seppur con ruoli diversi, le logiche della proporzione della pena rispetto al fatto commesso erano contaminate da esigenze diverse ed estranee all'episodio delittuoso strettamente inteso.

Se nel giudizio penale minorile vi è la necessità di evitare un impatto sfavorevole del processo penale sulla crescita e sulla formazione dell'imputato, nell'ambito della competenza penale del giudice di pace è opportuno verificare che la vicenda processuale non alteri la vita familiare, il lavoro, la salute e lo studio del reo.

La legge 67 del 2014, e di conseguenza il d.lgs. 28 del 2015, hanno invece rinunciato a tale genere di presupposti ritenendo di fatto che il primo sia specificamente ritagliato per la tipologia di imputato cui è rivolto, mentre il secondo risulti una formula vaga e indefinita, incapace di rappresentare seriamente un parametro normativo idoneo a direzionare o vincolare le valutazioni dell'organo giudicante.

Sebbene questo lavoro affronti le clausole di esenzione dalla pena per particolare tenuità del fatto nel rito minorile e in quello del giudice di pace solo in via trasversale, cioè per i profili che interessano nell'ottica di una comparazione con l'attuale art. 131 *bis* c.p., riteniamo opportuno dedicare nell'immediato qualche riga in più sulla tematica di questi requisiti legati all'incidenza del processo penale sulle esigenze dell'imputato, pur se assenti nell'ipotesi generale normata nel codice penale, poiché il dibattito sviluppatosi sulla loro portata e le relative criticità hanno svolto un ruolo non trascurabile nell'approccio italiano all'istituto dell'irrelevanza penale del fatto.

## *II. L'abbandono di fattori esterni teleologici nella definizione del fatto particolarmente esiguo: i perché di un dietrofront avvertito come necessario.*

Storicamente il legislatore italiano, quando è riuscito a introdurre ipotesi settoriali di esiguità del fatto, ha sempre preferito aggiungere alla valutazione complessiva cui era chiamato il giudice anche taluni profili piuttosto distanti dalla manifestazione concreta della condotta delittuosa, includendo in questo peculiare giudizio componenti da ricondursi ad istanze specialpreventive, si direbbe di stampo positivo.

In ambedue i casi, art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 e art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, si è dato rilievo a fattori totalmente esterni al fatto delittuoso, se non addirittura al reo stesso,<sup>121</sup> che prendono tuttavia atto del carattere di "pena

---

<sup>120</sup> Il "quasi" è d'obbligo dal momento che il requisito della non abitualità, di per sé lontano dalle caratteristiche del fatto di reato come meglio si dirà, sembra mantenere ancora nell'orbita dell'irrelevanza del fatto ragioni di prevenzione speciale e generale che mal si prestano a tracciare i contorni di una causa di non punibilità di questo tipo, quantomeno laddove si voglia attribuire una valenza "definitoria" a questo requisito.

<sup>121</sup> F. Sgubbi (*L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, Cit., pagg. 164) notando come di fatto il requisito della mancanza di pregiudizio alla vita di relazione dell'imputato derivante dal processo penale sia uno dei pochi elementi di differenza tra la valutazione ordinaria del giudice penale ex art. 133 c.p. e quella ex art. 34 del d.lgs. 274 del

anticipata”<sup>122</sup> che l’odierno contesto sociale assegna alla celebrazione del processo penale, tanto da renderne opportuna l’esecuzione solo ove il fatto, ancor prima di un pieno accertamento, non si palesi *ab origine* come sicuramente irrisorio e incapace di turbare l’ordine sociale.

In particolare nel giudizio penale minorile la rinuncia alla risposta dell’ordinamento penale al fatto tipico (tenue ed occasionale) è possibile *quando l’ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne*.

Ciò detto, data la particolare attenzione che il nostro sistema giuridico riserva al minorenne, se non altro per espresso volere dell’art. 31 Cost., risulta davvero arduo immaginare ipotesi in cui al contrario sia giustificabile la soggezione al processo penale di un minore chiamato a rispondere di un fatto concretamente bagatellare, senza che il suo percorso formativo possa risultarne intaccato.<sup>123</sup>

Per questo motivo, al fine di non lasciare che questa previsione rimanga lettera morta e per valorizzare comunque l’apprezzabile obiettivo del legislatore di porre un *focus* importante sul rapporto tra vicenda processuale e esigenze educative dell’imputato, parte della dottrina ha proposto di ribaltare il *modus operandi* di questo requisito: invece di evitare la celebrazione del processo penale nelle ipotesi in cui questo risulti dannoso per la crescita del giovane, si propone di ricorrervi solo qualora questo sia utile in un’ottica di responsabilizzazione del minorenne.<sup>124</sup>

Si tratterebbe insomma di trasformare un presupposto negativo in un requisito positivo.

Malgrado questa proposta di ortopedia ermeneutica abbia trovato proseliti, non sono comunque mancate talune critiche volte ad evidenziare come da un lato sul piano storico - testuale tale opzione era originariamente prevista nel progetto preliminare di tale disposizione, e sarebbe di conseguenza un poco paradossale recuperare in via interpretativa il dettato di un disegno normativo “estinto” trascurando le prescrizioni di quello che ne ha preso il posto, dall’altro sul piano logico ed empirico continua ad apparire utopia la possibilità che un processo penale possa arricchire il percorso di crescita di un minore, piuttosto che segnarlo irrimediabilmente, sempre alla luce della lievità della condotta criminosa tenuta.

---

2000, descrive questo presupposto come un “fattore del tutto estrinseco non solo al fatto-reato bensì anche al soggetto in quanto autore del fatto”.

<sup>122</sup> Lo stesso F. Sgubbi (*L’irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, Cit., pagg. 165-166), a proposito dell’art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, rileva come “dal punto di vista teorico la novità [sia] interessante. Per la prima volta [...] il legislatore si rende conto della offensività del processo. Non è in gioco, dunque, l’offensività del fatto-reato rispetto al bene protetto: si discute invece della offensività del processo rispetto all’indagato”.

<sup>123</sup> C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag.260) non manca di evidenziare come “la prosecuzione del processo a carico di un minorenne, per un fatto irrilevante, è sempre, per forza di cose, pregiudizievole per la sua educazione”.

<sup>124</sup> “In ambito minorile [...] viene valorizzato il pregiudizio per le esigenze educative dell’interessato, sebbene l’interpretazione offerta dalla dottrina sia quella di leggere il requisito in esame non in termini di pregiudizio arrecato dal processo, quanto di utilità”. E. Mattevi, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi, in Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Cit., pagg. 72-73.



Sulla legittimità costituzionale di questo presupposto dell'art. 27 d.p.r. 448 del 1988 gli studiosi si dividono: a chi sostiene un'insanabile contrasto con il secondo comma dell'art. 25 Cost. e con l'art. 3 Cost., sulla scorta dell'impossibilità di intravedervi precise indicazioni per l'organo giudicante, con il conseguente rischio di applicazioni personalistiche ed arbitrarie di questa clausola di esenzione dalla pena, si contrappone l'orientamento che ritiene l'istituto in questione perfettamente aderente al dettato dell'art. 31 Cost. e afferma l'impossibilità di introdurre parametri legislativi troppo stringenti per questo genere di valutazioni giudiziali.<sup>125</sup>

All'interno dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 invece il fattore esterno assume le vesti del pregiudizio derivante dal processo alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona indagata o imputata.

Rispetto alla formula adottata nel processo minorile questa disposizione ha il pregio di definire con maggiore precisione quali esigenze specifiche vadano preservate dalla dannosità del giudizio penale, tuttavia la vastità delle stesse e l'assenza di una griglia logica o gerarchica nella loro ponderazione<sup>126</sup> finiscono per determinare negativamente la valutazione complessiva di questa scelta normativa.

L'elenco dei valori relazionali da tutelare rispetto ai risvolti dannosi della vicenda processuale risulta fondamentalmente vuoto in mancanza di istruzioni sul relativo utilizzo per il giudice<sup>127</sup>: i principi di legalità e determinatezza che circondano tanto il diritto penale sostanziale quanto la disciplina processuale genericamente intesa, impongono che il legislatore metta nelle mani degli interpreti non solo gli strumenti per perseguire gli obiettivi indicati o adempiere i compiti imposti, ma anche l'indicazione della via da seguire nel loro impiego in modo da rendere controllabili e sindacabili le conclusioni cui questi giungano.

Anche questa previsione non sfugge ai dubbi di compatibilità costituzionale avanzati dalla dottrina; anzi, se possibile per tale ipotesi la concordia degli

---

<sup>125</sup> Al primo orientamento va ascritta C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 262 e ss.), mentre sembra indirizzata verso il secondo E. Mattevi, (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 73).

<sup>126</sup> Tra l'altro l'utilizzo della disgiuntiva "o" crea ulteriore indeterminazione perché non è chiaro quanti di questi profili relazionali debbano essere minati dal processo penale perché si addivenga ad una declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto e se tale decisione possa legittimamente essere affidata esclusivamente alla discrezionalità del giudice.

Ad esempio si potrebbe immaginare che la tutela della salute e quella dello studio non possano essere poste sullo stesso piano, e quindi che solo la lesione della prima possa autonomamente condurre ad una rinuncia al processo, mentre per la seconda siano necessario il sussidio di ulteriori difficoltà relazionali.

Diversamente opinando si potrebbe sostenere che basti la messa in pericolo di uno solo di questi "beni" della persona per l'applicazione dell'art. 34, dal momento che il baricentro dell'istituto va lasciato alla valutazione sulla tenuità del fatto, mentre il fattore esterno del pregiudizio derivante dal processo avrebbe una mera funzione confermativa e risulterebbe eccessivamente rigorosa l'interpretazione contraria.

<sup>127</sup> "La formulazione normativa è generica al punto, da giustificare valutazioni diametralmente opposte delle medesime situazioni concrete, poiché il peso specifico delle circostanze cui la norma assegna rilievo non è legislativamente predeterminato, rimettendo al giudice e alla sua personale scala di valori reputarle significative o meno". C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pagg. 265-266.

studiosi è addirittura maggiore perché venendo meno l'appiglio dell'art. 31 Cost. (tutela della gioventù), in ragione dell'estraneità della figura del minorenni in questa sede, il *vulnus* agli artt. 3, 25 e 112 Cost. appare ancora più lampante.<sup>128</sup>

Sulla portata sistematica del requisito del pregiudizio derivante dal proseguo del processo gli accademici sembrano piuttosto compatti nel limitarne la rilevanza ad un carattere semplicemente integrativo o confermativo rispetto al giudizio di speciale tenuità del fatto in senso stretto.<sup>129</sup>

Di fatto nessuna autonomia concettuale e pratica viene riconosciuta a questo fattore esterno rispetto alla dimensione oggettiva dell'episodio criminoso,<sup>130</sup> sia per la forte indeterminatezza del suo *modus operandi* appena descritta, sia per l'illogicità di rinunciare all'applicazione di questa causa di improcedibilità in presenza di un fatto esiguo per la mera circostanza che il processo non vada ad inficiare la vita relazionale dell'indagato o imputato, ammesso e non concesso che tale ipotesi sia realmente possibile data l'ampiezza degli interessi tutelati.

All'esito di questa sintetica panoramica sui pregi (pochi) e sui difetti (molti) di questi elementi afferenti alla dannosità personale e sociale del processo penale inseriti nelle precedenti formule di irrilevanza del fatto dovrebbe evincersi chiaramente la bontà della scelta compiuta dal legislatore del 2014 nell'imporre questa cesura rispetto al passato.

Le sperimentazioni settoriali hanno mostrato l'inefficacia e l'irrazionalità di inserire tali logiche all'interno del fatto penalmente tenue, per cui la disciplina attuale si è correttamente distanziata dai suoi predecessori evitando di considerare le conseguenze derivanti dalla vicenda processuale strettamente intesa come un fattore in grado di incidere o meno su questa forma di esclusione dalla pena.

### *III. L'impatto "rivoluzionario" delle osservazioni delle Commissioni Giustizia: le integrazioni dello schema originario dell'irrilevanza penale del fatto tra opportune specificazioni e chiarimenti destabilizzanti.*

Ritornando all'*iter* evolutivo dell'art. 131 *bis* c.p., bisogna rilevare come il primo schema di decreto inviato dal Governo alle Camere abbia adottato una prospettiva minimalista, volta a dare attuazione alle indicazioni ricevute nella delega senza particolari soluzioni innovative.

---

<sup>128</sup> Cfr. E. Mattevi, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 73.

<sup>129</sup> Secondo C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pagg. 267-268) "una soluzione pratica apprezzabile [...] per evitare le conseguenze intollerabili dell'applicazione del parametro, finisce con lo svuotarlo di contenuto, riducendolo a corollario di una decisione già presa secondo i primi tre criteri che la norma enuncia".

<sup>130</sup> Nella lettura data all'istituto da E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 74) "il riferimento all'effetto pregiudizievole del processo è stato mantenuto, ma esso costituisce [...] un mero contributo di chiarificazione e non certo una condizione ineludibile per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto".

In tale occasione l'Esecutivo ha mantenuto una connotazione prettamente materialistica della tenuità del fatto,<sup>131</sup> incentrata sull'intensità dell'offesa perpetrata, e ha preferito non cimentarsi nell'ardua impresa di definire cosa si intendesse per non abitualità del comportamento nella convinzione di poter lasciare tale compito nelle mani della ventura giurisprudenza.

Tuttavia a seguito dell'esame del progetto da parte delle due aule del Parlamento, lo schema iniziale si è considerevolmente arricchito di contenuti che ne hanno in parte rimodulato le fattezze.<sup>132</sup>

In particolare, all'esito dei lavori del legislatore delegato, si sono possono notare quattro profili di novità tra la configurazione attuale dell'art. 131 *bis* c.p. e le indicazioni della legge delega.

*In primis* il legislatore delegato si è curato di precisare in relazione allo spettro applicativo dell'istituto quale ruolo dovesse riconoscersi alle circostanze del reato.

In coerenza con le scelte fatte per diversi altri istituti di natura processuale,<sup>133</sup> si è proseguito nella direzione di distinguere le circostanze del reato in due blocchi: da un lato le circostanze autonome e quelle ad effetto speciale, le quali, essendo "dotate agli occhi del legislatore di una speciale significatività che le avvicina a sottospecie autonome",<sup>134</sup> vanno tenute in considerazione ai fini dell'inclusione o meno del reato nel campo applicativo dell'art. 131 *bis* c.p.; dall'altro tutte le altre circostanze, a cui non è assegnato alcun ruolo ai fini della valutazione sull'applicabilità astratta della particolare tenuità del fatto.

Meno scontata e certamente più problematica la scelta confluita nell'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 131 *bis* c.p., ai sensi del quale, quando vengano in gioco circostanze del primo tipo, ma di segno diverso, *ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.*

Questo divieto di bilanciamento tra circostanze è da imputarsi secondo parte della dottrina<sup>135</sup> ad un passaggio maldestro nel percorso di approvazione del decreto legislativo: il suggerimento della Commissione Giustizia della Camera andava nella direzione di evitare il bilanciamento tra le circostanze autonome o ad effetto speciale da un lato e le attenuanti a effetto comune dall'altro, con la sola eccezione dell'ipotesi del danno patrimoniale di speciale tenuità.

---

<sup>131</sup> A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 9) parla di una "ferma adesione all'impianto oggettivo prefigurato dal legislatore delegante" e ricorda che la scelta di non fornire una nozione aprioristica di non abitualità si ponga in continuità con i precedenti istituti di cui all'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 e all'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000.

<sup>132</sup> "Il risultato finale è un testo che presenta aspetti, anche non secondari, di difformità rispetto a quello entrato in Parlamento". A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 9.

<sup>133</sup> Una formulazione di fatto analoga è riscontrabile negli artt. 4, 278 e 379 c.p.p.

<sup>134</sup> F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Cit., pagg. 1705-1706.

<sup>135</sup> M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit. pag. 8) sostiene che "la norma sia stata probabilmente determinata da un equivoco nel corso dell'*iter* di approvazione del decreto legislativo".

La disposizione attualmente contenuta nell'art. 131 *bis* c.p. però ha una portata decisamente differente e sembra andare nel verso di consolidare l'efficacia preclusiva delle aggravanti autonome o ad effetto speciale (qualora portino ad un aumento della pena base massima tale da travalicare il limite dei cinque anni) pur a fronte di circostanze della stessa tipologia ma di natura opposta.<sup>136</sup>

Un secondo passaggio chiave derivante dalle indicazioni ricevute dalle Commissioni Giustizia del Parlamento è stata la scelta di ancorare la valutazione circa la lieve intensità dell'offesa ad uno specifico parametro normativo, ovvero l'art. 133 co. 1 c.p.

Malgrado la prima impressione possa suggerire il contrario, questo aggancio (parziale) alla disposizione normativa che fissa i criteri per la commisurazione della pena, invece di restringere la discrezionalità dell'organo giudicante per l'identificazione della condotta specialmente tenue, rischia di allargarlo poiché risulta astrattamente in grado di inglobare anche gli indici relativi al grado di colpevolezza, che invece la legge delega sembrava aver espressamente eliminato per agevolare gli obiettivi di deflazione processuale, contrariamente alla disciplina del rito del giudice di pace e a molti degli infruttuosi tentativi normativi precedenti.

Questo genere di integrazioni dello schema originario, così come quelle che seguono, riflettono la volontà del legislatore di dare risposta anche all'interno dell'irrelevanza penale del fatto alle richieste di maggiore tutela e sicurezza provenienti da una parte del tessuto sociale e veicolate in qualche modo dall'approccio allarmista dei *mass media* contemporanei.

"Non potendo intervenire [sui] limiti il Parlamento ha ritenuto [...] di intervenire sui requisiti interni, che esprimono il giudizio di modesta entità del fatto",<sup>137</sup> e tale obiettivo ha perseguito da un lato impedendo esplicitamente l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. a talune fenomenologie delittuose, dall'altro suggerendo velatamente al giudice di non escludere la sanzione nelle ipotesi in cui il reato sia tenue solo sotto il profilo oggettivo, ma non sotto quello soggettivo, in ragione di una significativa intensità del dolo o di un elevato grado della colpa.

Gli ultimi due elementi di novità nell'assetto attuale della particolare tenuità del fatto rispetto alla configurazione prevista nella legge delega attengono a ipotesi espresse e aprioristiche di condotte sicuramente non lievi, per il primo verso, e certamente abituali, per il secondo, figure queste che catturano subito l'attenzione in quanto agiscono a prescindere da quell'analisi dell'effettivo manifestarsi della fattispecie concreta su cui invero si dovrebbe giocare ogni profilo di questo istituto.

La *ratio* comune di queste previsioni sta per l'appunto nella volontà del legislatore di limitare la discrezionalità del giudice, su cui inevitabilmente dovrebbe poggare in modo importante qualsivoglia istituto ispirato alle logiche della depenalizzazione in concreto attraverso lo strumento dell'esiguità del fatto,

---

<sup>136</sup> Sugli effetti determinati da questo inesatto recepimento dei suggerimenti della Commissione Giustizia della Camera di veda F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Diritto penale contemporaneo 2/2015, pag. 91.

<sup>137</sup> C. Andreuccioli, *I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 28 del 2015*, in C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 136.

neutralizzando in automatico il giudizio di lieve offensività del fatto, qualora il comportamento criminoso sia connotato da particolari caratteri (i quali generalmente rispecchiano il contenuto di circostanze aggravanti) che lo rendono in qualche modo “socialmente scottante”, ovvero sia inserito in un contesto di seriazione delittuosa, *lato sensu* intesa, tale da far prevalere le istanze di prevenzione generale e speciale.

Le ipotesi espresse di fatto non particolarmente tenue sollecitate dalle Commissioni parlamentari sono state inserite nel comma secondo dell’art. 131 *bis* c.p., il quale stabilisce che *l’offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l’autore ha agito per motivi abiecti o futili, o 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 ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.*

Nel terzo comma possiamo riconoscere invece le condizioni ostative ad una valutazione di non abitualità del comportamento delittuoso ricondotte ai casi in cui *l’autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.*

È facilmente intuibile che queste previsioni abbiano fomentato nella dottrina un fervente dibattito, su cui ci soffermeremo adeguatamente dopo aver analizzato nel dettaglio i criteri guida attraverso i quali opera l’art. 131 *bis* c.p. per comprendere se in definitiva questo elemento di distonia rispetto alla legge delega sia risultato utile, superfluo oppure dannoso.

### ***b) L’ambito applicativo della speciale tenuità del fatto e il rapporto con le altre ipotesi di esiguità della condotta dell’ordinamento penale italiano.***

#### *1. Il parametro della fascia edittale massima superiore ai cinque anni di reclusione: dubbi di coerenza sistematica e confluenza di istanze general preventive.*

La designazione dell’ambito applicativo di un istituto come la particolare tenuità del fatto ha un’importanza determinante sia sul piano simbolico-comunicativo, sia sul piano concreto e sistematico.

Dal primo punto di vista l’identificazione dei reati o delle ipotesi per le quali è possibile rinunciare alla sanzione in presenza di un fatto lieve caratterizza il legislatore come rigido o liberale a seconda della soluzione adottata, prospettiva politicamente non indifferente se calata nel contesto di un’opinione pubblica ultimamente piuttosto attenta alle iniziative dei suoi rappresentanti in tema di criminalità “quotidiana”.

Inoltre questa scelta è un indice significativo degli equilibri istituzionali vigenti: posto che nell’operare di istituti di tal sorta è ineludibile una fascia rilevante di discrezionalità dell’organo giudicante, la decisione circa l’ampiezza

dei casi da riservare al relativo vaglio offre uno spaccato molto esemplare del grado di fiducia che il Parlamento ripone nel potere giudiziario.

Sotto il secondo profilo va osservato che per certi versi nell'ordinamento italiano le figure di esclusione o di paralisi della pena o del reato delineano la struttura del nostro sistema punitivo meglio di quelle che la definiscono in positivo: per comprendere appieno la rigidità o meno di un apparato penalistico è sempre opportuno analizzare con precisione, al di là delle previsioni "simboliche", quando effettivamente la legge ritenga la pena irrinunciabile, cioè fino a quando possano operare gli strumenti clemenziali o gli istituti di esclusione della punibilità in senso ampio.

È noto ad esempio che un primo fattore decisivo per riconoscere una fattispecie penale "severa" è la previsione di una pena edittale minima superiore ai due anni di reclusione, e questo non tanto per il dato meramente quantitativo della durata della privazione della libertà personale, quanto piuttosto perché al di sopra di questo limite di norma non potrà operare la sospensione condizionale della pena.

Di conseguenza con il d.lgs. 28 del 2015 il legislatore italiano va a introdurre un nuovo indice di rigore della fattispecie di reato, poiché *pro futuro* la scelta di introdurre nuove figure di reato (o di modificare quelle già esistenti) prevedendo un limite edittale superiore al di sopra di quello preso in considerazione dall'art. 131 *bis* c.p. significherà privare scientemente al giudice la possibilità di addivenire per tali ipotesi ad una pronuncia di irrilevanza del fatto.

Al contempo potrebbe talora porsi la necessità di rivedere le previsioni sanzionatorie di alcuni reati già esistenti proprio in ragione dell'impatto sistematico di questa nuova causa di non punibilità.<sup>138</sup>

Come già anticipato, la decisione del d.lgs. 28 del 2015, o meglio quella presa già nella legge delega 67 del 2014,<sup>139</sup> è andata nella direzione di ancorare la soglia per l'applicazione della particolare tenuità del fatto alla pena edittale massima dei cinque anni di detenzione, sola o congiunta alla pena pecuniaria.<sup>140</sup>

Due sono le considerazioni opportune sul punto: la prima concerne la decisione stessa di prevedere un vincolo di operatività dell'istituto relazionato alla pena astrattamente irrogabile; la seconda riguarda la scelta di utilizzare come parametro il massimo edittale, e nello specifico quello dei cinque anni.

---

<sup>138</sup> In questa direzione sembrano muoversi le considerazioni di S. Santini (*L'articolo 131 bis c.p. al vaglio della Corte Costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2 c.p.?*, Diritto penale contemporaneo, 2016, pag. 5), la quale, in relazione ad una recente questione di legittimità costituzionale a proposito della irragionevole esclusione della fattispecie in questione dallo spettro applicativo dell'art. 131 bis c.p. a cagione dei limiti edittali massimi troppo elevati, afferma che "il massimo edittale di sei anni di reclusione previsto per le ipotesi di ricettazione attenuata ex art. 648, comma 2, c.p. non ha mai posto particolari problemi alla prassi prima dell'entrata in vigore dell'art. 131 bis c.p.", ma "il quadro è mutato [...] proprio a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 131 bis c.p."

<sup>139</sup> F. Palazzo (*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Cit., pag. 1706) riconosce che questa è stata una "scelta [...] già effettuata dal parlamento e sulla quale il governo non [ha avuto] il potere di incidere nemmeno attraverso la previsione di esclusioni nominative"

<sup>140</sup> Secondo P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Archivio penale web, 2015/2, pag. 13) questo parametro "circoscrive l'area dell'esiguità qualitativa" in quanto determina "una presunzione assoluta di non particolare tenuità dei reati eccedenti detta soglia, a prescindere da ogni valutazione nel caso concreto".

Innanzitutto bisogna sottolineare che limitare l'applicazione della particolare tenuità del fatto ai soli reati che rientrano in via astratta entro una cornice di medio-bassa gravità, legislativamente predeterminata, è un'opzione nient'affatto automatica: in presenza di criteri legislativi opportunamente tracciati e di una magistratura efficiente infatti non vi sarebbero valide ragioni per precludere *ex lege* l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. a qualunque tipologia di reato, prescindendo dalla quantificazione astratta della sanzione irrogabile.<sup>141</sup>

È chiaro che vi è un rapporto direttamente proporzionale tra la gravità astratta del reato e l'accuratezza della valutazione di esiguità che deve compiere il giudice, per cui quanto più è severa la commisurazione legale della sanzione, tanto più ardua sarà la prova della scarsa entità dell'offesa.

D'altronde un sistema normativo razionale impone che all'innalzamento della risposta sanzionatoria corrisponda un proporzionale aumento della pericolosità o lesività "intrinseca" della condotta considerata, con tale intendendosi quel livello di offensività del comportamento che dovrebbe discendere dalla mera corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie di reato, a prescindere dalle sembianze contingenti dell'episodio delittuoso che possono comunque modificarne il disvalore effettivo.

Tuttavia questa considerazione non è ritenuta da molti<sup>142</sup> sufficiente per stabilire a priori vincoli di operatività per la speciale tenuità del fatto sulla base dei limiti edittali della fattispecie di reato, poiché, soprattutto a causa dell'ipertrofia del diritto penale moderno, non sempre è possibile riconoscere razionalità e coerenza alle scelte punitive dell'ordinamento, ed anzi proprio istituti come quello in questione possono fungere da correttivi giurisprudenziali capaci di ricondurre a logica il complesso dell'apparato sanzionatorio, quantomeno nella sua dimensione applicativa.

Non vi sono dubbi sul fatto che l'efferatezza di un c.d. delitto di sangue o la meticolosità nella predisposizione di un piano terroristico possano di per sé impedire un giudizio di particolare tenuità del fatto già sulla base della manifestazione concreta della condotta, senza la necessità di scomodare rigorosi limiti legati alla pena astrattamente configurabile; qualche dubbio più sensato potrebbe invece porsi in relazione a materie tecniche in cui si tutelano beni giuridici molto importanti per la collettività ma abbastanza sfuggenti rispetto al singolo individuo (si pensi ad esempio all'ambito finanziario o ambientale), rispetto alle quali si potrebbe temere che al giudice sfugga il panorama macroscopico di protezione di quei peculiari interessi pubblicistici in favore dei diritti di libertà dell'imputato certamente percepibili con maggiore immediatezza.

---

<sup>141</sup> Come chiarisce G. Alberti (*Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 5) "l'attitudine di un comportamento a manifestarsi in forma tenue non ha a che fare con l'astratta gravità della fattispecie astratta – riflessa nella cornice edittale –, ma con la concreta graduabilità dell'offesa".

<sup>142</sup> Tra questi si può annoverare F. Caprioli (*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 89) secondo il quale vi è "l'impressione [...] che talora reati puniti in astratto molto severamente possano manifestarsi in concreto in forma tenue" e che al contrario "molti reati di modestissimo impatto lesivo [possano stentare] per loro natura ad assumere connotati di particolare tenuità".

Il legislatore delegante del 2014 tuttavia non ha accolto questa prospettiva, malgrado gli esperimenti italiani in materia, riusciti e falliti, abbiano mostrato un approccio disomogeneo sul punto.<sup>143</sup>

Non è stato previsto un limite edittale per l'applicazione della particolare tenuità del fatto nell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988, così come nel progetto delineato dalla Commissione presieduta dal Professor Pisapia nel 2006 e nella proposta di legge del Senatore Tenaglia del 2009 che dal precedente traeva spunto.

In una via di mezzo si colloca l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 poiché, se è vero che nella disposizione in questione non vi è traccia di un limite astratto di applicabilità dell'istituto, non bisogna dimenticare che tale figura è confinata ai soli reati di competenza del giudice di pace, rispetto ai quali vi è comunque una selezione *ex ante* in termini di caratterizzazione bagatellare compiuta dal legislatore nel momento della designazione di questa competenza *ad hoc*, ragione per cui saremmo indotti a includere questa fattispecie nell'orientamento seguente piuttosto che in quello precedente.

Rientrano invece pianamente tra le ipotesi di particolare tenuità del fatto ad applicabilità astratta vincolata il progetto Grosso del 2001 (pena detentiva non superiore nel massimo ai due anni), la proposta per un nuovo art. 346 *bis* c.p.p. presentata dal Ministro Flick nel 1999 (pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni) e l'iniziativa del Prof. Fiorella del 2013 (pena della reclusione non superiore nel minimo a tre anni).

Passando al secondo profilo di indagine, uno degli aspetti su cui le critiche della dottrina convergono con maggiore uniformità è proprio l'opzione di utilizzare come parametro per la fissazione della soglia di applicabilità astratta dell'istituto il massimo edittale previsto dalla fattispecie di reato.

Come autorevoli studiosi hanno rilevato, “nella comminatoria edittale il minimo esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione [...] e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale”.<sup>144</sup>

Per questo motivo, un istituto come quello di cui all'art. 131 *bis* c.p. che si fonda ontologicamente sul principio di proporzionalità nella risposta sanzionatoria, come corollario del più generale principio di offensività, meglio avrebbe fatto a individuare nel minimo edittale il limite per l'applicabilità della particolare tenuità del fatto.<sup>145</sup>

Se osserviamo però l'approccio del nostro legislatore al tema ci accorgiamo che nella maggior parte dei tentativi di normazione dell'esiguità del fatto, quantomeno in relazione a quelli di maggiore respiro, la scelta di utilizzare il

---

<sup>143</sup> Per una sommaria panoramica sui più recenti tentativi di codificazione dell'irrelevanza penale del fatto e sui relativi elementi strutturali si osservi A. R. Castaldo in *La non punibilità per particolare del fatto: il nuovo art. 131 bis c.p.*, Cit., pagg. 112 e ss.

<sup>144</sup> Così T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.) il quale da queste valutazioni giunge alla conclusione che “il minimo è [...] fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo”.

<sup>145</sup> Come osserva correttamente F. Caprioli (*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 90) “quanto più scende la soglia edittale minima, tanto più il legislatore mostra di ritenere che il reato possa manifestarsi in forma bagatellare”.



massimo della sanzione astratta per la selezione del campo applicativo risulta una costante.

Di fatto solo la Commissione Fiorella nel 2013 ha adottato l'opzione opposta, e proprio la stretta vicinanza temporale tra questo progetto e il d.lgs. 28 del 2015 deve indurci a ritenere che la valutazione del Parlamento, per quanto discutibile, sia stata ponderata.

È probabile che anche questa scelta sia da imputarsi alla volontà del legiferante di "comunicare direttamente con il cittadino", seguendo l'idea che il *quivis de populo* sia indotto a valutare la severità di una fattispecie penale guardando la prospettazione punitiva più elevata, ignorando che la prassi ci suggerisce invece una tendenza della magistratura ad applicare le sanzioni in misura prossima al minimo edittale, motivo per cui sarebbe invece il limite inferiore ad essere maggiormente significativo.

Se spostiamo l'attenzione sul dato quantitativo dei cinque anni come limite della pena detentiva che vincola l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. va sottolineata la volontà del Parlamento di ampliare l'applicabilità dell'istituto rispetto alle sperimentazioni precedenti; anche perché diversamente sarebbe stato difficoltoso realizzare quegli obiettivi deflattivi imposti dalla Corte EDU, riconosciuti dai più come la motivazione storico-politica del successo di questa riforma.

Molto spesso infatti, come già accennato, i tentativi precedenti avevano limitato il ricorso alla introducenda esiguità del fatto alle fattispecie astratte con una sanzione massima contenuta entro i due o i tre anni di reclusione.

Un'osservazione statistica delle pene previste sia per i reati all'interno del codice penale, sia per quelli sparsi nella legislazione speciale mostra come il passaggio alla più elevata soglia dei cinque anni determini un'espansione non indifferente del campo applicativo del fatto penalmente irrilevante.

## *II. Il ruolo delle circostanze nella determinazione della pena ai fini dell'applicabilità della particolare tenuità del fatto.*

A questo punto occorre interrogarsi su come vada calcolata la sanzione massima prevista per la fattispecie astratta, cioè bisogna analizzare in definitiva quale sia l'impatto delle c.d. forme di manifestazione del reato sul terreno di operatività dell'art. 131 *bis* c.p., osservando *in primis* la normativa riservata alle circostanze del reato.

A proposito della figura del reato circostanziato, il comma quarto dell'art. 131 *bis* c.p., riecheggia in parte la formulazione già altrove adottata dal legislatore italiano (si pensi all'art. 278 del codice di rito in materia di determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari) prevedendo come principio generale l'irrelevanza delle circostanze del reato in relazione alla sfera operativa della particolare tenuità del fatto.

Questa regola generale vale per le circostanze ad effetto comune, sia che si tratti di aggravanti, sia che si tratti di attenuanti: per queste circostanze la particolarità del giudizio di disvalore che portano con sé non toccherà il tema dell'applicazione astratta dell'art. 131 *bis*, ma semmai potrà giocare un ruolo differente nel merito della valutazione sulla esiguità del comportamento in termini

positivi e negativi, nell'ipotesi chiaramente in cui il reato rientri nella fascia edittale massima dei cinque anni di detenzione.

In sostanza se il mutamento dell'imposizione sanzionatoria è confinato entro un terzo della pena base, il legislatore ritiene inopportuno che questa peculiare forma di manifestazione del reato sia idonea a incidere sul campo applicativo dell'irrelevanza penale del fatto, non potendovi di conseguenza includere fattispecie che ordinariamente vi sarebbero escluse, da un lato, o escludere ipotesi che di norma vi rientrerebbero, dall'altro.

Ciò non vale invece per le circostanze autonome (cioè quelle che determinano una pena di specie differente da quella configurata della fattispecie astratta ordinaria) e per le circostanze ad effetto speciale (ovvero quelle che comportano una variazione della pena base superiore a un terzo): per questi due generi di circostanze infatti la legge prevede un'incidenza diretta sul piano dell'applicabilità astratta dell'art. 131 *bis* c.p., in modo da ampliarne o restringerne i confini, in ragione della particolare rilevanza che l'ordinamento vuole riconoscere a questa sensibile differenza di trattamento sanzionatorio rispetto alla fattispecie base.

Questa soluzione di fatto riconosce alle circostanze autonome e a quelle ad effetto speciale un disvalore analogo a quello di una fattispecie autonoma di reato, una soluzione che certamente pone una forte attenzione alla figura del reato circostanziato ma che non manca di sollevare qualche dubbio in termini di logica sistematica.

Tali equiparazioni tra figure circostanziali e fattispecie autonome sembrano infatti suggerire una sostanziale identità dei relativi contenuti, con conseguente legittimazione per il legislatore ad optare per l'una o l'altra sulla base di considerazioni meramente opportunistiche, mentre sarebbe certamente più corretto che istituti tanto diversi debbano tendenzialmente essere riservati ad ambiti distinti.

Posto che il regime applicativo sotto certi aspetti è considerevolmente differente,<sup>146</sup> sarebbe lecito attendersi anche a livello concettuale, dogmatico la previsione di una netta linea di discriminazione tra una particolare forma di manifestazione del reato e una fattispecie del tutto autonoma, mentre le disposizioni che impongono una sostanziale equivalenza di disvalore paiono andare nel senso opposto, relegando la questione sul mero piano della tecnica di formulazione legislativa.<sup>147</sup>

Rimane ora da comprendere quale sia la sorte delle circostanze c.d. indipendenti, ovvero quelle circostanze che definiscono autonomamente una nuova cornice edittale in presenza dell'elemento specializzante preso in considerazione, senza quindi un mutamento di specie della sanzione o un riferimento aritmetico alla pena ordinaria.

---

<sup>146</sup> Ci sia concesso di ricordare che l'opzione per la figura autonoma di reato permette di evitare *ex ante* che l'elemento considerato possa finire all'interno del bilanciamento ex art. 69 c.p., mentre la scelta per la circostanza, se aggravante, permette di imputarlo anche a titolo di colpa.

<sup>147</sup> Queste considerazioni vanno prese al netto del dato pratico per cui tendenzialmente è l'interprete che distingue tra reato autonomo e circostanza, mentre di norma il legislatore si limita a arricchire la fattispecie base con un elemento di specialità mutando di conseguenza il quadro edittale.

Tacendo la disposizione sul punto gli interpreti sono chiamati a stabilire se tali circostanze siano da equipararsi sempre alle circostanze autonome o ad effetto speciale, per le quali vale la regola della rilevanza ai fini della determinazione della pena per l'applicabilità astratta dell'art. 131 *bis* c.p., oppure se siano considerabili alla stregua di circostanze ad effetto comune nell'ipotesi in cui la variazione frazionaria sia compresa entro il limite di un terzo della pena base, con la conseguenza che per tale ipotesi troverà spazio la regola opposta, ovvero ancora se il silenzio del legislatore sia da intendersi nel senso di una assoluta ininfluenza di queste ipotesi circostanziate sulla pena astratta che rileva ai fini dell'operatività della clausola di speciale tenuità del fatto.

La questione della natura giuridica di questa particolare fenomenologia di circostanze ha in realtà una portata generale, che non si esaurisce quindi all'interno dei dubbi interpretativi che segnano la causa di non punibilità in questione.

Come la dottrina interessatasi dell'argomento ha avuto modo di evidenziare, il dibattito sul punto trae origine soprattutto dall'evoluzione storica che ha visto protagoniste le circostanze indipendenti, tanto sotto il profilo del diritto positivo, quanto sotto quello delle interpretazioni degli studiosi.<sup>148</sup>

Inizialmente tali circostanze, unitamente a quelle autonome, confluivano nella nozione unitaria delle circostanze "ad effetto speciale", categoria nata al fine di differenziare questi tipi di circostanze dalle altre (di conseguenza denominate "ad effetto comune") per ciò che riguardava la disciplina del concorso di circostanze, ed in particolare quella relativa al bilanciamento ex art. 69 c.p. da cui originariamente erano escluse le prime.

La stessa distinzione tra circostanze autonome e circostanze indipendenti, sulla base di una ridefinizione qualitativa (nel primo caso) o quantitativa (nel secondo) delle fasce edittali previste dal reato non circostanziato, per la verità inizia ad emergere solo negli anni '70 e si stabilizza negli anni successivi.

In principio la differenza tra le circostanze ad effetto speciale e quelle ad effetto comune si fondava semplicemente sul rilievo della presenza di un parametro aritmetico per il mutamento del regime sanzionatorio rispetto alla fattispecie base: qualora la modifica della pena fosse prevista applicando un aumento o una diminuzione della stessa in termini frazionari allora ci saremmo trovati di fronte ad una circostanza ad effetto comune, nel caso opposto si sarebbe trattato di una circostanza ad effetto speciale.

Successivamente si avvertì l'esigenza di allargare la categoria in questione per ricomprendervi anche figure circostanziali che, pur basandosi sempre su una variazione aritmetica della pena, esprimessero una modifica della cornice edittale di carattere rigido, dal momento che nella categoria opposta sarebbero dovute rimanere solo quelle circostanze configurate in modo tale da garantire una valutazione concreta di adeguamento del quadro punitivo per mano dell'organo giudicante.

In questo panorama si è innestata in maniera determinante la novella del 1984, la quale ha fornito una definizione esplicita della nozione di "circostanza ad

---

<sup>148</sup> Per uno spaccato sullo sviluppo in chiave diacronica delle circostanze indipendenti, riproposto in termini necessariamente sintetici nelle righe seguenti, si osservi A. Melchionda, *Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"? Una risposta negativa (non "faziiosa", ma "di parte")*, aspettando le Sezioni Unite, Diritto penale contemporaneo, 2017.

effetto speciale”, una sorta di interpretazione autentica che ha in realtà tratti di innovazione più che di semplice spiegazione.

Sono ad oggi circostanze appartenenti a tale tipologia quelle che determinano una variazione della pena superiore alla frazione di un terzo, risultando del tutto estranea al tenore di questa qualificazione la natura indipendente della figura circostanziale.

A questo punto non rimane che scegliere se considerare in ogni caso le circostanze indipendenti come circostanze ad effetto speciale, facendo rivivere in maniera indiretta il contenuto tradizionale della categoria in questione, oppure se seguire le indicazioni provenienti dalla nuova formulazione dell’art. 63 c.p. e ancorare la qualifica in questione alla ricorrenza di una modifica del quadro edittale in misura superiore ad un terzo, ed eccoci così ritornati alla domanda di partenza che ha stimolato questa breve digressione sulla figura circostanziale in questione.

O meglio: la questione *de qua*, se calata nel contesto specifico della causa di non punibilità prevista dall’art. 131 *bis* c.p. complica ulteriormente il compito dell’interprete, perché accanto alle due opzioni appena segnalate ve ne sarebbe una terza.

Data la peculiarità dell’utilizzo delle circostanze indipendenti che qui rileva, cioè ai fini della delimitazione del campo applicativo dell’art. 131 *bis* c.p. viene in gioco anche la soluzione di non dare rilevanza alcuna a tale tipologia di circostanze, proprio in ragione della scelta del legislatore di non prenderle in considerazione nel dettato positivo.

I sostenitori di quest’ultima tesi si appoggiano infatti principalmente sul dato testuale dell’assenza di una esplicita presa di posizione in senso contrario, la quale risulterebbe necessaria trattandosi di ipotesi che possono incidere sull’applicabilità astratta dell’art. 131 *bis* c.p., come tali obbligatoriamente tassative; in secondo luogo tale ricostruzione permetterebbe ragionevolmente una maggiore applicazione dell’irrilevanza penale del fatto, con più elevate *chances* di raggiungimento degli obiettivi deflattivi perseguiti dal d.lgs. 28 del 2015.<sup>149</sup>

Per tale via questi autori affermano ad esempio la non incidenza delle fattispecie aggravate di furto ex art. 625 c.p. (pena da uno a sei anni in luogo della pena base da sei mesi a tre anni) sulla configurabilità astratta della particolare tenuità.

Gli autori che si collocano nell’orientamento intermedio sostengono invece che le circostanze indipendenti, qualora determinino una variazione della pena base superiore ad un terzo, siano idonee a determinare l’inclusione o l’esclusione nello spettro applicativo dell’art. 131 *bis* c.p. anche di reati la cui pena ordinaria sarebbe rispettivamente al di fuori o all’interno del limite dei cinque anni di detenzione.

Le argomentazioni di questi studiosi sono fondamentalmente due.

La prima si basa sulla considerazione, di carattere generale e quindi valida anche al di fuori delle specifiche logiche che riguardano la causa di non punibilità in questione, che, al di là della configurazione formale attribuita alla circostanza,

---

<sup>149</sup> Tra gli autori che abbracciano l’equiparazione tra circostanze indipendenti e circostanze ad effetto comune va sicuramente richiamato R. Bartoli (*L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Diritto Penale e Processo, 2015, 6, pagg. 659 ss).

ciò che rileva veramente è la variazione delle fasce edittali superiore ad un terzo, poiché è questo il valore quantitativo cui il legislatore ancora quel giudizio di particolare significatività che legittima l'equiparazione tra determinate circostanze e le fattispecie autonome di reato.<sup>150</sup>

In secondo luogo si richiama la giurisprudenza in tal senso creatasi a riguardo dell'art. 278 c.p.p., con una giustificazione volta a salvaguardare istanze di unitarietà e omogeneità dell'ordinamento penale, soprattutto in presenza di disposizioni tanto simili sotto questo profilo.<sup>151</sup>

L'opzione che residua va invece nel senso di ritenere che le circostanze indipendenti vadano sempre equiparate alle circostanze ad effetto speciale senza alcuna distinzione legata alla misura del mutamento della cornice punitiva.

Secondo questa lettura "i sostenitori della tesi favorevole a differenziare la classificazione delle circostanze indipendenti [...] vengono in tal modo ad operare uno smembramento delle circostanze indipendenti in due categorie a seconda della misura della variazione della pena, valorizzando un parametro quantitativo che, per la *ratio* stessa che sorregge da sempre tali circostanze, non avrebbe alcun significato plausibile".<sup>152</sup>

Il grande limite di tale ricostruzione risiede nella palese incompatibilità con l'attuale assetto dell'art. 63 comma terzo del c.p., il quale propone una definizione delle circostanze ad effetto speciale che si disinteressa totalmente della natura di circostanza indipendente eventualmente rivestito dalla specifica ipotesi che venga in rilievo.

Ponendoci in una prospettiva critica dobbiamo rilevare che la seconda tesi pare quella maggiormente pregevole in termini dogmatici, soprattutto per il rilievo che attribuisce all'innalzamento o diminuzione della pena in misura superiore ad un terzo come elemento determinante per la soluzione della questione.

Ciò detto non va ignorato il fatto che "il risultato pratico [dell'accoglimento di questa posizione] può essere quello di escludere dall'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. ipotesi che ben potrebbero in concreto manifestarsi con indici

---

<sup>150</sup> Come suggerisce A. Melchionda (*Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"? Una risposta negativa (non "faziola", ma "di parte"), aspettando le Sezioni Unite*, Cit., pag. 27) sembra potersi affermare che "l'attuale necessità di considerare separatamente le c.d. circostanze indipendenti, a seconda dell'incidenza modificativa apprezzabile nel raffronto fra la corrispondente cornice di pena con la diversa cornice edittale prevista per il reato-base, è imposta dal necessario rispetto del principio di legalità". Lo stesso Autore prosegue precisando che la variazione della pena astratta oltre un terzo rispetto alla fattispecie ordinaria è da assumere "quale unico ed esclusivo criterio di classificazione (e quindi, anche, di identificazione) di tutte le circostanze ad effetto speciale".

<sup>151</sup> Vedasi al riguardo A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrocchio, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 15).

Negli stessi termini anche P. Di Nicola, *Breve introduzione al nuovo istituto della non punibilità del fatto per particolare tenuità*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015.

<sup>152</sup> Così A. Melchionda (*Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"? Una risposta negativa (non "faziola", ma "di parte"), aspettando le Sezioni Unite*, Cit., pag. 13) il quale ripropone le parole espresse dalla Corte di Cassazione nella sentenza 31418 del 2016, contestandone poi il fondamento logico-giuridico.

di esiguità”,<sup>153</sup> e a tal proposito non è casuale il riferimento fatto in precedenza all’art. 625 c.p.

Infatti la maggior parte dei casi pratici in cui è invocata e concessa la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto riguarda senza dubbio le ipotesi di c.d. taccheggio nei supermercati, o in generale di furti di modestissimo valore.

Ebbene, accogliendo la tesi più rigorosa, se andiamo ad osservare le circostanze aggravanti di cui all’art. 625 c.p., possiamo agevolmente renderci conto che, per quantità e talvolta per vaghezza di formulazione<sup>154</sup>, sono tali da determinare in concreto una seria difficoltà di applicazione dell’art. 131 *bis* c.p. per quello che paradossalmente dovrebbe essere il suo campo di elezione, come esempio più lampante di criminalità bagatellare impropria.

Per tali ragioni non è utopistico immaginare soluzioni “fantasiose” o comunque originali da parte della giurisprudenza.

Una prima prospettiva è quella di pensare che semplicemente i giudici si distanzino dall’orientamento consolidatosi in materia di misure cautelari, sacrificando le ragioni di unitarietà dell’interpretazione giurisprudenziale a favore delle istanze deflattive cui la riforma del 2015 mira.<sup>155</sup>

Un secondo scenario può condurre ad un’applicazione forzata del principio del *favor rei* in ossequio al quale dovrebbero rilevare solo le circostanze indipendenti attenuanti, mentre quelle aggravanti andrebbero trattate alla stregua delle circostanze ad effetto comune.

Una terza possibilità, decisamente più marginale, ma anche più “pericolosa”, concerne l’ipotesi che la magistratura, pur nel rispetto formale dei precedenti affermatasi in relazione all’art. 278 c.p.p., ponga attenzione non già alle circostanze indipendenti come figure giuridiche genericamente intese, bensì al loro contenuto specifico, andando a restringerne (in caso di aggravanti) o allargarne (in caso di attenuanti) l’interpretazione al solo fine di rendere applicabile l’art. 131 *bis* c.p., raggiungendo quindi il fine sperato senza tuttavia scontrarsi esplicitamente con il diritto vivente ormai stabilizzatosi in materia cautelare,<sup>156</sup> oppure vada a ridefinire la portata di istituti differenti ma

---

<sup>153</sup> A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 16.

<sup>154</sup> Malgrado il lavoro di precisazione ad opera del formante giurisprudenziale, il concetto di “destrezza” ad esempio rimane di per sé piuttosto difficile da delimitare con precisione.

<sup>155</sup> C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 37) fornisce qualche indizio circa la non illogicità di un distacco della giurisprudenza dalle posizioni tradizionali, anche in relazione al fatto che i precedenti formati sulla base dell’art. 278 c.p.p. e di altre simili disposizioni del codice di rito risentono della fase processuale interlocutoria in cui queste sono calate (di fatto tutte prime del dibattimento) per cui è “corretto che, in questo momento storico, [...] il legislatore consenta al giudice di prendere in considerazione solo determinati aspetti della vicenda”. La sottolineatura della specialità logistica o temporale di queste disposizioni suggerisce un approccio in qualche modo cauto e relativistico rispetto agli orientamenti maturati sulla base di tali norme processuali.

<sup>156</sup> M. C. Amoroso (*La sorte dei furti di generi di prima necessità all’interno dei supermercati all’indomani della pronuncia delle Sezioni Unite n. 52117/2014 e dell’introduzione dell’art. 131 bis nel codice penale*, Cassazione Penale, 2015/6, pag. 2176) riconosce questa eventualità laddove, nonostante “l’art. 131 bis [...] esclud[a] per *tabulas* il furto consumato nel supermercato, che è quasi sempre aggravato ai sensi dell’art. 625 c.p.”, ricorda che “tuttavia, a ben vedere le recenti pronunce dei giudici di legittimità hanno riscritto il significato di due tra le aggravanti più comuni:

incidentalmente rilevanti in quanto idonei ad abbassare il limite edittale della fattispecie.<sup>157</sup>

Rimane ovviamente possibile anche un approccio giurisprudenziale pienamente fedele all'orientamento tradizionale,<sup>158</sup> ma è lecito domandarsi in tale ipotesi quale sorte possano concretamente avere gli obiettivi di alleggerimento del contenzioso penalistico e della popolazione carceraria cui la riforma in questione ambisce.

Infine l'opzione di equiparare *sic et simpliciter* le circostanze indipendenti alle circostanze ad effetto speciale, se già presenta grossi dubbi sul piano generale, a maggior ragione risulta difficilmente percorribile per gli specifici compiti che tali figure sono chiamate ad assolvere relativamente alla determinazione del campo applicativo della particolare tenuità del fatto.

Un ulteriore aspetto rilevante nell'analisi del rapporto tra l'art. 131 *bis* c.p. e le circostanze del reato riguarda la previsione di cui al quarto comma dello stesso articolo, dove è stabilito che in presenza di circostanze autonome o ad effetto speciale è escluso il bilanciamento tra circostanze ordinariamente previsto dall'art. 69 c.p.

Abbiamo già notato che questa norma viene letta da una parte della dottrina<sup>159</sup> come un errore nel recepimento dei suggerimenti provenienti dalla Commissioni di Giustizia della Camera, anche se la differenza tra un divieto di bilanciamento *tout court* e un divieto di bilanciamento solo rispetto alle attenuanti

---

quelle del mezzo fraudolento e della esposizione a pubblica fede". Pur trattandosi di pronunce precedenti al d.lgs. 28 del 2015, questi arresti giurisprudenziali sembrano aver preparato il terreno per la nascita clausola di irrilevanza penale del fatto, rendendo di fatto "applicabile il nuovo istituto previsto dall'art. 131 *bis* nella maggioranza dei casi di furto consumato all'interno dei supermercati", stimolando ulteriori prese di posizione in tale senso.

<sup>157</sup> A tal proposito non è remota la possibilità che in via interpretativa si giunga ad ampliare l'ambito operativo del tentativo. L'istituto del tentativo infatti, pur essendo ormai pacificamente riconosciuto come una figura autonoma di reato, ha profili operativi in parte simili a quelli delle circostanze, dal momento che comporta un abbattimento dei limiti edittali. È nota la *querelle* dei penalisti circa l'individuazione del momento di consumazione del reato nelle fattispecie di furto all'interno di strutture come quelle dei supermercati, cui sembra aver dato una risposta definitiva la sent. 52217/2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. M. C. Amoroso, *La sorte dei furti di generi di prima necessità all'interno dei supermercati all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite n. 52117/2014 e dell'introduzione dell'art. 131 bis nel codice penale*, Cit., pagg. 2168 e ss.). In relazione a ciò si può presentare l'eventualità di una posticipazione della soglia di consumazione del reato in modo da permettere di ricorrere più frequentemente all'art. 131 *bis* c.p. anche nelle ipotesi di furto aggravato ex art. 625 c.p., poiché l'art. 56 c.p. riporterebbe la sanzione massima entro i cinque anni di reclusione, senza che questa diminuzione di pena possa essere neutralizzata dal divieto di bilanciamento con l'aggravante ad effetto speciale in quanto, come già detto, il tentativo non è una semplice circostanza, ma una diversa e autonoma figura di reato.

Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. alle ipotesi di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p. si veda Tribunale di Milano, Sez IV Penale sent. 3936/2015, disponibile in allegato a *La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, G. Alberti, Diritto penale contemporaneo, 2015.

<sup>158</sup> In questi termini sembra esprimersi Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 11/05/2016) 29-08-2016, n. 35591, laddove stabilisce che le circostanze indipendenti "devono ritenersi comunque ad effetto speciale".

<sup>159</sup> Si rinvia ancora una volta all'esposizione di M. L. Ferrante in *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 8.

a effetto comune, esclusa quella ex art. 62 n. 4 c.p., ci sembra sufficientemente ampia da poter ritenere questa diversa formulazione assolutamente consapevole.

Va innanzitutto chiarito quale sia il significato da attribuire alla locuzione “in quest’ultimo caso” con cui si apre l’ultimo periodo del quarto comma.

È evidente che deve trattarsi di ipotesi in cui vengano in rilievo circostanze autonome o ad effetto speciale, ma rimangono punti interrogativi su cosa invece non possa essere bilanciato con queste.

Le opzioni al riguardo posso essere tre.

Nella prima ricostruzione, fedele alle indicazioni originarie della Commissione parlamentare, tale norma varrebbe solo nell’ipotesi in cui siano astrattamente configurabili circostanze a effetto comune e una o più circostanze autonome o ad effetto speciale (purché queste ultime siano tutte dello stesso segno): proprio perché solo alle seconde il legislatore attribuisce quella particolare significatività più volte richiamata, le prime non possono neutralizzarne il relativo aggravio o alleggerimento di disvalore, mentre il bilanciamento tra circostanze eterogenee autonome o ad effetto speciale non sarebbe precluso.

La seconda soluzione invece, più rispondente al dato testuale attuale, limiterebbe il divieto del bilanciamento ex art. 69 c.p. solo al concorso di circostanze eterogenee autonome o ad effetto speciale, negando tuttavia che tale disposizione stabilisca un limite in relazione alle circostanze ad effetto comune. Questa soluzione sembra da scartare, pur essendo formalmente sostenibile, perché si configurerebbe una evidente irrazionalità qualora ad esempio, in presenza di una aggravante ad effetto speciale, si riconoscesse la possibilità di bilanciamento con attenuanti ad effetto comune, ma non con circostanze ad effetto speciale dello stesso segno.

L’ultima opzione è quella che in presenza di circostanze autonome o ad effetto speciale estende il divieto di bilanciamento tanto alle altre circostanze del medesimo tipo ma di segno opposto, quanto alle circostanze ad effetto comune, soluzione quest’ultima che sembra quella ad oggi maggiormente accolta dagli interpreti, nonostante talune critiche possano essere mosse al riguardo.

Analizzando la portata di questa disposizione, ci sentiamo innanzitutto di dissentire da quegli studiosi che affermano che, “sancita l’irrelevanza delle circostanze comuni, era del tutto scontato che di tali circostanze non si potesse tenere conto neppure ai fini di un eventuale bilanciamento ex art. 69 c.p. con quelle ad effetto speciale, o tali da determinare l’applicazione di una pena di specie diversa”.<sup>160</sup>

Un conto è infatti stabilire l’incidenza di una singola circostanza sulla determinazione della pena ai fini della configurabilità astratta di un istituto, un altro invece è la determinazione del peso complessivo delle forme di manifestazione del reato sulla pena, giudizio quest’ultimo che il legislatore ha voluto espressamente prevedere di norma in termini complessivi (includendo generalmente tutte le circostanze) e sintetici (con un esito unico che determina

---

<sup>160</sup> F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 90-91.



la prevalenza delle sole attenuanti o delle sole aggravanti, ovvero la reciproca neutralizzazione).

La regola in materia di bilanciamento tra circostanze, a partire dalla novella del '74 è quindi quella di una equivalenza astratta e potenziale tra circostanze ad effetto comune e altre circostanze, la cui differente portata avrà senza dubbio un rilievo importante in una dimensione "quantitativa" all'interno del giudizio ex art. 69 c.p., ma nessuna preclusione "qualitativa" è imposta in tal senso.

Per questo motivo la scelta di escludere le circostanze ad effetto comune dal bilanciamento di cui discorre il quarto comma dell'art. 131 *bis* c.p. doveva opportunamente essere prevista dal legislatore, il quale, si è già detto, sul punto è stato un poco impreciso, pur non dubitandosi in definitiva della volontà di estromettere le circostanze in questione dal bilanciamento *de qua*.

A questo punto occorre interrogarsi sulla questione dell'*an* e del *quomodo* del bilanciamento tra circostanze eterogenee autonome o ad effetto speciale.

La tesi più immediata, nonché quella che sembra avere attualmente un seguito maggiore, va nella direzione di assegnare efficacia ostativa "assoluta" alla presenza di una aggravante autonoma o ad effetto speciale: la semplice sussistenza di tale circostanza, qualora chiaramente determini un innalzamento della cornice edittale al di sopra dei cinque anni di reclusione, preclude di per sé il ricorso all'art. 131 *bis* c.p., rendendo irrilevante l'eventuale concorrenza di attenuanti autonome o ad effetto speciale.<sup>161</sup>

Una tesi intermedia sostiene invece che il divieto di bilanciamento operi più che altro come impedimento ad una valutazione congiunta delle differenti circostanze autonome o ad effetto speciale.<sup>162</sup>

Per questa via la presenza di attenuanti di tale tipo non sarebbe del tutto irrilevante ai fini della determinazione del campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p. in caso di concorrenza con aggravanti autonome o ad effetto speciale: in questa ipotesi occorrerà semplicemente calcolare prima l'aumento di pena imposto dalle aggravanti e successivamente andrà computata la diminuzione prevista dalle attenuanti.<sup>163</sup>

Per effetto di questa ricostruzione, l'applicabilità o meno della particolare tenuità del fatto torna a dipendere da una dimensione puramente quantitativa, cioè la differente misura del mutamento del carico sanzionatorio determinato dalle circostanze che incidono sulla determinazione della pena ai fini della configurabilità dell'art. 131 *bis* c.p.

L'ultima posizione, quella che sembra distaccarsi maggiormente dal dato testuale del quarto comma della disposizione in questione, afferma invece

---

<sup>161</sup> Secondo R. Borsari (*La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, La legislazione penale, 2016, pag. 15) la spiegazione tecnica di questa tesi va riscontrata nell'assunto per cui "è soltanto il limite edittale massimo (e non quello minimo) di pena a definire l'ambito applicativo della riforma".

<sup>162</sup> M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 9) legge l'operatività del bilanciamento tra circostanze alla luce del principio del *favor rei* affermando che "nel caso di concorso con circostanze aggravanti ad effetto speciale occorrerà stabilire l'ordine di applicazione [rispetto alle circostanze attenuanti ad effetto speciale] in base a tale risultato".

<sup>163</sup> Cfr. S. Perelli, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Minime riflessioni "a caldo"*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015.

l'irrinunciabilità del bilanciamento ex art. 69 c.p. anche in presenza di circostanze eterogenee autonome o ad effetto speciale.

Malgrado la *littera legis* paia andare nella direzione opposta, questa soluzione trova agganci nella Relazione originaria allo schema del decreto legislativo, poi in verità scomparso nella formulazione finale,<sup>164</sup> e nella giurisprudenza maturata in relazione all'art. 278 c.p.p., la quale non di rado ha affermato la possibilità di ricorrere al bilanciamento ex art. 69 c.p.<sup>165</sup>

Allo stato dell'arte va detto che il primo orientamento sembra essere quello maggiormente seguito in dottrina e in giurisprudenza, nel rispetto rigoroso delle prescrizioni di un legislatore che, in punto di operatività astratta della particolare tenuità del fatto, vuole limitare al minimo la discrezionalità dell'organo giudicante.<sup>166</sup>

Il paradosso che però taluni autori non nascondono è che per tale via potremmo negare l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. in ragione della mera prospettazione di una aggravante autonoma o ad effetto speciale, la quale poi potrebbe ritenersi assorbita nel bilanciamento ex art. 69 c.p. con altre circostanze attenuanti dello stesso tipo nel momento della commisurazione effettiva della pena, resasi necessaria per l'impossibilità di addivenire ad un proscioglimento per particolare tenuità del fatto.<sup>167</sup>

L'ultimo comma dell'art. 131 *bis* c.p. prevede l'applicabilità della particolare tenuità del fatto anche quando la stessa è configurata dalla legge come circostanza attenuante.

Quest'ultima disposizione ha in realtà il solo fine di evitare che si escluda in via interpretativa l'applicabilità dell'art. 131 *bis* in queste ipotesi sulla base di un criterio di specialità: assumendo l'irrelevanza del fatto connotati generali, le varie disposizioni che prevedono figure circostanziali costruite sulla speciale tenuità dell'offesa avrebbero potuto rappresentare delle figure speciali rispetto all'art. 131 *bis* c.p. che di conseguenza, in assenza del quinto comma citato, non avrebbe operato in tali contesti.

Molti ritengono questa precisazione pleonastica, dal momento che per raggiungere tale risultato sarebbe bastata una corretta operazione ermeneutica

---

<sup>164</sup> Questo riferimento è richiamato da A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 16) il quale ricorda che "in questo senso si esprimeva la stessa relazione allo schema di decreto, ove si sottolineava che in tal caso sarà giocoforza procedere al previo giudizio di bilanciamento".

<sup>165</sup> "Un apprezzabile orientamento giurisprudenziale nega, con riferimento all'analogia ipotesi di cui all'art. 278 c.p.p., tanto che il suddetto giudizio sia *tout court* precluso [...] quanto che il bilanciamento debba necessariamente concludersi con la riconosciuta prevalenza delle circostanze aggravanti." F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 91.

<sup>166</sup> Secondo R. Bartoli (*L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss) "la ratio di questa disciplina sta non solo nel fatto che il legislatore ha inteso eliminare quel margine di discrezionalità che si presenta tutte le volte in cui, concorrendo circostanze eterogenee, il giudice deve procedere al bilanciamento; ma anche nel fatto che il giudice potrebbe forzare la mano nel ritenere sussistente un concorso eterogeneo di circostanze al solo fine di neutralizzare la circostanza aggravante che impedisce di applicare l'istituto".

<sup>167</sup> Vedasi C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pagg. 36-37.

fondata sul principio del *favor rei*, nonché di un generale rapporto di continenza tra l'art. 131 *bis* c.p. e le specifiche attenuanti di particolare lievità del fatto.

Sotto tale specifico profilo tuttavia va riconosciuto che male non ha fatto il legislatore a precisare questa conclusione,<sup>168</sup> forse troppo ingenuamente ritenuta scontata, anche alla luce del fatto che ad esempio vi è un orientamento piuttosto forte in giurisprudenza che esclude l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. nel processo penale davanti al giudice di pace sulla base proprio dei caratteri di specialità di questa peculiare figura di irrilevanza del fatto rispetto a quella ordinaria.

Il rapporto tra queste circostanze fondate sulla particolare tenuità del fatto e la fattispecie generale di irrilevanza della condotta delittuosa può essere di norma descritto in termini di "sovrapposizione imperfetta", poiché in genere la formulazione dell'esiguità non è pienamente coincidente con quella di cui all'art. 131 *bis* c.p., per cui qualora non ricorrano tutti i requisiti per l'applicazione della particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità, ben potrà tornare ad operare la circostanza attenuante sul piano della mitigazione della pena.

Diverso è invece il caso in cui gli elementi strutturali dell'esiguità siano pienamente coincidenti tra la causa di non punibilità e la circostanza attenuante: in questa ipotesi parte della dottrina<sup>169</sup> è incline a riconoscere una sorta di abrogazione implicita delle circostanze attenuanti, anche se non si può negare la possibilità che le stesse possano trovare applicazione nel caso in cui siano assenti i requisiti esterni al fatto concreto cui fa riferimento l'art. 131 *bis* c.p., *in primis* il limite edittale dei cinque anni e la non abitualità del comportamento.<sup>170</sup>

L'art. 131 *bis* c.p. nulla dice a proposito nella diversa situazione in cui la particolare tenuità del fatto sia disegnata come elemento costitutivo della fattispecie: pur nel silenzio della legge la dottrina giunge coesa alle medesime conclusioni che valgono nel contesto del comma quinto, sulla base anche qui di una lettura ispirata alla regola dell'interpretazione maggiormente favorevole all'imputato/indagato.<sup>171</sup>

### *III. Il tentativo e l'irrilevanza penale del fatto: alcuni sforzi per colmare un'inspiegabile aporia legislativa.*

---

<sup>168</sup> Per T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.) "la disciplina è ineccepibile, perché la causa di non punibilità non si basa soltanto sulla gravità dell'evento ma anche e necessariamente sulle modalità della condotta".

<sup>169</sup> T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.) sostiene che "quando i presupposti coincidono (come sembra il caso dell'art. 323 bis del c.p.), la particolare tenuità del fatto non può risolversi tal quale in causa di non punibilità senza comportare l'abrogazione della fattispecie attenuante".

Negli stessi termini anche F. Caprioli (*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 92).

<sup>170</sup> "Non si è in presenza di una implicita abrogazione delle [circostanze attenuanti fondate sulla particolare tenuità del fatto] non potendo la causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p. trovare sempre applicazione per via dei presupposti e dei limiti". M. L. Ferrante, *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 15.

<sup>171</sup> P. Avitto (*La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: soglie di punibilità, reati tributari e profili successori*, Giurisprudenza Penale, 2017, pag. 6) ci conferma che della stessa opinione è anche la "giurisprudenza di merito che ha stabilito come a fronte di una lieve entità del fatto, che integra la figura di reato di cui si tratta, è pur sempre concepibile una particolare tenuità di quello stesso fatto".

Come da molti lamentato, il d.lgs. 28 del 2015 non si è occupato della disciplina del tentativo in relazione al campo applicativo dell'art. 131 *bis* c.p., e tale lacuna appare ancora più incomprensibile alla luce della meticolosità con cui le Commissioni Giustizia di Camera e Senato hanno affrontato la questione dei limiti alla configurabilità astratta dell'art. 131 *bis* c.p.<sup>172</sup>

Nonostante l'aporia evidenziata gli studiosi e gli interpreti non si sono mostrati dubbiosi circa l'inclusione anche di queste ipotesi di reato all'interno del panorama operativo dell'art. 131 *bis* c.p., poiché, se non altro, la soluzione opposta sarebbe risultata assolutamente irrazionale e illogica, una forzatura in chiave formalistica del principio di tassatività.<sup>173</sup>

Ciò detto occorre soffermare l'attenzione su tre profili di particolare interesse: il primo riguarda la possibilità di includere nello spettro applicativo dell'art. 131 *bis* c.p. anche reati che nella forma consumata eccederebbero il limite di pena detentiva dei cinque anni, in ragione della diminuzione della sanzione prevista dall'art. 56 c.p.; il secondo aspetto, che presuppone logicamente una risposta positiva al primo quesito, concerne il *quantum* di pena da sottrarre astrattamente ai fini della concessione dell'art. 131 *bis* c.p., dato che nell'ipotesi del tentativo il legislatore assegna al giudice una discrezionalità nello sconto di pena che spazia da un terzo a due terzi della sanzione base; l'ultimo punto, addentrandosi nella valutazione di merito della particolare tenuità, riguarda i parametri da prendere in considerazione a tale scopo, in particolare si discute se la valutazione debba concentrarsi solo sul delitto nella forma tentata ovvero se debba spingersi su giudizi prognostici relativi alla probabile consumazione del reato.

Circa il primo profilo di interesse richiamato, vi è da notare una certa coesione tra dottrina e giurisprudenza nel riconoscere al tentativo il potere di includere nel campo applicativo dell'irrelevanza penale del fatto anche figure delittuose che nella forma consumata vi sarebbero risultate estranee.<sup>174</sup>

Così come la magistratura riconosce ormai da tempo che l'istituto del tentativo porta alla modulazione di una figura autonoma di reato, lo stesso grado di autonomia andrebbe concesso anche alla relativa cornice edittale.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> “Stupisce [...] il fatto che il dibattito parlamentare non abbia [...] affrontato alcune questioni problematiche relative alla configurabilità dell'istituto” tra cui “una riflessione sull'applicabilità o meno dell'istituto nelle ipotesi di delitto tentato”. C. Andreuccioli, *I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 28 del 2015*, Cit., pag. 137.

<sup>173</sup> Secondo C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 38) escludere l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. per la sola ragione che il delitto si è arrestato alla forma del tentativo “sarebbe palesemente irragionevole e contrari[o] al principio di offensività” anche perché “non vi sono difficoltà pratiche nel valutare la sussistenza della causa di non punibilità in discorso”.

<sup>174</sup> Ne dà conferma direttamente G. Alberti (*Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 5) secondo cui, grazie al riconoscimento del tentativo quale figura autonoma di reato, “rientrano [...] nell'ambito di applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., ad esempio, le ipotesi tentate di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p. – escluse nella forma tentata”.

<sup>175</sup> “Trattandosi di una figura autonoma di reato, il tentativo ha una propria cornice edittale di pena, che il giudice deve individuare preliminarmente rispetto alla commisurazione della pena, da operarsi poi all'interno di quella cornice”. G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Cit., pag. 398.

Premesso che tale assunto sembra piuttosto ragionevole e che difficilmente è ipotizzabile un ripensamento nel futuro prossimo, è doveroso chiedersi se la peculiarità del nuovo istituto dell'irrelevanza del fatto legittimi un approccio differente alla figura del tentativo, quantomeno limitatamente alla disposizione in questione.

In effetti qualche appiglio per una differente lettura "non manifestamente infondata" sembra esserci.

Come riconosciuto da autorevole dottrina, la non punibilità per particolare tenuità del fatto trova le sue radici nell'assenza della necessità di pena,<sup>176</sup> da leggersi sia nel senso della superfluità della risposta sanzionatoria ordinamentale a cagione dello sbilanciamento nel rapporto tra costi (investigativi e giudiziari) e benefici (sicurezza dei consociati), sia nel senso della concreta mancanza di un'esigenza di risocializzare il reo (in ossequio all'art. 27 co.3 Cost.), in virtù della singolarità e dell'estrema lievità della condotta criminosa.<sup>177</sup>

È evidente che, per come strutturata all'interno dell'art. 131 *bis* c.p., il legislatore italiano ha predisposto una figura di esiguità del fatto "complessa", aperta anche a valutazioni che riguardano la personalità del reo ed un profilo di biasimo nei suoi confronti, quantomeno per un giudizio astratto sull'opportunità o meno di rinunciare nei suoi confronti alla sanzione penale, malgrado la nostra posizione sia nel senso di ritenere preponderante la dimensione materiale e oggettiva dell'istituto.

È altrettanto chiaro che quando il delitto non giunge allo stadio della consumazione, ciò è dovuto o all'intervento di terzi, o a cause di tipo naturale, o ancora a motivo dell'imperizia del reo; in ogni caso trattasi di eventi o accadimenti estranei alla volontà del soggetto agente.

Qualora invece il comportamento illecito si arresti o venga neutralizzato per decisione del suo autore, allora entrano in gioco gli istituti della desistenza e del recesso attivo, i quali sfuggono all'analisi di queste righe in quanto figure giuridiche diverse e ulteriori, seppur connesse al tentativo.

È quindi naturale porsi il seguente interrogativo: quanto può influire sul bisogno/meritevolezza di pena un'interruzione del percorso delittuoso determinata da fattori estranei alla volontà del reo? Come si può giustificare un abbassamento della valutazione di gravità astratta del reato quando tutto ciò che

---

Vedi anche Tribunale di Milano, Sez IV Penale sent. 3936/2015, disponibile in allegato a *La particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, G. Alberti, Cit., nonché *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, disponibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), pagg. 8-9.

<sup>176</sup> In tale senso si veda T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.

Negli stessi termini anche R. Bartoli (*L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. De Francesco e E. Venafro, G. Giappichelli Editore, 2002, pag. 101) secondo il quale l'istituto dell'irrelevanza del fatto "può essere considerato espressione di una sorta di mancanza di meritevolezza o più esattamente, di bisogno di pena".

<sup>177</sup> S. Perelli (*La non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Minime riflessioni "a caldo"*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015), interrogandosi sulla ratio dell'istituto in questione, giunge a riconoscere che "la risposta più convincente [...] fa riferimento al diritto penale minimo, che rimanda all'art. 27 Cost. ovvero alla necessità che la pena tenda alla rieducazione del condannato e conseguentemente esclude l'esistenza di una esigenza rieducativa di fronte a fatti irrilevanti".

era nel dominio del soggetto agente era ormai direzionato in modo non equivoco verso la commissione del medesimo?

Certo il legislatore italiano impone *ex lege* un trattamento di favore nell'ipotesi del delitto solo tentato ma questo "beneficio" si traduce in uno sconto nella fase della concreta commisurazione della pena, mentre qui si sta discutendo della considerazione del reato tentato in termini di disvalore astratto, in relazione alla sua rilevanza sui limiti esterni di un istituto favorevole al reo.

Quando si parla del tentativo come di una fattispecie autonoma rispetto al delitto nella forma consumata in realtà vi è una parte di *fictio* giuridica: sarà pur vero che la mancata consumazione del reato deve imporre un trattamento differenziato rispetto all'ipotesi ordinaria, anche in ragione del fatto che non si può prevedere con assoluta precisione l'esito che la condotta avrebbe potuto avere, ma è altrettanto vero che tra le due fattispecie vi è identità nell'*iter* criminoso percorso, identità interrotta "solo" per il mancato raggiungimento della meta nell'ipotesi tentata.

Posto che, l'art. 131 *bis* c.p., in quanto istituto che dà riscontro positivo al bisogno di pena, rappresenta, se non un *unicum*, almeno una rarità nel panorama giuridico italiano, ecco che gli approdi cui è tradizionalmente giunta la giurisprudenza in materia di tentativo potrebbero anche necessitare di una revisione.

In particolare sembra scorretto ancorare una opportunistica scelta di esclusione della punibilità ad una cornice edittale differente rispetto a quella prevista per il reato consumato, solo per la fortunata coincidenza di fattori esterni che abbiano paralizzato o evitato il danno portato dalla condotta criminale, specie se si considera, anticipando le prossime considerazioni, che per il giudizio di merito circa la speciale tenuità del fatto l'orientamento maggioritario va nel senso di chiedere all'organo giudicante una valutazione prognostica sulla manifestazione probabile del reato nel momento consumativo.

Si aggiunga che accogliere la tesi per cui il delitto tentato vada considerato, in relazione all'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., facendo riferimento alla cornice edittale prevista per il reato consumato, non muterebbe l'approccio tradizionalmente oggettivistico del nostro ordinamento<sup>178</sup> alla figura del tentativo, e nemmeno porterebbe ad una sensibile inclinazione verso un diritto penale d'autore: si tratterebbe semplicemente di impedire in questi casi il ricorso alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ma come è ovvio comunque il giudice in sede di commisurazione della pena procederà ad uno sconto della sanzione da un terzo ai due terzi, realizzandosi così un apprezzabile equilibrio nella scala della risposta punitiva dello Stato anche in relazione alla tipologia di reato cui il soggetto agente "ambiva".

---

<sup>178</sup> Come è noto anche in virtù degli studi comparatistici, le risposte dei sistemi penali alla figura del tentativo possono spaziare, almeno a livello ideale, da approcci assolutamente oggettivistici (nessuna sanzione perché il bene giuridico in definitiva non è stato compromesso) ad orientamenti puramente soggettivistici (stessa sanzione prevista per il reato consumato, in quanto si va a punire l'indole criminale concretamente manifestata dal reo). L'approccio del codice penale italiano si colloca a metà strada, tuttavia, valorizzando la scelta di prevedere una pena necessariamente inferiore al delitto consumato, si preferisce qualificarlo come "tendenzialmente oggettivistico".

All'esito di queste considerazioni va comunque ribadito che l'orientamento assolutamente maggioritario in dottrina e giurisprudenza sembra ancora fedele alla lettura del delitto tentato come fattispecie autonoma da reputarsi tale anche in relazione al limite di applicabilità esterna della clausola di irrilevanza del fatto, contesto in cui tra l'altro le possibilità di un *revirement* sono ulteriormente affievolite dalla constatazione che l'impostazione prevalente assicura un più ampio campo operativo all'art. 131 *bis* c.p. e di riflesso più rosee aspettative di raggiungere gli obiettivi alla base della legge delega 67 del 2014.

Quanto al secondo aspetto in questione, cioè il *quantum* di pena da scomputare dalla sanzione base in virtù dell'art. 56 c.p. per il calcolo della pena ai fini dell'applicabilità della particolare tenuità del fatto, si riscontra una curiosa assenza di dibattito nella letteratura specialistica sul punto: dal momento che la discrezionalità che la disciplina del tentativo lascia nelle mani del giudice circa la riduzione della pena è piuttosto significativa, passando da un terzo nell'ipotesi più severa fino ai due terzi in quella più permissiva, sembra più che doveroso riflettere con attenzione su quale sia il parametro da prendere in considerazione agli effetti dell'art. 131 *bis* c.p., tutto questo ovviamente presumendo l'adesione all'orientamento maggioritario sopra descritto a proposito della possibilità della figura tentata di incidere sullo spettro applicativo dell'esiguità del fatto.

Se si ritiene opportuno che lo sconto di pena previsto dall'art. 56 c.p. possa incidere sulla sfera di operatività della particolare tenuità del fatto, allora sarà doveroso che la determinazione della misura di questa riduzione sia quanto più possibile vicina a quella che il giudice riconoscerebbe al di fuori della specifica sede dell'art. 131 *bis* c.p.

Non valgono qui le obiezioni che distinguono in modo netto tra valutazione astratta del titolo di reato ai fini dell'operatività della particolare tenuità del fatto e sindacato concreto sulle caratteristiche del singolo episodio storico.

Riconoscere l'impatto della figura del tentativo sui limiti esterni di applicabilità dell'esiguità del fatto significa infatti ammettere, magari inconsciamente, la rilevanza già in tale sede di uno degli aspetti della vicenda concreta, cioè la sua mancata consumazione, come dimostrato dal fatto che il tentativo rientra a pieno titolo nel concetto ampio delle "forme di manifestazione del reato".

Tuttavia rimane il dato di fondo che le riflessioni riguardanti il calcolo della pena ai fini dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. attengono ad una valutazione "meramente preliminare", che non determina di per sé la concessione o meno della causa di non punibilità in questione, ma che semplicemente ne condizionano l'accesso al giudizio nel merito.

È quindi logico scartare la tesi che voglia lasciare totalmente la determinazione del *quantum* di pena da sottrarre per i fini in questione ad una valutazione caso per caso del giudice.

In tale modo infatti non si tratterebbe di uno *step* anticipato rispetto all'analisi puntuale degli elementi della particolare tenuità del fatto, poiché si richiederebbe al giudice, dovendo stabilire quale sia lo sconto di pena da concedere in linea ipotetica, di svolgere una valutazione che nei fatti riecheggia i connotati dell'esame nel merito, o per lo meno davvero ardua risulterebbe la distinzione tra requisiti rilevanti per l'accesso al sindacato sull'irrilevanza del fatto e requisiti interni alla medesima.

Di conseguenza residuano due sole vie percorribili: o si assume come parametro il minimo della diminuzione di pena, ovvero un terzo, oppure il massimo della stessa, cioè i due terzi.

A favore della prima soluzione depone la considerazione che è opportuno ricondurre i limiti di applicabilità di un istituto ai parametri che offrono maggiore certezza e che garantiscono un più solido appiglio al dato positivo,<sup>179</sup> senza dimenticare che la causa di non punibilità in questione dimostra di porre attenzione principalmente al massimo di pena irrogabile, che in tale caso verrebbe a presentarsi sotto la veste del minimo di sconto concedibile.

Posto infatti che il riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. alla figura del delitto tentato è già di per sé frutto di un'opzione ermeneutica, tacendo il d.lgs. 28 del 2015 sul punto, risulterebbe migliore l'opzione che ricollega il *quantum* di pena da scomputare al valore di un terzo della sanzione base, in quanto esso rappresenta quella misura della diminuzione sanzionatoria necessaria, cui il giudice non può mai venire meno e che in qualche modo rappresenta il minimo comune denominatore di qualsiasi fattispecie di delitto tentato.

L'orientamento maggioritario si è dimostrato finora favorevole a questa lettura, anche se sul punto è forse possibile un'ulteriore riflessione.

L'art. 56 è chiaro nel prevedere uno sconto della sanzione da un minimo di un terzo al massimo dei due terzi, ma non è altrettanto preciso relativamente alle modalità applicative di questa diminuzione di pena.

La giurisprudenza prevalente riflette questa scarsa puntualità del dato positivo ammettendo due diverse possibilità, infatti “la determinazione della pena può effettuarsi con il cosiddetto metodo diretto o sintetico, ossia senza operare la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, oppure con il calcolo bifasico, ossia scindendo i due momenti enunciati”.<sup>180</sup>

Premesso che per una valutazione come quella che stiamo compiendo sarebbe del tutto inutile immaginare che l'applicazione dello sconto di pena vada effettuata dopo la determinazione della sanzione da irrogarsi per il caso concreto nell'ipotesi consumata,<sup>181</sup> dal momento che in questo modo la diminuzione di pena non modificherebbe i limiti edittali astratti che invece rilevano per la delimitazione del campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p., è necessario pensare ad una modalità operativa che incida direttamente sulle medesime fasce sanzionatorie.

---

<sup>179</sup> Aderisce a questa impostazione A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pagg. 18-19) secondo cui “si dovrà dunque calcolare il massimo della pena prevista per la fattispecie base o circostanziata, diminuita di un terzo”.

Così anche R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Diritto penale contemporaneo, 2015, pag. 4.

<sup>180</sup> Corte di Cassazione, sez. II, sent. 10071 del 2017.

<sup>181</sup> Pensiamo ad un reato astrattamente punibile da quattro a otto anni di reclusione per cui il giudice ritenga corretta una quantificazione della pena “ordinaria” nella misura dei sei anni, su cui poi dovrà operare lo sconto di pena scegliendo discrezionalmente tra un massimo di quattro anni e un minimo di due.



La dottrina che pare maggioritaria va nel senso di mettere in una relazione immediata il massimo dello sconto di pena e il minimo della sanzione prevista da un lato, la minima diminuzione e il massimo della pena dall'altro.<sup>182</sup>

In questo modo di fatto la discrezionalità del giudice nella attenuazione della sanzione rimane limitata alla fase finale dell'irrogazione della pena in concreto, mentre la modifica delle fasce edittali opererebbe in automatico nel senso appena descritto.

Questa tesi lamenta tuttavia una certa distanza rispetto al dato testuale dell'art. 56 c.p., il quale imponendo il ricorso alla *pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi* sembrerebbe richiedere che il giudice si esprima nell'esercizio della propria discrezionalità sul *quantum* di sconto da operare e non che egli si limiti alla determinazione della sanzione finale entro cornici edittali già automaticamente attenuate, per di più in modo diseguale.

Se si accoglie questo genere di osservazioni, è normale concludere nel senso che al magistrato sia affidato il compito di utilizzare due volte la discrezionalità che istituzionalmente gli compete: una prima volta vi dovrà fare ricorso per stabilire la misura della pena<sup>183</sup> da sottrarre alle fasce sanzionatorie stabilite dalla fattispecie astratta, valorizzando qui gli elementi propri della struttura peculiare del reato tentato, mentre una seconda volta per compiere l'ordinario giudizio per la commisurazione della pena nel caso concreto, che però ai nostri fini importa meno.

Ecco allora che aderendo a questa impostazione, all'interno della quale la diminuzione fino al massimo dei due terzi può riguardare anche la fascia edittale superiore, ha senso domandarsi se sia questo il valore da prendere in considerazione ai fini dell'inclusione o meno del reato nel campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p.

Quando l'organo giudicante si trova a dover stabilire quale sia l'entità della pena da diminuire, egli chiaramente fonderà tale decisione sull'intensità con cui il reato si è concretamente manifestato, e all'interno di tale giudizio è palese che il livello dell'offesa arrecata dalla condotta delittuosa avrà un ruolo predominante.

A ciò si aggiunga, come meglio vedremo nei paragrafi successivi, che dentro al complessivo art. 131 *bis* c.p. confluiscono tanto una valutazione di particolare tenuità del fatto in senso stretto, cioè sull'esiguità dei caratteri oggettivi della vicenda delittuosa, quanto una ponderazione dell'irrilevanza del reato in senso lato, in cui trovano spazio considerazioni che si distanziano dall'analisi della dimensione materiale dell'offesa per spostarsi sui terreni della personalità del reo, delle istanze special e general preventive, e forse anche della colpevolezza del soggetto agente, ma su quest'ultimo punto in particolare saranno doverosi ampi approfondimenti.

Tutto questo serve a far emergere che verosimilmente i casi in cui il giudice può addivenire ad uno sconto di pena nella misura massima consentita dall'art.

---

<sup>182</sup> "A partire dalle pene previste per il delitto consumato, si deve cioè operare la diminuzione massima sulla pena minima e la diminuzione minima della pena massima". G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Cit., pag. 398.

<sup>183</sup> Nella lettura che si sta qui proponendo la diminuzione di pena da operare sulle fasce edittali risulterebbe la medesima sia per quella superiore, sia per quella inferiore, realizzandosi così anche un apprezzabile risultato di omogeneità nell'attenuazione del livello sanzionatorio.

56 c.p. sono verosimilmente quelli in cui ricorrano tutti i requisiti previsti dalla clausola di irrilevanza penale del fatto.<sup>184</sup>

Per tale motivo sembra tutt'altro che insensato utilizzare la misura dei due terzi come parametro per la diminuzione della pena base ai fini dell'applicazione della particolare tenuità del fatto.

Ribadendo che qui ci stiamo occupando solo di profili preliminari alla valutazione nel merito dell'irrilevanza del fatto, possiamo arrivare sostanzialmente a ritenere che, ove i parametri interni di esiguità non sussistano nel caso concreto allora la causa di non punibilità non verrà concessa senza particolari conseguenze dal momento che nulla cambia tra un diniego della stessa per assenza di un presupposto astratto e una mancata concessione per insussistenza di un requisito interno; ove invece ricorrano gli estremi per la non punibilità anche nel merito, allora tale soluzione sarà certamente corretta e opportuna perché anche al di fuori delle specifiche valutazioni richieste dall'art. 131 *bis* c.p. tendenzialmente a quelle condizioni verrebbe concesso il massimo della diminuzione della pena consentito per l'ipotesi del tentativo.

In altre parole, a fronte di una verosimile sovrapposizione delle circostanze al ricorrere delle quali si può concretamente ricorrere all'art. 131 *bis* c.p. e di quelle che possono determinare la concessione del massimo sconto di pena previsto dall'art. 56 c.p., è ragionevole determinare la pena ai fini dell'applicazione della particolare tenuità del fatto tenendo in considerazione la diminuzione di due terzi della pena base (di fatto ipotizzando, presumendo che il fatto sia risultato concretamente esiguo), poiché in caso di effettivo riscontro dei "rigidi" e variegati parametri interni dell'art. 131 *bis* c.p., l'esclusione della punibilità per speciale tenuità del fatto non farà che confermare la correttezza dello sconto della pena base nella misura più ampia possibile, mentre nell'ipotesi contraria non vi sarebbero comunque particolari svantaggi nel disconoscere l'irrilevanza del fatto nel merito piuttosto che in astratto.

Anche qui va tuttavia rilevato che tale ragionamento si discosta sensibilmente dall'approccio maggioritario di interpreti e studiosi poiché in genere la configurazione dei limiti esterni di applicazione di un istituto dovrebbe agganciarsi a parametri immediati e certi, che mal si conciliano con valutazioni fondate sulla "verosimiglianza" o sul "tendenziale".

L'ultimo profilo su cui vale la pena soffermarsi in relazione al rapporto tra tentativo e irrilevanza penale del fatto, riguarda l'oggetto d'indagine per il sindacato di merito sulla speciale lievità dell'offesa: ci si chiede infatti se l'analisi debba ricadere sulla fattispecie per come si è manifestata nello stadio del tentativo, ovvero se sia necessario andare oltre, con uno sguardo prognostico gettato sulla probabile consumazione del reato.

L'interpretazione maggioritaria, in maniera condivisibile, sposa la seconda opzione esigendo una valutazione completa del fatto, comprensiva quindi

---

<sup>184</sup> Di fatto sembra che l'unico profilo di differenza, al netto della questione del grado della colpevolezza su cui poco senso ha soffermarci in questo momento, è da ricondurre al requisito della "non abitudine" del comportamento, al quale non osta la presenza di un solo precedente penale se non particolarmente significativo, elemento che invece ragionevolmente potrebbe impedire la concessione della massima diminuzione della pena nell'ipotesi del tentativo.

dell'analisi dell'offesa che il reato avrebbe determinato se fosse giunto a compimento.<sup>185</sup>

L'unico appunto che si potrebbe astrattamente muovere a questa opinione è il rilievo per cui generalmente è estraneo all'ordita dell'art. 131 *bis* c.p. tutto ciò che si colloca temporalmente o logicamente dopo il compimento del fatto tipico, ad esempio si tende ad escludere la rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato, seppur con opinioni e applicazioni pratiche differenti.

Tuttavia tale osservazione non ci sembra in grado di intaccare la posizione dell'orientamento dominante sopra citata, sia in ragione delle specificità della figura del delitto tentato, sia perché in tale caso non si tratta propriamente di valutare un *quid* successivo alla commissione del fatto, ma di completare in via interpretativa un reato rimasto incompleto, integrandolo con il tassello mancante individuabile univocamente sulla scorta degli atti che compongono l'*iter* criminoso interrotto.

#### *IV. L'art. 131 bis c.p. può convivere con i suoi precedenti nel rito minorile ed in quello onorario?*

L'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. obbliga a chiedersi quali conseguenze comporti questa novità per gli analoghi istituti nell'ambito minorile e in quello onorario.

Date le profonde affinità strutturali tra questi tre istituti, non tali certo da poterne sostenere una perfetta identità, ma sufficienti per stimolare un serio dibattito sul loro rapporto, è necessario comprendere se vi sia spazio per affermare l'implicita abrogazione dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 e dell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988, o quantomeno l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. anche in tali contesti processuali.

Una prima considerazione di carattere storico suggerisce innanzitutto un'interpretazione che ammetta la sopravvivenza degli istituti precedenti, rigettando quindi la tesi di un'abrogazione tacita degli stessi.

Durante l'*iter* parlamentare che ha esaminato lo schema del decreto legislativo in questione, era giunto il suggerimento di porre attenzione al coordinamento tra la disciplina della particolare tenuità del fatto nel processo del giudice di pace e quella generale in via di normazione.

Tuttavia questa indicazione è stata totalmente ignorata dal legislatore delegato, che, proprio in considerazione del monito inevaso proveniente dalla Commissione Giustizia, avrebbe consapevolmente scelto di lasciare coesistere

---

<sup>185</sup> Come riporta C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto, Dimensione sostanziale e prospettive processuali*. Cit., pagg. 38-39), per la verifica della particolare tenuità del fatto in ipotesi di delitto tentato, occorre "considerare la portata dell'offesa che si sarebbe determinata nel caso di consumazione dell'illecito", in coerenza con quanto stabilito dalla precedente giurisprudenza circa l'applicazione dell'attenuante del danno patrimoniale di lieve entità alla figura del tentativo.

Negli stessi termini anche le *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, Cit., pag. 8, ove si conferma la necessità di "una valutazione degli effetti che si sarebbero verificati nel caso di consumazione".

le due ipotesi di irrilevanza del fatto,<sup>186</sup> affidando all'interprete l'arduo compito di risolverne i contrasti sostanziali e processuali in via ermeneutica.<sup>187</sup>

A queste considerazioni si aggiunga che la Corte Costituzionale ha avuto modo di dare il suo benestare alla convivenza nel nostro ordinamento di figure differenti di esiguità del reato, non ritenendo illegittimo a prescindere un diverso *modus operandi* tra il medesimo istituto già presente nel d.lgs. 274 del 2000 e l'introducendo art. 131 *bis* c.p.<sup>188</sup>

Oltre a queste argomentazioni di stampo formale o storico, vi sarebbero anche valide ragioni di merito per sostenere l'impossibilità di ritenere implicitamente abrogate le disposizioni in questione.

Pure qui la riflessione si è concentrata principalmente sul rapporto tra art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 e l'art. 131 *bis* c.p., tra i quali le differenze strutturali sarebbero così significative da non poter sovrapporre le due normative, presupposto fondamentale per concludere nel senso di una piena sostituzione della nuova disciplina generale alla precedente disciplina specifica.

"L'uno costruito come declaratoria di non punibilità, l'altro come declaratoria di improcedibilità; l'uno subordinato alla non abitualità del comportamento, l'altro alla sua occasionalità; l'uno imperniato, oltre che sulla esiguità del danno o del pericolo, sulle modalità della condotta, l'altro sul grado di colpevolezza e sul rischio di pregiudizi per le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagine o dell'imputato; l'uno caratterizzato da una mera interlocuzione di indagato e offeso nella procedura decisionale, l'altro costellato di autentiche preclusioni legate all'interesse o alla volontà delle parti".<sup>189</sup>

Ovviamente tale conclusione dovrebbe valere a maggior ragione per l'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988, non tanto per la distonia rispetto ai requisiti operativi della clausola generale di irrilevanza del fatto, quanto piuttosto in virtù delle specifiche esigenze di tutela del soggetto minore e dell'interpretazione spiccatamente favorevole al reo che si è sviluppata circa i relativi presupposti applicativi.

Difficile non concordare con la lettura maggioritaria che propende per la sopravvivenza dei diversi istituti che positivizzano l'esiguità del fatto nel nostro

---

<sup>186</sup> Secondo A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 36) sarebbe chiara "la consapevolezza del legislatore circa la perdurante vigenza di quest'ultima figura [cioè l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000]".

<sup>187</sup> Come ricorda A. Mangiaracina (*La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, Diritto penale contemporaneo, 2015, pag. 11) "la sollecitazione [fu] respinta perché ritenuta estranea alle indicazioni della legge delega", tuttavia tale giustificazione sembra tenere poco, dal momento che per altri fini il delegato non si è fatto scrupoli a intervenire andando ben al di là dei confini posti dalla delega, si pensi semplicemente alle esclusioni espresse di particolare tenuità del fatto o alle ipotesi esplicite di condotta abituale.

<sup>188</sup> Anche F. Caprioli (*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 104), richiamando la pronuncia n. 25 del 2015, afferma che secondo la Corte Costituzionale "nulla impedisce a due diverse fattispecie di proscioglimento per tenuità di convivere pacificamente nel medesimo ordinamento".

<sup>189</sup> F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 104.

sistema penale,<sup>190</sup> soprattutto perché paiono decisivi i rilievi relativi alla diversità dei criteri interni di applicazione.

A dire il vero un piccolo spiraglio per la tesi contraria vi sarebbe, soprattutto alla luce di un'analisi critica e diacronica dell'evolversi delle clausole di irrilevanza del fatto in questione.

Se si osservano l'applicazione giurisprudenziale di questi istituti e i commenti della dottrina in proposito, si può notare come ogni normazione successiva di queste figure di tenuità del fatto, più che innovare nettamente rispetto alla disciplina precedente, abbiano cercato di positivizzare le posizioni critiche emerse nella normativa precedente, le quali nella maggior parte dei casi avevano condotto a interpretazioni peculiari del dato positivo, a metà strada tra un'autentica e legittima operazione ermeneutica e una discutibile riscrittura della disposizione per mano della magistratura.<sup>191</sup>

L'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 non contemplava il requisito del grado della colpevolezza, ma era ritenuto comunque implicito nella valutazione complessiva del fatto demandata al giudice, cosicché l'esplicitazione cui si è giunti nel 2000 altro non sarebbe che la cristallizzazione di un risultato già raggiunto in via esegetica; nell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 la lievità dell'offesa non era espressamente riferita anche alle modalità della condotta, che tuttavia si riteneva opportuno venissero prese in considerazione per l'applicazione della causa di improcedibilità in esame e che oggi emergono già dal dato testuale dell'art. 131 *bis* c.p.; la prassi ha tendenzialmente svuotato di contenuto il requisito esterno del pregiudizio derivante dal processo penale sulla vita relazionale e privata del reo previsto dalla normativa del rito davanti al giudice di pace, sospettato tra l'altro di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost., tanto che l'attuale disciplina generale del codice penale ha preferito rinunciare a qualsiasi parametro di questo genere.

Sulla scia di queste valutazioni si potrebbe essere persuasi dall'opzione di ritenere che fondamentalmente, al di là delle differenze formali, l'istituto della lievità del fatto sia stato sempre lo stesso e che la sua attuale normazione a livello generale possa aver abrogato implicitamente le precedenti figure specifiche.

Tale conclusione a nostro avviso non sembra meritevole di accoglimento.

In primo luogo un conto è la certezza che proviene dal dato positivo della disposizione, un altro è la stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale che su di essa si fonda, per cui la "precisazione" che si è venuta consolidando nel tempo ha un valore tutt'altro che indifferente.

In secondo luogo le normative in questione hanno profonde differenze anche sul versante processuale, soprattutto per quanto riguarda i poteri della

---

<sup>190</sup> "L'articolo 131-bis sembra destinato a convivere con gli omologhi istituti già previsti per i minori e per i reati di competenza del giudice di pace. La delega non autorizzava alcun coordinamento, né d'altra parte si può pensare a una abrogazione tacita per incompatibilità, di cui mancherebbero i presupposti, in primo luogo l'incompatibilità". T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.

<sup>191</sup> L'evoluzione che ha riguardato l'istituto dell'esiguità del fatto nel nostro sistema penale è chiaramente visibile leggendo quanto illustrato da C. Cesari in *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., la quale in un passaggio (pag. 229) afferma che "la scelta di rinunciare alla sanzione penale per fatto bagatellari ha [...] sempre la medesima *ratio* [...] sicché i tratti identificativi della condotta immeritevole di sanzione non possono che essere una costante".

persona offesa che nell'ambito del rito onorario assomigliano ad un vero e proprio diritto di veto rispetto alla possibilità di concedere l'esenzione dalla pena, mentre nel contesto dell'art. 131 *bis* c.p. si limitano a comportarsi come una pretesa di essere ascoltati e di interloquire in argomento; differenze che all'evidenza paiono tali da impedire in ogni caso la totale sovrapposizione tra i diversi istituti in questione, anche laddove si voglia riconoscere una identità di fatto nella prospettiva sostanziale.<sup>192</sup>

Giunti alla conclusione che attualmente convivono nel nostro ordinamento tutte e le tre le figure di irrilevanza del fatto, non resta che comprendere se l'art. 131 *bis* c.p. possa trovare applicazione anche al di fuori del rito ordinario, qualora non siano integrati tutti i presupposti previsti dagli artt. 27 e 34.

Dato che i requisiti richiesti da queste disposizioni sono gravosi e soprattutto più specifici rispetto alla figura generale, nel senso che sembrano ritagliati per il peculiare contesto processuale in cui sono destinati a operare, l'orientamento maggioritario tende a rifiutare l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. nel rito minorile e in quello onorario.<sup>193</sup>

Per quanto riguarda la prima ipotesi valgono le riflessioni già svolte a proposito della rilevanza predominante della componente specialpreventiva in questo istituto, volta, nella sua lettura più forte, a permettere la celebrazione del processo penale solo qualora questo possa "giovare" alla crescita del minore, in termini di assunzione di responsabilità per le proprie azioni, prospettiva piuttosto distante dalle logiche della speciale tenuità del fatto in senso autentico.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi è invece la connotazione di giustizia conciliativa e riparativa del processo penale davanti al giudice di pace che impedirebbe l'applicazione del 131 *bis* c.p. in assenza dei requisiti dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000.<sup>194</sup>

Semplificando, quest'ultima disposizione per il suo operare richiede che la persona offesa non manifesti il proprio dissenso a che il soggetto agente possa andare esente da sanzione.

È evidente come tale prescrizione si spieghi con la volontà del legislatore di stimolare in maniera importante il raggiungimento di un punto di contatto tra vittima e reo, conciliazione che la legge presume in qualche modo sempre percorribile in ragione della natura bagatellare dei reati devoluti alla competenza del giudice di pace.

Tale afflato conciliativo perseguito dal legislatore con un premio di tutto rispetto, quale è la rinuncia alla sanzione penale pur in presenza di un reato perfetto, sarebbe irrimediabilmente vanificato qualora in assenza di questa

---

<sup>192</sup> Per una efficace analisi delle differenze tra l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 e l'art. 131 *bis* c.p. dal punto di vista processuale si legga A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, Cit., pagg. 11 e ss.

<sup>193</sup> "L'irrilevanza del fatto applicabile ai minorenni e la particolare tenuità del fatto per i reati di competenza del giudice di pace sono caratterizzati da requisiti più selettivi rispetto a quello indicati nell'art. 131 *bis* c.p.". M. L. Ferrante, *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 16.

<sup>194</sup> Come conferma P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 27-28) occorre evidenziare che "avanti al giudice di pace [...] il rito tenda alla riconciliazione o riparazione e solo in ultima ipotesi [...] alla improcedibilità dell'azione penale per i fatti caratterizzati dalla particolare tenuità".

pacificazione tra i protagonisti del reato il giudice possa comunque ritenere il fatto penalmente irrilevante applicando l'art. 131 *bis* c.p.<sup>195</sup>

Pur riconoscendo la fondatezza di queste argomentazioni, non si può non notare l'evidente irragionevolezza che comporterebbe l'esclusione dell'operatività della clausola generale di esiguità del fatto in questi riti specifici.

L'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. si spiega con la volontà di attuare una depenalizzazione in concreto posta nelle mani del giudice, volta a non applicare la pena per i reati bagatellari impropri, cioè quelli che, pur integrando gli estremi descritti dalla fattispecie incriminatrice, manifestano in concreto un disvalore penale più che altro apparente.

La peculiare natura dei riti minorile e onorario denota già di per sé una valutazione astratta di tenuità, almeno potenziale, per i reati attratti nelle relative competenze, il primo in senso più lato per l'incompleto grado di maturità del soggetto agente, il secondo in senso più stretto per l'esiguità dell'impatto sociale del fatto in questione.<sup>196</sup>

Ciò detto sarebbe incomprensibile escludere in tali ambiti, che già soggiacciono ad una sorta di "sospetto" di esiguità tale da giustificare un giudizio penale *ad hoc*, l'applicazione di un istituto espressamente deputato a escludere dall'alveo del penalmente rilevante le fattispecie concrete che si attestano al minimo livello della scala di offensività.<sup>197</sup>

Non va nemmeno trascurato il fatto che la "genesì storica della causa di improcedibilità ex art. 34 [...] risulta indissolubilmente legata all'epifania dell'art. 131 *bis* c.p. nel nostro sistema penale"<sup>198</sup> nel senso che il primo ha avuto la precipua funzione di aprire la strada alla ventura introduzione del secondo, permettendo quindi la sperimentazione dell'istituto dell'esiguità del fatto (al di fuori del peculiare contesto del rito minorile) e il riscontro dei primi effetti positivi e negativi in un ambito di minore pregnanza rispetto al giudizio penale ordinario.

---

<sup>195</sup> Nell'esame dei rapporti tra la clausola di irrilevanza del fatto nel processo penale onorario e quella generale prevista nel codice penale ha una certa importanza anche la questione relativa all'iscrizione di tale ipotesi di proscioglimento nel casellario giudiziale. Infatti "mentre l'irrilevanza del giudice di pace non comporta alcuna conseguenza negativa per l'indagato/imputato, giustificandosi così la particolare gravosità delle condizioni, quella comune invece comporta l'iscrizione del provvedimento che applica l'istituto nel casellario giudiziale". R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss.

<sup>196</sup> Nell'interpretazione ripresa da R. Borsari (*La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, Cit., pag. 11) la soluzione che esclude l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. nei contesti in cui operano il d.p.r. 448 del 1988 e il d.lgs. 274 del 2000 "si esporrebbe a profili d'indubbia irragionevolezza, non comprendendosi perché la clausola generale di esiguità debba retrocedere proprio dinanzi ad illeciti (già in astratto) considerati maggiormente bagatellari e, per giunta, a fronte di una disposizione processuale nei fatti superata dalla nuova disciplina".

<sup>197</sup> M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 16) concorda sul fatto che tale vincolo allo spettro operativo dell'art. 131 *bis* c.p. "comporterebbe l'aporia di non applicare un istituto più favorevole a situazioni meritevoli di un trattamento più favorevole", situazione che inevitabilmente si tradurrebbe in una "scelta irragionevole alla luce dell'art. 3 della Costituzione".

<sup>198</sup> Così si esprime C. M. Celotto (*Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, Diritto penale contemporaneo, 2017, pag. 13), la quale approfondisce la propria lettura dell'art. 34 in senso sperimentale affermando che "il microsistema normativo creato attorno alla figura del giudice di pace dal d.lgs. 274/2000 è da leggersi, nelle intenzioni del legislatore e nella opinione diffusa della dottrina, come una sorta di laboratorio di soluzioni processuali e sostanziali nuove".

Di conseguenza appare piuttosto illogico precludere l'operatività della nuova clausola di tenuità del fatto sul terreno in cui si era "seminato" per la prima volta proprio in vista di una futura esportazione del medesimo prodotto anche alla forma più solenne del rito penale ordinario.

Molto spesso inoltre anche gli autori che rifiutano l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. nelle sedi processuali in questione, non mancano comunque di ritenere leso l'art. 3 Cost. e quindi necessario l'intervento del Giudice delle Leggi (o del legislatore) affinché si elimini *in nuce* la possibilità di queste ingiustificate disparità di trattamento.<sup>199</sup>

Sorge però spontaneo un dubbio: da dove deriva il *vulnus* alle disposizioni costituzionali? È l'art. 131 *bis* c.p. ad essere illegittimo laddove non espressamente esteso a quelle tipologie particolari di giudizio penale, ovvero sono gli artt. 27 del dp.r. 448 del 1988 e 34 del d.lgs. 274 del 2000 ad essere incostituzionali in quanto impediscono l'applicazione della clausola generale di irrilevanza del fatto? E ancora, è la previsione *tout court* di ipotesi specifiche di esiguità del fatto a contrastare col principio di uguaglianza, oppure potrebbe essere sufficiente un'omologazione delle fattispecie dal punto di vista sostanziale o processuale?

L'impressione allo stato dell'arte è che l'eventuale contrasto con la Carta Costituzionale risieda nel non aver modificato il "vecchio" più che nella configurazione del "nuovo".

La lettera dell'art. 131 *bis* c.p. descrive l'istituto in termini sufficientemente generali da permetterne l'applicazione a tutti i reati che rientrino nei relativi limiti edittali; sono gli istituti specifici del rito minorile e di quello onorario a fungere (eventualmente) da ostacolo all'operatività della clausola generale in quelle tipologie peculiari di giudizio penale, in virtù dell'applicazione del criterio di specialità,<sup>200</sup> che tuttavia viene messa in discussione da quella parte degli studiosi che preferisce parlare di "interferenza".<sup>201</sup>

Se di questo parere dovesse essere anche la Consulta, a questo punto sarebbe preferibile un intervento di tipo "radicale" che estirpi del tutto le figure

---

<sup>199</sup> Sembra essere di questo avviso F. Caprioli (*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 105) laddove, rilevato che la particolare natura del giudizio davanti al giudice di pace non è tale da "giustificare una così marcata divaricazione prescrittiva", afferma in ottica retrospettiva che "meglio sarebbe stato [...] risolvere gordianamente il problema decretando l'abrogazione dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000".

<sup>200</sup> Anche M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 16) riconosce l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale e dottrinale che sostiene l'impossibilità di applicare l'art. 131 *bis* c.p. nei giudizi davanti al giudice di pace o al giudice per i minori "in base al carattere di specialità che hanno le leggi [...] che regolano tali tipi particolari di processo, in ossequio all'art. 16 c.p."

<sup>201</sup> Riprendendo quanto efficacemente illustrato da C. M. Celotto (*Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, Cit., pagg. 9 e ss.), in questo caso sarebbe più corretto descrivere la relazione strutturale tra le disposizioni in termini di interferenza, la quale ricorre quando "ogni ipotesi, contemplata in una fattispecie, necessariamente non corrisponde ad alcuna ipotesi dell'altra fattispecie, ma soltanto a taluni elementi di questa, e viceversa". Importante precipitato di questa qualificazione dei rapporti tra le due norme è che "la parte comune (ossia la particolare tenuità dell'offesa) è di per sé incapace di effetti giuridici per nessuna delle due norme, la cui perfezione richiede altresì il verificarsi dei rispettivi presupposti applicativi".



speciali in modo da espandere il campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p., essendo difficile ipotizzare come possa la Corte Costituzionale intervenire su queste disposizioni in maniera puntuale senza stravolgerne il *modus operandi* e soprattutto senza eliminare quel medesimo pericolo per il principio di uguaglianza che ne ha giustificato la chiamata in causa.

D'altronde non va dimenticato che lo stesso art. 131 *bis* c.p. prevede l'applicazione della causa di non punibilità in questione anche laddove la tenuità del fatto sia prevista come semplice attenuante, e l'interpretazione maggioritaria va nel senso di estendere questo principio anche ai casi in cui la stessa configuri un elemento costitutivo della fattispecie.

Sostenere l'abrogazione implicita degli artt. 27 e 34, oppure l'incostituzionalità degli stessi per i motivi appena illustrati non farebbe altro che completare l'intento del legislatore di non impedire l'applicazione dell'irrelevanza penale del fatto solo per la sussistenza di specifici utilizzi della medesima nozione ad altri fini o in altri ambiti, rendendo quindi il comma quinto dell'art. 131 *bis* c.p. il portabandiera di una regola che va ben oltre gli angusti confini in cui si trova espressa.<sup>202</sup>

La giurisprudenza ha già avuto modo più volte di esprimersi sull'argomento e lo ha fatto in maniera discordante tanto che la questione della compatibilità o meno dell'art. 131 *bis* c.p. con il rito penale onorario è stata di recente affrontata dalle Sezioni Unite.

L'orientamento più risalente e probabilmente ancora oggi maggioritario va nel senso di escludere la possibilità di dare applicazione all'irrelevanza del fatto al di là di quanto concesso dalla figura specifica del processo in questione, riprendendo in sostanza tutti gli argomenti visti in precedenza (difformità strutturali, differenza di finalità, assenza di un'indicazione esplicita in tal senso nel dato positivo), mentre di recente si va affermando in maniera per il momento minoritaria l'impostazione contraria la quale fa leva principalmente sulla vocazione generalizzante dell'art. 131 *bis* c.p. e sulle conseguenze irrazionali che deriverebbero dalla soluzione avversaria.

A seguito dell'udienza celebrata il 22 giugno del 2017 la Suprema Corte a Sezioni Unite ha ribadito ancora una volta l'approccio tradizionale volto a escludere la possibilità di applicare la nuova clausola di irrilevanza del fatto anche al di fuori del rito ordinario, dimostrando di dare preferenza alle ragioni tecniche delle difformità sostanziali e processuali tra le diverse clausole, nonché alla volontà di salvaguardare il fine conciliativo proprio del rito onorario, a discapito delle istanze di uguaglianza in senso sostanziale.<sup>203</sup>

Non sappiamo se questa sarà la risposta definitiva al quesito in analisi, ovvero se successivamente interverrà nuovamente la Cassazione, ovvero addirittura il legislatore, in ogni caso ci sembra di percepire per il momento la

---

<sup>202</sup> "L'art. 131 bis, cristallizzando il principio della esiguità del reato riguardato nel suo complesso e consacrando definitivamente l'adesione del nostro codice penale alla concezione gradualistica del reato, finisce per elevarsi [...] a canone ermeneutico che, in una ottica funzionalistico-teleologica, deve poter assurgere a parametro di valutazione di qualsiasi fatto storico". C. M. Celotto, *Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, Cit., pag. 19.

<sup>203</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sezioni Unite Penali, Informativa provvisoria n. 14, 22 giugno 2017.

volontà di dare una risposta al dilemma “accontentandosi” del dato positivo attuale, senza la necessità, di scomodare la Corte Costituzionale.

## **Capitolo Terzo**

### **IRRILEVANZA PENALE DEL FATTO O SPECIALE TENUITÀ DEL REATO?**

**L'ANALISI DEI REQUISITI STRUTTURALI DELL'ART. 131 B/S TRA LE INCERTEZZE SUL SIGNIFICATO SISTEMATICO DELLA CLAUSOLA E I DUBBI CIRCA I LIMITI DELLA SUA OPERATIVITÀ CONCRETA**

***a) La nozione di “esiguità” e la scelta degli indici che delineano la particolare tenuità del fatto. Osservazione della dimensione oggettiva del fatto penalmente irrilevante.***

*1. I caratteri del fatto specialmente tenue alla luce delle istanze che sorreggono l'istituto e delle esigenze di coerenza concettuale e sistematica.*

Nel momento in cui il legislatore italiano ha finalmente voluto e potuto dare i natali nel nostro Codice Penale ad una clausola generale in materia di irrilevanza del fatto si è trovato dinnanzi al problema preliminare di dover individuare i criteri sulla base dei quali la magistratura avrebbe dovuto rendere operativo questo *novum* di diritto positivo.

Le difficoltà in tal senso sono tutt'altro che marginali, anche perché può certamente ritenersi sussistente nel retroterra culturale di ciascuno, anche per chi non è avvezzo quotidianamente alle tematiche giuridiche, un'idea generica di cosa significhi un fatto di reato particolarmente lieve, ma ben altra cosa è cristallizzarne gli indici rilevatori ad uso e consumo dell'organo istituzionalmente deputato a darvi applicazione nella pratica.

Sarebbe peraltro ingenuo dimenticare un altro dato che non traspare probabilmente nei manuali di diritto, ma che va tenuto in debita considerazione nel momento in cui si valutano novità di tale significato: quando si introduce nel tessuto normativo un nuovo istituto di portata così ampia, è forte il pericolo di una crisi di rigetto oppure di una interpretazione dello stesso notevolmente differente dai piani (e dagli scopi) di chi l'ha descritta, fattore quest'ultimo che, unito alla vocazione generale della figura giuridica in questione, può destabilizzare in maniera non irrilevante gli equilibri sistematici di un intero settore giuridico.

In sostanza, di fronte a riforme con un impatto così esteso (almeno a livello potenziale), il legislatore dovrebbe non solo preoccuparsi di eliminare i dubbi interpretativi che si palesano fin da subito *ictu oculi*, quelle che potremmo chiamare criticità “fisiologiche”, ma deve sobbarcarsi anche l'onere di limitare il più possibile gli spazi di manovra per letture distorsive dell'istituto, sollecitate

magari dalla difficoltà degli interpreti ad adeguarsi alla novità legislativa o dal tentativo di risolvere con soluzioni ermeneutiche acrobatiche talune incongruenze della disciplina scritta, cioè le criticità “patologiche”.

Quale strumento ha il legiferante per far fronte a tali problematiche? La precisione del dato normativo.

Solo con un dettato positivo chiaro e puntuale circa i criteri per l'individuazione della particolare tenuità del fatto l'organo legislativo può limitare al minimo interpretazioni innaturali della causa di non punibilità in esame, affidando semmai alla Corte Costituzionale l'ultima parola sulla legittimità o meno dell'art. 131 *bis* c.p., qualora gli interpreti vogliano a tutti i costi mettere in discussione la configurazione prescelta della clausola.

È evidente che a tale fine sarà importante utilizzare espressioni e lemmi ben consolidati nel linguaggio giuridico del diritto positivo o del diritto vivente, tralasciando parole o locuzioni evocative che ben si prestano a letture strumentali, pur nella consapevolezza che, trattandosi di una novità per l'ordinamento italiano (se non altro nella sua portata generale) sarà necessario ricorrere a dei *nova* anche nelle scelte lessicali per la descrizione dell'istituto.

L'identificazione dei criteri che delineano la particolare tenuità del fatto dipende anche dalla scelta del legislatore circa la *ratio* da far prevalere nella sua descrizione: la tipologia degli indici rilevatori dell'irrilevanza penale sarà differente a seconda del fatto che a muovere la penna del legislatore siano istanze di deflazione processuale e carceraria, oppure esigenze di un maggior ancoraggio dell'ordinamento penale al principio di offensività, nei vari corollari in cui quest'ultimo viene tradizionalmente declinato ai fini del rapporto con l'esiguità del fatto (*extrema ratio*, proporzionalità, etc.).

Nel primo caso va da sé che gli afflati deflattivi spingano per una formulazione dell'esiguità del fatto sintetica e scarna, in cui la parziale indeterminatezza dei contenuti svolge una funzione fondamentale nel garantire al giudice un ruolo da protagonista nella scelta di come e quando concretamente vadano decongestionate le aule di giustizia.

Fissare espliciti paletti in tal senso sarebbe controproducente,<sup>204</sup> perché si obbligherebbe il giudice a penetranti oneri di accertamento, con la conseguenza di esigere valutazioni nella sostanza non dissimili da quelle richieste ad un ordinario giudizio di merito, vanificando già nei progetti qualsiasi ambizione di snellimento dei processi penali.

Anche la delimitazione *tout court* degli spazi in cui si esplica la discrezionalità del magistrato si rivelerebbe in tal senso dannosa poiché l'introduzione di automatismi ostativi, oltre che indebolire sensibilmente le potenzialità deflattive dell'esiguità del fatto, rischia di cadere sotto la scure della Consulta per l'eccessività del vincolo imposto all'organo giudicante e per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto a ipotesi analoghe, pur facendo riferimento spesso a situazioni che, se lasciate nelle mani della discrezionalità

---

<sup>204</sup> Nella lettura proposta da P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 27-28) “un parametro rigido, quantitativo e qualitativo, astrattamente predeterminato, potrebbe [...] risultare inidoneo ai fini di un apprezzamento efficace e rispettoso del principio di uguaglianza davanti alla legge e della varietà della casistica che l'esperienza giudiziaria deve affrontare”.

giudiziale, condurrebbero ragionevolmente al medesimo risultato di disconoscere la portata irrilevante dell'episodio delittuoso.

L'assenza di puntuali indicazioni circa i criteri da prendere in considerazione nell'esame dell'esiguità del fatto dovrebbe inoltre giocare a favore del reo.

Infatti qualora il legislatore decidesse di mostrarsi più proilso sul punto, probabilmente lo farebbe restringendo l'area di operatività dell'istituto in risposta a istanze di stampo general preventivo, solitamente sorde rispetto alle ragioni che fondano tale istituto.

In secondo luogo lasciare la concreta determinazione dei contenuti della particolare tenuità del fatto in mano alla giurisprudenza significa affidarla a chi maggiormente avverte la necessità di tale strumento, circostanza questa che lascerebbe presagire un'applicazione piuttosto estesa dell'irrilevanza penale, con la tendenza a porre in essere valutazioni complessive e sintetiche volte a ricercare generici profili di tenuità della vicenda criminosa intesa in senso lato, capaci di giustificare la rinuncia alla sanzione agli occhi (meglio: secondo la sensibilità) del singolo giudice investito della controversia.

Questa soluzione, benché appaia la più efficace per gli scopi deflattivi cui in genere l'irrilevanza del fatto è affiancata, comporta alcuni inconvenienti che sembrano difficilmente superabili, specialmente alla luce del quadro costituzionale italiano.

Una clausola di esclusione della pena di tale genere, operante potenzialmente già in sede di indagini preliminari, senza puntuali indicazioni positive sul tipo di verifica da svolgere, contrasta da un lato con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, poiché, risolvendosi in giudizi simil-equitativi, non vi è alcuna possibilità di un controllo effettivo sull'opzione dell'archiviazione, dall'altro con il principio di uguaglianza e ragionevolezza, dal momento che in assenza di binari precisi la discrezionalità rischia di trasformarsi irrimediabilmente in arbitrio con le inevitabili sperequazioni che ne conseguono.

All'opposto, qualora si vogliano privilegiare istanze legate al principio di proporzione e alle logiche del bisogno di pena, è necessario che la formulazione della norma sia quanto più analitica possibile, in modo da garantire che la rinuncia alla sanzione sia limitata solo ai casi in cui sia stata approfonditamente esaminata l'inutilità della stessa perché il bene giuridico non può dirsi seriamente minacciato, ovvero perché il reo non si mostra bisognoso di un intervento rieducativo.<sup>205</sup>

Al contempo le stesse nozioni di "minima offesa" e di "assente bisogno di pena"<sup>206</sup>, cui il legislatore fa implicitamente riferimento, si identificano logicamente anche alla luce dei criteri sulla base dei quali il giudice può rilevarle: l'istituto in questione potrebbe limitarsi ad un'indagine di tipo oggettivo, ovvero

---

<sup>205</sup> "Una norma che sia diretta a svolgere una funzione di economia della pena [deve] essere formulata in modo tale da risultare particolarmente espressiva della mancanza di bisogno di pena". R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, Cit., pag. 106.

<sup>206</sup> Si stanno qui riunendo le posizioni dogmatiche che riconducono l'istituto dell'esiguità del fatto ad una prospettiva più marcatamente oggettivistica (rinuncia alla pena in ragione di un fatto così lieve da non interessare l'ordinamento giuridico) e quelle che propendono per un'ottica personalistica (mancanza dell'esigenza di rieducare il soggetto agente), in quanto, malgrado le differenze contenutistiche, sono accomunate da un trattamento dell'istituto in questione di stampo sostanziale.

allargare lo spettro all'elemento soggettivo del reato, o ancora dare rilevanza a componenti totalmente estranee al delitto, come i precedenti penali del reo o i riflessi che la vicenda processuale potrebbe determinare sulla vita privata di quest'ultimo.

Una puntuale elencazione degli indici da cui desumere l'esiguità del reato rispetta certamente appieno le istanze legate al principio di determinatezza, ma rende l'istituto in questione di difficile applicazione, proprio per la profondità dell'accertamento che il giudice è tenuto a compiere.

È chiaro che di fronte ad una indicazione analitica dei caratteri strutturali dell'esiguità l'interprete è obbligato a verificare la sussistenza di ciascuno di essi ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, mentre nell'ipotesi di una descrizione sintetica dell'irrelevanza del fatto il giudice potrà escludere l'applicazione della pena senza la necessità di completare un rigido "percorso a ostacoli", fondando tale scelta semplicemente sulla base di una complessiva valutazione di tenuità dell'episodio criminoso.<sup>207</sup>

Superato questo momento preliminare, ancorato a scelte di politica legislativa nei riguardi dell'istituto dell'esiguità del fatto osservato nella sua dimensione concettuale, bisogna addentrarsi nel merito della fisiologia di questa figura giuridica, andando cioè ad indagare direttamente quali siano i relativi indici "spia".

A tal proposito la dottrina maggiormente specializzata in materia ha ricostruito tre possibili approcci al *modus operandi* della particolare tenuità del fatto.

La prima possibilità prevede la descrizione dell'esiguità attraverso criteri rintracciabili nelle categorie tradizionali del reato, con il *focus* concentrato sulla tipicità e sull'elemento soggettivo.<sup>208</sup>

Questo orientamento ha sicuramente il pregio di adottare indici ben precisi e con cui già abbondantemente i giudici hanno avuto esperienza, ma al contempo presenta talune criticità degne di attenzione.

Innanzitutto sembra poco naturale valutare l'opportunità o meno della sanzione penale sulla base degli stessi elementi utilizzati per l'accertamento della tipicità, anti giuridicità e colpevolezza del fatto delittuoso o per la commisurazione

---

<sup>207</sup> R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Diritto penale e processo, 2001, 2, pagg. 145 e ss.) conferma queste osservazioni rilevando che, in caso di strutturazione analitica "non solo si descrivono dettagliatamente i singoli criteri di esiguità, ma in modo implicito si stabilisce anche che per l'applicazione dell'istituto è necessario che il fatto risulti esiguo rispetto a tutti gli indici della norma", mentre nell'ipotesi opposta "si prevede un giudizio di esiguità [...] onnicomprensivo" per il cui esito positivo si ritiene "sufficiente che l'esiguità discenda da un giudizio di bilanciamento-ponderazione compiuto tra tutte le componenti del fatto".

Abbraccia decisamente il secondo orientamento Cass. IV Sezione, n. 24249 del 2006 la quale, a proposito dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, afferma che "la particolare tenuità del fatto non è un elemento a sé riferito all'entità del danno o del pericolo, ma è un giudizio sintetico sul fatto concreto elaborato alla luce di tutti gli elementi in una formula di sintesi".

<sup>208</sup> Come d'altronde osserva G. De Francesco (*L'esiguità dell'illecito penale*, Diritto penale e processo, 2002, 7, pagg. 889 e ss) i requisiti interni al reato possono essere soggetti ad una triplice analisi. "È prospettabile, anzitutto, un'ottica di osservazione di carattere essenzialmente naturalistico; in secondo luogo, i suddetti elementi costitutivi possono essere invece misurati secondo un criterio di valore; in terzo luogo, è infine possibile sottoporre i predetti requisiti ad un livello di valutazione in termini essenzialmente funzionali e teleologici, in quanto più strettamente collegati alle finalità attribuite alla pena."

della pena: in qualche modo questi indici hanno già esaurito la loro funzione nell'ottica della selezione del penalmente rilevante, perché sono espressione di quel disvalore che l'ordinamento riconduce già alla semplice perfezione del reato.

Di conseguenza poco senso avrebbe un ricorso ulteriore a questi criteri relativi alle categorie tradizionali del reato nell'ambito della punibilità, perché si tratterebbe di duplicarne i compiti, oppure di forzarne strumentalmente la portata in modo da alterarne il contenuto al solo fine di rispondere a tale obiezione.

Un altro profilo da sottolineare rispetto a questa impostazione riguarda il contenuto tradizionale delle cause di non punibilità.

In genere questa peculiare figura del diritto penale, di origine accademica, dà spazio all'interno o parallelamente alla teoria del reato (a seconda che si opti per una lettura quadripartita o tripartita) a vicende, accadimenti, fatti che sono estranei alla tipicità del reato, oppure la sfiorano soltanto.

Tali elementi, come già osservato in precedenza, possono seguire la commissione del reato oppure essere contemporanei ad essa ma in tale seconda ipotesi riguardano tipicamente la figura personale del reo più che l'episodio delittuoso in sé.

A tale distinzione va riconnessa la scolastica classificazione in cause sopravvenute (tipicamente in un'ottica di riparazione del bene giuridico) e cause originarie (che pur concomitanti al reato non interessano le sue categorie tradizionali).

A differenza di quanto appena detto la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto fa riferimento proprio ad una bassa gradazione delle componenti classiche del reato, inerendo ad un profilo strettamente interno all'azione criminosa commessa.<sup>209</sup>

La seconda opzione in materia di configurazione dell'irrelevanza del fatto è diametralmente opposta alla prima: in luogo di un preciso aggancio a elementi più che consolidati per la descrizione della causa di non punibilità in esame, si preferisce lasciare che sia il giudice a valutare se nel caso concreto sussistano o meno le esigenze preventive postulate dalla sanzione penale, con una forte apertura verso una lettura in termini funzionalistici della categoria della punibilità.<sup>210</sup>

Pochi dubbi che questa impostazione sia perfettamente compatibile con i diritti dell'indagato o imputato dal momento che l'interpretazione della vicenda fattuale alla luce delle istanze specialpreventive non potrà mai avere un effetto sfavorevole nei suoi confronti, poiché, anche qualora siano ritenuti insussistenti i presupposti per l'esenzione dalla pena, non si farà che applicare regolarmente quanto previsto dalla fattispecie incriminatrice.

Discorso molto diverso invece per quanto concerne i profili dell'obbligatorietà dell'azione penale e del principio di uguaglianza: questa lettura

---

<sup>209</sup> È sempre R. Bartoli (*L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, Cit., pag. 110) a ricordarci che "nel caso dell'irrelevanza penale del fatto [...] la mancanza di esigenze preventive, e quindi la non punibilità, discenderebbero proprio dalla esiguità delle singole componenti che costituiscono il reato, vale a dire da elementi interni".

<sup>210</sup> Sembrano andare in queste direzioni le considerazioni che evidenziano come "il collegamento della fattispecie alle dinamiche sottostanti alla sanzione penale sembra destinato a rendere la prima in certo qual modo «dipendente» da quella stessa «necessità» di fare ricorso alla seconda". G. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale*, Cit., pagg. 889 e ss.

funzionalistica della punibilità comporta gli stessi limiti che in genere accompagnano tutti i modelli che permettono una rinuncia alla pena fondata su una discrezionalità forte in capo all'organo giudicante.

Queste clausole di non punibilità a maglie larghe rischierebbero di tramutarsi in vere e proprie "mine vaganti" in quanto pericolosamente indeterminate nei contenuti e potenziali strumenti per un'applicazione del diritto penale "a macchia di leopardo".<sup>211</sup>

Anche a voler concedere spazio a questa impostazione, sembra ineludibile la necessità che la valutazione delle esigenze preventive sia sempre successiva ad un pieno accertamento della responsabilità penale del soggetto agente, fattore quest'ultimo palesemente in contrasto con le logiche deflattive che spesso hanno accompagnato le proposte di normazione dell'esiguità del fatto, inclusa quella che ha condotto al d.lgs. 28 del 2015.

L'ultimo orientamento prevede l'inserimento della categoria del bisogno di pena all'interno della teoria del reato, posizionandola tra la colpevolezza e la punibilità, andando a delineare una sorta di struttura pentapartita dell'illecito penale.

Il pregio di questa ricostruzione risiede nella conservazione delle categorie concettuali tradizionalmente elaborate da dottrina e giurisprudenza circa gli elementi del reato, senza dover modificare quindi la portata delle elaborazioni dogmatiche consolidate nel tempo, permettendo al contempo di inserire in aggiunta un elemento di novità nel sistema normativo italiano.

"Tale soluzione, infatti sembra essere la preferibile, in quanto, da un lato consente una formulazione dell'istituto basata su criteri attinenti alle categorie tradizionali dell'illecito e, dall'altro lato, evita di snaturare la punibilità, la quale continua a costituire l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto tipico, antiguridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo".<sup>212</sup>

Per parte nostra quest'ultima tesi sembra più che altro il tentativo di trovare un compromesso che non delegittimi né la prima, né la seconda tesi, ma in fin dei conti ciò che risulta concretamente decisivo è l'ammissione o meno del ricorso alle categorie interne al reato per la definizione dell'esiguità del fatto.

In caso di risposta positiva il problema sarà quello di coordinare il giudizio sull'accertamento della responsabilità penale con quello relativo all'opportunità di irrogare la sanzione; in caso di risposta negativa invece il problema rimane quello di trovare altre vie per ricondurre la valutazione del giudice ad una forma di discrezionalità controllata.

Ritornando all'osservazione dell'art. 131 *bis* c.p., alla luce di quanto appena detto, possiamo sostenere che il legislatore delegato del 2015 abbia costruito una clausola di esiguità in termini tendenzialmente analitici, che diventano "chiaramente" analitici se si vogliono inserire in queste considerazioni anche le cause ostative al riconoscimento della particolare tenuità del fatto.

---

<sup>211</sup> Di avviso opposto è invece P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 28) il quale evidenzia come "l'ambito discrezionale lasciato al giudice non deve essere inteso come un difetto, quanto piuttosto come un'esigenza del sistema penale".

<sup>212</sup> R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, Cit., pag. 112.



I criteri guida per l'identificazione del fatto specialmente lieve sono la non abitudine del comportamento e la particolare tenuità dell'offesa, la quale ultima va desunta attraverso l'utilizzo dei due sotto-indici relativi alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o del pericolo, da valutarsi secondo i parametri stabiliti dal primo comma dell'art. 133 c.p.

Proprio questo particolare gioco a incastri, per cui dall'evanescente concetto di offesa lieve si scende fino all'elenco preciso contenuto nella disposizione codicistica che regola la commisurazione della pena, passando per i pilastri del danno e dell'evento, permette di iscrivere l'opzione perseguita dal legislatore delegato al novero dei modelli analitici di descrizione del fatto penalmente esiguo.

Tale assetto è riconducibile a una scelta precisa di chi ha predisposto il decreto legislativo in questione, dato che il Parlamento si era limitato a esigere il connotato della particolare tenuità dell'offesa, lasciando aperta la possibilità che poco o nulla venisse specificato su tale punto con conseguenti ampi margini di discrezionalità affidati alla magistratura.

Più o meno lo stesso discorso vale per il requisito della non abitudine del comportamento, sulla cui portata molto hanno inciso le ipotesi ostative espresse inserite nel terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p. a seguito delle osservazioni formulate dalla Commissione Giustizia.

Per quanto riguarda il secondo profilo su cui ci si è soffermati nelle righe precedenti, cioè la scelta tra l'adozione di indici appartenenti alle categorie classiche del reato oppure il ricorso ad elementi del tutto estranei rispetto ad esse, vi è da dire che la risposta non è agevole.

È evidente che il richiamo parziale all'art. 133 primo comma c.p. ci porta istintivamente a ritenere che la clausola in questione si appoggi su criteri interni alla struttura tradizionale del reato, specie ove ci si orienti favorevolmente rispetto alla possibilità di includere i connotati soggettivi del reato nell'analisi in questione.

Tuttavia va rammentato che già il requisito della non abitudine della condotta ci trascina al di fuori di questa prospettiva, spostando l'ottica sui temi della prevenzione speciale e generale, e anche le ipotesi oggettive che precludono in automatico l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. denotano la volontà di dare una rilevanza incontrovertibile a talune peculiari manifestazioni del reato, non necessariamente afferenti alla particolare tenuità del fatto sul piano strettamente fenomenico.<sup>213</sup>

Per rispondere correttamente a questo quesito è opportuno domandarsi se tutti i requisiti imposti dall'art. 131 *bis* c.p. possano essere posti sullo stesso piano, da un punto di vista logico e da un punto di vista tecnico, ovvero se vi sia una differente rilevanza degli uni e degli altri sulla nozione di esiguità del fatto, in modo da verificare se la prevalenza di una delle tipologie dei requisiti sia idonea a connotare l'istituto in questione verso una prospettiva interna oppure esterna rispetto alla struttura classica del reato.

---

<sup>213</sup> Laddove esclude l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. per i reati commessi in danno di animali con crudeltà, il secondo comma sembra dare spazio a istanze sociali contemporanee particolarmente sensibili alla tutela del mondo animale, senza tuttavia che tale esigenza possa legittimamente giustificare una compressione della discrezionalità della magistratura di questo tenore.

La soluzione a questi quesiti richiede tuttavia di attendere una più approfondita analisi delle specifiche componenti della particolare lievità del fatto, motivo per cui non si può che rinviare il lettore alle prossime pagine.

*II. La componente oggettiva della particolare tenuità del fatto: la nozione di offesa irrilevante e la controversa tematica dei reati di pericolo.*

L'istituto dell'esiguità del fatto si fonda sull'idea della naturale graduabilità dell'illecito penale.

Come il mondo empirico e fenomenico non risponde costantemente a regole matematiche, lo stesso deve necessariamente fare la scienza del diritto, la quale deve essere in grado di cogliere le sfaccettature della realtà che gli si presenta dinnanzi con la capacità di trattare in modo uguale situazioni uguali, ma anche di disciplinare in maniera differente contesti che si presentano difformi, come solennemente prescritto dall'art. 3 della Costituzione.

Premesso che è difficile individuare una componente del reato che non sia di per sé frazionabile,<sup>214</sup> è però necessario individuare quali tra questi elementi possano incidere anche sull'*an* della punibilità e quali invece siano da riservare solo alla diversa fase della commisurazione della pena.<sup>215</sup>

Un dato piuttosto condiviso consiste nel riconoscimento di un ruolo centrale da assegnarsi alla dimensione materiale e oggettiva all'interno della particolare tenuità del fatto.<sup>216</sup>

Sia che lo si guardi dalla prospettiva del bisogno di pena, sia che lo si osservi nell'ottica dei principi di offensività o proporzione strettamente intesi, le riflessioni sulla necessità o opportunità di escludere la sanzione si sviluppano solo a partire da una condotta criminosa con una proiezione esterna di scarsa entità.

Nel primo caso la lievità del fatto denota un basso grado di devianza del reo rispetto ai canoni del tessuto sociale di riferimento codificati nella normativa penale, cosicché vi è ben poco da rieducare in lui, ed anzi l'attuale percezione distorta del fenomeno processuale nei consociati potrebbe causargli danni iniqui e non necessari.

---

<sup>214</sup> Si potrebbe forse pensare alla conoscenza della legge penale, la quale di norma sussiste in via presuntiva, ma la pronuncia della Consulta n. 364 del 1988 circa l'ipotesi dell'ignoranza inevitabile può direzionare verso conclusioni differenti, anche se rimane in ogni caso l'impressione che si tratti di un'alternativa secca (ignoranza giustificabile – conoscenza presunta) come tale priva di una dimensione scalare.

<sup>215</sup> P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 6), enuncia la distinzione tra graduazione dell'illecito in senso qualitativo ed in senso quantitativo, spiegando che mentre il primo fa riferimento alle "caratteristiche intrinseche ed astratte del reato o dei suoi elementi costitutivi", il secondo è invece legato "alla dimensione in concreto dell'illecito o delle sue componenti"

<sup>216</sup> La posizione dominante dell'elemento oggettivo nelle formule di esiguità del fatto è confermata anche da C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 225) secondo la quale "le clausole di irrilevanza note al diritto positivo prevedono, come primo indice significativo di particolare tenuità del fatto, il suo atteggiarsi oggettivo, da considerare sintomo di esiguità di maggior spicco, vuoi per il suo essere di più immediata ed agevole percezione, vuoi perché la concretezza che lo connota ne fa un riferimento sicuro, definito, controllabile".

Nel secondo caso invece, da un lato si ritiene che in ragione della tenuità del reato il bene giuridico tutelato sia stato aggredito in maniera solo formale, senza che abbia subito un rischio effettivamente apprezzabile, dall'altro la collettività non dovrebbe risultare preoccupata, intimorita da episodi in fin dei conti bagatellari, incapaci di per sé di generare quel *quid* di paura e di disvalore che richiede l'utilizzo dello strumento penale.

A ciò si aggiunga, come già più volte detto, che la macchina della giustizia non è sufficientemente articolata per poter far fronte a tutte le infrazioni formali della legge penale, per cui l'opzione di una selezione tra le vicende astrattamente criminose al fine di portare in tribunale solo quelle per cui valga concretamente la pena di celebrare il processo penale non è tanto una scelta quanto una vera e propria necessità.

In fin dei conti la formula è abbastanza intuitiva: graduabile è la manifestazione concreta del reato, graduabile deve essere la risposta del sistema penale.<sup>217</sup>

Una conferma della centralità del profilo oggettivo del reato nella sua valutazione in termini di irrilevanza ci viene data anche da una rapida osservazione dei tentativi di positivizzazione del principio di offensività o di istituti fondati sul concetto di esiguità.

Questi principi ispiratori sono stati quasi sempre tradotti con l'espressione tenuità del "fatto" o della "offesa", discutendosi semmai se in tale concetto vadano inclusi anche aspetti afferenti all'atteggiamento psicologico del reo, ma non dubitandosi mai del ruolo dominante da assegnarsi alla dimensione materiale del reato.<sup>218</sup>

Sulla scia di queste considerazioni dovremmo giungere a concludere che, anche laddove si riconosca la rilevanza dell'elemento soggettivo nell'esame della particolare tenuità del fatto, nell'ipotesi in cui il reato si sia manifestato con un danno o pericolo di considerevole entità, l'eventuale presenza di una volontà criminale molto esigua, per il ricorrere di fattori che abbiano fortemente influenzato la capacità di scelta del soggetto agente pur non cancellandola del tutto (si pensi ad un individuo che provenga da un contesto culturale del tutto differente, con regole altrettanto difformi), non potrebbe mai determinare l'esclusione dalla pena, essendo la lieve entità oggettiva dell'offesa una condizione imprescindibile per la rinuncia ad essa.

Ciò detto, progredendo nella nostra analisi, occorre evidenziare che parlare genericamente di un profilo oggettivo del reato, con rinvio implicito alle varie componenti della categoria della tipicità, rischia di portare a conclusioni approssimative, senza il necessario approfondimento sugli elementi materiali che rilevano ai fini dell'art. 131 *bis* c.p.

---

<sup>217</sup> Come conferma E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto* (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): *analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi siti applicativi*, Cit., pag. 44) "di fronte alle molteplici forme in cui in medesimo illecito si può realizzare, è [...] opportuno ovviare alla rigidità del diritto penale sostanziale, introducendo contromisure quantitativamente e qualitativamente differenziate".

<sup>218</sup> "Dalla formulazione della norma, risulta evidente come il legislatore abbia posto al centro della norma l'elemento dell'offesa nella sua dimensione gradualistica, considerando le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo non come parametri autonomi di valutazione [...], bensì come indici rilevatori della stessa tenuità dell'offesa". P. Pomanti, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 3.

Il primo comma ci dà una risposta piuttosto chiara, almeno all'apparenza, stabilendo che va data importanza al danno o pericolo da un lato e alle modalità della condotta dall'altro.

La prima indicazione è necessaria per ricomprendere nel campo applicativo della particolare tenuità del fatto tanto i reati di evento quanto i reati di pericolo.

Tale precisazione è certamente apprezzabile e tutt'altro che scontata.

Nei reati di pericolo in genere il legislatore sceglie di anticipare la soglia della rilevanza penale perché ritiene opportuno apprestare per quel contesto una forma di tutela rafforzata, di norma per la delicatezza del bene giuridico in questione oppure perché il dato empirico mostra che solo attraverso un arretramento dell'attenzione penale si può garantire una protezione efficiente.

Ebbene se questa è la logica su cui si innestano le incriminazioni di pericolo, in assenza di un dato positivo contrario, ben si sarebbe potuta sostenere l'inoperatività dell'irrelevanza del fatto per queste fattispecie: l'ammissibilità di una rinuncia alla sanzione penale pur in presenza di un reato completo avrebbe cozzato con l'obiettivo di inasprire la risposta penale in quelle ipotesi, obiettivo espresso proprio attraverso la tecnica di formulazione del reato di pericolo.

È del tutto condivisibile la scelta del legislatore delegato di estendere l'art. 131 *bis* c.p. anche alle fattispecie di pericolo, sia perché questa tipologia di norme è piuttosto diffusa nella nostra legislazione penale, per cui l'opzione contraria avrebbe comportato una forte limitazione all'ambito applicativo dell'irrelevanza del fatto, sia soprattutto perché la decisione di anticipare la soglia della penal rilevanza non può giustificare una aprioristica rinuncia ad una valutazione concreta in termini di bisogno o opportunità della sanzione.

Anzi, a ben vedere proprio perché qui il legislatore introduce un coefficiente di presunzione (dato il comportamento  $x$  ipotizzo che questo possa minacciare il bene giuridico  $y$  e già per questo impongo una pena) è ancora più importante la presenza di un istituto in grado di riconsiderare l'opzione punitiva alla luce della concreta manifestazione del reato, quasi come fosse una sorta di correttivo concettuale che garantisce una maggiore legittimazione complessiva alle fattispecie penali di pericolo.

Va ricordato che la dottrina e la giurisprudenza hanno ormai da tempo elaborato la distinzione tra le ipotesi di pericolo concreto e quelle di pericolo astratto: mentre per le prime il giudice è chiamato a verificare se la condotta ha minacciato effettivamente il bene giuridico tutelato dalla norma penale, con una valutazione integrativa rispetto a quella fissata nella disposizione di legge, per le seconde tale indagine è preclusa perché il giudizio in termini di pericolosità della condotta è già compiuto in modo esauriente dal legislatore in via astratta.

In realtà, secondo parte degli studiosi, alla base della teoria del reato di pericolo vi sarebbero tratti comuni ad entrambe le forme, mentre le differenze andrebbero ricercate negli strumenti di accertamento messi in mano al giudice.

“Tre sono i fattori che devono guidare il giudice nella valutazione o misurazione del pericolo (astratto o concreto che sia): la base ontologica del giudizio (ovvero la piattaforma di circostanze concrete da prendere in considerazione); la base nomologica del giudizio (ovvero il metro del giudizio [...])

costituito da leggi o massime di esperienza di tipo statistico o probabilistico); il momento del giudizio (ovvero giudizio prognostico *ex ante* e non *ex post*)”.<sup>219</sup>

A questo punto però le due tipologie di fattispecie si differenziano: mentre con riguardo ai reati di pericolo astratto il giudice può accertare l’offensività del reato solo sulla base delle modalità della condotta e delle circostanze ad essa concomitanti, per ciò che concerne i reati di pericolo concreto lo sguardo del giudice può allargarsi anche a fattori successivi al comportamento delittuoso pur sempre anteriori all’evento.

Ciò detto occorre comprendere se e come questa differenza tra le due specie di illecito di pericolo si riversi sull’operatività o meno dell’art. 131 *bis* c.p. per tali figure di reato.

Se per le incriminazioni di pericolo concreto non vi sono dubbi di compatibilità con l’istituto in questione, perché fa intrinsecamente parte di queste fattispecie un’analisi dell’effettiva manifestazione delle medesime nella realtà, lo stesso non si può certo dire per i reati di pericolo astratto.

Secondo l’impostazione più risalente, formatasi già a seguito dell’introduzione degli istituti simili nel giudizio minorile e in quello davanti al giudice di pace, il divieto di un sindacato di pericolosità in concreto imposto al giudice sarebbe valso anche ad escludere a prescindere l’applicabilità della particolare tenuità del fatto in relazione a tali fattispecie, risultando già assorbito dalla scelta normativa del legislatore ogni profilo circa l’offensività della condotta.<sup>220</sup>

L’interferenza della magistratura con queste forme di anticipazione della consumazione del reato sarebbe da leggersi come un’illegittima invasione delle prerogative del potere legislativo, dato che, malgrado le aspre critiche che piovono costantemente sui reati di pericolo presunto, nessuno sembra seriamente disposto a rinunciarvi e pare potersi affermare che questi abbiano comunque un ruolo importante (o come tale percepito) nel nostro sistema penale.

D’altronde una presunzione assoluta di pericolosità del comportamento eliminerebbe a monte la possibilità di graduare l’illecito penale, venendo di conseguenza meno la prospettiva di una esclusione della pena per esiguità del fatto, dato che questo istituto si fonda proprio sull’idea di quella dimensione scalare del reato che qui viene ritenuta assente.

Altra parte degli interpreti, seguita in via tendenziale anche dalla giurisprudenza di legittimità, propende invece per la soluzione opposta.

Il principio di offensività come canone ermeneutico obbliga a ricercare anche nei reati di pericolo presunto una differenziazione di disvalore tra le possibili manifestazioni dello stesso, anche perché, verrebbe da aggiungere, in caso contrario sarebbe più onesto prevedere una pena in misura fissa, e non una

---

<sup>219</sup> M. B. Magro, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, Cassazione penale, 2016, 11, pagg. 4096-4097.

<sup>220</sup> Sembrano da leggere in questi termini le affermazioni di R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.) secondo cui “quando le fattispecie sono costruite in chiave di offesa implicita [...] oppure sono addirittura prive di offesa [...] appare del tutto evidente come in questi casi una graduazione dell’offesa [...] sia del tutto impensabile”, anche se il medesimo Autore pare successivamente ammettere che si possa ricorrere qui agli altri indici che l’art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 prevede per addivenire comunque ad un giudizio di tenuità del fatto.

fascia edittale, cancellando secoli di conquiste del diritto penale moderno e contemporaneo.

D'altro canto, è altrettanto vero che la presunzione imposta dal legislatore giocoforza restringerà sensibilmente la discrezionalità del magistrato in tal senso, per cui talvolta il suggerimento proveniente dalle pronunce favorevoli a questo orientamento è andato nella direzione di trovare indici rilevanti per la ricostruzione della gravidanza concreta del fatto anche al di fuori dei profili più classici dell'offesa al bene giuridico, guardando ad elementi che, pur non dipendendo necessariamente dalla volontà o dalla condotta del reo, comunque incidono sul disvalore effettivo della vicenda.<sup>221</sup>

La difformità concettuale tra il giudizio astratto del legislatore nella selezione delle condotte da reprimere con lo strumento penale e la valutazione concreta del giudice sulla reale portata offensiva della condotta criminale è sufficiente in sostanza per poter affermare che la seconda sia un'integrazione sempre necessaria del primo, anche in quelle fattispecie, come i reati di pericolo presunto, dove si vorrebbe che lo spazio di manovra della magistratura fosse ridotto al minimo.<sup>222</sup>

Alcuni studiosi particolarmente attenti alle tematiche in questione avvertono la necessità di distinguere i reati di pericolo astratto in due categorie a seconda della tipologia del bene giuridico tutelato.

Nella prima classe vanno inseriti i beni strumentali, che si caratterizzano per la loro natura di beni collettivi posti a presidio di interessi finali con connotazione privatistica.<sup>223</sup>

Per queste figure a seconda della distanza ideale tra bene "schermo" e bene finale si ammette o meno la graduabilità dell'illecito: quanto più ampia è questa lontananza, tanto maggiore sarà la difficoltà di concedere spazi operativi alla particolare tenuità del fatto, e viceversa.

Nella seconda classe si collocano invece i beni funzionali, simili a quelli strumentali in ragione della comune caratteristica di anticipare la tutela penale, ma strutturalmente divergenti dal momento che in questo caso tutti gli interessi in gioco sono posizionati sullo stesso livello.

Posto che qui il bilanciamento dei beni giuridici è affidato in via esclusiva all'organo pubblico, non sembra essere in nessun caso ammessa la graduazione

---

<sup>221</sup> In relazione al reato del rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcoolimetrico, tipica fattispecie a pericolo astratto, la Corte di Cassazione, sent. 13682 del 2016, ha ammesso l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. ritenendo di poter rintracciare comunque indici di graduabilità dell'illecito nonostante le peculiarità della tipologia normativa in questione, stabilendo ad esempio che "non è indifferente che il veicolo sia stato guidato per pochi metri in un solitario parcheggio o ad elevata velocità in una strada affollata", suggerendo di fatto che per tale specifico reato possa avere influenza il livello ordinario di traffico della via percorsa dal soggetto agente.

<sup>222</sup> Secondo l'impostazione di M. B. Magro (*Tenuità del fatto e reati di pericolo*, Cit., pag. 4098) "il dato statistico generalizzante recepito nella descrizione normativa è necessario per ritenere sussistente la tipicità della condotta pericolosa, ma non è sufficiente per valutare il grado di complessivo impatto dell'azione pericolosa sul bene protetto", poiché a tali fini "occorre che la probabilità statistica venga integrata da tutti gli elementi dell'evidenza disponibile".

<sup>223</sup> G. Salcuni (*Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*, Cassazione penale, 2007, 7-8, pagg. 2908-2909) afferma che "i beni strumentali non sono mai tutelati in sé, ma sempre perché relazionati ad un bene finale che è gerarchicamente preordinato".

dell'illecito e di conseguenza pare automaticamente inapplicabile l'esiguità del fatto.<sup>224</sup>

L'incidenza della tipologia del bene giuridico tutelato rispetto alle valutazioni sulla graduabilità o meno dell'offesa portata dal reato sembra confermata da quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che, al fine di permettere l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p, anche per le fattispecie di pericolo presunto, spostano il *focus* della valutazione dell'offesa direttamente sul bene giuridico privato cui il reato di pericolo vuole promuovere una protezione in via anticipata.<sup>225</sup>

Nei fatti queste letture elidono quel passaggio intermedio dato dall'interesse superindividuale che svolge una funzione di "parafulmine" rispetto ai più pregnanti beni giuridici del singolo posti sullo sfondo.

Per garantire la possibilità di un giudizio sulla lesività in concreto della condotta rispetto all'oggetto di tutela finale occorre infatti togliere dalla scena ciò che è privo di una dimensione scalare, *in primis* il bene giuridico funzionale o strumentale (quando piuttosto lontano dall'interesse individuale) che vi si pone dinnanzi.

Questa ricostruzione non è tuttavia immune da critiche poiché la nascita di questi interessi collettivi in chiave di garanzia è dovuta alla necessità di dare copertura costituzionale, proprio in termini di offensività, a incriminazioni che, se colte nella prospettiva dei summenzionati beni giuridici privati, sarebbero risultate certamente illegittime per l'eccessiva distanza tra la condotta sanzionata e l'incolumità dell'interesse finale tutelato.

Proprio la frapposizione di un bene giuridico superindividuale, seppur con le severe osservazioni spesso mosse al riguardo, ha permesso di ancorare le fattispecie in questione ad un interesse giuridico la cui offesa risultasse maggiormente tangibile, nonostante l'astrattezza del contenuto in sé.

Alla luce di queste osservazioni, possiamo affermare pacificamente che l'istituto dell'irrelevanza del fatto sia applicabile anche ai reati di pericolo presunto?

La risposta come al solito è "nì".

Il paradosso è che vi è una certa omogeneità di vedute sulla soluzione pratica da dare al quesito, ma è davvero difficile fornire una spiegazione tecnica di tale orientamento rispettando con pienezza le categorie concettuali che vengono in rilievo.

Il dato pratico è che si può ritenere acquisita la scelta di applicare l'art. 131 *bis* c.p. anche alle fattispecie in cui il pericolo è individuato in via presuntiva dal legislatore: tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, magari con

---

<sup>224</sup> "Nei beni funzionali non è possibile graduare l'offesa in quanto tale valutazione spetta esclusivamente alla Pubblica amministrazione che è deputata, in virtù delle proprie competenze tecniche, a scegliere un punto di mediazione tra gli interessi in conflitto." G. Salcuni, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*, Cit., 7-8, pagg. 2908-2909.

<sup>225</sup> R. Bartoli (*La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Giurisprudenza Italiana, 2016, Luglio, pag. 1731) evidenzia questa particolare tecnica operativa e argomentativa utilizzata dalla magistratura, racchiusa in maniera emblematica dal seguente passaggio sent. 13681 del 2016 della Corte di Cassazione: "non può ritenersi che lo sfondo di tutela del reato di cui all'art. 186, 2° comma, sia quello della regolarità della circolazione. [...] La nostra contravvenzione ha un evidente e ben poco mediata correlazione con i beni della vita e dell'integrità personale".

argomentazioni differenti, tendono a rifiutare rigidi automatismi ostativi all'applicazione dell'istituto in questione, sia sulla base di osservazioni di natura sostanziale, sia sul rilievo delle ambizioni deflative di questa causa di non punibilità.

L'elemento di difficoltà risiede nel fatto che la soluzione positiva alla questione non deriva da un aggiornamento della lettura della struttura tipica delle fattispecie di pericolo astratto, ma da un trattamento delle stesse alla stregua di illeciti di pericolo concreto, limitatamente al campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p.<sup>226</sup>

Riprendendo le parole della Suprema Corte, "accertata la situazione pericolosa tipica e dunque l'offesa, resta pur sempre spazio per apprezzare in concreto, alla stregua della manifestazione del reato, ed al solo fine della ponderazione in ordine alla gravità dell'illecito, quale sia lo sfondo fattuale nel quale la condotta si iscrive e quale sia, in conseguenza, il concreto possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene tutelato".<sup>227</sup>

Quindi certamente l'orientamento dominante ammette oggi il giudizio di irrilevanza del fatto anche per gli illeciti di pericolo astratto, ma giunge a tale risultato solo mutandone all'uopo la forma, intravedendovi cioè una struttura a pericolo concreto per i soli fini dell'art. 131 *bis* c.p.

Malgrado gli innegabili dubbi su questa capacità "camaleontica" delle fattispecie a pericolo presunto, non si può che vedere di buon occhio il tentativo di questa tesi di separare l'accertamento che il giudice deve compiere rispetto alla tipicità del reato e alla sua dimensione quantitativa ai fini della commisurazione della pena, da quello cui lo stesso è tenuto in materia di tenuità del fatto.

Si avverte spesso la sensazione che in fondo il giudizio di cui all'art. 131 *bis* c.p. non sia altro che un accertamento della tipicità del reato che abbia dato un responso minimo.

La differenza tra le due diverse valutazioni verterebbe quindi solo sul tipo di esito cui conducono: l'una darebbe una risposta secca sull'assoggettabilità o meno del reo alla sanzione; l'altra invece quantificherebbe la pena da irrogare in concreto (in cooperazione con gli altri parametri indicati dall'art. 133 c.p.), ove ovviamente la prima non abbia dato risposta positiva.

Le riflessioni già svolte sulla *ratio* dell'istituto in questione ci spingono invece a riconoscere che i due tipi di giudizi possano differenziarsi anche in termini qualitativi, pur rimanendo chiaramente nell'elemento materiale il baricentro di questa figura giuridica, risultando di conseguenza legittimi i (parziali) disallineamenti tra l'accertamento del fatto tipico, necessario per la sussunzione della fattispecie concreta in quella legale, e la sua misurazione ai fini dell'art. 133 c.p. da un lato, e l'esame della tenuità del fatto dall'altro.

Deve quindi ritenersi apprezzabile lo sforzo compiuto da questo orientamento giurisprudenziale che per la prima volta cerca di differenziare anche in termini qualitativi il giudizio di esiguità del fatto dalla verifica e quantificazione

---

<sup>226</sup> Come sostiene R. Bartoli (*La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Cit., pag. 1735), a proposito della questione dell'operatività dell'art. 131 *bis* rispetto ai reati di pericolo astratto, "si può dire che le Sezioni unite compiono un'operazione nel senso di ammettere la possibilità di compiere un giudizio di pericolo concreto".

<sup>227</sup> Corte di Cassazione, sent. 13681 del 2016.



ordinaria dell'illecito, imponendo al giudice una prospettiva differenziata a seconda del contesto in cui si cala la sua valutazione.

La tematica dei reati di pericolo astratto si lega saldamente ad un ulteriore problema, ovvero quella dell'ammissibilità o meno della speciale tenuità del fatto in presenza di un reato costruito dal legislatore con l'utilizzo delle soglie espresse di rilevanza penale, posto che il superamento di uno dei livelli individuati dalla fattispecie incriminatrice comporta automaticamente la messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma.

Rilevata la complessità delle dinamiche coinvolte e l'acceso dibattito sviluppatosi in giurisprudenza e in dottrina si è preferito dedicare successivamente un apposito paragrafo alla problematica in questione.

### *III. Le modalità della condotta: il disvalore di azione nella valutazione di esiguità del fatto.*

I requisiti integranti la tenuità dell'offesa non si esauriscono con il profilo dell'entità del danno o del pericolo, ma includono anche le modalità della condotta.

Innanzitutto l'inserimento delle modalità del reato tra i criteri da valutare per il giudizio di tenuità dell'offesa permette di ricondurre all'interno del campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p. i reati di pura condotta,<sup>228</sup> rispetto ai quali manca il verificarsi di un evento esteriore su cui fondare la ricostruzione dell'illecito in termini di lesività, ed è perciò funzionale ad un ampliamento delle figure di reato su cui può cadere una valutazione di speciale tenuità del fatto.

In secondo luogo l'indice delle modalità della condotta cambia la prospettiva complessiva della componente oggettiva dell'irrelevanza, nel senso che ne allarga il contenuto in modo così significante da mutarne in parte la natura.

Nel modello di *Krumpelmann*,<sup>229</sup> più volte richiamato dalla dottrina interna, questo elemento segna il passaggio da una valutazione limitata al disvalore d'evento ad un esame comprensivo del disvalore d'azione, volto a cogliere "l'intensità dell'offesa" in un contesto decisamente più ampio.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 62) studiando l'istituto della particolare tenuità del fatto all'interno della competenza del giudice di pace, sostiene che si sia sviluppata un'interpretazione volta ad includervi anche la valutazione delle modalità della condotta proprio al "fine di evitare la conseguenza inaccettabile di escludere dall'ambito di applicazione della norma i reati di pura condotta".

<sup>229</sup> Il significato del modello di *Krumpelmann* è ben percepibile anche attraverso la sua contrapposizione al modello onnicomprensivo, delineata da C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 225) nei seguenti termini: mentre "l'uno fa leva sui connotati dell'esiguità della sola condotta tenuta (dati dal combinarsi paritario di disvalore di azione, disvalore di evento e grado di colpevolezza) [...] l'altro, invece, vi aggiunge particolari componenti di disvalore soggettivo [...], oltre che valutazioni di prevenzione generale e speciale".

<sup>230</sup> P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 3) ci ricorda che la dottrina tedesca è solita adottare un modello "allargato" di reato esiguo, includente tanto gli aspetti oggettivi (evento e azione) quanto quelli soggettivi (grado della colpevolezza) dello stesso. La differenza tra i due profili oggettivi sta nel fatto che "il disvalore dell'evento si [traduce] nell'offesa al bene giuridico, mentre il disvalore dell'azione si [pone] come l'intensità dell'offesa".

Questo mutamento di prospettiva è tutt'altro che scontato perché, pur rimanendo all'interno di un giudizio sul "fatto", quindi materiale, conduce l'indagine al di là dell'impatto esterno della condotta criminosa, cioè delle conseguenze che la stessa ha comportato per il bene giuridico e per la persona offesa, per approdare all'osservazione delle scelte compiute dal reo per l'esecuzione del proprio piano delittuoso, ovvero alla considerazione della misura della negligenza del medesimo in caso di reato colposo.<sup>231</sup>

L'apertura verso aspetti che connotano l'offesa in una chiave qualitativa e non solo quantitativa ha spinto taluni interpreti a ritenere che, anche prescindendo dalle discussioni circa la portata del rinvio all'art. 133 comma primo c.p., nel criterio delle modalità del reato si annidi la decisione di includere anche il giudizio sulla colpevolezza tra le componenti della particolare tenuità del fatto.

Avremo modo di occuparci più approfonditamente della questione, ma si può fin da subito sottolineare che tale conclusione non è affatto pacifica, e forse nemmeno tanto "ortodossa".

Innanzitutto da quando esiste la scienza del diritto penale si è sempre quantomeno distinto tra un elemento oggettivo e una componente soggettiva del reato, riconoscendo anche una diversità tra le due tipologie di accertamento, e pare abbastanza chiaro che le modalità dell'azione siano da ascrivere alla prima categoria e non alla seconda.

Vi è poi da notare che non sempre vi è corrispondenza tra l'intensità delle modalità della condotta e il grado della colpevolezza.

Immaginiamo il caso di un soggetto che sia assolutamente determinato alla commissione dell'illecito, ma disponga solo di mezzi limitati e poco efficaci per il suo compimento: in un caso del genere sarà proprio l'elevato grado della componente volitiva a spingere il reo a delinquere malgrado le basse chance di ledere significativamente il bene giuridico e di rimanere poi impunito, con una profonda discrasia quindi tra l'elemento oggettivo rappresentato dalle modalità della condotta e il livello di adesione psicologica al reato.

Proseguendo nella nostra analisi, essendo il criterio delle modalità della condotta connesso *expressis verbis* agli indici di cui all'art. 133 c.p., parte della dottrina tende a riconoscere che il requisito in esame possa orientare il giudizio di esiguità nelle due distinte valutazioni di cui si compone la stessa disposizione evocata: da una parte la gravità del reato, dall'altra la capacità a delinquere.

Mentre il primo elemento rimane nell'orbita del fatto così come manifestatosi nella realtà fenomenica, il secondo utilizza la vicenda delittuosa contingente per addivenire ad una valutazione che attiene precipuamente ai profili riguardanti la personalità del reo.

L'esame della gravità del reato conduce ad una ponderazione del disvalore dell'azione, o dell'omissione, volto a osservare "la crudezza e spregevolezza del comportamento del reo in relazione al tipo di strumenti adoperati, alla durata, al

---

<sup>231</sup> M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 10) conferma il cambio di prospettiva, dal momento che di norma "il concetto di offesa *stricto sensu* appare riferibile all'evento, quindi alla lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale incriminatrice, mentre nella norma qui considerata viene posto in relazione [...] anche alla modalità della condotta".

luogo e al tempo prescelti, alle circostanze concomitanti e, infine, alle condizioni in cui è stata tenuta la condotta”.<sup>232</sup>

La valutazione della capacità a delinquere crea invece maggiori difficoltà, in primo luogo perché da un punto di vista concettuale l'inclinazione personale del soggetto al crimine sembra un elemento di per sé estraneo alla logica dell'irrelevanza del fatto, quantomeno sul piano “definitorio”;<sup>233</sup> in secondo luogo perché l'art. 131 *bis* c.p., nel richiamare l'art. 133 c.p. come indicatore per il giudizio sul danno o pericolo e sulle modalità della condotta, esclude il comma secondo che fa espresso riferimento proprio ai profili personologici (motivi a delinquere, carattere del reo, precedenti, condotta di vita, comportamento contemporaneo o susseguente al reato e condizioni di vita individuale, familiare e sociale).

Un'interpretazione orientata a conservare la valutazione circa la capacità a delinquere tra gli elementi desumibili dalle modalità della condotta, tentando al contempo di mitigare il contrasto con le osservazioni appena indicate, propone di circoscrivere i rilievi personologici a quanto emerge da quello specifico episodio criminoso.

In sostanza si tratterebbe di guardare ad una capacità a delinquere intesa in senso parziale e relativo, cioè quella che si può ricavare solo ed esclusivamente dall'indagine sul reato oggetto di quel singolo giudizio.

Questa lettura permette sì di riportare l'esame degli aspetti personologici ad una dimensione compatibile (o almeno “più compatibile”) con il meccanismo dell'art. 131 *bis* c.p. incentrato sulle caratteristiche della precipua vicenda criminosa, ma rischia di portare a esiti poco pregevoli per ciò che riguarda il contenuto di questa valutazione: non potendosi fondare su elementi cronologicamente o logicamente esterni al fatto di reato, è piuttosto chiaro che questo esame della capacità a delinquere in senso parziale si fonderà pressoché esclusivamente su basi presuntive.

Il criterio delle modalità della condotta è assente nella descrizione del fatto irrilevante valevole per il processo penale del giudice di pace e fin dall'introduzione di questo istituto ci si è domandati se tale lacuna fosse colmabile in via interpretativa ovvero se tale silenzio fosse da intendersi come una scelta precisa del legislatore.

È tendenzialmente prevalsa la prima opinione, anche perché tale lettura si era già affermata relativamente all'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 che pure è norma ancora più scarna rispetto all'omologo del giudizio onorario, motivo per cui si può ragionevolmente sostenere che l'analisi delle modalità della condotta sia un dato costante dell'approccio italiano alla tematica del fatto penalmente irrilevante e che in tal senso l'espresso richiamo attualmente contenuto nell'art.

---

<sup>232</sup> C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto, Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 55.

<sup>233</sup> Laddove il legislatore riconosca (come ha fatto con il requisito della non abitualità nell'art. 131 *bis* c.p.) importanza a profili personologici del reo per il riconoscimento dell'esclusione dalla sanzione, pare che questa scelta sia configurata come un fattore che si aggiunge ad un giudizio sull'esiguità del fatto già completo, dando spazio a istanze preventive esterne. Di conseguenza la capacità a delinquere del soggetto agente non influirebbe di per sé sulla definizione del fatto penalmente irrilevante, ma rappresenterebbe uno *step* successivo idoneo semmai a ostacolare il beneficio “opportunistico” che da tale qualifica di norma dovrebbe discendere.

131 *bis* c.p. altro non sia che la cristallizzazione dell'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza sul punto.<sup>234</sup>

Non sono mancate tuttavia voci discordanti sul punto, soprattutto da parte di chi, sottolineando come l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 faccia riferimento alla bassa entità del "danno" piuttosto che del "fatto" complessivamente inteso, ritiene che la prospettiva dell'istituto in discorso si arresti al profilo del disvalore di evento, rimanendo quindi preclusa ogni ulteriore indagine sui rimanenti caratteri dell'azione.<sup>235</sup>

Alla luce di questo dibattito emerge l'importanza di tale esplicito riferimento impresso nella causa di non punibilità in esame, non a caso a gran voce sollecitato dagli studiosi occupatisi dell'argomento.<sup>236</sup>

Occorre a questo punto interrogarci su come vadano ponderati i criteri dell'esiguità del danno o pericolo e delle modalità della condotta, cioè su quali siano i termini di confronto per la loro misurazione.

Una prima riflessione, che per la verità finora sembra aver interessato poco gli studiosi, riguarda la scomparsa, rispetto al modello descritto nell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, del confronto diretto ed espresso con l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

È piuttosto chiaro che, specialmente quando si parla di danno o pericolo, il *focus* non può che proiettarsi sul bene giuridico alla cui salvaguardia la norma penale è preordinata, per cui è da ritenere che tale elemento rimanga tuttora di grande importanza per la valutazione della componente oggettiva del fatto esiguo e forse proprio per questo la dottrina si è occupata con scarsa attenzione della questione.

Tuttavia la perdita di questo riferimento normativo nella disciplina attuale della causa di non punibilità in questione può avere un qualche significato, quantomeno come manifesto di un differente approccio di politica legislativa all'istituto in questione.

Premesso che la misurazione dell'offesa causata dal reato è ovviamente fondata sull'osservazione delle conseguenze che ne scaturiscono per il bene giuridico coinvolto, l'obiettivo del richiamo all'interesse tutelato dalla norma penale cui fa riferimento l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 sembra in realtà andare oltre il dato meramente letterale ivi trasposto, proiettando lo sguardo anche sul profilo della persona offesa, cioè il titolare del bene giuridico, in coerenza con l'impianto sistematico di espressa vocazione conciliativa attribuito alla giustizia

---

<sup>234</sup> C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 239) afferma che "il modo di agire nella commissione dell'illecito [risulterebbe] indice obiettivo certamente imprescindibile".

<sup>235</sup> Chiara in argomento E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 63) secondo la quale mentre "l'art. 27 d.p.r. n. 448/1988 si riferisce [...] espressamente alla tenuità del fatto, che impone un'indagine sul disvalore di azione, [...] l'art. 34 d.lgs. 274/2000 prescinde dalla considerazione del fatto nella sua complessità e si limita ad enunciare il disvalore di evento".

<sup>236</sup> "L'art. 34 si rivela strumento adeguato al contenimento dell'indeterminatezza, sul piano dell'elemento oggettivo del reato, ma potrebbe essere formulato in termini più completi, ad esempio con un riferimento esplicito alla valutazione della condotta, sotto il profilo delle modalità dell'azione". C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pagg. 242-243.

penale onoraria e al ruolo che alla stessa persona offesa viene attribuito nel secondo e nel terzo comma dell'articolo in questione.

In questo senso la lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato assume anche una dimensione "personalistica" e "individualizzata", facendosi qui riferimento al livello di offensività che la condotta delittuosa assume in relazione a quello specifico titolare del bene giuridico.

Saremmo portati a rifiutare l'idea che in tale contesto l'interesse protetto dalle fattispecie incriminatrici possa essere preso come modello rigido, sempre uguale a prescindere dal concreto titolare del medesimo, anzi al contrario pare emergere la volontà del legislatore di relazionare questo dato di per sé statico con le condizioni peculiari che caratterizzano la persona offesa.

Per tale via potremmo giungere a ritenere che il furto di un oggetto di valore *x* possa avere un impatto giuridicamente differente se commesso ai danni di *Alfa*, grande catena di supermercati per cui tale episodio si rivela un fastidio piuttosto che un vero e proprio danno, ovvero ai danni di *Beta*, piccola bottega di un artigiano, benché il valore oggettivo della merce sottratta rimanga lo stesso e il bene giuridico leso sia in ogni caso quello patrimoniale.<sup>237</sup>

Se la costruzione dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 e la *ratio* che sottende a tale impianto normativo ci inducono a ritenere che in ipotesi caratterizzate da questi connotati il trattamento potrebbe essere differenziato, il mancato richiamo diretto all'interesse protetto dalla norma penale nell'art. 131 *bis* c.p. potrebbe spingere ad un approccio più "assoluto" alla compente oggettiva del fatto specialmente tenue, tale da ritenere irrilevante (sotto tale profilo) la posizione di quella singola persona offesa.

La *ratio* di questo parziale mutamento di prospettiva potrebbe rintracciarsi ancora una volta in un'apertura verso istanze generalpreventive, volte a concedere l'esenzione da pena in argomento solo a fronte di una componente fattuale oggettivamente tenue, a prescindere dalle caratteristiche del titolare del bene giuridico protetto.

Passando dal rito davanti al giudice di pace al rito ordinario si perde un poco di quella relazione dialogica tra reo e vittima che caratterizza il primo dei due sistemi processuali, motivo per cui, forzando i termini della questione, potremmo addirittura sostenere che mentre lì la macchina della giustizia penale viene "prestata" al cittadino per difendersi da microlesioni ai propri beni giuridici, legittimandosi di conseguenza l'osservazione della vicenda criminosa con le lenti di chi l'ha subita, qui invece il punto di vista non si può identificare totalmente con la prospettiva della persona offesa, poiché emergono insistentemente anche le istanze di tutela degli altri consociati che si sentirebbero minacciati da una lettura troppo individualizzata dell'istituto dell'esiguità del fatto.

Tuttavia non si può nemmeno trascurare che il legislatore del 2015, con il richiamo all'art. 133 co. 1 c.p., ha chiaramente inserito anche *la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa* (numero 2) tra gli indici con cui

---

<sup>237</sup> Non sembra esattamente della stessa idea, pur dovendosi sottolineare il maggior grado di semplificazione adottato nel relativo esempio, C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 238, nota 60) la quale sostiene che "di fronte ad un'aggressione al bene protetto della medesima gravità astratta [...] è ragionevole pensare che il fatto possa considerarsi ugualmente esiguo per un reato contro il patrimonio e sia invece chiuso a valutazioni di pari tolleranza per un reato contro l'integrità personale".

misurare l'intensità dell'offesa, quindi si può sostenere che nella sostanza lo sguardo alla posizione del titolare del bene giuridico leso rimanga ancora attuale pur essendo venuto meno quella diretta enunciazione in funzione "simbolica" contenuta nell'art. 34, essendo ad oggi tale riferimento rinvenibile nelle pieghe nella peculiare costruzione a incastri contenuta nell'art. 131 *bis* c.p.

È ora il momento di soffermare la nostra attenzione sul parametro che la norma ha espressamente individuato come strumento per la misurazione dell'intensità dell'offesa, cioè gli indici contenuti nel primo comma dell'art. 133 c.p.

È superfluo ricordare che la disposizione in questione è una delle più conosciute e studiate dell'intero panorama del diritto penale, non fosse altro perché in questa norma è disciplinata la principale manifestazione della discrezionalità giudiziale, ovvero la griglia di parametri sulla base dei quali commisurare la pena in relazione alla fattispecie concreta.

Proprio la solenne funzione che svolge ordinariamente questa disposizione invita però a valutare con attenzione la bontà o meno di un suo utilizzo al di fuori degli specifici fini per cui è stata disegnata.

La calibrazione del *quantum* di pena da infliggere segue logiche diverse da quelle che sorreggono un istituto deputato invece a valutare l'opportunità o la necessità che il reo subisca la sanzione penale o solamente soggiaccia al processo (nell'ipotesi dell'archiviazione).

In fondo l'art. 133 c.p. presuppone per il suo funzionamento che il giudizio di meritevolezza o necessità di pena di cui all'art. 131 *bis* c.p. abbia avuto un esito positivo, nel senso che il soggetto agente è stato effettivamente riconosciuto bisognoso della sanzione perché il reato di cui si è reso protagonista non è risultato esiguo.

O meglio: non è la normativa sulla commisurazione della pena in sé ad essere postergata rispetto alla valutazione sull'opportunità o necessità della stessa; piuttosto è il nostro sistema penale che si è a lungo disinteressato del tema della punibilità, disconoscendogli una portata autonoma, e ha preferito reputare che le considerazioni che vi sottostanno fossero assorbite nella scelta legislativa di sanzionare penalmente quel fatto, o di sanzionarlo in quel modo, veicolando l'idea di un nesso indissolubile tra integrazione del reato e irrogazione della pena.<sup>238</sup>

In questi termini utilizzare l'art. 133 c.p., o frammenti di esso, ai fini del giudizio sull'irrelevanza penale del fatto potrebbe risultare una sorta di paradosso, almeno aderendo *tout court* agli insegnamenti tradizionali.

Riconosciuta infatti l'importanza della dimensione della punibilità nel diritto penale contemporaneo, lo schema più logico dovrebbe essere il seguente: accertamento del fatto illecito e della sua riconducibilità ad un soggetto colpevole; valutazione sull'opportunità o bisogno di sanzionarlo; misurazione della pena da irrogare.

Ciò detto, come possiamo sostenere coerentemente che i criteri per la valutazione dell'esiguità del fatto possano basarsi (in parte, certo, ma

---

<sup>238</sup> Ben diverso è quell'orientamento dottrinale richiamato da P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 10) secondo cui "la non punibilità [ha] smesso di essere una categoria dogmatica astratta ed [ha] mutato sostanzialmente funzione, ora costituendo un vero e proprio surrogato della mancanza di tipicità".

probabilmente per la parte più rilevante) sulle componenti che guidano la quantificazione della pena, cioè uno passaggio solo successivo e condizionato dall'esito positivo o negativo di quello che lo precede?

All'apparenza il dilemma pare decisamente di ardua soluzione e pare riflettere le questioni già affrontate qualche pagina dietro laddove si ragionava sulla possibilità di delineare l'istituto in esame utilizzando criteri afferenti alle categorie tradizionali del reato, ovvero elementi estranei ad esse, piuttosto che affidare la medesima valutazione ad una discrezionalità totalmente libera dell'organo giudicante.

Questo genere di considerazioni viene solitamente lasciato in secondo piano dagli interpreti perché macchiato da un sospetto di eccessivo "concettualismo", tuttavia non si può ignorare la sua importanza per una corretta comprensione dell'istituto.

L'alternativa a questa opzione in fondo sarebbe la rinuncia a precisi indici cui ancorare la valutazione di esiguità del fatto e di riflesso l'esenzione dalla sanzione penale, soluzione questa incompatibile con taluni principi costituzionali su cui già in precedenza ci siamo soffermati.

La scelta di fare un piccolo passo indietro sul piano della coerenza sistematica e dogmatica<sup>239</sup> pare ampiamente ripagata dalla possibilità di costruire quest'importante novità per l'ordinamento penale italiano su solide fondamenta, cioè sui criteri che da sempre la magistratura utilizza per giudicare il disvalore del reato.

Il rinvio all'art. 133 c.p. per la definizione dell'offesa esigua è un elemento di novità non solo rispetto alle ipotesi di irrilevanza del fatto collocate in sedi secondarie del nostro sistema penale (rito penale minorile e onorario), ma anche rispetto ai precedenti tentativi di codificazione del medesimo istituto nel codice penale sostanziale o processuale.

Pure nel percorso che ha condotto all'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. l'individuazione del primo comma dell'art. 133 c.p. come modello per la misurazione del fatto oggettivamente esiguo non è una scelta da collocarsi già nelle fasi embrionali, ma è stata una modifica dello schema originario intervenuta a seguito dei già indicati pareri delle Commissioni parlamentari.<sup>240</sup>

Premesso tutto questo, va però detto che, malgrado la precedente assenza di un esplicito riferimento in tal senso, gli indici dell'art. 133 c.p. orbitavano già da tempo attorno all'istituto dell'esiguità del fatto.

L'assenza del dato formale espresso non aveva infatti impedito ai giudici di utilizzare proprio il contenuto della disposizione sulla commisurazione della pena per dare un contorno più determinato (e in definitiva costituzionalmente

---

<sup>239</sup> Non è probabilmente d'accordo con questa affermazione F. Palazzo (*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Cit., pag. 1706) secondo il quale "l'istituto è in grado di esibire solide basi costituzionali e dogmatiche".

<sup>240</sup> Come suggerisce C. Andreuccioli (*I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 28 del 2015*, Cit., pag. 136), nel tentativo di dare risposta a quelle voci che pretendevano una riduzione della discrezionalità giudiziale nell'istituto in questione, rispetto alla formulazione iniziale "sono stati inseriti, da un lato, il riferimento all'art. 133, primo comma, per la valutazione delle modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, e dall'altro, due ulteriori commi all'art. 131-bis c.p."

accettabile) alle altrimenti vaghe clausole dell'esiguità del danno o pericolo e dell'irrelevanza del fatto.<sup>241</sup>

Ancora una volta quindi il legislatore del 2015, più che voler innovare rispetto agli analoghi istituti già presenti, sembra in realtà aver codificato una prassi, un'opzione interpretativa ritenuta meritevole di prosecuzione anche all'interno del rito ordinario.

Precisato il fatto che il richiamo all'art. 133 c.p. è limitato al primo comma, avendo la norma lasciato al di fuori del campo d'indagine i profili strettamente attinenti alla capacità a delinquere, sarebbe pleonastico a nostro modo di vedere indugiare ulteriormente sul contenuto del primo comma dell'art. 133 c.p., considerando che dedicheremo un autonomo spazio nel prosieguo alla tematica del grado della colpevolezza.

Discorrendo della nozione di tenuità dell'offesa è corretto spendere qualche parola anche sul tema delle condotte susseguenti al reato, cioè quei comportamenti volti ad attenuare o mitigare il danno in precedenza commesso.

Su questo specifico punto abbiamo una netta differenza tra la soluzione suggerita dalle istanze che hanno portato alla normazione della clausola di esiguità in questione da un lato e i gli elementi tecnici con cui la stessa è stata disegnata dall'altro.

Tanto le esigenze deflative, quanto le ragioni di natura sostanziale sembrano per una volta indicare la medesima via, cioè quella di permettere l'operare della causa di non punibilità in commento anche qualora la scarsa pregnanza del fatto non sia originaria, ma sia dovuta ad una successiva controcondotta del reo ritornato sui propri passi.

In tale contesto il bene giuridico è stato sufficientemente salvaguardato, seppur in via postuma e indiretta, e il soggetto agente ha dimostrato di aver rinnegato i propri propositi delittuosi meritando il premio dell'impunità penale.

Il problema è che il dato testuale sembra dirci ben altro.

L'irrelevanza del fatto codificata nell'art. 131 *bis* c.p. è totalmente concentrata sulla contingenza dell'episodio criminoso, unita ad una retrospezione limitata a ricostruire esclusivamente l'abitualità o meno della condotta criminale in chiave integrativa rispetto alla precedente valutazione, non lasciando alcuno spazio alla ponderazione degli accadimenti successivi al fatto di reato, salvo forse l'eccezione della morte o lesioni gravissime derivate dalla condotta, che però operano evidentemente solo *contra reum*.

A ciò si aggiungano due rilievi formali e testuali che vanno nella medesima direzione di escludere le condotte successive al reato dall'analisi di cui all'art. 131 *bis* c.p.: il primo consiste nel fatto che l'art. 133 c.p. tratta della condotta susseguente al reato solo nel comma secondo che, come già detto, non viene

---

<sup>241</sup> Per quanto riguarda l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 239) sostiene che "l'esigenza di mettere a disposizione del giudice un arsenale di criteri di valutazione consolidati e allo stesso tempo maneggevoli, porta molti a considerare l'art. 133 c.p. punto di riferimento privilegiato per il giudizio di esiguità".

In riferimento all'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 invece, in maniera ancora mirata, E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 63) afferma che nell'espressione tenuità del fatto sarebbe implicito un "rinvio agli indici di cui all'art. 133, comma 1, c.p."



richiamato dalla causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p.; il secondo ha a che vedere con la disciplina del processo penale davanti al giudice di pace nella quale l'ipotesi di una controcondotta volta a ripristinare il bene giuridico è presa autonomamente in considerazione all'art. 35 del d.lgs. 274 del 2000, risultando di conseguenza chiaramente estranea alla valutazione del fatto esiguo prevista all'art. 34 del medesimo decreto.

Stante l'imbarazzo dell'interprete di fronte a questa esclusione testualmente palese, ma logicamente difficile da comprendere, la soluzione migliore ci sembra quella di sollevare questione di legittimità costituzionale affinché la Consulta estenda la valutazione dell'esiguità del fatto anche ai comportamenti successivi al reato attraverso una sentenza di tipo additivo, posto che l'opzione contraria ci sembra cozzare tanto con l'esigenza di protezione del bene giuridico, quanto con il principio del fine rieducativo della pena, nonché con un banale canone di ragionevolezza della previsione legislativa, malgrado talune pronunce specialmente di merito abbiano comunque tentato di raggiungere il medesimo obiettivo in via interpretativa, senza la necessità di scomodare il Giudice delle Leggi.<sup>242</sup>

*IV. Le ipotesi di esclusione oggettiva della particolare tenuità del fatto: forte restrizione della discrezionalità giudiziale e valorizzazione a contrario di componenti soggettive.*

Il legislatore delegato non si è limitato a prevedere che la valutazione di tenuità dell'offesa vada condotta secondo gli indici analitici ricavati dall'art. 133 primo comma c.p., ma, sempre sulla base dei pareri formulati dalle Commissioni Giustizia, ha anche deciso di introdurre alcune cause ostative di natura oggettiva all'applicazione della particolare tenuità del fatto.

È doverosa una precisazione in apertura di queste considerazioni.

Parliamo qui in maniera generica di ipotesi ostative "oggettive" sebbene, come avremo modo di osservare, più di una di esse si concentri su profili che attengono all'*animus* e alla *voluntas* del reo.

La disposizione in questione infatti dopo aver indicato la tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento come criteri guida per il riconoscimento del fatto irrilevante, individua alcune cause preclusive al suo riconoscimento tanto per quanto concerne il primo indice, quanto per il secondo.

Dato che la nostra tradizione penalistica è tendenzialmente orientata a ricondurre l'elemento dell'offesa nella dimensione materiale del reato (sia che la si legga come componente implicita nel fatto tipico, sia che la si richieda invece come fattore integrativo rispetto a quest'ultimo) va da sé che le circostanze che ne impediscono una valutazione in termini di eccezionale tenuità debbano qualificarsi come ostacoli di natura oggettiva, a prescindere dal contenuto specifico di queste cause ostative.

Le ipotesi che precludono il giudizio di irrilevanza del fatto sono codificate al secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p., nel quale hanno trovato spazio le voci

---

<sup>242</sup> "Nonostante il dato letterale della norma, che pare escludere tale possibilità, in ragione del mancato richiamo al co. 2 dell'art. 133 c.p. [...] si segnalano alcune pronunce di merito che prendono apertamente posizione in senso opposto". G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 7.

provenienti da quella componente sociale che vede in questo istituto una pericolosa area di impunità da limitare quanto più possibile e che soprattutto vogliono ridurre al minimo lo spazio di scelta dell'organo giudicante, quasi che egli debba applicare la figura giuridica in questione non tanto alla luce di una valutazione positiva di tenuità del reato, quanto piuttosto all'esito di un accertamento negativo delle ipotesi ostative al suo verificarsi.

È impedita una valutazione di particolare tenuità del fatto quando *l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o 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 ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.*

Prima di calarci nello specifico delle singole ipotesi appena richiamate, va fin da subito notato che i casi richiamati dal secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p. corrispondono per lo più a circostanze del reato, in gran parte rinvenibili nell'art. 61 c.p., con l'eccezione dell'ultima figura che di norma determina una fattispecie di delitto aggravato dall'evento.

Attenzione però: il fatto che il contenuto di queste particolari manifestazioni del reato sia *in toto* riconducibile a figure circostanziali non significa che possano rilevare solo se così inquadrata dalla pubblica accusa, e d'altronde se si osserva bene la disposizione in commento non emerge mai la qualificazione come "circostanze" di questi elementi.

Diretta conseguenza di tutto ciò è che tali cause ostative possono rilevare, e quindi impedire una pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., anche laddove non contestate tecnicamente come aggravanti dal pubblico ministero, risultando quindi per tale via espansi i poteri dell'organo giudicante, ma, si badi, solo in un'ottica di restrizione dello spazio operativo dell'irrelevanza del fatto.

Questa considerazione non ci esime tuttavia dal notare una certa incoerenza di fondo tra le scelte compiute dal legislatore in questa disposizione e queste rintracciabili nel successivo comma quarto dove ci si occupa dei limiti astratti di applicabilità dell'istituto.

Infatti da un lato le circostanze attenuanti ad effetto comune sono ininfluenti ai fini del calcolo della pena detentiva massima che rileva per l'operatività dell'istituto in esame, dall'altro invece alcune delle ipotesi più classiche e frequenti di tale tipologia di circostanze sono previste dal legislatore non già come parametro idoneo ad innalzare la fascia edittale massima della sanzione (situazione in cui in presenza di una fattispecie base piuttosto mite comunque potrebbe risultare applicabile l'art. 131 *bis* c.p.), bensì addirittura come divieto all'operatività del medesimo in ogni caso insormontabile.

Passando ad un'analisi specifica delle singole figure ostative oggettive, per quanto riguarda il significato di "motivi abietti o futili" vale quanto da tempo elaborato da dottrina e giurisprudenza sulla corrispondente ipotesi circostanziale di cui all'art. 61 n.1: mentre i primi denotano un'attività criminosa volta a "soddisfare un'esigenza ritenuta, dalla morale comune, particolarmente ignobile e indice di un particolare malvagità dell'agente", i secondi hanno a che vedere con la sproporzione tra l'obiettivo perseguito e le modalità esecutive scelte, tale per cui la commissione del reato sembra originata da "un pretesto piuttosto che

[da una] vera causa determinante”, con l’indubbia difficoltà di dover ricostruire il *modus operandi* di un delinquente-modello.<sup>243</sup>

Difficile non notare una propensione soggettiva in questa ipotesi ostativa; anzi a dire la verità i motivi a delinquere, nello schema delineato dall’art. 133 c.p., rientrano in quel secondo comma cui l’art. 131 *bis* c.p. sceglie manifestamente di non rinviare per la valutazione della tenuità dell’offesa, considerazione questa che evidenzia la distanza tra la causa impeditiva in questione e il profilo del fatto specialmente lieve strettamente inteso.

Lo sfruttamento della minorata difesa della vittima implica la commissione del reato a danno di un soggetto “debole”, cioè una persona che si trova in condizioni tali da non potersi difendere dall’illecito, sia per la sua individuale situazione fisica o anagrafica, sia per un particolare contesto contingente, inclusa l’ipotesi in cui questo sia stato cagionato dal reo.

Questa causa ostativa ha una natura di “confine”, perché, se è vero che prevale chiaramente la componente oggettiva facendosi riferimento alle condizioni personali del soggetto che subisce il reato, non va dimenticato che il verbo “profittando” evoca l’idea di uno sfruttamento subdolo e meschino del contesto in cui si svolge la vicenda, trascinando con sé alcune sfumature soggettive, forse non sufficienti a connotare il tal senso l’ipotesi impeditiva nel suo complesso, ma certamente non trascurabili.

Non è agevole la distinzione tra la nozione di crudeltà e quella delle sevizie, anche se un ragionevole tentativo in tal senso potrebbe andare nella direzione di cogliervi una duplice dimensione sadica del reato, vista però da due prospettive diverse.

Il concetto di crudeltà sembra evocare l’idea di una cattiveria insita nel reato stesso: sarebbe proprio la commissione di quell’illecito in quel contesto e in quelle circostanze a manifestare una forte spregevolezza.

Diversamente le sevizie riguarderebbero specificamente il momento della commissione del reato e si tradurrebbero nell’inflizione di dolore e patimento del tutto gratuiti, cioè non necessari per il buon esito dell’illecito.

Utilizzando un esempio che fuoriesce dal campo applicativo dell’art. 131 *bis* c.p. ma che risulta piuttosto efficace in ottica illustrativa, una rapina in villa di per sé può non essere crudele, ma possono ricorrervi gli estremi delle sevizie nel caso in cui il reo “torturi” la vittima durante l’esecuzione del crimine.

Tuttavia potremmo ritenere che talvolta il reato di rapina possa palesarsi crudele già per il contesto in cui si realizza: pensiamo alla rapina commessa ai danni di una famiglia cui è stata di recente riconsegnata l’abitazione, in precedenza distrutta a seguito di un disastro naturale.

In una ipotesi del genere sembra evidente l’assoluta indifferenza del soggetto agente nei confronti di una vittima in condizioni esistenziali (e probabilmente anche finanziarie) piuttosto delicate, tale da ritenersi integrata la figura della crudeltà.

L’interpretazione dominante in materia tuttavia predilige un approccio che distingue la crudeltà dalle sevizie sulla base del tipo di sofferenza inflitto: alla

---

<sup>243</sup> Citazioni prese da R. Borsari (*La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, Cit., pagg. 17-18)

prima va ascritta la sofferenza di tipo psicologico o morale, alla seconda invece quella di tipo fisico o materiale.<sup>244</sup>

Sulla scia di questa lettura la componente crudele del fatto di reato andrebbe letta come una caratterizzazione soggettiva dello stesso, mentre le sevizie, pur riflettendo una volontà criminale particolarmente intensa, rimarrebbero sul piano della dimensione oggettiva dell'illecito.

Occorre impiegare qualche riga anche per la questione della tutela del mondo animale nel contesto dell'art. 131 *bis* c.p., legata dal legislatore alla figura del reato commesso con crudeltà.

La scelta di escludere il ricorso alla particolare tenuità del fatto in presenza di una condotta crudele anche in danno di animali è forse il manifesto più evidente della penetrazione di istanze populiste all'interno della causa di non punibilità in esame.

Certamente a molto più giovare l'opera di modernizzazione di un codice penale che nella sua impostazione originaria risale al 1930 e da molto tempo si lavora per una ridefinizione dell'apparato punitivo statale nel suo complesso, ma in tutta onestà sembra che le priorità siano ben altre rispetto alla protezione della fauna.

Beninteso, non che la tutela del mondo animale non sia *tout court* degna di attenzione da parte del legislatore, a maggior ragione se il tema è di particolare interesse per la cittadinanza, ma forse nei dibattiti penalistici contemporanei ha talvolta rivestito un ruolo sproporzionato rispetto ad altre esigenze purtroppo sottovalutate o ignorate.

Se si osserva con attenzione il comma secondo dell'art. 131 *bis* c.p. si nota immediatamente che l'attenzione per gli animali è legata *expressis verbis* solo alla crudeltà, mentre tale nesso viene meno nell'ipotesi delle sevizie.

Di conseguenza occorre capire se tale differenza imponga, come sembra suggerire il dato testuale, una diversità di disciplina in relazione alla particolare tenuità del fatto, tale per cui la condotta crudele nei confronti di un animale debba di per sé soggiacere alla sanzione prevista dalla fattispecie base, mentre l'impiego di modalità sadiche possa eventualmente essere valutato nel merito dell'esiguità non palesandosi in tal senso un impedimento aprioristico all'operatività dell'art. 131 *bis* c.p.

Se si aderisce all'orientamento per cui la differenza tra crudeltà e sevizie va rintracciata nella natura gratuita dei patimenti inferti, morale nel primo caso, fisica nel secondo, appare logico pretendere a primo acchito per un infelice collocamento dell'inciso "anche in danno di animali", che meglio sarebbe stato collocato dopo la locuzione "o ha adoperato sevizie", in modo da agganciare per coerenza la tutela del mondo animale ad entrambe le ipotesi in questione.

Sembrirebbe innaturale in questo senso ammettere un'efficacia preclusiva alla speciale tenuità del fatto solo rispetto al patimento morale inflitto all'animale e non anche a quello fisico, a maggior ragione se si rifletta che qui la condotta criminosa non cade su un essere umano, di conseguenza la componente della

---

<sup>244</sup> Come confermano G. Fiandaca e E. Musco (*Diritto penale, Parte generale*, Cit., pag. 436) "secondo la giurisprudenza, le sevizie consistono nell'inflizione di sofferenze fisiche non necessarie alla realizzazione del reato; analogamente, la crudeltà si traduce nell'inflizione di sofferenze morali che oltrepassano i limiti del normale sentimento di umanità, e che appaiono superflue rispetto ai mezzi necessari per l'esecuzione del fatto delittuoso".

sofferenza psicologica necessita quantomeno di una valutazione differenziata rispetto al normale.

Un'analisi più complessa potrebbe invece condurre alla soluzione opposta.

Al di là del dato testuale, che pure ha una certa importanza nell'economia di queste considerazioni, è importante anche per la soluzione di questo problema trovare previamente la giusta collocazione sul piano concettuale e dogmatico a queste cause ostative rispetto all'irrelevanza del fatto propriamente intesa.

Nella lettura dell'esiguità come giudizio complessivo di scarsa pregnanza della vicenda delittuosa queste ipotesi ostative contribuiscono alla definizione del fatto lieve tanto quanto gli indici positivi da prendere in considerazione per la valutazione di cui all'art. 131 *bis* c.p., per cui giocoforza è irrazionale dare un valore preponderante alla crudeltà piuttosto che alle sevizie, poiché tanto la componente psicologica quanto quella materiale cooperano paritariamente ai fini dell'individuazione del fatto lieve.

Laddove invece si prediliga un'interpretazione del fatto penalmente irrilevante rigidamente inteso, cioè in senso marcatamente oggettivo, ecco che tali cause impeditive ad una pronuncia di proscioglimento ex art. 131 *bis* c.p., laddove strutturate su profili soggettivi, rimangono estranee alla definizione dell'istituto in questione, andando invece a configurare ostacoli esterni all'applicazione della particolare tenuità del fatto in cui confluiscono logiche ed istanze di altro genere.

In quest'ottica allora potrebbe apparire logica la scelta del legislatore di dare efficacia preclusiva solo alla crudeltà nei confronti degli animali e non anche alle sevizie: dato che solo la prima avrebbe caratteri di stampo soggettivo, come tali al di fuori della valutazione interna della lievità del fatto (almeno in questa prospettiva) solo per essa vi sarebbe la necessità di una espressa previsione di incidenza sulla figura dell'esiguità del fatto, poiché in caso contrario nessuno spazio sarebbe da riconoscerli.

Diversamente le modalità sadiche in cui si traducono le sevizie già rientrano nel campo visivo su cui è calata l'indagine del giudice relativamente alla speciale lievità del fatto, per cui non vi sarebbe alcuna ragione per dare direttive ulteriori alla sua discrezionalità in tal senso.

Ciò detto emerge però un interrogativo difficilmente risolvibile: se si condivide questa ricostruzione sulla funzione generale di queste ipotesi ostative oggettive, ma con profili soggettivi, come meri elementi integrativi e non identificativi della particolare tenuità del fatto, perché lasciare comunque una valenza di tale sorta alle sevizie quando compiute a danno di esseri umani, negandola invece nell'ipotesi in cui siano inferte ad un animale?

Malgrado l'enorme divario di disvalore che intercorre tra le due situazioni non ci sembra di poter affermare che il dato tecnico possa variare a seconda che a subire questi tormenti ingiustificati sia un uomo o un animale.

O si adotta una prospettiva rigida del concetto di irrilevanza del fatto, per cui in nessun caso le sevizie dovrebbero ingabbiare la valutazione nel merito del giudice (premesso che in genere ove si verifichi un'ipotesi di questo tipo tendenzialmente l'organo giudicante negherà il verificarsi in concreto di una vicenda criminosa esigua), oppure non vi sarebbe ragione per distinguere tra crudeltà e sevizie in relazione alla vittima animale quanto all'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. perché in questa seconda lettura tanto il profilo oggettivo quanto

quello soggettivo definirebbero parimenti la lievità dell'offesa, e di conseguenza sarebbe preferibile un'interpretazione manipolativa del secondo comma tale da spostare qualche parola più in là l'espressione "anche in danno di animali".

In chiusura del secondo comma si esclude la possibilità di addivenire ad una pronuncia ex art. 131 *bis* c.p. nell'ipotesi in cui dal comportamento illecito siano derivate morte o lesioni gravissime.

L'introduzione di questa norma trae origine dal timore, ancora una volta emerso nel percorso di valutazione dello schema di decreto originario, che la fascia edittale massima, di per sé comprensiva anche della fattispecie di omicidio colposo, potesse permettere di ritenere particolarmente lieve anche un fatto che avesse determinato conseguenze devastanti o addirittura letali per la vittima.

Le riflessioni della dottrina sul punto oscillano tra chi ritiene questo specificazione superflua e chi invece la reputa una ingiusta costrizione della discrezionalità dell'organo giudicante.

Nel primo senso, specialmente ove si ritenga che nella dimensione oggettiva del reato risieda il cuore pulsante della particolare tenuità del fatto, si conclude nel senso che è impossibile in ogni caso valutare in termini di esiguità un episodio criminoso che abbia condotto a conseguenze materiali tanto gravi.<sup>245</sup>

Nella seconda direzione invece si segnala che è scorretto vincolare in questo modo lo spazio di manovra del giudice, perché la realtà fenomenica si palesa in maniera così varia che pure vicende all'apparenza tanto gravi possono rivelarsi di scarso disvalore, all'esito di un giudizio necessariamente complessivo e sintetico.<sup>246</sup>

Per parte nostra ci sembra più pregevole la prima opzione, se non altro per l'aderenza maggiore alla struttura "pura" del fatto penalmente irrilevante, come istituto che ruota attorno alle caratteristiche oggettive del reato e che da queste non può prescindere.

Non rimane che esprimere qualche valutazione finale sulla scelta di prevedere queste cause ostative all'applicazione della particolare tenuità del fatto e sul merito delle ipotesi tracciate dal d.lgs. 28 del 2015.

A nostro avviso la riflessione deve seguire tre distinti binari: il primo è quello che concerne il rapporto tra queste condizioni preclusive e la disciplina dell'incidenza delle circostanze sulla clausola di non punibilità in questione; il secondo ha a che vedere con l'introduzione *tout court* di vincoli fissi alla discrezionalità del giudice che vadano al di là della mera delimitazione del suo perimetro operativo scendendo già in valutazioni di merito che gli vengono negate; l'ultimo pertiene alle modalità di inserimento di tali ipotesi ostative all'interno dell'irrelevanza del fatto e pertanto agli equilibri di sistema che dalle stesse possono risultare influenzati.

---

<sup>245</sup> "Francamente pare indicazione che il legislatore delegato poteva anche omettere per l'ovvietà della conclusione, stante l'evidente gravità della vicenda concreta connessa ad un tale esito". C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 3.

<sup>246</sup> In questi termini si era già espresso anticipatamente M. Donini (*Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, Indice Penale, 2003, pag. 97) secondo il quale "anche l'omicidio può in concreto essere almeno oggettivamente esiguo, e ciò avviene quando la causazione della morte di un uomo [...] riguardi solo l'avergli abbreviato la vita per es. di poche ore, con incommensurabile discrasia fra il disvalore d'azione (che potrebbe rimanere intatto) e disvalore d'evento".

Per ciò che riguarda il primo aspetto vale quanto accennato poco fa relativamente all'incongruenza tra la regola generale per cui le circostanze ad effetto comune non dovrebbero influire sull'operatività astratta dell'art. 131 *bis* c.p. e la disciplina specifica che interessa alcune delle figure più ricorrenti di queste circostanze.

Non si può chiudere gli occhi tra l'altro di fronte ad un piccolo paradosso di sistema che si viene così a creare.

Le circostanze aggravanti ad effetto speciale, le quali veicolano un grado di disvalore più elevato rispetto a quelle ad effetto comune, comportando un aumento del carico sanzionatorio superiore ad un terzo, possono solo ritoccare in alto la fascia edittale massima, sicché non necessariamente tale effetto pregiudica il ricorso all'esiguità del fatto in quanto ciò dipende dal limite superiore della pena base.

Le cause ostative di cui al secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p., le quali, lo ricordiamo, non sono tecnicamente considerate come circostanze ma (quasi tutte) ne riproducono limpidamente i contenuti, afferiscono invece ad aggravanti ad effetto comune, che in quanto tali dovrebbero essere guardate con meno severità dal legislatore, ma paradossalmente in tale sede hanno addirittura una rilevanza maggiore perché escludono in automatico l'applicabilità della causa di non punibilità in esame.

Per una volta forse sarebbe stata preferibile una soluzione di compromesso nel senso di limitarsi a prevedere che tutte le tipologie di circostanze fossero idonee a influire sul calcolo della pena ai fini dell'applicabilità della particolare tenuità del fatto, senza tuttavia che nessuna di esse potesse determinare di per sé un divieto di operatività per la stessa,<sup>247</sup> oppure l'opzione esattamente opposta nel senso cioè di non assegnare rilievo ad alcun tipo di circostanze a prescindere dall'effetto da esse prodotto.

Va poi sottolineato che la scelta di introdurre correttivi automatici alla discrezionalità del giudice è unidirezionale, nel senso che agisce esclusivamente in *malam partem*: la disposizione in commento non prevede mai ipotesi, eventualmente riconducibili alla struttura di circostanze attenuanti, che possano determinare, magari in cooperazione con ulteriori elementi, un'applicazione incondizionata della particolare tenuità del fatto.

Sia chiaro: bene ha fatto il legislatore a non operare in tal senso, perché intollerabile sarebbe stata la rinuncia alla sanzione penale in presenza di un reato completo senza l'intervento di una valutazione concreta del magistrato, ma allora

---

<sup>247</sup> Questa possibilità presenta un punto debole laddove presta il fianco ad un utilizzo "strumentale" delle circostanze tale da imputarle o meno al solo di fine di permettere o escludere il ricorso alla causa di non punibilità per esiguità del fatto in ragione della relativa incidenza sul *quantum* di pena astratta massima. È chiaro infatti che l'ascrizione o la negazione di una circostanza del reato in genere attira meno l'attenzione (sicuramente del cittadino comune e dei media, e forse anche dell'operatore pratico) rispetto all'imputazione di un titolo autonomo di reato. Di conseguenza la proposta accennata potrebbe affidare un compito importante (la determinazione dell'applicabilità o meno dell'art. 131 *bis* c.p.) ad una decisione forse meno controllata del dovuto perché meno "appariscente". Tuttavia è altrettanto evidente che se tali considerazioni fossero da sole sufficienti a costringere l'adozione di un'opzione differente, ciò manifesterebbe un livello di fiducia negli organi di giustizia così bassa da risultare certamente allarmante in uno Stato costituzionale di diritto quale è il nostro, tale per cui le problematiche da affrontare sarebbero ben altre rispetto alle condizioni di operatività dell'art. 131 *bis* c.p.

per questioni di coerenza e di equilibrio forse avrebbe dovuto fare altrettanto anche nel verso opposto.

Passando al secondo profilo su cui vogliamo concentrarci, occorre dire che una causa di non punibilità fondata sull'esiguità del fatto in termini autentici non dovrebbe ammettere paletti rigidi al suo operare, forse nemmeno per la selezione dei reati rispetto ai quali rileva, come già si è avuto modo di indicare in relazione alla previsione del limite della pena astratta massima dei cinque anni di detenzione.

Una riflessione onesta e lo studio dei precedenti tentativi di codificazione della particolare tenuità del fatto impongono però di prendere atto che un istituto con una tale portata simbolica difficilmente può avere spazio senza scendere a qualche compromesso che rassicuri le istanze generalpreventive provenienti dal tessuto sociale.

Con questa consapevolezza, e andiamo ora a congiungerci con il terzo aspetto su cui desideriamo indugiare, non è tanto l'introduzione *tout court* di vincoli rigidi all'applicazione della causa di non punibilità in questione a dover preoccupare, quanto piuttosto la scelta di dove questi vengono collocati e di come vengono descritti.<sup>248</sup>

Se si riconosce l'estraneità di queste cause ostative dal meccanismo naturale di funzionamento della particolare tenuità del fatto, è necessario che le medesime stiano ben lontane dagli elementi nevralgici su cui tale istituto si muove, in modo da evitare che si verifichino contaminazioni capaci di metterne in crisi la natura intrinseca.

Calandoci nello specifico dell'art. 131 *bis* comma secondo c.p., sicuramente poco condivisibile è l'idea di delineare le cause ostative in questione come fattori che escludono la tenuità dell'offesa.

Essendo quest'ultimo un indicatore tradizionalmente connotato in una dimensione oggettiva, imporne l'assenza laddove siano concomitanti talune condizioni di carattere soggettivo in primo luogo sembra una contraddizione in termini e in secondo luogo può condurre ad una storpiatura del requisito in questione, aprendolo forzatamente a prospettive psicologiche che invece vi dovrebbero essere escluse.<sup>249</sup>

In tale prospettiva il legislatore avrebbe dovuto sancire genericamente l'inapplicabilità della particolare tenuità del fatto in presenza delle summenzionate ipotesi preclusive, senza legare le medesime ad uno dei due indici guida dell'art. 131 *bis* c.p., introducendo quindi nella sostanza un terzo

---

<sup>248</sup> D'altronde già in tempi non sospetti alcuni autori vedevano di buon occhio l'introduzione di condizioni ostative al riconoscimento della particolare tenuità del fatto. Si veda ad esempio E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 94) secondo la quale "nel valorizzare il disvalore oggettivo si potrebbe ricorrere ad una formulazione più completa, volta a considerare almeno determinate modalità della condotta come preclusive".

<sup>249</sup> Secondo C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 61) "il comma 2 dell'art. 131-bis introduce una sorta di presunzione legale negativa, in presenza di una serie di circostanze, di cui solo l'ultima, [...] si mantiene in una dimensione obiettiva, risultando le altre strettamente connesse al giudizio di colpevolezza". L'Autore completa poi il ragionamento affermando che "tale situazione lascia perplessi [...] anche perché sembra l'affacciarsi di un diritto d'autore".



criterio di tipo negativo, molto simile ad una selezione a contrario dei titoli di reato soggetti alla causa di non punibilità in esame.

Nei fatti si sarebbe trattato di aggiungere un ulteriore *step* alla verifica che compete al giudice di fronte ad un fatto presentato come irrilevante: accertato che la fattispecie astratta rientra nelle fasce edittali previste dal primo comma, verificate la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, il giudice avrebbe dovuto controllare in conclusione l'assenza delle figure impeditive del secondo comma.

Questo impianto può funzionare se si accetta che anche taluni componenti soggettive del reato possano in qualche modo influire sulla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ma che le stesse debbano operare al di fuori della nozione di offesa, come elemento integrativo e non definitorio, concessione questa che, malgrado presenti una farraginosa struttura concettuale, trova giustificazione nel substrato "opportunistico" che sorregge l'istituto dell'irrilevanza penale del fatto.

L'ammissibilità in questi ristretti termini delle cause ostative all'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. si scontra però con un dato difficilmente contestabile.

Come già ricordato la figura giuridica in questione può portare al proscioglimento dell'indagato già nella fase preprocessuale, ed è bene che così operi, in modo da evitare un inutile ingolfamento delle aule di giustizia per fatti di portata irrisoria.

È chiaro però che per poter funzionare efficientemente la causa di non punibilità in questione dovrebbe necessitare di criteri di agevole apprezzamento, mentre le ipotesi preclusive del secondo comma attengono a profili che richiedono una approfondita e laboriosa analisi da parte di inquirenti e giudici, vanificandosi così le speranze deflative che hanno mosso la riforma del 2015.

In definitiva la valutazione di queste cause ostative al riconoscimento della tenuità dell'offesa è piuttosto negativa: se proprio non si vuole aderire a quell'orientamento che ne rigetta l'idea stessa per la retrostante scarsa fiducia nei confronti del potere giudiziario su cui invece l'istituto in questione dovrebbe ruotare, quantomeno va aspramente criticata la scelta di definire le stesse come un limite alla valutazione dell'offesa irrilevante, poiché trattasi di aspetti ben diversi e pertanto bisognosi tutt'al più di attenzioni separate.<sup>250</sup>

***b) La dimensione soggettiva all'interno dell'irrilevanza penale del fatto: le difficoltà di coordinamento tra il silenzio della legge delega e il rinvio all'intero primo comma dell'art. 133 c.p.***

***1. Il peso dell'elemento soggettivo nella valutazione del fatto penalmente esiguo: le potenzialità e i limiti della dimensione graduale dell'illecito.***

Uno degli aspetti più interessanti della riforma esaminanda, sicuramente dal punto di vista concettuale ma probabilmente anche da quello pratico, è

---

<sup>250</sup> "Se la soluzione adottata è in sé plausibile, meno plausibile è la pretesa di ricondurre a una esclusione normativa della particolare tenuità dell'offesa elementi che sono invece tipici del giudizio di colpevolezza. Confondere le acque e mescolare le carte non è mai buona legislazione". T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.

certamente l'impatto della componente psicologica sull'analisi di esiguità del fatto illecito.

Da quando esiste il diritto penale moderno si sono sempre distinti quantomeno un elemento oggettivo e un elemento soggettivo del reato, i quali devono sussistere contemporaneamente affinché si possa sanzionare un individuo responsabile di un fatto offensivo, proprio e colpevole, come anche la nostra Corte Costituzionale ha avuto modo di sottolineare quando ha attaccato o meglio "rimodellato" le fattispecie di c.d. responsabilità oggettiva disseminate nel nostro ordinamento.

A questa differenziazione strutturale corrisponde anche una diversità relativa alle modalità di accertamento: fino a quando il giudice non disporrà della famosa sfera di cristallo ovviamente non potrà che ricostruire il grado della colpevolezza a partire dalla manifestazione tipica del reato, ma ciò non toglie che tale valutazione rimanga ulteriore rispetto a quella oggettiva che ne rappresenta al massimo la base di partenza.

Il trattamento analitico delle diverse componenti del reato (oltre alle due citate si possono aggiungere, a seconda del modello abbracciato, l'antigiuridicità, la punibilità, il bisogno di pena) non è un semplice vezzo degli accademici ma è un'ineludibile garanzia a favore del reo, per impedire che egli subisca una condanna fondata su giudizi sintetici ed equitativi, in definitiva non controllabili e quindi arbitrari.

Il tecnicismo nella struttura delle categorie penalistiche ha proprio la funzione di permettere sempre un certo grado di sindacabilità delle decisioni prese, baluardo fondamentale per garantire certezza e razionalità alle statuizioni dei magistrati.

Vi è anche da dire che non mancano tentativi di restringere la distanza tra queste due componenti (si pensi alla questione della natura ibrida del dolo specifico<sup>251</sup> o al rapporto tra colpa e individuazione della regola cautelare infranta) ma sembra di potersi affermare che tali enunciazioni non siano in grado di scalfire a livello sistematico la solida separazione tra la dimensione materiale dell'illecito e quella psicologica.

Ciò detto, in che termini si pone il rapporto tra l'elemento soggettivo del reato e le figure di esiguità del fatto? È lecito innanzitutto ammettere che tale profilo venga considerato in questa sede, oppure è preferibile che vi rimanga estraneo? E ancora, in caso di risposta positiva, quanto può pesare questa componente rispetto a quelle che attengono al fatto tipico o eventualmente a quelle che si concentrano sulla persona del reo?

Questi interrogativi hanno da sempre accompagnato l'istituto dell'irrilevanza del fatto e forse prima ancora i tentativi di una definizione più puntuale del fatto concretamente inoffensivo, vedendo orientamenti opposti anche in ragione della preferenza per una lettura del fatto irrilevante come espressione del principio di sussidiarietà nella risposta penale oppure come strumento per selezionare i delitti

---

<sup>251</sup> Spesso si tende a vedere nel dolo specifico anche un'incidenza diretta sulla componente tipica del reato, in quanto tale figura anticiperebbe la consumazione dello stesso rispetto all'ipotesi in cui lo scopo perseguito venisse diversamente previsto come evento dell'illecito. Basterebbe in definitiva la proiezione del reo verso quello specifico fine affinché il reato possa dirsi completo, in presenza ovviamente di tutti gli altri requisiti, senza la necessità che lo scopo in questione venga raggiunto.

meritevoli di persecuzione in una logica di maggiore efficienza della macchina della giustizia.<sup>252</sup>

Nella seconda prospettiva infatti non si sono dubbi che l'elemento soggettivo debba restare estraneo alla particolare tenuità del fatto, poiché, se essa serve a ridurre il numero dei processi penali e a renderli più fluidi, è ovvio che le difficoltà degli accertamenti psicologici siano assolutamente incompatibili con una clausola di proscioglimento che voglia premiare la celerità e la semplicità di applicazione.<sup>253</sup>

Abbracciando l'orientamento che si fonda sulla matrice sostanzialistica di questo istituto non siamo comunque in grado di affermare serenamente la rilevanza della componente soggettiva all'interno del medesimo, perché anche dentro questa fazione le posizioni divergono piuttosto sensibilmente l'una dall'altra.

Se assumiamo la prospettiva della meritevolezza di pena certamente il grado di colpevolezza deve essere oggetto di indagine per il riconoscimento dell'esenzione dalla pena, poiché anche (se non soprattutto) questo denota il livello di biasimo che l'ordinamento assegna a quella condotta illecita e di conseguenza incide sull'opportunità o meno di assoggettare il reo alla sanzione.

Al contrario nell'ottica dell'*extrema ratio*, intesa come corollario del principio di offensività,<sup>254</sup> l'esclusione dalla sanzione è giustificata dal fatto che il disvalore espresso dall'episodio criminoso si arresta ad un livello di "offensività di confine"<sup>255</sup> tale per cui l'impiego dello strumento penalistico risulta qui già di per sé inutile ed eccessivamente costoso, senza la necessità di coinvolgere i profili soggettivi della vicenda.

In una posizione intermedia si colloca l'irrilevanza del fatto come traduzione del bisogno di pena, poiché lo stesso è riferibile sia al fatto illecito, come dimensione fenomenica in cui il reo si immedesima se sussistono tutti i requisiti del reato, sia al suo autore, ed in questo secondo caso ovviamente si fanno pressanti le esigenze di includere anche gli aspetti psicologici nel giudizio di speciale tenuità del fatto.

Il quadro quindi si presenta piuttosto frammentario e, come di norma accade, questa mancanza di omogeneità nel formante scientifico determina che al legislatore sia sostanzialmente lasciata carta bianca nella soluzione del

---

<sup>252</sup> Come afferma G. Rossi (*Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, Diritto Penale e Processo, 2016, 4, pagg. 537 e ss.) l'art. 131 bis c.p. introduce nel nostro sistema penale "una nuova causa di non punibilità, peculiare e diversa da quelle già esistenti nell'ordinamento vigente, tendente a soddisfare l'esigenza di selezionare in concreto i casi in cui effettivamente occorre irrogare una pena".

<sup>253</sup> Osserva condivisibilmente G. De Francesco (*L'esiguità dell'illecito penale*, Cit., pagg. 889 e ss) che l'istituto dell'irrilevanza del fatto "non [appare] facilmente conciliabile con le logiche di una verifica circa il grado della colpevolezza propria dell'autore del fatto, risultando quest'ultima - com'è ben noto - di assai più arduo accertamento sotto il profilo dei tempi e delle modalità dei riscontri sul piano probatorio, a confronto con la rilevazione del livello e dell'intensità dell'offesa materiale arrecata".

<sup>254</sup> "Il nuovo art. 131-bis c.p. codifica il principio di offensività in controtelaio, a contrario, per il tramite di una norma che sancisce l'esclusione della punibilità qualora l'offesa (esistente) sia lieve, e riconosce, dunque, a esso espressa dignità normativa". R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, Cit., pag. 7.

<sup>255</sup> Espressione ripresa da P. Pomanti, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 7.

problema, con un'inversione dei termini di dipendenza: non sarà la penna dell'organo legiferante a tradurre in essere i dettami provenienti dalla scienza del diritto, per l'assenza di coesione nella stessa, ma al contrario sarà quest'ultima a dover adeguare i propri insegnamenti alle decisioni prese dal legislatore, salva la possibilità di far riemergere le proprie tesi negli spazi di incertezza scientemente o inavvertitamente lasciati da quest'ultimo.

Prima di addentrarci nelle scelte compiute dal d.lgs. 28 del 2015 in relazione all'elemento soggettivo del reato, è necessario dedicare ancora un poco di tempo ad alcune riflessioni preliminari sul tema per poter successivamente analizzare il dato attuale con maggiore cognizione di causa.

Chi ritiene che non si possa immaginare una declaratoria di non punibilità per esiguità del fatto senza una valutazione estesa anche alla componente psicologica del crimine si basa sull'idea che la teoria gradualistica del reato abbracci necessariamente ciascuno degli elementi che lo compongono.

Ogni componente del reato sarebbe immaginabile in una dimensione scalare tale per cui ogni requisito dello stesso potrebbe astrattamente manifestarsi con un grado di intensità irrisorio, facendo affievolire quella parte di disvalore che l'ordinamento penale vi ricollega.

Per i sostenitori di questa lettura il vero problema non sarebbe decidere cosa possa essere preso in considerazione per un giudizio di esiguità del reato, bensì come la suddetta valutazione vada compiuta.

Posto che non avrebbe senso escludere a priori la rilevanza di un requisito piuttosto che di un altro, poiché tutti concorrerebbero qui alla definizione del reato particolarmente tenue, sarebbe importante comprendere se tutte le componenti dell'illecito debbano attestarsi al livello minimo, ovvero se vi sia una gerarchia di valore tra le stesse per questo tipo di giudizio e, in caso affermativo, se essa abbia natura rigida, nel senso che in assenza degli indici più rilevanti (cioè quelli più vicini all'offesa) in ogni caso l'istituto non potrebbe essere applicabile, oppure elastica, ipotesi in cui comunque si potrebbe arrivare ad un giudizio di irrilevanza del fatto anche solo sulla base di un grado infimo degli indicatori secondari.

Sulla sponda opposta si colloca invece chi, malgrado non contesti l'intrinseca graduabilità di tutti i requisiti del reato, rileva come da ciò non derivi la necessità che la clausola di irrilevanza del fatto debba per forza riflettere questo principio nella sua interezza.

In fondo la rilevanza della dimensione scalare dell'illecito ha già la sua sede per elezione all'interno dell'art. 133 c.p., ovvero in occasione della commisurazione della pena, dove il giudice è effettivamente tenuto a misurare ogni sfaccettatura del delitto per ritagliare la sanzione più adatta al crimine e al suo autore, ovviamente all'interno del panorama di possibilità che il legislatore gli pone dinnanzi.

Nulla imporrebbe che all'interno di un istituto tanto singolare e unico, quale è l'esiguità del fatto, i parametri da utilizzare siano i medesimi; anzi forse proprio l'esigenza di differenziare i due tipi di giudizio, troppo spesso per errore ritenuti ontologicamente identici, dovrebbe indurre a rifiutare l'idea che nella clausola di particolare tenuità del fatto si debbano ripetere le medesime linee guida valevoli per la decisione sul *quantum* di pena da irrogare.

Non sarebbe per tale via assurdo, anzi parrebbe al contrario doveroso, fare una selezione tra le componenti del reato da prendere in considerazione per

l'esame di esiguità del fatto: la restrizione del campo visivo del giudice in tale contesto sarebbe pienamente funzionale ad assicurare un maggior grado di precisione per la relativa valutazione, allontanando complesse interferenze capaci di sfuocare la fotografia che il magistrato va scattando.

La rinuncia alla pena andrebbe lasciata pertanto in una cornice prettamente materialistica, scevra da ogni valutazione inerente ai profili soggettivi della vicenda criminosa, rispetto alla quale persino gli eventuali ulteriori indici di stampo preventivo (che all'interno dell'art. 131 *bis* c.p. prendono il nome di "non abitudine" del comportamento) a ben vedere assumono una veste esterna rispetto al giudizio di esiguità in senso proprio, non potendone quindi riempire il significato.

Il livello di complessità che contraddistingue gli accertamenti psicologici e l'ambizione di dotare l'istituto in questione della capacità di operare efficacemente già nella fase preprocessuale completerebbero poi il quadro suggerendo un approccio all'irrelevanza del fatto quanto più fedele possibile alla dimensione oggettiva del reato.

L'impressione nostra è che questo secondo orientamento abbia speso argomenti più convincenti.

Pur nella parzialità delle osservazioni finora svolte, ci sembra di poter dire che l'istituto dell'esiguità del fatto rappresenta una novità dalle potenzialità teoricamente piuttosto estese, la quale, nonostante il tentativo del legislatore di definire nel dettaglio i binari che devono essere percorsi dagli interpreti per la relativa valutazione, rimane pur sempre una creatura la cui forma sarà plasmata necessariamente dalla discrezionalità dei giudici, a maggior ragione se avranno seguito le copiose lamentele che contestano la legittimità costituzionale delle cause ostative alla stessa, tanto sul piano dell'eccesso di delega, quanto su quelli della ragionevolezza della scelta e del rispetto dei compiti istituzionali affidati alla magistratura (cioè la valutazione concreta dell'episodio criminoso).

In tale contesto un'eccessiva ampiezza dei parametri utilizzabili dal giudice per la verifica di esiguità del fatto potrebbe condurre di riflesso ad un'eccessiva indeterminatezza dei relativi confini, permettendo pronunce fondate su una logica di equità nel caso concreto piuttosto che di giustizia nell'esercizio del potere giudiziario.

A ciò si aggiunga una considerazione che rimane un po' sullo sfondo di tutta l'analisi dell'irrelevanza del fatto come causa di non punibilità, cioè la qualificazione della sua natura in senso generale o eccezionale, una sorta di nodo che è destinato a rimanere comunque difficilmente risolvibile per la molteplicità di fattori che vi confluiscono.

Riconosciuto infatti che l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. ha dato indubbiamente una nuova linfa a chi rivendica un ruolo da protagonista alla categoria della punibilità all'interno della struttura classica del reato, occorre comprendere se questo legittimi a ritenere che l'esclusione dalla pena per il fatto specialmente tenue rappresenti la soluzione naturale per i fatti di scarsa lesività, data l'ambizione ad un'applicazione generalizzata che la stessa persegue, non essendo limitata a taluni specifici titoli di reato, oppure se al contrario debba considerarsi comunque un regime straordinario, in ragione del fatto che in ogni caso si tratta di rinunciare alla sanzione a fronte di un fatto accertato come tipico, anti-giuridico e colpevole.

Come anticipato la risposta al quesito è di estrema difficoltà perché gli indici contenuti nell'art. 131 *bis* c.p. sono molti e soprattutto si pongono spesso in contraddizione tra di loro.

Solo per fare qualche esempio la collocazione della disposizione nel cuore del codice penale, a pochi passi da quell'art. 133 che rappresenta uno delle sue norme-simbolo, e l'assenza di un elenco chiuso di reati per i quali è applicabile evocherebbero l'anima generalista e ordinaria della causa di non punibilità in questione, mentre il limite della pena edittale massima contenuto entro i cinque anni di reclusione e le numerose preclusioni espresse cui l'art. 131 *bis* c.p. fa riferimento sembrerebbero andare nella direzione opposta.

Pur senza la pretesa di fugare ogni dubbio al riguardo, ci sembra che la tesi della natura eccezionale della clausola di non punibilità in esame sia da preferire essenzialmente per due motivi: il primo è proprio quello della presenza massiccia di ipotesi ostative le quali, se non nella forma, nella sostanza determinano una restrizione sensibile delle fattispecie rispetto alle quali l'irrilevanza del fatto può trovare applicazione; il secondo ritorna alla valorizzazione del principio di *extrema ratio* già nella fase della costruzione della prescrizione penale e rifiuta l'idea che possa essere avvertita come naturale la scelta di non applicare la sanzione penale rispetto ad un fatto che ha violato un divieto a presidio del quale il legislatore ha deciso di predisporre lo strumento repressivo più severo, cioè per l'appunto la sanzione penale.

Il riflesso di queste valutazioni sul peso che dovrebbe avere l'elemento soggettivo rispetto all'istituto del fatto particolarmente tenue è presto detto.

Se lo stesso ha una veste ordinaria, che lo rende capace di palesarsi come vero e proprio manifesto della risposta del sistema penale italiano rispetto alla dimensione del fatto scarsamente offensivo, ecco allora che risulta doveroso esigere che esprima una valutazione quanto più completa possibile e che di conseguenza si rapporti con il reato nella sua interezza, inclusi certamente anche i profili psicologici dello stesso.

Se invece l'irrilevanza del fatto viene letta come istituto eccezionale nella logica delle scelte punitive del legislatore italiano, allora è plausibile ammettere che la stessa colga la vicenda criminosa in modo solo parziale, cioè coprendo esclusivamente quegli indici (oggettivi) la cui minima entità proietta l'episodio delittuoso in una prospettiva di superfluità della pena, mentre, ove non sussistano i requisiti previsti dall'art. 131 *bis* c.p., ritornerà ad applicarsi l'istituto generale per eccellenza di cui all'art. 133 c.p., nel quale ovviamente non può che essere ricompresa anche la valutazione del grado di colpevolezza.

La lettura dell'art. 131 *bis* c.p. come disposizione eccezionale, pur a fronte di un'applicazione potenzialmente molto estesa, dovrebbe quindi condurre a guardare con sfavore al riconoscimento di un ruolo importante alla componente soggettiva dentro alle dinamiche dell'irrilevanza del fatto, imponendo un suo radicale rifiuto o, se non altro, una relegazione a profili marginali e secondari dell'istituto.

*II. La componente psicologica nelle scelte del decreto legislativo n. 28 del 2015, tra indicazioni imprecise e suggerimenti (forse) volutamente contraddittori.*

Analizzando le scelte compiute dal legislatore del 2015 a proposito dell'influenza dell'elemento soggettivo sulla clausola di irrilevanza del fatto bisogna necessariamente prendere in considerazione tre indici formali contenuti nell'attuale art. 131 *bis* c.p., più altri due di provenienza differente.

Il primo attiene alla *rubrica legis* dell'art. 131 *bis* che fa espresso riferimento alla particolare tenuità del "fatto", scelta sostanzialmente confermata poi nel testo della disposizione dove si parla della lievità della "offesa"; il secondo riguarda invece la decisione di misurare l'entità dell'illecito sulla base degli indici ricavabili dall'art. 133 primo comma c.p.; il terzo concerne invece il ruolo da assegnare alle cause ostative alla configurabilità dell'esiguità del fatto che, come già osservato, spesso riguardano in realtà aspetti soggettivi.

Uscendo dal dato testuale dell'art. 131 *bis* c.p. bisogna poi ricordare ancora una volta che la legge delega non ha previsto alcuna legittimazione espressa a tratteggiare la figura giuridica in questione assumendo (anche) parametri di natura psicologica, pur a fronte di una disposizione analoga nel contesto del giudizio penale onorario facente esplicito riferimento al grado della colpevolezza.

Inoltre la Consulta, quando ha avuto modo di occuparsi in via incidentale dell'introducendo art. 131 *bis* c.p., ha dato la sua "benedizione" al nuovo istituto quando ancora era in una fase embrionale, e soprattutto ne ha evidenziato in termini positivi i tratti di discontinuità rispetto all'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, tra cui non ha mancato di sottolineare l'assenza di un richiamo al grado della colpevolezza, all'epoca neppure indirettamente richiamato nel progetto normativo.

Per una questione logica e cronologica preferiamo iniziare la nostra riflessione dal fondo, cioè dagli ultimi due indicatori segnalati.

Il silenzio della legge delega n. 67 del 2014 in argomento deve a nostro avviso reputarsi un silenzio "rumoroso" nel senso che pare esprimere una precisa scelta del legislatore delegante, in netta controtendenza rispetto al passato.

È però doverosa al riguardo una precisazione.

Chi abbia seguito l'*iter* che ha condotto all'emanazione del d.lgs. 274 del 2000 a proposito della competenza penale del giudice di pace potrebbe agevolmente obiettare che anche in quella occasione la legge delega non aveva dato alcun mandato a che la causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto dovesse prendere in considerazione anche i profili psicologici della vicenda criminosa, eppure allora il legislatore delegato lo ha fatto in modo assolutamente diretto, prevedendo tra i requisiti del fatto irrilevante anche il livello minimo del grado della colpevolezza.

Si aggiunga poi che i commentatori che si sono occupati della questione non hanno mostrato particolari doglianze rispetto a questo profilo dell'art. 34 in questione, dichiarandosi anzi tendenzialmente favorevoli a tale soluzione, aderendo implicitamente o esplicitamente a quell'orientamento che preferisce

esaminare l'esiguità del "reato" nella totalità degli elementi che lo compongono, piuttosto che l'esiguità del mero "fatto tipico".<sup>256</sup>

Questo è certamente esatto, ma il rilievo formale rischia di essere fuorviante se osservato senza prendere in considerazione anche il dibattito che si è storicamente sviluppato a proposito delle precedenti clausole di esiguità del fatto.

Già abbiamo ricordato come non sia insensato vedere nel susseguirsi di queste figure giuridiche uno sviluppo coerente e organico del medesimo istituto e non invece un avvicinarsi di disposizioni distinte, ciascuna delle quali introdotta come cesura rispetto all'esperienza passata.

Già a proposito dell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 si era affermata la necessità di valutare anche l'elemento soggettivo ai fini della pronuncia di irrilevanza del fatto, pur nell'assenza di un dato esplicito sul punto, e nel momento in cui è stato dato incarico al Governo di disegnare una condizione di procedibilità dai medesimi contenuti per il giudizio penale onorario mancavano nel nostro ordinamento disposizioni scritte che facessero riferimento diretto al grado della colpevolezza come componente del fatto penalmente esiguo.

Sulla base di queste considerazioni era all'epoca maggiormente legittimo ritenere che l'assenza di questo dettato esplicito nella legge delega fosse figlia di una semplice dimenticanza del Parlamento, come tale opportunamente "corretta" dall'Esecutivo senza peraltro incorrere in una palese violazione della delega stessa.

Detto in modo migliore: in quel momento sembrava piuttosto diffusa la convinzione che in riferimento al tema dell'irrilevanza del fatto, il concetto stesso di fatto o di offesa abbracciasse tanto il profilo oggettivo quanto quello soggettivo;<sup>257</sup> di conseguenza il richiamo alla particolare tenuità del fatto contenuto nella legge delega 468 del 1999 era sufficientemente ampio da permettere al legislatore delegato di specificarlo scindendolo nelle due

---

<sup>256</sup> R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.), pur avendo ricordato che nella legge delega 468 del 1999 erano presenti solo gli indici della particolare tenuità del fatto, dell'occasionalità della condotta e del pregiudizio arrecato dalla soggezione al processo penale, afferma che "il Governo si è attenuto fedelmente ai criteri direttivi determinati dal Parlamento: l'eventualità che vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale per eccesso di delega [sembra] pertanto del tutto remota". L'Autore prosegue poi sostenendo che la biforcazione del criterio della tenuità del fatto negli indici dell'esiguità del danno e del pericolo, da un lato, e del grado di colpevolezza, dall'altro, sia sostanzialmente una semplice opera di specificazione, senza che ciò aggiunga elementi di novità rispetto a quanto già implicitamente previsto dal legislatore delegante.

<sup>257</sup> Sempre R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.) sostiene che nella struttura della particolare tenuità del fatto operante nel giudizio penale onorario l'elemento della scarsa entità della colpevolezza rappresenti un requisito "anch'esso interno al fatto tipico". D'altronde lo stesso dato positivo andava nella medesima direzione laddove, invece di limitarsi a stabilire in quali circostanze potesse trovare applicazione la clausola di improcedibilità in questione, ha optato per dare una esplicita definizione di fatto particolarmente tenue comprensiva della dimensione oggettiva, di quella soggettiva, dell'occasionalità del reato e delle conseguenze pregiudizievoli cagionate dal processo penale.

A proposito dell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 invece C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 235) afferma che "la previsione non assegna autonomo rilievo alla componente psicologica dell'illecito, che, non potendo essere ignorata, finisce con il trovare collocazione in una nozione di fatto di reato comprensiva sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo".



dimensioni della lievità del fatto tipico e della bassa entità dell'elemento soggettivo.

Le stesse conclusioni non possono però valere con riguardo alla legge delega 67 del 2014 e al seguente decreto legislativo 28 del 2015 sia per effetto della rilevanza da attribuire all'intervento normativo del 2000, che ha per l'appunto positivizzato la distinzione tra la dimensione oggettiva e quella soggettiva del fatto esiguo, sia per la maturazione delle riflessioni scientifiche in argomento, che hanno messo in discussione l'opportunità dei precedenti risultati, senza dimenticare nemmeno il ruolo svolto dal rafforzamento delle finalità deflattive che sorreggono l'istituto in questione.

L'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, distinguendo esplicitamente tra la lievità del danno o del pericolo e l'esiguità del grado di colpevolezza, pur al fine di inserirli entrambi nella valutazione del fatto penalmente irrilevante, ha segnato in maniera netta la presa di coscienza del legislatore circa la diversa portata dei due concetti,<sup>258</sup> motivo per cui le scelte normative successive a tale intervento devono essere valutate nella consapevolezza che ormai si è consolidata l'idea che il profilo del fatto o dell'offesa in sé e per sé non includa la componente psicologica dell'illecito.

Di conseguenza ove il legislatore delegante del 2014 avesse voluto che un tale profilo fosse preso in considerazione dall'Esecutivo nella descrizione del fatto irrilevante avrebbe dovuto procedere espressamente in questo senso, perché in quel momento di evoluzione scientifica e normativa, a differenza del 1999, si andava ormai assodando la concezione dell'offesa in chiave esclusivamente oggettiva, in piena aderenza tra l'altro con quello che è il trattamento che le viene ordinariamente riservato nel più generale ambito della struttura del reato.

Pertanto nel caso in cui i motivi che di seguito riporteremo dovessero convincere nel senso dell'inclusione delle considerazioni di tipo soggettivo nel giudizio di esiguità del fatto, tutt'altro che peregrina ci pare la possibilità che l'art. 131 *bis* c.p. possa un giorno essere portato davanti al Giudice delle Leggi per eccesso di delega.

Tale esito nefasto sarebbe forse evitabile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma che la riporti all'interno dei confini propri della delega originaria, giungendo in definitiva ad un disconoscimento della rilevanza della componente psicologica dell'illecito sul giudizio di cui all'art. 131 *bis* c.p; tuttavia a causa dell'incompletezza dell'analisi finora condotta preferiamo approfondire il tema successivamente.

Per quanto riguarda la valutazione della pronuncia n. 25 del 2015 della Corte Costituzionale, bisogna innanzitutto definire i termini entro i quali il nascituro art. 131 *bis* c.p. era stato preso in considerazione dalla Consulta.

Nel caso di specie era stato richiesto alla medesima di estendere, tramite una sentenza additiva, l'ambito applicativo dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 al giudizio penale ordinario qualora venissero in gioco fattispecie concrete incapaci di determinare un serio allarme sociale.

---

<sup>258</sup> "L'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 [...] contempla separatamente il grado di colpevolezza come indice di esiguità, sganciandolo dalla nozione di fatto e creando un chiaro rapporto di priorità logica tra la verifica dell'elemento oggettivo e quella dell'elemento soggettivo del reato bagatellare". C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 238.

Il Giudice delle Leggi ha rigettato la questione di legittimità costituzionale lamentando talune carenze del giudice *a quo* nell'illustrazione della rilevanza del quesito, pur concedendosi nella parte finale della pronuncia, in *obiter dictum*, qualche riga di spiegazione del motivo per cui in ogni caso non sembrano palesarsi evidenti contrasti con il dettato costituzionale.

Il contesto temporale di tale statuizione ha innegabilmente un peso rilevante.

Collocandosi la sentenza a ridosso dell'introduzione dell'art. 131 *bis* nel codice penale, la Corte Costituzionale ben difficilmente si sarebbe permessa di addivenire ad una pronuncia additiva di tale portata, la quale di fatto si sarebbe tradotta in una sovrapposizione alla delega conferita dal Parlamento all'Esecutivo, o forse addirittura in una delegittimazione del ruolo di questi ultimi.

Inoltre senza dubbio così operando si sarebbe spalancata la via a ulteriori complesse questioni di compatibilità costituzionale volte a valutare la legittimità di un intervento normativo (l'art. 131 *bis* c.p.) innestatosi al di sopra di una analoga disciplina ricostruita dalla stessa Consulta con i propri peculiari poteri, per di più a strettissima vicinanza temporale.

Se osserviamo i motivi per cui comunque la Corte non sembra orientata a riconoscere l'illegittimità del confinamento della disciplina dell'art. 34 al rito del giudice di pace notiamo che la Consulta ritiene potenzialmente razionale un diverso *modus operandi* della medesima clausola di esiguità tra un sistema processuale ed un altro, lasciando alla discrezionalità del legislatore la decisione circa la portata di queste differenze, purché non siano tali da sfociare in manifesta illogicità e disuguaglianza.

Il Giudice delle Leggi scende addirittura nel dettaglio sottolineando come nel confronto tra le due normative in questione (l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 e la particolare tenuità del fatto nel giudizio penale ordinario così come emergeva dalla legge delega e dal progetto di decreto allora presentato) un ruolo di tutto rispetto andasse assegnato (tra gli altri) alla scelta attuale di non indicare più il grado di colpevolezza tra i requisiti del fatto penalmente irrilevante.

Il giudizio espresso dalla Corte Costituzionale va chiaramente colto nei giusti confini e limiti che competono ad una decisione di tale sorta, *in primis* per il particolare contesto temporale in cui si inserisce, ed inoltre per il fatto che a quella pronuncia è poi seguita una modifica del progetto di decreto legislativo su cui ovviamente spetta alla magistratura di merito e di legittimità esprimere le proprie valutazioni prima che eventualmente la Corte Costituzionale possa avere (di nuovo) voce in capitolo.

Tuttavia nella sentenza citata riteniamo che si possano cogliere preziosi indizi per una lettura dell'esiguità del fatto in termini esclusivamente oggettivi, la quale, pur non essendo stata indicata come l'unica strada percorribile, certamente è stata ritenuta compatibile con la Carta Costituzionale, e si tratta di un punto di partenza certamente non trascurabile.

Concentrandoci ora sul dettato specifico dell'art. 131 *bis* c.p., non possiamo che soffermarci innanzitutto sull'intitolazione della disposizione, la quale parla apertamente di *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*.

Sebbene il noto brocardo latino ci ricordi che *rubrica legis non est lex*, va evidenziato che la stessa rappresenta senza dubbio un importante "biglietto da

visita” della norma, foriero di indicazioni molto rilevanti sul contenuto della medesima.

Ci siamo già occupati della rubrica dell’art. 131 *bis* c.p., e in particolare della sua parte iniziale, quando abbiamo rintracciato nella locuzione “esclusione della punibilità” uno degli indizi più evidenti circa la natura dell’istituto in esame; adesso invece a cogliere la nostra attenzione è l’ultima parola di questo titolo, ovvero il riferimento al “fatto”.

Il richiamo al “fatto” è una costante nelle rubriche delle disposizioni italiane che hanno dato spazio a clausole di questo tipo, dal momento che è presente tanto nell’art. 27 del d.p.r. 448 del 1988, *Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, quanto nell’art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*.<sup>259</sup>

Questo dato, all’apparenza banale, in realtà non lo è per nulla, anzi va considerato piuttosto sorprendente: data la tendenziale onnicomprensività del giudizio di esiguità che caratterizza le due disposizioni invocate, la prima più che altro in un’ottica favorevole alla peculiare tipologia di imputato, la seconda direttamente per la molteplicità dei parametri prescelti dal legislatore, ci aspetteremmo di trovare un’intitolazione che richiami l’esiguità del “reato”, oppure dell’“illecito”, in ogni caso una formula ben più ampia del mero fatto.

Il concetto di “fatto” è una nozione tecnica del diritto penale, che rimanda ai contenuti della fattispecie tipica e quindi alla dimensione materiale dell’illecito e nessuno sembra ragionevolmente intenzionato a mettere in discussione questo assunto.

Il tecnicismo della categoria in questione viene in gioco ad esempio quando ci si imbatte in fattispecie di reato, o anche semplicemente circostanze, costruite tramite il rinvio al fatto di un’altra disposizione.

Gli interpreti si sono talvolta trovati in imbarazzo quando nella fattispecie richiamata fossero presenti elementi diversi da quelli oggettivi<sup>260</sup> i quali, se non trasposti nella disposizione richiamante, avrebbero determinato un’evidente illogicità di disciplina.

---

<sup>259</sup> A proposito delle rubriche relative alle precedenti norme in tema di esiguità del fatto, parte della dottrina non ha mancato di osservare come il passaggio dall’irrilevanza del fatto contenuta nel d.p.r. del 1988 alla particolare tenuità dello stesso di cui discorre il d.lgs. del 2000 manifesti la volontà del legislatore di distaccarsi da una dizione, “irrilevanza”, ritenuta eccessiva e fuorviante perché troppo vicina all’istituto dell’inoffensività in concreto, mentre l’espressione “particolare tenuità” permetterebbe di collocare la clausola in esame nella sua giusta dimensione. Per quanto ci riguarda, sembra che tale cambio di terminologia sia dovuto solo all’attenzione per la percezione che l’uomo comune può avere della disposizione e del dato normativo, mentre questo mutamento ha ben poca pregnanza sul lato tecnico dell’istituto, poiché l’interprete ha bene in mente a cosa la disposizione faccia riferimento, o almeno non basta questa precisazione lessicale a sciogliere i dubbi in argomento. Anzi, a difesa di quella lettura provocatoria proposta nel primo capitolo per cui il fatto esiguo attuale potrebbe rappresentare la scelta del legislatore di trattare in modo differente dal passato il fatto concretamente inoffensivo nella microcriminalità, possiamo rilevare che la scelta di agire in termini “evocativi” sul messaggio trasmesso dalla disposizione sembra a contrario confermare che nella sostanza il dubbio che il legislatore vorrebbe fugare in realtà sussiste eccome, ma è “politicamente poco accettabile”.

<sup>260</sup> Si pensi all’art. 646 c.p. in materia di appropriazione indebita, il quale al primo comma prevede una fattispecie a dolo specifico consistente nel procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mentre al secondo comma prevede una aggravante se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario.

Le soluzioni talvolta fantasiose adottate da dottrina e giurisprudenza<sup>261</sup> per ovviare a tale genere di problemi interpretativi e applicativi testimoniano che in fondo è salda la convinzione che il concetto di fatto rimandi ad un contenuto ben chiaro agli occhi del penalista, un contenuto cioè ancorato alla componente materiale della fattispecie.

Benché non sia qualificabile come elemento normativo a tutti gli effetti perché in definitiva la determinazione della sua portata deriva dall'opera dottrinale (e giurisprudenziale),<sup>262</sup> il "fatto" penalistico è un concetto che include tutta una serie di componenti da tempo già individuate (danno, condotta, nesso causale ...), rispetto alla quale certamente non mancano punti di discordia, si pensi ad esempio alla *querelle* sull'identificazione dell'offesa come elemento implicito o integrativo dello stesso, ma dalla quale sicuramente esulano i profili propriamente attinenti alla dimensione psicologica della vicenda criminosa.

L'indicazione contenuta in rubrica trova poi conferma nel contenuto della disposizione, in particolare al primo comma dove si stabilisce che l'istituto in questione trova applicazione quando risulta la speciale tenuità dell'offesa, oltre che la non abitudine del comportamento.

La prospettiva del fatto e quella dell'offesa in realtà non sono perfettamente sovrapponibili perché vivono in un rapporto di genere e specie: mentre la prima è aperta sia al disvalore di evento, sia a quello di azione, la seconda di per sé sarebbe limitata al primo; tuttavia il richiamo espresso della disposizione alle modalità della condotta come metro di misurazione dell'offesa vale nel caso specifico ad allontanare ogni dubbio.

Nell'analisi contenutistica della clausola di irrilevanza del fatto è importante notare che la struttura interna dell'art. 131 *bis* c.p. è modellata in senso verticale su tre livelli: al primo posto troviamo la lievità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, requisito quest'ultimo su cui ora non indugeremo; in seconda posizione vengono in rilievo il danno o pericolo e le modalità della condotta, attraverso i quali si ricostruisce l'entità dell'offesa; al terzo e ultimo posto sono collocati i parametri importati dal primo comma dell'art. 133 c.p., funzionali alla misurazione dei coefficienti situati sul gradino superiore.

Beninteso, se si preferisce l'ordine delle posizioni può essere tranquillamente letto al contrario, ciò che conta è comprendere l'importanza di questa struttura operativa a incastri seguendo la quale si va in senso discendente da concetti generali e sfuggenti a indici sempre più precisi e dettagliati.

In questo contesto si pone in problema di comprendere in quali termini si ponga il rapporto tra le posizioni di vertice e i gradini più bassi della costruzione: chiaramente ciò che sta sopra andrà letto alla luce di quanto emerge dal dato sottostante, diversamente non si sarebbe ricorso a questo genere di struttura, ma il vero interrogativo si pone nel momento in cui la formulazione degli indici

---

<sup>261</sup> Si veda ad esempio la lettura del dolo specifico come elemento afferente sia alla dimensione soggettiva, sia alla dimensione oggettiva, cui già in precedenza abbiamo fatto riferimento.

<sup>262</sup> Con ogni probabilità il riferimento al "fatto" contenuto nella rubrica dell'art. 131 *bis* c.p. può essere ascritto a quelle ipotesi in cui secondo M. Petrone (*La costruzione della fattispecie penale tramite rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, G. Giappichelli Editore, 2004, pag. 181) "il termine giuridico contrassegna un istituto il cui significato è definito da opinioni dottrinali".

collocati nelle posizioni inferiori mostri profili di incertezza, di lacuna o semplicemente dei dubbi di compatibilità col significato complessivo della disposizione o con i parametri sovraordinati.

È legittimo in questi casi che i criteri indicati nei gradini inferiori siano interpretati alla luce di ciò che li sovrasta, che è in realtà ciò che gli stessi dovrebbero servire a definire, oppure bisogna evitare questo tipo di contaminazione proprio perché non si può pretendere che il risultato finale influenzi i fattori che lo determinano, andando la relazione nel verso esattamente opposto?

Questo interrogativo ha una rilevanza centrale quando si passi ad analizzare un ulteriore punto di criticità nell'esame dei possibili indici afferenti alla dimensione soggettiva nell'art. 131 *bis* c.p., ovvero il richiamo al primo comma dell'art. 133 c.p. come parametro di valutazione della condotta e del danno o pericolo.

Infatti mentre sembra esserci continuità tra la "dichiarazione di intenti" contenuta nel titolo della disposizione (la particolare tenuità del fatto) e i primi due livelli della sua struttura operativa in questione (la lievità dell'offesa colta in relazione alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o del pericolo), lo stesso non può certo dirsi, almeno in via immediata, per quanto concerne i parametri collocati nella terza posizione.

Come noto all'art. 133 co.1 n.3 troviamo indicati l'intensità del dolo e il grado della colpa, cioè gli indicatori per eccellenza della componente psicologica del reato; sulla base di questo rilievo buona parte della dottrina e della giurisprudenza ha affermato che l'art. 131 *bis* c.p. imporrebbe al giudice di prendere in considerazione anche la componente soggettiva per la valutazione di esiguità del fatto.

Questa conclusione ha chiaramente una buona solidità di base, specie alla luce della formulazione testuale della norma, tuttavia una paziente ricostruzione del ruolo di questo richiamo all'art. 133 primo comma c.p. potrebbe renderla meno scontata di quello che sembra.

L'utilizzo degli indici espressi dalla disposizione di cui sopra è riconducibile a quella che concettualmente può essere inquadrata come tecnica del rinvio o del richiamo, cioè quello strumento che costruisce un istituto importando in modo totale o parziale elementi che compongono una diversa figura giuridica.

Questa tecnica si è andata sempre più diffondendo con l'evoluzione del diritto penale moderno, sia per motivi pregevoli (la volontà di fare diretto riferimento a istituti di una certa pregnanza e sui quali gli interpreti si fossero già ampiamente cimentati)<sup>263</sup>, sia per ragioni meno nobili (la ricerca di un alibi contro le accuse di indeterminatezza nella costruzione delle nuove fattispecie e in generale di cattivo esercizio del potere legislativo)<sup>264</sup>, tanto da aver attirato, pur

---

<sup>263</sup> In quest'ottica l'utilizzo del richiamo dovrebbe agevolare l'inserimento della nuova disposizione nel tessuto normativo proprio perché l'aggancio a concetti giuridici ben conosciuti dovrebbe ridurre quel *quid* di novità (e quindi di incertezza) introdotto dalla norma che entra in vigore.

<sup>264</sup> La tecnica del rinvio rappresenta in parte una sorta di deresponsabilizzazione del legislatore storico, inteso cioè come l'organo legislativo che introduce quella specifica norma (che molto spesso si identifica con i rappresentanti della corrente politica al Governo in quel momento, data l'ampia frequenza del ricorso ai decreti legge e ai decreti legislativi) e non come l'istituzione che permane immutata nel tempo. Ogni volta che viene introdotta una nuova disposizione il

essendo una questione formale di tecnica redazionale, le attenzioni sia degli studiosi, sia di chi si occupa concretamente della predisposizione dei progetti di legge.<sup>265</sup>

All'interno della categoria dei rinvii quello di cui all'art. 131 *bis* c.p. primo comma riveste un ruolo del tutto peculiare e, se non unico, certamente piuttosto raro.

Di solito lo strumento in questione serve a costruire nuove figure autonome di reato, oppure ipotesi circostanziate, in una prospettiva quindi di incriminazione o di aggravio del carico sanzionatorio; qui invece il richiamo serve a integrare un parametro valutativo operante all'interno di una causa di non punibilità, agendo quindi in maniera assolutamente opposta al consueto.

Il secondo profilo che distingue questo tipo di rinvio dalle ipotesi classiche è il destinatario verso cui è rivolto: quando il richiamo è inserito in una fattispecie incriminatrice (o casi equiparabili) lo stesso è utilizzato dal legislatore per comunicare figurativamente con il cittadino e indicargli quale sia la condotta vietata, nel caso di specie invece il "messaggio" è indirizzato al giudice, al fine di evidenziare la via da percorrere per la valutazione di esiguità del fatto.

Gli aspetti peculiari che abbiamo appena evidenziato in seno al richiamo previsto dal primo comma dell'art. 131 *bis* c.p. devono necessariamente indurre in tale sede ad una certa prudenza nel ricorso alle elaborazioni dottrinali in tema di rinvio, ma non sembrano tali da suggerire un radicale distacco dalle acquisizioni sviluppate dagli studiosi in argomento.

Utilizzando per l'appunto alcune di queste definizioni tradizionali il rinvio in esame è da qualificarsi come esplicito (poiché dichiara puntualmente quale segmento di normativa va integrato nella disposizione), descrittivo (poiché individua gli elementi cui ricorrere per rendere operativa la norma in questione), parziale (in questo caso vale in ambo le direzioni poiché si coglie solo una parte della disposizione richiamata, cioè il comma primo, e lo si fa al fine di delineare il primo soltanto dei criteri su cui poggia la particolare tenuità del fatto), interno (poiché la disposizione cui si riferisce appartiene all'ordinamento giuridico italiano) e intrasettoriale (anzi, più che fare riferimento al medesimo settore giuridico, sembra invitare l'interprete a spostare l'occhio in fondo alla pagina del codice, o al massimo a passare a quella successiva, data l'estrema vicinanza tra le due norme).<sup>266</sup>

L'utilità di queste classificazioni serve più che altro a inquadrare la questione nel dibattito scientifico in argomento, beneficio certamente non

---

legislatore dovrebbe farsi carico di definire con attenzione il suo contenuto e anche qualora ci siano profili di somiglianza rispetto a altri istituti, ciò non esenta dalla responsabilità di osservare con scrupolo cosa di quella situazione simile vada conservato e cosa invece vada eliminato, dal momento che se le situazioni fossero realmente le medesime verosimilmente non ci sarebbe la necessità di prevedere una nuova norma. In questa logica, il richiamo a figure giuridiche già presenti nell'ordinamento può sembrare un invito a rivolgere eventuali lamentele non a chi ha normato la nuova disposizione, ma a chi ha scritto o interpretato le norme più risalenti, preconstituendo una sorta di giustificazione a quella che in realtà è una rinuncia ai propri compiti istituzionali.

<sup>265</sup> Si veda la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, una sorta di *vademecum* per un buon esercizio dell'attività legislativa.

<sup>266</sup> Per una panoramica delle varie classificazioni sul tema della tecnica del rinvio si osservi M. Petrone, *La costruzione della fattispecie penale tramite rinvio*, Cit..

trascurabile anche se probabilmente non si è in grado di assegnare una portata prescrittiva a queste categorie dogmatiche.

Per la riflessione che stiamo conducendo due delle caratteristiche prima citate assumono un certo spessore, la dimensione esplicita del richiamo e il suo sfruttamento in chiave descrittiva.

Sotto il primo profilo la dottrina è piuttosto concorde nell'accogliere con plauso una selezione puntuale del materiale normativo da trapiantare nella nuova disposizione, poiché ciò sarebbe indice di una coscienziosa assunzione di responsabilità da parte del legislatore il quale illustra apertamente ciò che intende richiamare, privando l'interprete di quel gravoso onere che talvolta gli compete in via ausiliaria a causa della imprecisione nelle scelte positive.

Tutto ciò vale anche nel contesto dell'art. 131 *bis* c.p.? La risposta pare inaspettatamente essere negativa.

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che, malgrado l'istituto dell'esiguità del fatto rappresenti un *topos* dell'esperienza legislativa italiana ormai da decenni, considerando tanto gli esperimenti riusciti quanto quelli falliti, la descrizione dei parametri di irrilevanza attraverso il richiamo all'art. 133 c.p. rappresenta una novità, e questo dato non può certo passare inosservato.

In fondo l'eredità lasciata dalle clausole presenti nel giudizio penale minorile e onorario non manifestava particolari problematiche legate all'individuazione dei criteri oggettivi per il giudizio di esiguità, o comunque non tali da non trovare risposta nei coefficienti del danno o pericolo e della modalità della condotta previsti dall'art. 131 *bis* c.p.

Il motivo del rinvio al primo comma dell'art. 133 c.p. potrebbe rintracciarsi proprio nella questione della dimensione soggettiva all'interno del fatto penalmente esiguo.

Come confermano le parole di chi ha attivamente preso parte ai lavori di redazione della disposizione in esame,<sup>267</sup> il legislatore delegato da un lato non poteva ignorare l'assenza di un mandato esplicito del Parlamento a introdurre valutazioni di tipo psicologico nell'istituto in questione, dall'altro, anche su suggerimento delle Commissioni Giustizia, non voleva comunque rinunciare *in toto* a questa componente per la descrizione del fatto esiguo.

L'*escamotage* trovato è stato piuttosto "geniale": attraverso il richiamo al primo comma dell'art. 133 c.p., senza l'esclusione del numero tre, il legislatore ha inserito un elemento afferente al grado della colpevolezza all'interno dell'art. 131 *bis* c.p., evitando di attirare troppo l'attenzione per evitare la falce della Corte Costituzionale per eccesso di delega: tale componente emerge infatti solo dopo aver sviluppato il rinvio, non trovandosi nella disposizione alcuna espressione pianamente riferibile alla dimensione soggettiva.

Ma non è finita qui.

---

<sup>267</sup> Come scrive F. Palazzo (*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Cit., pag. 1709) "la legge delega [contiene] un'abbastanza deviazione da precedenti e dalle proposte legislative in materia: infatti tra i criteri di valutazione non compare il grado della colpevolezza" e aggiunge che sembra "difficile pensare che tale omissione sia involontaria". Dopo aver evidenziato le ragioni sostanziali e processuali che sorreggono la scelta di "una valutazione tutta oggettivistica della speciale tenuità" l'Autore arriva però ad affermare che "peraltro, niente esclude che le <<modalità della condotta>>, che è uno degli indici di valutazione della particolare tenuità dell'offesa, potrà consentire di tener conto, in un contesto complessivo, anche di considerazioni relative all'elemento soggettivo".

Un eventuale intervento additivo o manipolativo della Consulta è tanto più probabile quanto più è tecnicamente agevole l'esercizio di tale potere: laddove la pronuncia correttiva richiesta comporti una complessa e onerosa opera di "bricolage" sulla norma attenzionata è chiaro che i pericoli di un esito nefasto, addirittura peggiore della situazione originale, sono piuttosto sensibili e di conseguenza la Corte sarà incoraggiata a invocare la discrezionalità del legislatore, pur non avendo omissso talvolta di fare il contrario quando la materia si è rivelata di particolare importanza.

Nell'ipotesi di cui ci stiamo occupando, se il Giudice delle Leggi accogliesse siffatte censure relative all'eccesso di delega, non dovrebbe far altro che dichiarare illegittimo l'art. 131 *bis* c.p. nella parte in cui non impone che le modalità della condotta e l'esiguità del danno o pericolo siano valutate ai sensi dell'art. 133 primo comma, numeri uno e due.

Così facendo la Consulta potrebbe eliminare l'unico vero riferimento all'elemento soggettivo senza il timore di causare disequilibri nella norma.

Nel tentativo di difendersi da questa possibilità, gli interpreti e gli studiosi che sostengono la necessità di una tale componente nel giudizio di irrilevanza del fatto hanno spostato l'attenzione dal rinvio all'art. 133 primo comma al criterio delle modalità della condotta.

In quest'ottica tale requisito includerebbe implicitamente anche i profili psicologici della vicenda delittuosa, la cui rilevanza nel contesto di cui ci stiamo occupando potrebbe quindi astrattamente prescindere da quel dato testuale, che è in realtà quello di maggior pregnanza, rappresentato proprio dal rinvio all'art. 133 co 1 c.p.

Al contempo un'eventuale pronuncia di incompatibilità costituzionale sarebbe certamente più ardua, perché, data l'impossibilità di eliminare radicalmente il requisito delle modalità della condotta dall'art. 131 *bis* c.p., anche una sua manipolazione per i fini richiesti apparirebbe piuttosto difficoltosa.

Tuttavia non si può non evidenziare che le modalità della condotta in sé e per sé appartengono chiaramente ed esclusivamente alla dimensione oggettiva del reato, e il fatto che verosimilmente sulla base di esse inizi la valutazione circa la compente psicologica dell'illecito non legittima certo la deportazione di tale requisito in una categoria che non gli appartiene.

Ritornando al punto di partenza, si nota come nell'ipotesi in esame l'utilizzo di un rinvio esplicito, ben lungi dal configurare una piena assunzione di responsabilità da parte del legislatore delegato, in realtà pare più che altro il tentativo di superare più o meno surrettiziamente l'ostacolo dei limiti della delega, al fine di mettere nelle mani dell'interprete strumenti sufficientemente "ambigui" da permettergli anche una valutazione dell'esiguità del grado di colpevolezza, lasciando in definitiva che sia la magistratura a scegliere se rimanere fedele alla natura originaria del progetto in esame o se invece sfruttare anche le sospette potenzialità messe in questo modo a sua disposizione.

La seconda classificazione di un certo rilievo tra quelle che attengono al rinvio previsto dall'art. 131 *bis* c.p. è quella che lo delinea come rinvio descrittivo, ovvero una tecnica normativa che utilizza elementi esterni per disegnare la struttura portante della norma che va introdurre, e non un suo mero accessorio o elemento di contorno.



Si possono infatti richiamare segmenti di normativa per una pluralità di funzioni, ad esempio la previsione del *quantum* di pena, la definizione di particolari caratteristiche di un elemento del fatto (si pensi alla costruzione di un reato proprio attraverso il rinvio ad una nozione legale contenuta in altra fonte giuridica), *etc.*, ma è certamente quando si va a descrivere il cuore pulsante della disciplina attraverso un riferimento esterno che la tecnica del rinvio merita un'attenzione maggiore.

È chiaro che il richiamo di cui al primo comma dell'art. 131 *bis* c.p. non ha le sembianze del rinvio descrittivo cui siamo abituati: di norma infatti si attua la ricostruzione del fatto tipico attraverso il riferimento alla norma esterna cui si aggiungono uno o più elementi in chiave specializzante per dare vita alla nuova fattispecie;<sup>268</sup> qui invece il rinvio è limitato ai criteri di valutazione delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o pericolo.

Se però si ricorda quanto poc'anzi detto a proposito del gioco a incastri costruito dalla clausola di irrilevanza del fatto, non può certo sfuggire che il peso reale del richiamo al primo comma dell'art. 133 c.p. è assolutamente determinante ai fini della costruzione dell'istituto in esame.

Se è vero che questi indici sono la misura scelta dal legislatore per la valutazione di esiguità della dimensione oggettiva del fatto, la quale a sua volta compone il requisito della tenuità dell'offesa, e se altrettanto vero è, come pare, che tale criterio è il perno centrale della disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., rilevando gli altri solo in chiave integrativa, ecco che emerge l'importanza che riveste il rinvio all'art. 133 primo comma c.p. nell'economia di questo istituto, sì da poter ragionevolmente sostenere che il medesimo abbia la funzione di descrivere una parte determinante del meccanismo di funzionamento dell'irrilevanza penale del fatto.

Il rinvio descrittivo generalmente non gode di buona luce agli occhi dello studioso, per una molteplicità di motivi, tra cui non va dimenticata la possibilità che le modifiche che interessano la fattispecie richiamata possano automaticamente riflettersi anche su quella richiamante, così da creare un vincolo di perenne dipendenza della seconda alla prima, malvisto soprattutto a causa del lavoro spesso non particolarmente preciso del legislatore.<sup>269</sup>

In realtà il problema vero sembra essere un po' più nascosto.

In teoria la criticità appena indicata sarebbe agevolmente risolvibile bastando al legislatore che riformi la norma richiamata scegliere se permettere che anche la richiamante subisca la stessa sorte, oppure agire positivamente per impedire che ciò accada.

Cosa succede invece se la modifica della prima disposizione avviene per via velata, cioè tramite un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale che influisca sulle componenti che vengono introdotte anche nella norma

---

<sup>268</sup> Secondo M. Petrone (*La costruzione della fattispecie penale tramite rinvio*, Cit. pag. 174) il caso del rinvio descrittivo "è certamente quello in cui più evidente è la funzione del rinvio di concorrere a costruire la fattispecie prevista dalla norma incriminatrice ed è anche [...] il più frequente".

<sup>269</sup> Sempre riprendendo gli insegnamenti di M. Petrone (*La costruzione della fattispecie penale tramite rinvio*, Cit. pagg. 191-192) bisogna precisare che ciò accade solo rispetto al c.d. rinvio non recettizio, mentre nell'ipotesi del c.d. rinvio recettizio "la disposizione richiamata è recepita all'interno della richiamante per quello che è [...] senza che le sue vicende successive si riflettano sulla prima".

successiva? Bisogna ritenere che tale *revirement* giurisprudenziale si rifletta anche sulla norma richiamante ovvero bisogna sostenere che, mancando qui una implicita o esplicita opera del legislatore, il riferimento alla disciplina richiamata fosse limitato all'aspetto che la stessa aveva nel momento di introduzione della seconda norma?

Le posizioni possono essere ovviamente differenti e possono tendere a dare soluzioni caso per caso alla luce dei contesti concreti, ma ci pare che in via ordinaria andrebbe in questo contesto privilegiato il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, specialmente laddove le due disposizioni appartengano al medesimo ramo del diritto.

Un ulteriore profilo rende differente il rinvio nel contesto della particolare tenuità del fatto rispetto alle ipotesi in cui lo stesso è utilizzato per la realizzazione di fattispecie di reato autonome, figure circostanziali o istituti simili.

In queste ultime ipotesi in genere la componente normativa importata svolge la medesima funzione sia nella fattispecie richiamata, sia in quella richiamante, cioè l'indicazione di un elemento cui l'ordinamento positivo, unitamente al ricorrere di altri fattori, riconnette la previsione di una sanzione penale, con la differenza che nella figura richiamante troveremo elementi di specialità capaci di dare un nuovo volto in termini di fattispecie autonoma o circostanziata a quel segmento contenutistico comune.

Lo stesso discorso relativo all'identità di funzione del materiale normativo richiamato vale anche quando il rinvio è operato in termini più generali, ad esempio estendendo l'intera disciplina penale che vale per una particolare tipologia di soggetti anche a figure diverse, espressamente indicate, che abbiano con i primi tratti di somiglianza.

Il richiamo contenuto nell'art. 131 *bis* c.p. invece mette in comunicazione norme con una funzione diversa: mentre l'art. 133 c.p. determina i criteri di commisurazione della pena che il giudice deve utilizzare in presenza di una fattispecie concreta rispetto alla quale si è già accertato il dovere di imporre la sanzione stessa, l'art. 131 *bis* c.p. ha invece il compito di guidare il giudice nella decisione sull'*an* della sottoposizione del soggetto alla pena, pur essendo anche qui previamente necessaria la preliminare verifica della sussistenza degli elementi del reato.<sup>270</sup>

La profonda diversità tra i due tipi di giudizio impone di ritenere che sia fondamentale un'attenta opera dell'interprete nella descrizione di come il richiamo in questione debba concretamente essere letto, per evitare che la

---

<sup>270</sup> Come sottolinea in chiave critica R. Rampioni (*La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, Cassazione Penale, 2016, 2, pag. 467) "il nuovo istituto non fissa i parametri sulla scorta dei quali apprezzare la esiguità della portata lesiva del fatto, non potendo assolvere a tale scopo il primo comma dell'art. 1331 c.p. che sancisce (sì) i parametri della gravità del reato commesso (ma) al fine della commisurazione della pena". L'Autore prosegue poi affermando che "in mancanza del parametro sulla scorta del quale effettuare l'apprezzamento di misura, ci si viene ad affidare a criteri di stima liberamente valutati dal giudice".

Sembra invece applaudire alla scelta di richiamare i parametri dell'art. 133 c.p. C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 52) secondo il quale "l'art. 133 c.p. rappresenta un generale paradigma per l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto al giudice quale che sia l'ambito in cui lo stesso è chiamato ad esercitarsi"

forzatura dei concetti che vengono in rilievo possa condurre a quella crisi di rigetto che in fondo è il grande rischio che ogni forma di “trapianto” porta con sé.

A nostro avviso è opportuno ritenere che il rinvio in questione vada applicato nei limiti di compatibilità con l’istituto nel quale è destinato a operare.

Non è certo fuori luogo la previsione di un richiamo di normativa esterna con il vincolo della coerenza con il contesto di inserimento, ed anzi il legislatore non ha mancato di farvi ricorso specie quando il rinvio è stato indirizzato non a una specifica disposizione, ma ad un’intera fonte normativa o ad un settore di essa.<sup>271</sup>

Al di là delle specifiche previsioni di legge, si può ritenere che questo requisito sia una regola implicita che governa ogni ipotesi di rinvio, anche dove non espressamente codificata, a maggior ragione quando il richiamo in questione agisca su figure giuridiche che svolgono funzioni differenti, una specie di richiamo che potremmo azzardarci a definire “eterogeneo”.

A chi contesti che in tale ipotesi si consoliderebbe un eccessivo potere degli interpreti (leggasi: della magistratura) nella determinazione del contenuto del rinvio, si può agevolmente replicare che a ben vedere ad ogni ipotesi di rinvio sottende una certa “pigrizia” del legislatore, il quale, invece di impegnarsi in una scrupolosa descrizione della norma, preferisce semplificare la propria mansione rifacendosi a ciò che già è presente nell’ordinamento.<sup>272</sup>

In tale logica è piuttosto naturale che a fronte di lacune e manchevolezze dell’organo legiferante non possa che supplire il formante giurisprudenziale, il quale sarà chiamato a osservare le due discipline che vengono in rilievo, individuarne i relativi profili di specificità e differenza, e infine escludere dal rinvio quelle disposizioni (o frazioni di esse) che traducano in essere proprio le peculiarità di una disciplina rispetto all’altra.

Questa riflessione a nostro avviso merita di essere riportata anche nell’analisi specifica dell’art. 131 *bis* c.p. e della relativa forma di rinvio.

L’applicazione del limite della compatibilità rispetto all’istituto richiamante imporrebbe in tale ipotesi l’esclusione dei parametri psicologici dal richiamo al primo comma dell’art. 133 c.p. in quanto incoerente con la sua peculiare dimensione, tanto da punto di vista delle esigenze deflative, quanto da quello prettamente sostanzialistico, dal momento che in tal senso il connubio tra l’esiguità del fatto e la graduazione di tutte le sue componenti può essere tutt’al più una scelta eventuale del legislatore, ma non certo una necessità, posto che l’unico elemento veramente indispensabile per l’istituto in questione è

---

<sup>271</sup> A titolo meramente esemplificativo, uscendo per un istante dai confini del diritto penale, si riporta l’art. 39 co. 1 del D.lgs. 104 del 2010 (Codice del processo amministrativo), il quale stabilisce che “*per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali.*”

<sup>272</sup> M. Petrone (*La costruzione della fattispecie penale tramite rinvio*, Cit. pag. 214), terminando le sue riflessioni sul tema, conclude nel senso della “inopportunità [...] per il legislatore di ricorrere alla tecnica del rinvio, privilegiando invece [...] quella – del resto già usata di recente in vari casi – delle definizioni legali”. Prosegue poi l’Autore affermando che “la linea-guida per il legislatore che emerge in tema di rinvio, è quella di ricorrere il meno possibile [...] a tali richiami, anche al costo di rendere la normazione penale talora ovvia e ripetitiva”.

rappresentato da un livello di offensività oggettiva collocato al minimo possibile.<sup>273</sup>

In realtà non è nemmeno il caso di scomodare il confronto con la *ratio* sottostante all'istituto, parametro spesso evanescente e poco probante se non sorretto da precise traduzioni nella norma scritta, poiché già gli indici interni all'art. 131 *bis* c.p. sono sufficienti a condurre un giudizio di (in)compatibilità nel senso appena illustrato.

Qualche pagina addietro, dopo aver osservato la peculiare struttura a gradini con cui è descritta la tenuità dell'offesa, abbia lasciato inevaso l'interrogativo circa la possibilità che i parametri collocati a vertici possano orientare e influenzare l'interpretazione di quelli situati ai livelli inferiori.

Ebbene giunti a questo punto della riflessione riteniamo che a tale domanda si possa rispondere in senso positivo: nonostante il fatto che, per come è costruita la scala della dimensione oggettiva all'interno della particolare tenuità del fatto, siano gli ultimi elementi deputati a individuare il contenuto dei primi e non il contrario, la necessità di selezionare i confini di compatibilità del richiamo all'art. 133 co.1 c.p. impone che siano gli stessi requisiti della tenuità dell'offesa, nonché dell'esiguità del danno o pericolo e delle modalità della condotta a delimitare l'ampiezza del rinvio.

Ecco quindi che, alla luce di quanto esposto, riteniamo che l'affermazione secondo cui andrebbe necessariamente ricompresa anche la componente psicologica nel giudizio di cui all'art. 131 *bis* c.p. per la chiarezza del dato testuale derivante dal rinvio all'intero primo comma dell'art. 133 c.p. non sia fondata, o quantomeno che tale argomento, in assenza di ulteriori indizi più efficaci, non sia così solido come spesso viene descritto.

Parte dei sostenitori della tesi avversa, nella consapevolezza di non poter trascurare tali rilievi, ha cercato di trovare un punto di compromesso affermando che la rilevanza degli elementi soggettivi non sarebbe da considerarsi *sic et simpliciter*, ma andrebbe ritagliata specificamente sugli indici rispetto ai quali sarebbe destinata a operare.<sup>274</sup>

Ora, posto che nulla può avere a che fare in questo caso l'intensità della colpevolezza con l'esiguità del danno o del pericolo, il requisito cui andrebbe riferita la componente soggettiva del reato dovrebbe necessariamente essere quello delle modalità della condotta: in definitiva, come già in precedenza accennato, si vorrebbe sfruttare l'ampiezza della prospettiva aperta da quest'ultimo criterio per gettare lo sguardo anche sui tratti psicologici dell'episodio criminoso.

Malgrado tale lettura sia certamente preferibile alla precedente, ci sentiamo di ribadire l'impressione che anche questo orientamento sia in fondo fallace.

---

<sup>273</sup> Di tutt'altro avviso è invece C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 243) secondo la quale "dal momento che la dimensione soggettiva è componente essenziale del grado di riprovevolezza che connota la violazione della legge penale, essa non può mancare in una valutazione globale del fatto di reato dal punto di vista della meritevolezza di pena".

<sup>274</sup> Sembra andare in questa direzione A. Gullo (*La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrococo, G. Giappichelli Editore, 2015, pag. 24) quando afferma di potersi "continuare ad apprezzare il profilo soggettivo nella sola misura in cui si rifletta sulla condotta posta in esse".

Per evitare di essere ripetitivi si rimanda alle argomentazioni spese in precedenza circa l'inopportunità di utilizzare l'indice delle modalità della condotta ai fini di introdurre o regolare valutazioni di stampo soggettivo all'interno dell'art. 131 *bis* c.p., sia per l'estraneità del criterio in questione dall'ambito psicologico strettamente inteso, sia per l'inesattezza della presunzione per cui in ogni caso a una certa intensità del grado di colpevolezza debba corrispondere uno speculare disvalore di azione e viceversa.

La scelta di includere anche l'intensità dell'elemento soggettivo nel contenuto del richiamo previsto al primo comma dell'art. 131 *bis* c.p. comporterebbe un'ulteriore notevole difficoltà di coordinamento della disciplina.

Autorevole dottrina ha da tempo sottolineato che il riconoscimento costituzionale di una responsabilità penale "colpevole" comporta la necessità che anche l'assetto dei criteri di commisurazione della pena venga letto in tal senso.<sup>275</sup>

A prescindere dall'assenza di una griglia gerarchica all'interno dell'art. 133 c.p., è doveroso ritenere che il giudice individui il *quantum* della sanzione guardando in via prioritaria al livello di partecipazione psicologica del reo al delitto compiuto: la stessa prospettiva rieducativa della pena, cui sempre più spesso si vorrebbero ricondurre le scelte di politica criminale, obbliga a focalizzare l'attenzione principalmente sulla *voluntas criminis* del soggetto agente o al suo livello di indifferenza rispetto alla regola cautelare violata, privilegiando di conseguenza gli esiti cui conduce l'indice numero tre della disposizione richiamata.

Come già detto, trattandosi qui di un rinvio ad una disposizione facente parte dello stesso ramo giuridico, anzi addirittura della stessa fonte normativa e dello stesso Capo, sarebbe a dir poco illogico che il giudice tenuto ad applicare l'art. 131 *bis* c.p. possa interpretare i parametri richiamati secondo logiche e modalità difformi da quelle che sovengono quando si tratti di quantificare la pena, essendo invece molto più coerente ritenere che il rinvio si estenda anche all'interpretazione che ordinariamente viene data agli indici richiamati, a maggior ragione quando l'organo giudiziario a cui è affidato il compito di applicare le due norme sia il medesimo.

Ciò detto se già pare scorretto dare importanza *tout court* agli elementi psicologici nella valutazione di irrilevanza del fatto, a maggior ragione va rifiutata l'idea che gli stessi possano rivestire un ruolo centrale nel relativo giudizio.

Concludendo questa parte dedicata agli indici testuali dell'art. 131 *bis* c.p. che hanno a che vedere in maniera più o meno diretta con il profilo psicologico del reato non rimane in realtà che fare un passo indietro spendendo qualche parola ancora sul rilievo da attribuire alle cause ostative al riconoscimento della particolare tenuità del fatto.

---

<sup>275</sup> Ci sembra più che doveroso in proposito lasciare la parola a G. Fiandaca e E. Musco (*Diritto penale, Parte generale*, Cit., pag. 765). "Una volta che si muova dal presupposto dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine culpa*, coerenza impone di ritenere che il requisito della colpevolezza debba svolgere una funzione preminente anche nello stadio della commisurazione della pena". I medesimi Autori affermano poi che "nell'ambito del primo comma dell'art. 133, è dunque alla colpevolezza che spetta il ruolo di criterio-guida per la determinazione della misura massima della pena".

Abbiamo in precedenza evidenziato che molte delle ipotesi descritte al secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p. afferiscono a caratteristiche soggettive della vicenda delittuosa, o comunque focalizzate più sulla persona del reo e sul suo atteggiamento nella commissione del reato che sul fatto illecito in sé.

Parte degli interpreti ha sostenuto che proprio queste figure preclusive sarebbero una conferma della rilevanza dell'elemento soggettivo all'interno dell'istituto in esame: affermare l'impossibilità di riconoscere un'offesa tenue in presenza di ipotesi ostative con forti componenti soggettive implicherebbe la necessità di accettare l'idea che la nozione stessa di offesa si componga anche di questa dimensione del reato.

A nostro parere questa interpretazione non coglie nel segno, anzi la presenza di queste ipotesi ostative sarebbe semmai un indice a vantaggio della tesi contraria.

Per quale motivo infatti, se davvero la componente soggettiva incidesse sulla valutazione di tenuità dell'offesa, il legislatore avrebbe sentito il dovere di vincolare tale giudizio in presenza di motivi futili o abietti, o ancora laddove il suo comportamento si fosse rivelato crudele, etc.?

È evidente infatti che nelle ipotesi considerate dal secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p. si è di fronte, di norma, a situazioni in cui per definizione il grado di colpevolezza è situato ai suoi massimi livelli; di conseguenza in presenza di una nozione di offesa allargata anche alla dimensione soggettiva del reato sarebbe del tutto consequenziale che il giudice escluda in queste circostanze l'operatività della particolare tenuità del fatto, non ravvisandosi alcuna necessità di un intervento espresso del legislatore in tale direzione.

La funzione di queste cause ostative sarebbe in realtà esattamente l'opposta.

Premesso che il giudizio di irrilevanza del fatto andrebbe opportunamente confinato agli aspetti oggettivi dell'episodio criminoso, il legislatore ha deciso, con una scelta certamente discutibile, di accogliere talune istanze general preventive tradottesi in una particolare attenzione alla componente soggettiva, confluita tecnicamente in figure impeditive esterne alla nozione del fatto esiguo, ma comunque capaci da impedirne l'applicazione.

È proprio perché nel fatto particolarmente tenue non vi è spazio per la prospettiva soggettiva del reato che il decreto legislativo in questione ha dovuto prevedere ipotesi preclusive espresse di natura psicologica: detto in altri termini, l'unico luogo in cui l'elemento soggettivo ha potuto trovare spazio è stato all'interno di cause ostative di portata eccezionale, di per sé estranee alla definizione dell'istituto che vanno a limitare, e quindi al suo funzionamento "ordinario".

Completato così il quadro delle indicazioni principali sulla problematica dell'elemento soggettivo all'interno dell'art. 131 *bis* c.p. ed espressa la nostra opinione a sostegno di una lettura che ne escluda l'operatività, o che quantomeno la limiti al minimo possibile, è tuttavia onesto avvisare il lettore che la prassi giurisprudenziale sviluppatasi in questi primi anni di vita dell'istituto sembra

andare nel senso opposto, seguita da una buona schiera di studiosi dello stesso avviso.<sup>276</sup>

Irresistibile sembra essere per i giudici la tentazione di trattare la clausola in esame alla luce di una valutazione onnicomprensiva, capace di abbracciare tutti i profili di interesse emergenti dal singolo episodio delittuoso, primo fra tutti quello soggettivo, ritagliando sì decisioni puntualmente calate sul caso concreto, ma forse poco inseribili in schemi generali (e quindi controllabili).<sup>277</sup>

Non è azzardato probabilmente sintetizzare la spiegazione di come viene applicato l'art. 131 *bis* c.p. ribaltando i termini della questione: al di là di una nozione generica di fatto scarsamente offensivo, ciò che rileverebbe a descrivere la clausola in questione non sarebbero tanti i requisiti positivi che devono sussistere, ma piuttosto quelli negativi che devono mancare (non abitudine, cause ostative, limite edittale).

Una volta verificata l'assenza di tali ostacoli al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, il riscontro o meno della causa di non punibilità in analisi sarebbe affidata a un giudizio che si avvicina molto ad essere "equitativo" cioè pensato come un'amministrazione della giustizia per il caso concreto, piuttosto disinteressata tuttavia alle esigenze di uguaglianza e prevedibilità della stessa.

Va da sé che una tale lettura dell'art. 131 *bis* c.p. sia certamente da ripudiare perché impedirebbe una qualsiasi pretesa di omogeneità e uniformità nell'applicazione delle sanzioni penali in relazione al mondo della microcriminalità, ma forse è eccessiva l'accusa di "atecnicismo" nella valutazione

---

<sup>276</sup> Ce ne dà conferma anche A. Corbo (*La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cassazione penale, 2016, 6, pag. 37) il quale in particolare rileva che "in relazione all'indice-requisito della modalità della condotta, alcune decisioni hanno [...] valorizzato il profilo della colpevolezza come elemento dirimente o comunque altamente significativo".

G. Amato (*Decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, 2015, pag. 5, disponibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)) accoglie favorevolmente tale prospettiva sottolineando il fatto che, dopo una prima fase in cui la componente soggettiva era stata sottovalutata dal legislatore delegante e da quello delegato, "molto opportunamente [...] si è provveduto ad esplicitare al comma 1 dell'articolo 131 bis del Cp, che le modalità della condotta e l'esiguità del danno devono essere valutate ai sensi dell'articolo 133, comma 1 del Cp, con la conseguenza che, per la valutazione della gravità del reato, si deve tenere conto anche dell'elemento soggettivo della condotta".

Sembra invece andare controcorrente, seguendo l'impostazione anche da noi accolta, Cass. pen. Sez. V, Sent., 2016, n. 45533, nella quale, valutandosi l'erroneità della mancata applicazione dell'art. 131 bis c.p. per il solo rilievo che nell'episodio in questione non fossero applicabili le circostanze attenuanti generiche afferma che "i parametri di valutazione previsti dall'art. 131 bis c.p., comma 1 hanno prevalentemente natura e struttura oggettiva (pena edittale, modalità della condotta, esiguità del danno e particolare tenuità della condotta), mentre le circostanze da valutarsi per la concessione delle attenuanti atipiche hanno natura diversa ed in prevalenza collegate a profili soggettivi del reo, beneficiario delle dette attenuanti".

<sup>277</sup> Diversa pare la giustificazione adottata da G. De Francesco (*L'esiguità dell'illecito penale*, Cit., pagg. 889 e ss) secondo il quale l'inesattezza di una limitazione degli istituti di esiguità del fatto alla dimensione oggettiva del reato deriverebbe in via immediata, più che dalla necessità di una valutazione di graduabilità complessiva della fattispecie, dalla constatazione che "la scelta di privilegiare essenzialmente i profili concernenti la dimensione obiettiva dell'illecito rischi[a] di condurre ad una discutibile sovrapposizione e sostanziale «coincidenza», per così dire, dell'istituto in esame con il fenomeno fondato sulla constatata radicale «inoffensività» del fatto concretamente realizzato".

di particolare tenuità cui sarebbe tenuto il giudice per il solo fatto di includervi anche la componente psicologica.

La scienza penalistica, già nella vigenza delle precedenti ipotesi di irrilevanza penale del fatto, ove la necessità di un giudizio esteso anche ai profili soggettivi della vicenda era meno discussa, aveva svolto delle osservazioni sul *modus operandi* di questo peculiare criterio nello specifico contesto delle clausole di esiguità del fatto, giungendo a risultati con cui è bene che si confronti anche la giurisprudenza attuale se si vuole mantenere un carattere di prescrizione "positiva" ai criteri previsti dall'art. 131 *bis* c.p.

A proposito dell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, dove nella descrizione dei requisiti strutturali del fatto irrilevante è espressamente prevista una relazione degli stessi con il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, si è sviluppato un orientamento volto a sottolineare il rapporto inversamente proporzionale che deve sussistere tra il livello della colpevolezza e la rilevanza dell'interesse giuridico protetto: "quanto più elevato quest'ultimo nella scala ideale tra i beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici, tanto più basso il livello di adesione della volontà alla condotta pregiudizievole posta in essere, che l'ordinamento può tollerare".<sup>278</sup>

La scomparsa del riferimento diretto al bene giuridico come valore di confronto per la ponderazione degli elementi costitutivi della tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p., ora sicuramente meno appariscente perché inserito all'interno del meccanismo del richiamo, non sembra in realtà poter cambiare più di tanto qui i termini della riflessione, sempre ovviamente che si riconosca l'operatività della componente psicologica in questa sede.

Tuttavia sarà opportuno evitare automatismi o meccanismi puramente presuntivi nella ricostruzione della relazione tra il coefficiente soggettivo e l'interesse giuridico tutelato, anche perché a differenza della competenza penale del giudice onorario, dove è più forte l'omogeneità tra le tipologie di reati su cui è possibile intervenire (quantomeno in termini di disvalore), l'ambito operativo dell'art. 131 *bis* c.p. è così potenzialmente vasto da includere fattispecie profondamente diverse tra loro.

Mentre i reati di cui si occupa il giudice di pace hanno in genere una connotazione tale per cui la portata del disvalore è confinata alla relazione dialogica tra vittima e reato, motivo a ragione del quale difficilmente si può ascrivere alla condotta un vero e proprio allarme sociale e quindi la persona offesa gioca un ruolo fondamentale in tutte le dinamiche del relativo funzionamento, lo stesso non si può dire per ciò che riguarda la clausola generale di irrilevanza penale del fatto cui il legislatore ha fatto carico in diversi modi di preoccuparsi anche delle istanze più autenticamente generalpreventive.

Potendosi ritenere ormai superata la *querelle* tra colpevolezza in senso psicologico e colpevolezza in senso normativo a favore della seconda, ci sembra legittima un'accezione ampia della componente soggettiva, capace di abbracciare "sia l'elemento soggettivo (dolo e colpa), sia la colpevolezza intesa in senso normativo e comprensiva degli istituti della imputabilità, della *ignorantia legis* e delle scusanti".<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 244.

<sup>279</sup> R. Bartoli, *La competenza del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.



Se si sostiene infatti l'opportunità di includere la dimensione psicologica all'interno della valutazione di esiguità del fatto sarà allora corretto che questa possa essere utilizzata in tutte le sue potenzialità, evitando restrizioni al solo fine di trovare una soluzione di compromesso rispetto alle criticità già osservate in tema.

Come noto rispetto al dolo l'esame del giudice è volto a ricostruire il grado di adesione psicologica al reato, distinguendosi un momento rappresentativo e un momento volitivo, con la necessità di dare un rilievo dominante a questa seconda dimensione.

Soccorrono chiaramente le varie classificazioni elaborate dalla dottrina sulla scorta delle indicazioni positive in materia, e quindi le distinzioni tra dolo eventuale, dolo diretto e dolo intenzionale, nonché quelle figure meno "tecniche" ma certamente altrettanto significative nell'ottica di una diversificazione di approccio all'elemento soggettivo, come il dolo d'impeto o il dolo derivante da un "retaggio culturale".<sup>280</sup>

Il dato temporale assume una certa importanza in questa analisi, poiché si tenderà ad escludere il ricorso all'art. 131 *bis* c.p. laddove il piano criminoso sia stato oggetto di lunga meditazione e meticolosa predisposizione, rappresentando quindi il frutto di una lucida intenzione a delinquere piuttosto che di una estemporanea pulsione incontrollata.

Il profilo della colpa è invece deputato a misurare il biasimo da muovere all'indifferenza manifestata dal soggetto agente rispetto alla regola cautelare infranta: tutta la tematica della colpa ruota infatti attorno alla norma precauzionale che il reo ha disatteso o ignorato, per cui la gravità della stessa dipenderà in buona parte dal livello di prossimità o lontananza della regola rispetto al soggetto agente.

Quanto più è tecnica e "artificiale" la norma, tanto più alto dovrebbe essere il livello di tolleranza del giudice, e l'opposto potrebbe valere per ciò che concerne le capacità e le abilità del reo,<sup>281</sup> anche se non manca chi ritiene irragionevole inasprire la richiesta di attenzione dell'ordinamento a seconda delle caratteristiche della persona coinvolta, ove queste non si traducano in una qualifica specifica e l'illecito non sia costruito in termini di reato proprio.

Terminando questa parte dedicata alla rilevanza della componente soggettiva nelle valutazioni richieste dall'art. 131 *bis* c.p., ribadita la preferenza per letture che ne escludono *tout court* l'impatto, o quantomeno che le relegano a mero criterio integrativo, ciò che pare in ogni caso necessario è evitare che gli aspetti psicologici della vicenda criminale assumano un ruolo centrale e decisivo nel giudizio di particolare tenuità del fatto.

---

<sup>280</sup> Si fa qui riferimento alla categoria del reato culturalmente orientato, cioè quelle fattispecie criminose in cui la dimensione etnica, sociale, religiosa, etc. giocano un ruolo decisivo nella maturazione della *voluntas* criminis del reo, rispetto alle quali non vi è certamente omogeneità di vedute, ed anzi si discute persino se tale circostanza debba portare ad un inasprimento della risposta ordinamentale (in chiave generalpreventiva) o ad una mitigazione della stessa (in chiave special preventiva).

<sup>281</sup> "[Il giudice] deve soffermarsi ad analizzare il *quantum* di esigibilità della condotta conforme al dovere, tenuto conto delle circostanze contingenti, della capacità fisica e psichica del reo, del suo ruolo sociale e dell'attività svolta". C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 56.

Tutte le riflessioni che discendono dal riconoscimento di una responsabilità personale colpevole come pilastro del nostro ordinamento penale, da cui è derivata quella particolare lettura costituzionalmente orientata dei criteri dell'art. 133 c.p. tale per cui sarebbe da assegnarsi la priorità all'intensità del dolo e al grado della colpa, qui non possono avere lo stesso spazio.

L'art. 131 *bis* c.p. non può essere valutato in modo isolato, ma va inserito nel contesto complessivo delle risposte sanzionatorie previste dal nostro ordinamento, comprese quelle extrapenali rispetto alle quali si avverte nei giorni attuali un interesse crescente anche del legislatore e la volontà di ridurre la percezione di una netta cesura rispetto alla sanzione penale.

In tale logica la clausola di irrilevanza del fatto rappresenta solo un primo *step* posto dal legislatore, tra l'altro per i reati meno gravi, e non ha quindi la funzione di fornire una valutazione completa della pregnanza dell'illecito agli occhi del sistema penale.

Per questo motivo enfatizzare l'assimilazione dei requisiti strutturali dell'art. 131 *bis* c.p. con quelli di cui all'art. 133 c.p. rischia di risultare un errore metodologico, frutto di una miopia di approccio, o meglio di una eccessiva ristrettezza di analisi.

Disconoscere la rilevanza dell'elemento soggettivo in questa sede, ovvero limitarla ad un ruolo marginale, non significa precludere *tout court* una valutazione del grado di colpevolezza manifestato, ma anzi significa lasciare che questo trovi in suo giusto spazio nella sede opportuna, cioè nella successiva fase di commisurazione della pena.

Qualora la clausola di irrilevanza non risulti applicabile infatti, il giudice sarà tenuto a quantificare la sanzione da irrogare e qui ovviamente l'elemento soggettivo tornerà ad avere importanza, rivestendo persino una posizione dominante come giustamente previsto dall'interpretazione maggioritaria dell'art. 133 c.p.

Con l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. il legislatore ha semplicemente ritenuto opportuno (o doveroso, a seconda della tesi che si preferisce) rinunciare alla pena in presenza di fatti incapaci di scuotere la sensibilità dei consociati e la loro percezione di sicurezza, per cui in questo primo momento va accettata quella parziale incompletezza di valutazione (manifesto in realtà di una coerente selezione dei fattori ivi decisivi) che invece non può tollerarsi laddove il giudizio del magistrato cali sul disvalore complessivo del reato.

Non va peraltro dimenticato quel monito proveniente da una parte della dottrina la quale evidenzia che un'eccessiva considerazione delle forme attenuate della colpevolezza nelle valutazioni di cui all'art. 131 *bis* c.p. comporterebbe in via indiretta l'eliminazione delle stesse dal sistema penale, nel senso che esse non si troverebbero più a regolare il livello della componente psicologica e di conseguenza della pena da irrogarsi, cioè il motivo per il quale sono state ricostruite da dottrina e giurisprudenza, ma risulterebbero idonee ad allontanare radicalmente il fatto dalla penal rilevanza.<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> Riprendendo le parole di R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.) "non si può [...] fare a meno di notare che, se la particolare tenuità della colpevolezza si identifica con alcune sue forme attenuate (per es. dolo eventuale, colpa cosciente, errore evitabile sul precetto) si pone il rischio di espungere queste forme di colpevolezza dall'ordinamento".

***c) Dentro al comportamento “non abituale”. L’irresistibile tentazione di includere il curriculum criminale del reo nella valutazione di esiguità del fatto e l’esplicito distacco dal parametro tradizionale dell’occasionalità.***

*1. La scelta di inserire la dimensione personologica nel giudizio di irrilevanza del reato: legittimi dubbi di ragionevolezza e considerazioni sul peso da attribuire all’indice in questione.*

Il d.lgs. 28 del 2015 ha proseguito nella scelta consolidata ormai del legislatore italiano di inserire profili che attengono alla persona del reo e al suo passato criminale tra i parametri che guidano il giudice nell’applicazione del fatto particolarmente tenue.

Anche a voler limitare lo spettro di indagine al grado di prossimità al crimine che emerge dal singolo episodio, come taluno cerca di leggere il requisito in questione prescindendo quindi dai precedenti penali strettamente intesi, non si riesce a evitare l’osservazione per cui in ogni caso l’analisi del giudice si sposta dal reato come vicenda storica concretamente manifestatasi all’inclinazione personale alla delinquenza del soggetto agente.

La scelta in questione ha accompagnato con costanza i progetti normativi nostrani in tema di esiguità del fatto, non appena la stessa ha cominciato ad essere trattata in maniera disgiunta dalla questione più ampia della codificazione del principio di offensività.

Proprio questo smarcamento dalla “purezza” del principio citato ha permesso al legislatore italiano di inserire all’interno dei tentativi di normazione dell’irrilevanza del fatto anche componenti che di per sé vi sarebbero estranee, raggiungendo quindi il risultato di ibridare l’istituto progettato o introdotto.

Tra questi requisiti “esterni”, oltre alle questioni già affrontate in relazione all’elemento soggettivo che tuttavia, secondo una lettura, potrebbe comunque essere ricondotto all’interno della nozione estesa di “fatto”, vi rientra sicuramente la ponderazione dell’abitudine al crimine del soggetto responsabile dell’illecito.

Questa fase di valutazione determina una netta inversione di tendenza, rispetto agli schemi ordinari su cui le clausole di esiguità generalmente dovrebbero muoversi: dopo aver osservato in concreto le specifiche caratteristiche dell’illecito compiuto, con una valutazione a vocazione fortemente individualizzata e contingente, il giudice è chiamato inaspettatamente ad aprire l’orizzonte della sua analisi anche alla posizione del reo rispetto alla giustizia, per valutare se l’episodio commesso rappresenti uno spiacevole incidente di

percorso, ovvero se al contrario sia la conferma di una scelta di vita caratterizzata da un rifiuto dei valori tutelati dall'ordinamento penale.

La *ratio* di questa decisione è da ricondurre ancora una volta all'ingresso prepotente nell'istituto in esame di istanze preventive di entrambi i segni.

In un'ottica special preventiva l'esclusione della sanzione per chi si sia imbattuto eccezionalmente nella delinquenza serve ad evitare il fattore criminogeno del carcere nell'ambito della microcriminalità, e svolge inoltre un'importante funzione di riappacificazione nei confronti del reo, al quale viene risparmiata la gogna della sanzione penale e i relativi effetti desocializzanti.

Ciò ovviamente non può valere per chi sia avvezzo alla criminalità, poiché per tali soggetti la mancata irrogazione della pena avrebbe solo il significato di un pericolo scampato e di un'opportunità per tornare a ripetere gli stessi illeciti non appena si ripresenti l'occasione.

Dal punto di vista della prevenzione generale il ragionamento del legislatore sembra essere il seguente: la rinuncia alla pena in presenza di un fatto particolarmente tenue si giustifica sulla base dell'inconsistente allarme sociale che segue allo stesso; tuttavia, malgrado l'intensità oggettiva del fatto illecito rimanga la medesima a prescindere dal suo autore, qualora il reato sia commesso da un soggetto che ha una certa familiarità con la delinquenza, l'illecito torna a manifestare agli occhi dell'ordinamento un disvalore tale da imporre una risposta sanzionatoria.<sup>283</sup>

Al di là delle riflessioni proposte dalla dottrina sulla differenza tra meritevolezza della pena e bisogno della stessa, sembra innegabile la volontà del legislatore di completare la valutazione di irrilevanza del fatto strettamente intesa con un diverso elemento aperto a giudizi estranei al reato come singola manifestazione fenomenica, senza tuttavia pretendere che la nozione stessa di esiguità del fatto possa dipendere dall'ingresso di questo nuovo parametro.

Nella fisionomia delle clausole di irrilevanza penale, compresa ovviamente quella di cui ci stiamo occupando nello specifico, la preoccupazione per l'inclinazione al crimine del reo svolge un ruolo integrativo rispetto al riconoscimento della particolare tenuità del fatto.<sup>284</sup>

Detto in altri termini, riesce a delimitarne l'applicazione ma non può influenzarne la definizione.

Ci si può ovviamente chiedere se alla fine questa distinzione tra componenti interne dell'esiguità del fatto ed elementi integrativi rispetto alla stessa abbia un qualche riflesso effettivo oppure sia mera opera di classificazione dogmatica.

Riteniamo che la risposta debba andare nella prima direzione.

---

<sup>283</sup> "Nessuna condotta, sia pure lievissima, può essere immeritevole di pena [...] se costituisce elemento di un'intera serie criminale facente capo alla medesima persona: alla luce di questa, il singolo episodio si colora di una intensità diversa, obbligando a considerare sussistente quel bisogno di pena che, di per sé, il reato irrilevante sembrerebbe non esprimere". C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pagg. 244-245.

<sup>284</sup> Rispetto al requisito dell'occasionalità del comportamento, che ha preceduto quello della non abitudine nelle figure di irrilevanza del fatto più risalenti E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 68) afferma che lo stesso rappresenta un "elemento esterno alla fattispecie dotato di una forte valenza soggettivo-personologica".

Innanzitutto questa distinzione influisce sulla qualifica della causa di non punibilità in esame come oggettiva o soggettiva con riflessi sulla comunicabilità della stessa ai correi, come avremo modo di osservare in seguito.

Il riconoscimento di un ruolo importante a questi criteri di natura personologica nelle dinamiche dell'art. 131 *bis* c.p. dovrebbe certamente indurre a inserirlo tra le circostanze soggettive di esclusione della pena, mentre lasciare che gli stessi operino solo in via integrativa e complementare rispetto ad un giudizio di irrilevanza già compiuto consentirebbe di conservare alla clausola di esiguità quella connotazione oggettiva che maggiormente le compete.

In secondo luogo ritorna sulla scena quella spinosa questione della lettura dell'art. 131 *bis* c.p. come norma generale che informa il sistema ovvero come ipotesi eccezionale, non potendosi dimenticare che questa classificazione astratta è una di quelle con i maggiori effetti concreti, dal momento che ciò che è eccezionale deve essere interpretato in senso restrittivo, mentre questo non vale nell'ipotesi contraria.

Già abbiamo espresso la nostra preferenza per la natura eccezionale della causa di non punibilità in questione e su questa base svilupperemo le prossime riflessioni.

Se eccezionale è la rinuncia alla sanzione penale in presenza di un reato perfetto per quanto scarsamente offensivo, che ne è delle condizioni che ne precludono il riconoscimento? La nozione di abitualità del comportamento e le ipotesi espresse in cui questa ricorre vanno trattate a loro volta come ulteriori figure eccezionali (una sorta di eccezioni "al quadrato") oppure, dato che fanno riaffiorare la disciplina ordinaria, vanno lette come figure generali?

Se il concetto di esiguità fosse comprensivo dell'attitudine criminale del reo allora certamente andrebbe esclusa l'eventualità che il comportamento abituale rappresenti un'eccezione rispetto al fatto irrilevante, dal momento che il primo per essere tale dovrebbe necessariamente anche essere non abituale: in poche parole nella stessa definizione dell'episodio esiguo rientrerebbe anche l'analisi personologica del soggetto agente, la quale quindi agirebbe come parametro interno e non come eccezione esterna.

Il problema si pone invece nell'ipotesi opposta, quella cioè in cui i profili personologici intervengano dall'esterno sul fatto accertato come irrilevante, poiché qui è evidente la funzione del parametro in questione in chiave di ostacolo rispetto ad una soluzione che diversamente apparirebbe "naturale", pur apparendo a sua volta eccezionale per i motivi già visti.

Qui la soluzione al dilemma della "eccezione all'eccezione" ha veramente una portata decisiva, perché, di fronte a una nozione così evanescente (almeno all'apparenza) come quella della "non abitualità", la possibilità di ricorrere a tutto l'armamentario ermeneutico ordinario oppure al contrario la necessità di limitarsi alle letture più strettamente aderenti al dato testuale può realmente determinare le sorti del requisito in questione nonché in via consequenziale il destino dell'istituto stesso dell'irrilevanza del fatto.

Si aggiunga poi che l'art. 131 *bis* c.p., oltre a prevedere in via generale l'indice della non abitualità della condotta, definisce alcune ipotesi espresse in cui questa invece sussiste, allargando il problema che di conseguenza va ad abbracciare anche il rapporto tra la nozione negativa indeterminata e le condizioni positive esplicite.

Anticipata così la problematica, cercheremo di dare qualche indicazione per una risposta dopo aver osservato cosa interpreti e studiosi hanno finora detto a proposito della non abitualità del comportamento, nonché dell'occasionalità dello stesso, cioè la versione più antica del requisito attuale, di cui ancora si trova traccia nell'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 e nell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000.

## *II. Alle origini della condotta non abituale. L'occasionalità del comportamento nelle clausole di irrilevanza precedenti al d.lgs. 28 del 2015.*

Come anticipato la "non abitualità" del comportamento è una dizione nuova nel panorama delle figure di irrilevanza del fatto, ma non è affatto una novità l'assegnazione di un qualche ruolo a componenti personologiche all'interno delle medesime.

In precedenza queste hanno assunto la veste della "occasionalità" della condotta con un'espressione che già a livello semantico esprime una prospettiva più ristretta rispetto a quella attuale: con la nozione di occasionalità della condotta si richiederebbe la prova in positivo dell'assoluta eccezionalità dell'illecito rispetto allo stile di vita del reo; con quella di non abitualità sarebbe sufficiente che il comportamento delinquenziale non fosse la regola dello stesso.

Ovviamente questa distinzione è tanto semplice nella teoria quanto complessa poi nella pratica, anche considerando che spesso la giurisprudenza, trovandosi nella necessità di adattare questi modelli astratti alla realtà, ne manipola le forme per renderli compatibili con le peculiarità della fattispecie concreta.

Nel tentativo di dare un volto più definito al concetto di occasionalità sono state elaborate principalmente tre teorie, senza tuttavia che si sia potuto assistere ad una netta prevalenza dell'una o dell'altra.

La prima legge il requisito in questione in senso cronologico-quantitativo: in tal senso varrebbe ad escludere l'occasionalità la ripetizione dell'illecito nel tempo, specialmente se vi sia un nesso di similarità o uguaglianza tra i diversi episodi.<sup>285</sup>

Non necessariamente un singolo precedente sarebbe sufficiente ad ostacolare il ricorso all'istituto della particolare tenuità del fatto, purché i due illeciti non manifestino cumulativamente un'attitudine abitualmente e sistematicamente volta al crimine.

La valutazione di occasionalità della condotta si tradurrebbe secondo questo orientamento in una prognosi di non reiterazione dell'illecito, o più precisamente, secondo la più parte degli studiosi, di non ripetizione dello specifico reato posto in essere dal reo, oppure di reati della medesima indole.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> "Può dirsi cronologicamente occasionale il comportamento che non si ripete nel tempo, che è isolato, anche se non necessariamente unico". E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pagg. 69-70).

<sup>286</sup> Riprendendo ancora una volta le parole di E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 71) "ai fini dell'esclusione

Il vantaggio di questa tesi, secondo alcuni maggiormente compatibile con l'art. 34 del d.lgs 274 del 2000, risiede nel riferimento a indici oggettivi, in via principale i precedenti penali, accertabili con facilità ed agilità, permettendo quindi un efficace funzionamento della clausola di irrilevanza fin dalla fase preprocessuale.<sup>287</sup>

I punti dolenti tuttavia non mancano: in primo luogo la disposizione non specifica se l'occasionalità vada misurata sulla base di quello specifico reato, o comunque di illeciti della stessa indole, ovvero sia parametrata in generale alla vita criminale del soggetto; in secondo luogo non si trova alcuna indicazione del numero di violazioni della legge penale in grado di precludere il riconoscimento della particolare tenuità del fatto, che di conseguenza andrà individuato discrezionalmente dal giudice;<sup>288</sup> in terzo luogo il legislatore non stabilisce nemmeno un arco temporale entro il quale considerare le condotte del reo, dimenticando di prendere posizione in particolar modo rispetto agli illeciti risalenti nel tempo;<sup>289</sup> infine, con specifico riferimento alla precedenti declaratorie di particolare tenuità del fatto, manca un sistema di registrazione delle stesse capace di permettere quella facilità di verifica che tale interpretazione dell'occasionalità vorrebbe garantire.

I sostenitori di questa impostazione controbattono a queste critiche, fondate in definitiva sul rilievo di una oggettività solo apparente dell'accertamento giudiziale così delineato, affermando che il requisito dell'occasionalità debba necessariamente essere inteso come un "criterio cronologico a spettro variabile",<sup>290</sup> in cui cioè un certo margine di discrezionalità del giudicante debba essere tollerato, specialmente se si consideri che si ha a che vedere con istituti che attuano una sorta di "depenalizzazione in concreto".

L'orientamento opposto invece qualifica l'occasionalità in termini psicologici, facendosi con ciò riferimento all'atteggiamento interiore del soggetto agente rispetto al reato commesso.<sup>291</sup>

---

dell'occasionalità, non è sufficiente prendere atto dell'esistenza di precedenti, soprattutto se riferiti a reati di altra indole e molto risalenti nel tempo".

<sup>287</sup> Come scrive C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 249) "una considerazione fattuale del parametro dell'occasionalità sarebbe di più facile applicazione, bastando ai suoi fini valutare i precedenti dell'imputato".

<sup>288</sup> Secondo R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.) "il criterio quantitativo è solo apparentemente determinato: una volta ammessa la possibilità di concedere il beneficio due volte, non si vede la ragione per cui non possa essere concesso una terza e così via, e questo perché esso è – per così dire – neutro, e cioè privo di significato valutativo".

<sup>289</sup> Questo *deficit* strutturale degli artt. 27 e 34 è confermato anche da C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 246) secondo la quale "il concetto [di occasionalità del comportamento] è visibilmente elastico, non offrendo alcuna indicazione sul grado di reiterazione della condotta idoneo a far venire meno il requisito, né sull'arco di tempo da prendere in considerazione".

<sup>290</sup> Espressione ripresa da C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 255.

<sup>291</sup> "La nozione psicologica dell'occasionalità [...] si fonda su un peculiare atteggiamento dell'agente rispetto all'azione, ravvisabile quando l'atto scaturisce da circostanze particolari attinenti al momento, e quindi non è voluto o cercato o premeditato". C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 247.

Sarebbe in tal senso occasionale l'illecito compiuto in circostanze del tutto eccezionali e straordinarie, e proprio la non ripetibilità in condizioni normali di quel contesto rassicurerebbe l'ordinamento rispetto alla possibilità di una nuova commissione del medesimo crimine.

Su tale scia si è soliti affermare che qui il reato non sarebbe in realtà determinato da una piena *voluntas* criminis, ma piuttosto da una pulsione estemporanea che il soggetto agente non è riuscito a dominare.

Il rimprovero dell'ordinamento agirebbe al contrario rispetto al normale e per questo motivo risulterebbe meno intenso: non si contesterebbe in positivo la maturazione di un disvalore soggettivo, ma piuttosto si lamenterebbe in negativo l'incapacità del reo di controllare le proprie reazioni istintive.

Sembra piuttosto chiaro il riferimento a talune categorie da tempo individuate da studiosi e interpreti all'interno della categoria dell'elemento soggettivo, *in primis* quella del dolo d'impeto.

Una parte della dottrina, espressasi immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 274 del 2000, ha preferito questa opzione, perché maggiormente focalizzata sulle caratteristiche del caso concreto e del soggetto responsabile e perché capace di evitare quella retrospezione sulla carriera criminale del reo che poco ha a che vedere con le logiche dell'irrelevanza penale del fatto.

Anche questa lettura presenta tuttavia dei punti deboli piuttosto significativi. Innanzitutto se ha una certa logica in relazione alla clausola presente nel rito minorile, dove sono possibili perizie di stampo "antropologico" e lo stesso giudizio penale svolge in qualche modo una funzione pedagogica nei confronti del minore, ciò non vale negli altri giudizi penali dove vige in linea generale il divieto di tale perizia, motivo per cui sarebbe davvero difficile per il giudice ricostruire lo stile di vita del reo, dal quale quest'ultimo avrebbe eccezionalmente deviato, senza ricorrere alla sua "fedina penale".<sup>292</sup>

Inoltre il distacco dai parametri fattuali rappresentati dai precedenti penali farebbe ricadere un elemento comunque determinante per l'applicazione dell'istituto attenzionato nel puro soggettivismo, conseguenza assolutamente rifiutata dall'art. 112 Cost.

La terza critica mossa a questa tesi risiede nell'osservazione che così operando si rischia di sovrapporre la valutazione del grado della colpevolezza (pacificamente richiesta per gli artt. 27 e 34 rispettivamente dagli interpreti e dal legislatore) con quella della non abitualità portando alla duplicazione di un giudizio che in realtà rimarrebbe identico.

Sintetizzando le fragilità delle due posizioni finora osservate, si può notare che in linea di massima alla prima si contesta o di avvicinarsi troppo ad un banale accertamento della recidiva, oppure di lanciarsi in giudizi assolutamente sganciati

---

<sup>292</sup> C. Cesari (*Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 245) nota tra l'altro che nel giudizio penale dei minori l'occasionalità è riferita genericamente al comportamento e non al fatto, come invece accade nell'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000. Questo indicatore testuale già di per sé "potrebbe autorizzare a credere che nel rito penale minorile si intendesse consentire al giudice un vaglio sulla condotta del minore che travalicasse i limiti del reato per cui si procede". Proseguendo l'Autrice sottolinea che (pag. 251) "nel rito minorile, la tensione pedagogica e la presenza di materiali conoscitivi come gli esiti delle inchieste sociali o personologiche di cui all'art. 9 d.p.r. n. 448/1988, sin dall'inizio del procedimento, mettono a disposizione del giudice elementi probatori che favoriscono l'esegesi in chiave psicologica dei presupposti dell'irrelevanza".



da qualsivoglia vincolo numerico o quantitativo, mentre rispetto alla seconda le critiche si scagliano contro l'utilizzo di un medesimo giudizio, quello relativo al grado della colpevolezza, in due momenti differenti, nonché contro l'eccesso di discrezionalità "diretta"<sup>293</sup> in capo al giudice nella selezione dei fattori utili per la definizione del comportamento occasionale.

La terza posizione emersa relaziona invece il significato dell'occasionalità con la capacità a delinquere del reo, sottolineando con forza la valenza dei criteri stabiliti al secondo comma dell'art. 133 c.p. e quindi, i motivi a delinquere, il carattere del reo, i precedenti penali, lo stile di vita del reo, la condotta contemporanea e seguente al reato e infine le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

A ben vedere, come sottolinea parte della dottrina, questa lettura più che presentarsi come un'innovazione rispetto alle precedenti sembra fonderle insieme: in particolare il valore dei precedenti giudiziari richiama l'occasionalità in senso cronologico, mentre i motivi a delinquere quella di stampo psicologico.<sup>294</sup>

Il problema di questo orientamento a nostro avviso sta nel fatto che più che sommare i punti di forza delle due tesi precedenti, sembra moltiplicarne le criticità, perché in special modo l'eccesso di discrezionalità a disposizione del giudice concernerebbe sia la dimensione qualitativa (ereditata dalla lettura psicologica), sia quella quantitativa (lascito della teoria cronologica).<sup>295</sup>

Pare insomma che in questo caso la soluzione di compromesso lasci più interrogativi delle posizioni "radicali", per cui urge la necessità di fare una scelta a favore dell'una o dell'altra.

A nostro avviso sembra preferibile l'opzione che legge l'occasionalità in termini quantitativi e cronologici, cioè quella che volge l'osservazione del giudice all'indietro ma al contempo la vincola a episodi criminosi accertati come tali e non semplicemente a condotte di vite "disordinate".

La tesi opposta in particolare non convince per due dei profili sopra indicati.

In presenza di clausole di esiguità del fatto che includono già i profili soggettivi nella propria struttura, come nel caso degli artt. 27 e 34, sarebbe del

---

<sup>293</sup> Come si può notare per entrambe le tesi è plausibile una critica di eccessiva discrezionalità in mano all'organo giudicante; tuttavia va evidenziato che si tratta di due tipi diversi di discrezionalità. Nel caso dell'occasionalità in senso cronologico può essere definita "indiretta", nel senso che gli indici rilevanti per l'accertamento dell'occasionalità della condotta sono puntuali e oggettivamente identificabili, essendo di fatti ricondotti ai precedenti penali, mentre il compito del giudice sarà stabilire quanti di essi servano a precludere l'irrelevanza del fatto e quanto peso abbia la lontananza temporale fra gli stessi ai fini di tale valutazione. Nell'ipotesi dell'occasionalità in termini soggettivi invece la discrezionalità del giudice è di tipo "diretto" in quanto deputata a selezionare già i fattori che incidono sul relativo giudizio e non solo a determinare come essi debbano operare. È piuttosto evidente che, ragionando in termini di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, e quindi di determinatezza della fattispecie impeditiva del processo, la prima eventualità sia decisamente più tollerabile rispetto alla seconda.

<sup>294</sup> E. Mattevi (*Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, Cit., pag. 70) non manca di sottolineare come "i parametri di cui all'art. 133, comma 2, n. 1 e 2, c.p. [...] possono costituire un punto di riferimento importante per una valutazione dell'occasionalità in chiave psicologica".

<sup>295</sup> R. Bartoli (*La competenza penale del giudice di pace II*, Cit., pagg. 145 e ss.) afferma inoltre che in tal modo "al pubblico ministero e al giudice che interviene durante le indagini preliminari viene riconosciuto il potere di compiere un giudizio di prognosi di non recidiva che è proprio della fase della commisurazione della pena".

tutto superfluo aggiungere un'ulteriore valutazione fondata sempre sulla dimensione psicologica del reato, risultando al contrario molto più utile un criterio che intervenga a delimitare l'applicabilità dell'istituto in questione sulla base dei precedenti penali del reo, ovvero uno dei pochi parametri che non siano già presi in considerazione dai requisiti oggettivo e soggettivo.

In questo caso inoltre la facilità di accertamento che deriva dall'adozione della soluzione dell'occasionalità in termini cronologici sarebbe fondamentale non tanto per la delimitazione della discrezionalità dei magistrati, comunque senz'altro necessaria, quanto piuttosto per garantire il pieno rispetto del principio di uguaglianza e di uniforme applicazione della legge penale.

Sembra infatti più semplice che la giurisprudenza raggiunga un punto di compromesso attorno alla dimensione quantitativa del numero e della gravità di illeciti che possono determinare la preclusione della clausola di irrilevanza, piuttosto che attorno alla scelta degli indici dai quali desumere *tout court* l'occasionalità o meno della condotta.

In ogni caso è decisamente preferibile un *vulnus* alla determinatezza in termini quantitativi piuttosto che qualitativi, poiché in questo secondo caso la scelta del giudice andrebbe a colmare un vuoto che atterrebbe al merito del contenuto di disvalore cui la norma penale afferisce (qui nel senso contrario perché si tratta di un'ipotesi di esclusione dalla pena), mentre nel primo si tratterebbe solo di delimitare i confini di una scelta già comunque indicata dal legislatore.

È evidente che in ogni caso si ha a che fare con la necessità di completare una previsione che sotto questo profilo ha visto il legislatore indubbiamente "pigro", poiché, anche concedendo grande fiducia all'operato della magistratura, qui pare che le maglie entro cui quest'ultima può lavorare siano eccessivamente larghe; tuttavia *de iure condito*, se una decisione va presa e non si ravvisi l'esigenza di chiamare in causa la Consulta, l'opzione meno problematica sembra essere quella di pensare ad una occasionalità in senso cronologico.

Malgrado le diverse vedute tra gli studiosi, su un punto sembrava esservi convergenza, ovvero sulla necessità di una espressa previsione di ipotesi preclusive rispetto all'occasionalità del comportamento, in modo da evitare almeno le sperequazioni di impatto più rilevante.

Forte era infatti l'invito a "riflettere sull'opportunità di configurare normativamente i limiti entro i quali considerare occasionale un fatto esiguo, *in primis* sancendo la preclusione a riconoscere la tenuità oltre un dato numero di volte, quindi, individuando le ipotesi in cui i precedenti dell'imputato [escludessero] di per sé l'episodicità della violazione della legge penale".<sup>296</sup>

*III. Le previsioni del decreto legislativo 28 del 2015 in merito alla dimensione personologica del reato: il problema della definizione della "non abitualità" del comportamento e i suoi elementi di novità, reali o presunti, rispetto al passato.*

---

<sup>296</sup> C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Cit., pag. 258.

Il legislatore delegante del 2014 e ancora di più il legislatore delegato del 2015 hanno accolto il suggerimento verso una rivisitazione della formulazione del criterio dell'occasionalità in una prospettiva di perfezionamento delle clausole di esiguità nostrane e di ampliamento dei relativi spazi operativi, andando tuttavia decisamente oltre le indicazioni provenienti dalla dottrina del tempo.

I punti di distacco dalla disciplina previgente consistono essenzialmente in due momenti: il primo attiene al passaggio dalla nozione di occasionalità a quella di non abitualità, il secondo invece concerne la previsione per la prima volta di ipotesi in cui il reato è da ritenere in ogni caso abituale, non potendosi di riflesso concedere l'esimente di cui all'art. 131 *bis* c.p.

Come già anticipato, la locuzione "non abitualità" amplia lo spettro operativo della clausola di irrilevanza del fatto rispetto al passato in quanto "si accontenta" che la delinquenza non sia lo stile di vita ordinario del soggetto agente, non richiedendosi più l'assoluta singolarità del reato rispetto allo stesso.

È chiara in tal senso la spinta proveniente dalle esigenze deflative che soggiacciono alla riforma in questione, le quali impongono una retrocessione delle istanze securitarie riducendo l'intensità del parametro personologico nel contesto dell'esiguità del fatto.

Ciò che non è mutato invece è l'assenza di una definizione legale che spieghi che cosa il legislatore intenda utilizzando questa espressione.

In realtà questo poteva affermarsi pacificamente solo in passato, mentre ora la questione è decisamente più complessa in ragione della previsione al terzo comma di ipotesi espresse di comportamento abituale, sussistenti *nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.*

Questa decisione, maturata durante l'analisi parlamentare dello schema originario del decreto legislativo risultando inizialmente assente qualsiasi figura preclusiva esplicita, obbliga infatti l'interprete a domandarsi se tali ipotesi espresse di illecito abituale siano da intendere in senso tassativo, cioè come gli unici casi in cui il giudice può/deve rinunciare all'applicazione della causa di non punibilità a causa dell'abitualità del comportamento, ovvero in senso meramente esemplificativo, facendosi in questo caso salve ulteriori circostanze non codificate in cui la condotta criminale può ritenersi abituale.

Tanto gli accademici quanto i giudici sembrano mostrare approcci molto differenti al problema e, a nostro modo di vedere, risulta determinante il criterio ermeneutico prescelto.

Il dato letterale sembra in realtà abbastanza neutro, con una leggera propensione verso la lettura tassativa delle ipotesi di abitualità espressa.

Se è vero che il comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p. esordisce sancendo che *il comportamento è abituale nel caso in cui ...*, manifestando un'appariscente vocazione definitoria, è altrettanto vero che manca quell'elemento di connessione forte rispetto al concetto da illustrare che caratterizza in genere lo strumento delle definizioni di diritto positivo, ad esempio attraverso espressioni quali "ai sensi del primo comma", "agli effetti del primo comma", "agli effetti di questa disposizione", *etc.*

Spostando lo sguardo sull'argomento di tipo storico, a nostro giudizio non vi sono dubbi sul fatto che l'art. 131 *bis* c.p. vada letto solo in senso esemplificativo, o se si preferisce come limite rispetto ad una discrezionalità giudiziale che comunque permane al di fuori di queste circostanze espressamente vincolate dalla legge.

Già abbiamo osservato, parlando del precedente requisito dell'occasionalità del comportamento, che interpreti e studiosi hanno sì sempre cercato di limitare il raggio operativo della discrezionalità del giudice, ma non hanno mai richiesto che la stessa venisse radicalmente eliminata, anche perché sembrava e sembra ancora piuttosto incoerente la scelta di affidare al giudice il compito di selezionare le fattispecie concrete degne di attenzione agli occhi dell'ordinamento penale, salvo poi spogliarlo completamente di tutti i suoi attrezzi del mestiere.

Nei commenti alla normativa del giudice di pace e del giudice per i minori si segnalava piuttosto la necessità di prevedere casi espressi in cui il giudizio di occasionalità fosse espressamente indirizzato dal legislatore, in modo da evitare profonde disparità di trattamento, nella consapevolezza che un eccesso di discrezionalità sul punto forse avrebbe potuto trasformare la clausola di irrilevanza in un istituto "clemenziale" che in realtà non è e non deve essere.

Su questa lunghezza d'onda il legislatore del 2015 si sarebbe semplicemente preoccupato di indicare ipotesi esplicite di abitudine del comportamento, lasciando intatto il potere del giudice di addivenire al medesimo esito anche in casi non espressamente disciplinati, garantendo tuttavia certezza e uniformità di applicazione almeno nelle condizioni di cui al comma terzo.

Il vero problema in tal senso sarebbe stata la decisione di non utilizzare espressioni e istituti ben consolidati nel panorama penalistico (salvo forse la prima delle tre ipotesi) preferendo investire su locuzioni innovative e specifiche per il nuovo istituto introdotto, minando però fin dal principio le ambizioni di omogenea attuazione della causa di non punibilità in esame.

L'indagine sul criterio teleologico rischia invece di rivelarsi scarsamente efficace: posto infatti che la dimensione personologica, cui il requisito in questione attiene, sta al di fuori della *ratio* che sottende all'irrilevanza del fatto, agendo dall'esterno con una funzione integrativa, a poco servirebbe utilizzare il fine perseguito dall'istituto per interpretare questo suo limite applicativo e lo stesso in fondo può valere se si sposta l'attenzione sulle istanze preventive che giustificano il criterio in discorso, giacché, risolvendosi in una scelta meramente opportunistica, sembrano essere comunque poco solide e quindi poco affidabili per il tipo di indagine in corso.

Se si conviene dunque che questo limite applicativo dell'art. 131 *bis* c.p. ha una dimensione estranea alla natura che presiede all'istituto della particolare tenuità del fatto propriamente inteso, sarebbe del tutto fuorviante cercare nella *ratio* stessa della clausola di irrilevanza un argomento capace di indirizzare la disputa sulla portata di questo suo ostacolo esterno.

Il discorso è differente quando si passa dall'argomento teleologico a quello sistematico, che sembra godere di un'efficacia ben più probante.

Alcuni autori sottolineano in argomento che una causa di non punibilità con un impatto così ampio e generalizzato non possa tollerarsi se non in presenza di confini chiari e uniformi di applicazione.

In quest'ottica le tre ipotesi cristallizzate al comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p. sarebbero da interpretarsi come le uniche circostanze in cui il giudizio di abitudine del comportamento possa dare esito positivo, e quindi in definitiva ivi sarebbe collocata la definizione stessa di abitudine della condotta, pena l'abbandono ad un'applicazione frammentaria e incontrollabile della sanzione penale nella sfera della microcriminalità.

A parere nostro è in questo punto che occorre riprendere la questione del gioco tra regola ed eccezione cui abbiamo fatto cenno qualche pagina addietro.

La posizione della dottrina sembra essere la seguente: l'art. 131 *bis* c.p. agisce come norma generale e per questo i suoi limiti devono essere previsti in maniera rigida e tassativa.

A ben guardare sembra una contraddizione in termini: se è vero che l'irrelevanza del fatto è la regola dove il reato manifesta un disvalore (oggettivo) minimo allora proprio per questo non c'è bisogno necessariamente che i suoi confini applicativi godano dello *status* della tassatività, poiché solo le eccezioni impongono rigidità e certezza "assoluta".

In realtà alla base di questo ragionamento sembra esserci un "non detto" piuttosto dirimente: anche ammettendo la portata generale della clausola di esiguità in questione, ciononostante la dottrina e la giurisprudenza italiana non sembrano ancora accogliere, giustamente a nostro avviso, l'idea che possa considerarsi "naturale" la non applicazione della pena per un reato perfetto.

Configurando una causa di non punibilità l'art. 131 *bis* c.p. rappresenta in ogni caso un'eccezione, molto più ampia e vasta rispetto a quanto siamo abituati se si vuole, ma pur sempre eccezione rimane, e allora si ha senso sostenere che i suoi limiti e requisiti operativi debbano essere interpretati in senso restrittivo.

A questo punto l'indice della non abitudine finisce per rappresentare l'eccezione dell'eccezione, ed ecco qui il punto dolente accennato in precedenza: l'eccezione all'eccezione fa semplicemente riaffiorare la regola, ovvero rimane comunque una disciplina straordinaria?

L'importanza pratica che discende dalla soluzione del quesito risiede nel fatto che nel primo caso non vi sarebbe necessità di interpretare restrittivamente la nozione di abitudine, in quanto sarebbe semplicemente lo strumento tecnico che riporta in vigore la disciplina ordinaria cui la clausola di irrilevanza deroga, mentre nel secondo caso la particolare forma in cui è calato questo ritorno al regime regolare impedirebbe in ogni caso interpretazioni late del requisito sotto osservazione.

Riconosciuta la complessità della questione a nostro avviso sembra qui più coerente la seconda opzione, cioè la scelta di trattare comunque l'indice dell'abitudine della condotta in maniera tassativa, limitandolo alle tre figure normative all'art. 131 *bis* co. 3 c.p.

Potrà forse apparire paradossale, ma all'interno del microsistema dell'irrelevanza dell'illecito, il trattamento del fatto tenue come episodio non meritevole di sanzione a ragione dell'irrisorietà del disvalore espresso rappresenta a suo modo una sorta di regola, per cui le condizioni che ne precludono la dichiaratoria di proscioglimento, a maggior ragione se esterne ad una valutazione oggettiva dell'offesa, necessiterebbero di una lettura ristretta e rigida.

Sintetizzando quindi questa panoramica degli esiti cui può condurre l'adozione di un argomento ermeneutico piuttosto che un altro, dobbiamo rilevare che due di questi sono sostanzialmente superflui perché, neutri (argomento letterale) o inutili/deboli (argomento teleologico), mentre i due criteri rimanenti sono in radicale antitesi spingendo l'uno verso un'interpretazione meramente esemplificativa del terzo comma (argomento storico), mentre l'altro per la soluzione opposta (argomento sistematico).

A questo punto bisogna scegliere quale braccio della bilancia deve prevalere perché francamente non si vedono all'orizzonte soluzioni di compromesso.

La nostra impressione è che in questo caso meriti una posizione privilegiata l'interpretazione che si fonda sull'evoluzione storica dell'istituto e delle osservazioni che su di esso si sono fondate.

Nello sviluppo dell'istituto in questione all'interno del panorama penale italiano si è assistito ad un profondo lavoro di tutti e tre i formanti giuridici che ne hanno plasmato il contenuto tappa per tappa nel solco di una evoluzione progressiva in cui i punti di vera e propria cesura sono inferiori rispetto alle apparenze, ragione per la quale sembra doveroso dare molta importanza al criterio ermeneutico di tipo storico, laddove non candidamente disatteso dal dato positivo.

Va tuttavia rilevata la presenza di un ulteriore elemento che può avere una certa rilevanza ai fini della riflessione che stiamo conducendo.

In relazione al precedente criterio dell'occasionalità della condotta gli interpreti si erano costantemente sfidati sul campo definitorio propendendo come già detto per una lettura cronologica o psicologica del requisito in questione, affidando sempre ad una delle due opzioni citate il compito di colmare il vuoto contenutistico lasciato dal legislatore, seppur chiaramente talvolta con sfumature leggermente diverse.

Ebbene è curioso notare come questa diatriba sia di colpo scomparsa con l'entrata in vigore del d.lgs. 28 del 2015, almeno stando alla lettura dei principali contributi e delle pronunce più rilevanti sul tema.

Era certo comprensibile che con il passaggio dall'occasionalità della condotta alla non abitualità del comportamento una parte considerevole delle elaborazioni in argomento andassero riviste o abbandonate, ma è piuttosto sorprendente che così poco (o nulla) della disputa precedente sia stato conservato per le considerazioni a riguardo della più recente clausola di irrilevanza del fatto.

Una risposta più che plausibile riteniamo possa essere la seguente.

Posto che le due posizioni prima indicate servivano a fornire quella definizione del requisito personologico che la norma scritta si limitava solo a citare, svolgendo quindi una funzione suppletiva rispetto al silenzio del dato positivo, con l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. interpreti e studiosi hanno sfruttato le ipotesi espresse codificate al terzo comma come una nuova illustrazione del significato di non abitualità del comportamento, venendo meno di conseguenza la necessità di costruire impianti teorici e concettuali per la definizione del requisito in esame, spostandosi semmai l'attenzione sulla portata delle tre figure esplicite inserite nell'art. 131 *bis* c.p.

Data infatti la complessità nella soluzione dei dubbi derivanti dalla “fantasiosa” formulazione di queste ipotesi espresse di abitudine del comportamento, è parso inopportuno lasciare al giudice un ulteriore spazio di discrezionalità nell’identificazione della condotta non abituale, per cui pare che la più parte degli interpreti e degli studiosi legga il comma terzo in chiave tassativa e, a suo modo, definitoria; di qui l’abbandono di quella copiosa e fruttuosa discussione sulla natura in senso cronologico o psicologico dell’elemento personologico collocato come ostacolo esterno all’applicazione dell’esiguità del fatto.

A completamento di queste riflessioni alcuni autori a proposito della differenza tra occasionalità e non abitudine hanno evidenziato che la prima consisterebbe in una proiezione rivolta al futuro, mentre la seconda riguarderebbe una prospettiva ancorata al passato.

Sulla base di questa distinzione, tali studiosi affermano che, in caso di proscioglimento per irrilevanza del fatto con provvedimento di archiviazione (o sentenza di non luogo a procedere), nell’ipotesi in cui il reo si renda nuovamente responsabile di un fatto concretamente bagatellare, laddove l’istituto faccia riferimento all’occasionalità, sarebbe possibile riaprire le indagini relativamente al primo reato per giungere ad una pronuncia di condanna, essendo stato disatteso il giudizio prognostico circa l’improbabilità della recidiva, mentre con riguardo alla non abitudine sarebbe concessa solo la cognizione incidentale in contraddittorio dell’illecito precedente ai fini di applicare o meno la clausola di esiguità in riferimento al fatto posteriore, essendo preclusa la riapertura della vertenza processuale relativa a quello più risalente.<sup>297</sup>

A nostro modo di vedere quanto descritto non sembra sostenibile per almeno due ragioni.

Premesso che ci occuperemo tra poco nello specifico della valenza dei precedenti rispetto all’istituto dell’irrilevanza del fatto come attualmente disciplinata e senza addentrarci eccessivamente in tematiche di natura processuale che interessano qui solo parzialmente, va detto innanzitutto che questa lettura non sembra compatibile con la funzione ordinariamente assegnata dal nostro ordinamento alla figura della riapertura delle indagini.

La riapertura delle indagini serve infatti a permettere un nuovo esercizio delle facoltà investigative ed eventualmente la promozione dell’azione penale qualora successivamente al provvedimento di archiviazione siano emersi nuovi elementi probatori utili all’accertamento dei fatti che già avevano caratterizzato le indagini precedenti, e non di profili susseguenti e soprattutto autonomi rispetto al primo illecito.

Non si capisce di conseguenza per quale motivo la più recente commissione di un reato bagatellare possa legittimare (nel contesto delle clausole di cui agli artt. 27 del d.p.r. 448 del 1988 e 34 del d.lgs. 274 del 2000) una ripresa del contenzioso relativo ad un precedente illecito rispetto al quale le autorità già disponevano di tutto il materiale cognitivo necessario per la pronuncia di responsabilità penale, o quantomeno il verificarsi di un reato successivo non ha aggiunto nulla di nuovo a quello che già si sapeva.

---

<sup>297</sup> Si veda F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 94/96.

Il giudizio prognostico sulla futura “buona condotta” del soggetto agente ha infatti un carattere statico, si esaurisce con la stesura del provvedimento con cui si applica la clausola di irrilevanza del fatto, senza che ulteriori vicende posteriori possano influire sulle sorti di quella pronuncia.

L’assimilazione al meccanismo della sospensione condizionale pare qui del tutto fuori luogo, *in primis* perché quest’ultimo istituto è legato a un preciso arco temporale nel quale opera mentre nelle figure di irrilevanza del fatto la dimensione temporale è sempre stata trascurata, e soprattutto perché gli istituti di cui ci stiamo occupando non prevedono l’irrogazione di una pena sospesa in attesa di un positivo riscontro circa il ravvedimento del responsabile, bensì la rinuncia alla stessa, comportando per loro natura una “scommessa” ben più delicata e complessa sulla funzione special preventiva che la concessione della non punibilità dovrebbe giocare in capo al reo.

Oltre a ciò, non ci sentiamo di condividere il presupposto di partenza per cui all’occasionalità vada riservata un’ottica di prognosi futura, mentre alla non abitualità competa solo una prospettiva di diagnosi rivolta al passato.

Non si trova infatti alcun indice di diritto positivo che legittimi questa difformità funzionale dei due requisiti e nemmeno sul versante logico si intravedono ragioni che impongono una diversa tipologia di accertamento dell’indice in esame.

Anzi una lettura critica del requisito dell’occasionalità nel rito minorile e in quello onorario, attraverso l’analisi delle applicazioni giurisprudenziali e dei commenti della dottrina più autorevole, manifesta la presa di coscienza che già in quelle sedi in realtà al giudice era chiesto di verificare che la delinquenza del soggetto agente non fosse abituale o sistematica, ammettendosi l’applicazione delle clausole di esiguità anche in presenza di precedenti penali di bassa pregnanza.

Pare quindi infondata la proposta distinzione “qualitativa” tra occasionalità del comportamento e non abitualità della condotta: entrambe infatti gettano lo sguardo al passato, poiché solo lì si possono trovare gli indici necessari per verificare l’attitudine del reo a violare la legge penale, per formulare un giudizio che svolge la sua funzione in direzione futura, cioè attraverso una prognosi di non ripetizione del medesimo illecito, risultando distinte puramente in termini “quantitativi”, semplicemente per il fatto che la seconda positivizza e approfondisce quell’approccio volto ad ampliare lo spettro applicativo della clausola di irrilevanza del fatto che in realtà già prima si intravedeva.

C’è un ultimo aspetto del rapporto tra la formula di occasionalità del comportamento e quella di non abitualità della condotta che merita di essere attenzionato, ovvero il peso da assegnare alla presenza di un solo precedente penale in capo al soggetto responsabile del fatto penalmente irrilevante.

La dottrina assolutamente maggioritaria sostiene che sotto tale profilo il mutamento della configurazione dell’indice personologico abbia giocato un ruolo decisivo poiché, se fosse ancora presente nell’art. 131 *bis* c.p. il requisito dell’occasionalità della condotta, il rilievo di quel solo precedente giudiziario sarebbe sufficiente ad ostacolare il ricorso alla causa di non punibilità in discorso, dal momento che, così disegnato, quell’indice imporrebbe l’assoluta singolarità dell’episodio criminoso bagatellare, mentre il passaggio alla formula del comportamento non abituale permetterebbe la soluzione opposta.



Ovviamente non vi è alcun dubbio sull'esattezza di questa conclusione rispetto all'attuale clausola generale di esiguità del fatto, tuttavia per ciò che concerne la ricostruzione della disciplina delle precedenti figure di irrilevanza del fatto, e di riflesso la portata "innovativa" dell'art. 131 *bis* c.p. in argomento, tale ricostruzione ci sembra palesemente in contrasto con i più seguiti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si erano esposti sul tema.

Malgrado la rigidità apparente del dato testuale, come già più volte segnalato, la posizione dominante era quella di ampliare lo spazio applicativo delle clausole di particolare tenuità del fatto, attraverso un'interpretazione lata del canone della occasionalità della condotta, tale da non precludere automaticamente la sua operatività in presenza di pochi precedenti penali, specialmente se di indole differente o lontani nel tempo.

Ancora una volta il d.lgs. 28 del 2015 più che cambiare le carte in tavola sembra aver dato riscontro positivo alle soluzioni già rintracciabili nel diritto vivente, riservando invece il vero elemento di novità alle tre ipotesi espresse di abitudine del comportamento inserite nel terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p.

#### *IV. Le ipotesi espresse di comportamento abituale a confronto con alcune categorie tipiche del diritto penale.*

Passando ora all'analisi delle figure esplicite di condotta abituale previste dall'art. 131 *bis* co.3 c.p. si può curiosamente notare fin da subito che queste sono disposte secondo una scala discendente in termini di determinatezza e precisione legislativa.

A parte l'ipotesi del delinquente dichiarato abituale, professionale o per tendenza, negli altri due casi il legislatore ha preferito non utilizzare gli istituti classici e tradizionali del nostro sistema penalistico (recidiva nelle sue varie forme, reato continuato, reato permanente, reato abituale necessario o eventuale, concorso formale di reati, concorso materiale di reati, concorso di persone nel reato, *etc.*) ma ha optato per l'adozione di formule del tutto nuove per l'individuazione di questi limiti espressi di applicabilità dell'istituto.

Difficile dire con esattezza se si sia trattato di una soluzione "pilatesca" del legislatore, adottata per non sporcarsi le mani con questioni su cui già in precedenza dottrina e giurisprudenza si era affrontate con esiti discordanti anche al loro interno, ovvero della volontà di trattare un istituto del tutto peculiare quale quello dell'irrilevanza del fatto introducendo formule e criteri altrettanto particolari e originali.

Ciò che pare innegabile è la necessità che gli interpreti si adoperino nella delineazione di un contenuto il più omogeneo possibile di queste espressioni nuove, in modo da evitare lo spauracchio di una giurisprudenza frammentaria sul punto, e in una definizione concorde del rapporto tra le stesse e le categorie tipiche del nostro sistema penale.

Per quanto riguarda la prima di queste figure espresse di comportamento criminale abituale, essa ricorre *nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza.*

La formula in esame richiama particolari qualifiche personali del soggetto agente, le quali hanno una disciplina specifica all'interno del codice penale (artt.

102, 103, 104, 105 e 108 c.p.) e per questo non sollevano particolari problematiche.

Tre sole precisazioni al riguardo devono essere menzionate.

Sul primo versante il riferimento diretto alla “dichiarazione” di abitudine/professionalità/tendenza sembra escludere che il vincolo per il giudice possa sorgere per la semplice sussistenza dei requisiti di tale qualifica nel procedimento in cui si accerta il fatto particolarmente tenue, essendo viceversa necessario che la commissione dell’episodio bagatellare sia stata preceduta da una pronuncia giudiziale in cui sia stata assegnata tale “etichetta” al soggetto agente.

In secondo luogo la categoria del reo per tendenza risulta particolarmente infelice dal momento che, “essendo bastevole la commissione di un solo delitto contro la vita e l’incolumità individuale”,<sup>298</sup> non necessariamente tale qualifica ha un legame diretto con quella seriazione di vicende criminose che sembra alla base di qualsiasi versione dell’abitudine del comportamento ai sensi dell’art. 131 *bis* c.p.

In terzo luogo sembra che la formulazione in commento configuri una presunzione assoluta, impedendo quindi un apprezzamento in concreto del rapporto tra l’ultimo episodio scarsamente offensivo e le precedenti condotte che hanno portato a quella speciale qualifica soggettiva, nonostante non sia difficile immaginare qualche tentativo giurisprudenziale di andare nella direzione opposta facendo leva sulla naturale attenzione al caso concreto che permea tutto l’istituto di cui all’art. 131 *bis* c.p. e sull’ostilità della Corte Costituzionale nei confronti delle preclusioni automatiche al riconoscimento di istituti favorevoli al reo.<sup>299</sup>

Decisamente più complessa la questione che riguarda la seconda figura espressa di abitudine del comportamento, ovvero l’ipotesi in cui il soggetto agente *abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità.*

Detto in altri termini, di fronte alla reiterazione di illeciti penali della stessa indole è precluso il ricorso alla causa di non punibilità di cui all’art. 131 *bis* c.p. e non è consentita nemmeno una valutazione autonoma dei singoli reati agli effetti della medesima disposizione.

Per quanto riguarda la nozione di reati della stessa indole soccorre la definizione di cui all’art. 101 c.p., la quale ammette che la stessa si verifichi per ragioni oggettive (violazione della stessa disposizione di legge o similarità nella natura dei fatti alla base dei diversi reati) o per ragioni soggettive (stessi motivi determinanti).

Data la precisione del richiamo in questo caso e l’assenza di indicazioni contrarie è da ritenere che entrambe le accezioni della stessa indole debbano valere ai fini della condizione preclusiva in commento, anche se chiaramente la maggior tangibilità della prima sembra metterla in una luce migliore qualora l’interprete si senta in dovere di scegliere una sola delle due possibilità.

Nell’ipotesi specifica in cui vengano in rilievo due reati della stessa indole facenti parte del medesimo disegno criminoso parte della dottrina suggerisce

---

<sup>298</sup> M. L. Ferrante, *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 12.

<sup>299</sup> Si veda in argomento P. Pomanti, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 15.

tuttavia di considerare unitariamente la vicenda criminosa in ossequio al conclamato atteggiamento di favore che il nostro codice sembra riservare all'istituto della continuazione,<sup>300</sup> anche se va detto che nel contesto della clausola di irrilevanza del fatto alcune pronunce, come vedremo, sembrano indebolire la solidità di questo assunto.

Occorre a questo punto chiedersi come possono rilevare i precedenti reati della stessa indole, bisogna cioè comprendere come il giudice può venire a conoscenza di episodi criminosi che hanno visto coinvolto in un momento precedente il soggetto agente, ora responsabile di un fatto bagatellare.

Astrattamente possono entrare in gioco pronunce definitive che sanciscono l'accertamento pieno della responsabilità penale; pronunce favorevoli al reo, ma non pienamente soddisfattive, sprovviste della stessa efficacia di giudicato penale (provvedimenti di archiviazione o sentenze di non luogo a procedere); reati ancora non accertati con giudizio definitivo, ma oggetto del medesimo procedimento in cui rileva il fatto bagatellare; reati non accertati con giudizio definitivo oggetto di un differente procedimento penale.

Per quanto riguarda la prima categoria invocata, ovvero le sentenze che hanno in precedenza condannato il reo alla sanzione penale e che contengono un accertamento pieno e definitivo, vi sono pochi dubbi sul fatto che le stesse siano da prendere in considerazione ai fini della seconda figura di abitualità espressa di cui all'art. 131 *bis* c.p.

Al di là di qualche opinione piuttosto isolata, che afferma invece la necessità che il giudizio di abitualità si focalizzi solo sul reato *sub iudice* al fine di evitare che l'istituto in esame derivi in una fastidiosa forma di diritto penale d'autore,<sup>301</sup> semmai la discussione a riguardo dei precedenti accertamenti definitivi è volta a negare il suo carattere "esclusivo".

Valorizzando in senso massimo il principio del *favor rei* si potrebbe arrivare a sostenere che il riferimento all'aver "commesso" più reati della stessa indole vada letto come l'esigenza che la condizione ostativa in esame si fondi esclusivamente su accertamenti definitivi dell'illecito precedenti a quello rispetto al quale si invoca la disciplina del fatto particolarmente tenue.

In realtà la precedente commissione di un illecito si limita a evidenziare la necessità che sia stato compiuto un reato in epoca più risalente, senza che ciò imponga che sia precedente anche il relativo accertamento giudiziale, ben potendosi dare il caso in cui anche quest'ultimo si compia nel medesimo procedimento in cui viene in gioco l'illecito bagatellare.

Relativamente ai provvedimenti di archiviazione o di non luogo a procedere, è noto che in taluni casi questi sono giustificati non tanto dal mancato

---

<sup>300</sup> "Nel caso [...] in cui il soggetto ponga in essere reati della stessa indole avvinti dal nesso della continuazione si sarà in presenza di un reato continuato omogeneo, da considerare nell'ottica del *favor rei*, reato unico". M. L. Ferrante, *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 11.

<sup>301</sup> "Escludere l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto soltanto sulla base della valutazione delle precedenti condanne [...], senza accertare se nel caso di specie il comportamento contestato all'imputato realizzi in concreto una pluralità di condotte materiali plurioffensive (almeno di beni giuridici simili), equivale sostanzialmente a spostare l'oggetto della valutazione del giudice dal fatto commesso al suo autore". G. Rossi, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, Cit., pagg. 537 e ss.

accertamento della responsabilità penale in capo al reo, quanto piuttosto dall'assenza di una condizione di procedibilità ovvero dalla concomitanza di una causa di non punibilità, incluse le precedenti declaratorie di proscioglimento per irrilevanza del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. (o degli istituti analoghi più risalenti) collocate nelle fasi procedurali qui in rilievo, cosicché queste pronunce favorevoli all'imputato o indagato in realtà contengono comunque la verifica di una sua responsabilità per quel reato, almeno "in ipotesi".<sup>302</sup>

In questi casi il vero problema che sorge ragionando su un loro possibile utilizzo ai fini del giudizio di abitudine della condotta attiene più che altro all'idea di ricorrere a provvedimenti formati in un contesto di contraddittorio quantomeno dimidiato ai fini della valutazione di un elemento capace di impedire l'applicazione di un istituto favorevole al reo.<sup>303</sup>

Posto che in sede di indagini preliminari e di udienza preliminare l'imputato o imputato non è nella pienezza dei poteri difensivi che contraddistinguono la successiva fase dibattimentale (e questo vale ovviamente in particolar modo per il momento investigativo), questa lettura sembra cozzare con i principi costituzionali del contraddittorio e della presunzione di non colpevolezza, nonché con il tendenziale rifiuto di assegnare un valore di vero e proprio giudicato penale in questi termini a tali pronunce anche se divenute definitive.

La dottrina su tale profilo si divide: da una parte troviamo chi rigetta *in toto* la possibilità di utilizzare tale genere di "precedenti" per l'accertamento in questione, rinnegando addirittura, per lo specifico ambito dell'art. 131 *bis* c.p., la possibilità di iscriverne nel casellario giudiziale i provvedimenti di archiviazione per esiguità del fatto;<sup>304</sup> dall'altra vi è chi ritiene possibile l'utilizzo di tali pronunce purché si attui un recupero "postumo" dell'integrità del contraddittorio rispetto alle medesime.

Secondo quest'ultima posizione per poter accertare l'abitudine del comportamento criminoso sulla base di precedenti provvedimenti di archiviazione o di sentenze di non luogo a procedere di tale genere "sarà necessario accertare incidentalmente, nella pienezza del contraddittorio, anche le precedenti condotte illecite: ma in relazione a tali condotte non sarà più possibile pronunciare sentenza di condanna".<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> In coerenza con quanto già illustrato nel primo Capitolo, questa affermazione vale appieno per ciò che riguarda le cause di non punibilità, mentre rimane qualche dubbio in relazione alle condizioni di improcedibilità, le quali in realtà dovrebbero precludere al giudice una valutazione nel merito dell'ipotesi accusatoria.

<sup>303</sup> Come afferma F. Caprioli (*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 95) "un elemento determinante per la punibilità [...] non può ritenersi giudizialmente accertato se l'imputato non è stato posto nelle condizioni di esercitare appieno i suoi diritti difensivi [...] al fine di dimostrarne l'insussistenza. Non è così quando la tenuità sia dichiarata con provvedimento di archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere, ai quali, pertanto, non può ascrivere l'effetto pregiudizievole di attestare l'abitudine del comportamento criminoso".

<sup>304</sup> "I provvedimenti di archiviazione non sono provvedimenti giudiziari definitivi [...] e, pertanto, non possono essere iscritti, in modo del tutto coerente con la loro natura, non contenendo alcun compiuto accertamento del fatto e, in particolare, degli elementi costitutivi della penale responsabilità, essendo anch'essi resi in ipotesi di responsabilità". R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Cit., pag. 28.

<sup>305</sup> F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 96.

Anche a voler ammettere questa concezione del contraddittorio ripreso “a posteriori”, a sensazione più simile a taluni orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo rispetto alla nostra Costituzione, notoriamente più esigente sul punto, la bontà concettuale di questa ricostruzione pare scontrarsi con notevoli difficoltà di attuazione pratica.

Tutt’altro che semplice pare infatti accertare con completezza a distanza di tempo la sussistenza dei presupposti applicativi della particolare tenuità del fatto, posto che il baricentro della stessa si poggia su una misurazione quantitativa dell’illecito sulla cui possibilità di apprensione il decorrere del tempo può agire in maniera irreversibile, specie alla luce dell’ampiezza del relativo vaglio così come inteso dalla giurisprudenza prevalente che ad esempio include anche le componenti soggettive e talvolta pure le condotte susseguenti al reato.

D’altro canto però, qualora questa tesi non venisse accolta, le alternative presenterebbero problemi così lampanti dal punto di vista dogmatico e pratico, da suggerire di “accontentarsi” della posizione appena descritta.

Se si decidesse di assegnare a questi provvedimenti di archiviazione o di non luogo a procedere la medesima forza che compete agli accertamenti dibattimentali, la disciplina dell’art. 131 *bis* c.p. striderebbe fortemente con i valori costituzionali anzidetti; se invece non si ritenesse sufficiente quella forma di recupero successivo del contraddittorio di cui abbiamo discusso, l’impressione è che la magistratura possa orientarsi nella direzione di portare sempre più spesso a dibattimento le vicende particolarmente tenui, in modo da avere all’esito dello stesso una pronuncia piena in tal senso da poter utilizzare eventualmente in futuro come precedente penale a tutti gli effetti, vanificando tuttavia in questo modo ogni finalità di alleggerimento del contenzioso penalistico.

Passando adesso ai reati ancora *sub iudice* bisogna rilevare che la dottrina sembra concorde nell’assegnare rilevanza a quelli la cui cognizione si stia svolgendo nel medesimo procedimento che coinvolge anche il fatto bagattellare, mentre rimarrebbero fuori gli illeciti oggetto di giudizio in un diverso procedimento.

Come già detto la formulazione della seconda ipotesi preclusiva dell’art. 131 *bis* co. 3 c.p. non sembra tale da limitare l’osservazione ai soli reati che siano stati accertati definitivamente prima del giudizio sul fatto irrilevante, per cui in genere studiosi ed interpreti guardano con favore alla possibilità che i diversi illeciti determinanti per il profilo in questione siano oggetto del medesimo procedimento penale; anzi questa soluzione sarebbe addirittura la migliore per coloro che ritengono che le presunzioni del comma terzo siano solo relative, poiché in tale occasione il giudice potrebbe verificare con immediatezza il vincolo di seriazione tra i diversi episodi delittuosi, accertando se effettivamente sussista quell’abitudine del comportamento criminale che la legge presume in via astratta.

Discorso totalmente diverso invece per i reati (potenzialmente) attribuibili al soggetto che ha commesso l’illecito bagattellare rispetto ai quali sia in corso l’accertamento in un diverso procedimento penale.

In questo caso l’assenza di una pronuncia incontrovertibile che abbia accertato la responsabilità penale e l’impossibilità per il giudice di osservare con i propri occhi le vicende criminose precedenti del reo, rendono illogico e

impossibile l'utilizzo di tali indici come fattore decisivo per una statuizione di abitualità del comportamento delittuoso.<sup>306</sup>

Possiamo ora occuparci dell'ultima delle tre figure esplicite di condotta abituale ai sensi dell'art. 131 *bis* co. 3 c.p., ovvero il *caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*.

L'ipotesi in questione pone enormi dubbi interpretativi che investono sia il significato da attribuire alla parola "reati", sia la nozione di condotte "plurime, abituali e reiterate".

Per quanto concerne il primo profilo si discute se il lemma "reati" al plurale richieda necessariamente una molteplicità di autonome figure di illecito per l'integrazione della condizione preclusiva in esame, ovvero se in realtà rimandi semplicemente alla varietà delle possibili fattispecie che vi possono essere collegate, permettendo quindi che anche un solo reato caratterizzato da condotte plurime, abituali o reiterate possa impedire l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

All'interno di questo secondo orientamento bisogna poi distinguere chi ritiene che il rinvio riguardi precise tipologie di fattispecie astratte di reato, e quindi le categorie dogmatiche entro le quali le stesse sono state classificate dagli accademici (reato abituale, reato permanente ...), da chi invece sostiene la necessità di guardare solo alla concreta manifestazione dell'illecito, includendovi quindi anche quelle figure di reato che a livello testuale non richiedono necessariamente una molteplicità di condotte per la loro sussistenza.

A proposito del tema delle condotte plurime, abituale e reiterate invece occorre dare letteralmente un significato a queste espressioni nuove, o quantomeno rare, con cui vengono descritte le ipotesi che precludono il riconoscimento dell'esimente in discorso, individuando in particolare quali istituti classici del nostro sistema penale vi siano coinvolti.

L'interpretazione prevalente in dottrina sembra accontentarsi per la sussistenza della presunzione in questione anche di un unico reato purché strutturato con una pluralità di condotte o azioni, non richiedendosi invece che l'elemento della molteplicità abbracci direttamente gli illeciti, con le dovute precisazioni in relazione agli istituti della continuazione e del concorso di persone nel reato.

Questo orientamento si fonda innanzitutto su un dato testuale piuttosto significativo: laddove il legislatore ha voluto riferirsi ad una pluralità di reati lo ha richiesto espressamente, come del resto ha fatto a proposito della seconda ipotesi esplicita di condotta abituale, la quale ricorre solo in presenza di "più reati" della stessa indole; quindi nel caso in esame la differente scelta terminologica dovrebbe condurre ad un diverso esito interpretativo.

Inoltre contrariamente opinando si sarebbe costretti ad ammettere che a precludere il riconoscimento della clausola di esiguità del fatto possa bastare *sic et simpliciter* la commissione di più reati, poiché in questo si sostanzierebbero, seguendo tale lettura, le condotte plurime, abituali o reiterate, senza trascurare il fatto che allora il legislatore avrebbe potuto limitarsi a stabilire che "il

---

<sup>306</sup> "In un procedimento penale possono assumere rilievo o più reati rispetto ai quali si estende il procedimento in corso oppure più reati quando tuttavia sono già stati accertati, mentre per esigenze di certezza non è possibile discutere di reati estranei al procedimento e non già accertati". R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss.

comportamento è abituale quando l'autore ha già commesso altri reati, ovvero ha commesso contestualmente più reati" venendo meno la necessità di prodigarsi nell'introduzione delle originali formule lessicali su cui ci stiamo soffermando.

Va ricordato che il passaggio dal concetto di occasionalità a quello di non abitudine si giustifica innanzitutto sulla base della volontà di chiarire che non basta un solo precedente a impedire il ricorso all'art. 131 *bis* c.p., e sull'esigenza di ampliare ulteriormente il campo operativo della clausola di irrilevanza rispetto al passato, mentre la tesi avversa a quella sopra riportata sembra dimenticarlo.

Ciò detto la nostra analisi si sposta ora direttamente sul significato da attribuire alle condotte plurime, abituali o reiterate, con l'avvertenza iniziale che dottrina e giurisprudenza si stanno ancora impegnando a fondo del tentativo di dare un contenuto definito a queste formule, sforzandosi in realtà più di comprendere quali istituti tradizionali siano compatibili con esse piuttosto che di fornire una definizione autonoma delle medesime.

Una prima possibile soluzione, per la verità poco considerata dagli interpreti, è quella di trattare questa costruzione lessicale come un'endiadi, cioè quella figura retorica e grammaticale che prevede l'accostamento di più termini (in genere, guarda caso, aggettivi) i quali esprimono cumulativamente il medesimo significato in quanto sinonimi l'uno dell'altro.

In tal senso nessuno dei diversi lemmi impiegati avrebbe un significato autonomo e differenziato e, anche qualora alcune piccole difformità fossero riscontrabili, le stesse finirebbero per essere livellate in quanto inserite all'interno di una figura retorica dotata di quella funzione specifica.

La moltiplicazione degli aggettivi avrebbe l'unico significato di trasmettere un senso di completezza terminologica, ma di fatto potrebbe bastare uno solo di essi per esprimere il contenuto desiderato, fungendo gli altri da semplici "accessori".

Questo costrutto retorico è per lo più sconosciuto alla scienza del diritto ed in particolare alla scienza penalistica perché contrastato dai principi di economia e razionalità (presunta) del potere legislativo: essendo il linguaggio normativo volto a dare regole per la realtà umana, ed essendo quello penalistico indirizzato a descrivere cosa e come punire con la sanzione, va ritenuto che lo stesso debba interpretarsi in termini di "essenzialità", nel senso cioè che ogni parola inserita nella disposizione abbia la propria autonomia funzionale e non sia mai meramente ripetitiva o pleonastica.

Abbiamo già avuto conferma di questo atteggiamento quando ci siamo imbattuti nei motivi abietti o futili, ovvero ancora in relazione alla crudeltà e alle sevizie.

Al di fuori dell'ambito giuridico non avremmo particolari difficoltà a riconoscere che le due coppie di concetti esprimano significati identici, e possano configurare quindi un'endiadi, tuttavia questo non vale nel mondo del diritto dove infatti dottrina e giurisprudenza si sono impegnate ad individuare definizioni distinte per ciascuna di queste parole.

Questo approccio dell'ermeneutica giuridica è sostanzialmente confermato pure in tale sede anche se è necessaria una puntualizzazione: in prima approssimazione l'interpretazione prevalente sembra distinguere le condotte

plurime, dotate di un significato proprio, dalle condotte abituali e reiterate, che secondo molti invece esprimerebbero il medesimo contenuto.<sup>307</sup>

La nostra analisi passa ora ad un livello successivo volto a capire se dietro queste formule si celino categorie tipiche di reati oppure se la valutazione debba ancora essere focalizzata sulle dinamiche concrete della singola vicenda criminale.

Dal primo punto di vista occorrerebbe comprendere se le espressioni originali introdotte dall'art. 131 *bis* c.p. in realtà non facciano semplicemente riferimento ai reati che descrivono una pluralità di condotte in termini progressivi, ai reati necessariamente o eventualmente abituali, al reato permanente, alla figura del reato continuato, al concorso formale o materiale di reati, alle varie ipotesi di recidiva o al concorso di persone nel reato.

Sull'altro versante si colloca invece chi ritiene che "una interpretazione teleologicamente orientata impone di ritenere la norma riferita ancora una volta all'episodio concreto, svolgendo una funzione definitoria"<sup>308</sup>, dando quindi rilievo esclusivamente alla pluralità delle condotte e al rapporto di seriazione o progressione che le lega in concreto.

Riconosciuto il pregio concettuale di quest'ultima interpretazione, specialmente se collocata all'interno di un istituto che vive sulla dimensione concreta e contingente del reato, va altrettanto onestamente ammesso che, essendo già le formule del terzo comma piuttosto evanescenti, il distacco da quel minimo di stabilità assicurato dal riferimento ad alcune chiare categorie della scienza penalistica, parrebbe l'aggiunta di incertezza all'incertezza.

Già il raggiungimento di una certa omogeneità attorno alla selezione delle figure astratte di reato compatibili con la nozione di condotte plurime, abituali e reiterate, rappresenta oggi un obiettivo ancora da centrare, per cui ampliare ulteriormente il margine del dubbio appare decisamente inopportuno.

Al di là di questo, la letteratura e la giurisprudenza finora occupatesi dell'argomento hanno costantemente approcciato la questione nel modo appena indicato, avvalorando quindi l'idea che, almeno per ora, il *modus operandi* più efficace consista nel rintracciare quali tipologie strutturali di illecito vadano ricondotte nella terza figura espressa di abitudine nel comportamento prevista dall'art. 131 *bis* c.p.

La tematica più delicata e quella su cui finora ci si è confrontati maggiormente riguarda il rapporto del reato continuato con la particolare tenuità del fatto.

Apprendo queste riflessioni, è risaputo che l'istituto della continuazione, caratterizzato dalla realizzazione di una pluralità di reati legati dall'appartenenza ad uno stesso piano delittuoso (interpretato tra l'altro generalmente in senso piuttosto ampio), è trattato dal nostro ordinamento in un'ottica favorevole al reo,

---

<sup>307</sup> In termini T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.) secondo il quale sarebbe "meno evidente il senso del richiamo alle condotte reiterate, locuzione che parrebbe un mero sinonimo di abituali".

*Contra* invece R. Bartoli (*L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss) secondo cui "l'abitudine sembra riferirsi ai reati eventualmente abituali" mentre "la reiterazione sembra riferirsi ai reati necessariamente abituali".

<sup>308</sup> R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss.



poiché si ritiene che in tale ipotesi in momento della determinazione a delinquere sia unico benché siano poi molteplici gli illeciti commessi.

Il trattamento benevolo accordato dal legislatore consiste nella considerazione unitaria dei vari reati sotto il profilo dell'irrogazione della pena, in relazione alla quale si sostituisce il regime ordinario del cumulo materiale con quello del cumulo giuridico, pur rimanendo comunque i diversi illeciti distinti nella sostanza.

Rispetto all'istituto dell'irrelevanza del fatto l'angolo visuale può essere duplice: in primo luogo, qualora si ritenga non tassativa l'elencazione delle figure di abitudine espressa di cui all'art. 131 *bis* co.3 c.p., si potrebbe ritenere che la continuazione del reato rappresenti in sé e per sé un caso di comportamento abituale a prescindere dalla sua riconducibilità ad una delle tre circostanze esplicite, dato che l'unificazione degli illeciti sotto il medesimo disegno criminoso identifica comunque una certa propensione del reo alla delinquenza; in secondo luogo, laddove si aderisca alla tesi opposta, occorre verificare se il reato continuato possa rientrare nella nozione di condotte plurime, esercitando quindi un'efficacia preclusiva rispetto alla causa di non punibilità ovvero se sia sprovvisto di tale forza impeditiva "automatica" rispetto all'art. 131 *bis* c.p..

La giurisprudenza sembra divisa sul punto: mentre i giudici di merito ritengono compatibile la clausola di irrilevanza del fatto con il reato continuato, la Corte di Cassazione lo ha escluso a più riprese, principalmente ritenendo che lo stesso rientrasse nel concetto di condotte plurime e che configurasse una presunzione assoluta di abitudine del comportamento, non ribaltabile nemmeno alla luce dei caratteri del caso concreto, oppure addirittura includendolo nella seconda fattispecie di abitudine espressa dell'art. 131 *bis* co. 3 c.p. interpretando in termini soggettivi il significato di "stessa indole, con il biasimo di una parte importante della dottrina.

Cercando di esprimere un'opinione personale sul problema è necessario innanzitutto essere coerenti con quanto affermato a proposito della natura dell'elencazione contenuta nel comma terzo, da ritenersi a nostro avviso esemplificativa in ragione della preferenza da accordare al criterio interpretativo di tipo storico.

In questa logica non si pone l'alternativa secca tra l'esclusione automatica della particolare tenuità del fatto, se si ritiene la continuazione inclusa nelle condotte plurime, o l'assoluta irrilevanza del medesimo ai fini dell'accertamento dell'abitudine nel caso contrario: nell'ipotesi della corrispondenza tra reato continuato e condotte plurime sarà imposto al giudice di applicare la sanzione penale (salvo ritenere le presunzioni in discorso solo relative), mentre nel caso opposto egli potrà comunque ritenere che il vincolo della continuazione, per come si manifesta nel caso concreto, sia idoneo a fondare un giudizio di abitudine del comportamento penalmente rilevante.

A nostro avviso pare scorretto far rientrare automaticamente la figura del reato continuato nella terza circostanza espressa di abitudine della condotta.

Se è corretto infatti interpretare il lemma "reati" al singolare, cioè come espressione che utilizza la forma plurale solo per rinviare alla diversità delle fattispecie che possono venire in gioco, allora la continuazione vi sta al di fuori perché necessita espressamente per la sua sussistenza di una molteplicità di illeciti.

In questo modo sembra realizzarsi una certa coerenza tra la seconda e la terza figura esplicita di abitualità del comportamento: nel primo caso si prende in considerazione l'eventualità di una pluralità di reati commessi, senza che rilevi la struttura degli stessi, motivo per cui ai fini dell'efficacia preclusiva rispetto all'art. 131 *bis* c.p. è necessario l'ulteriore requisito della "stessa indole"; nel secondo caso invece la norma si focalizza su reati che, nella loro configurazione astratta o nella loro manifestazione concreta (a seconda della lettura che si preferisce) sono connotati da una componente interna che contempla una seriazione criminosa, capace di fondare il carattere dell'abitualità del comportamento pur in assenza di una pluralità di illeciti in senso autentico.

L'espressione "reato continuato" in realtà racchiude una finzione, cioè l'illusione che i diversi illeciti siano ridotti ad unità in ragione del vincolo finalistico che li lega.

Non è così: se è vero che il trattamento sanzionatorio degli stessi è unificato per le ragioni sopra viste, nondimeno rimane intatta l'autonomia dei diversi reati cui la continuazione si riferisce, in virtù di un dato testuale, la scomparsa nel '74 di un riferimento espresso alla considerazione dei vari illeciti come reato unico, e di un dato logico-sistematico, la disciplina del reato continuato è considerata infatti una deroga al regime ordinario del concorso materiale di reati, rispetto ai quali non si può dubitare dell'autonomia delle diverse fattispecie, e l'elemento specializzante della continuazione (l'unicità del fine comune) non sembra in grado di mutare questo assunto.<sup>309</sup>

Ritornando al rapporto tra il reato continuato e il terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p., il primo non configura un reato caratterizzato da condotte plurime, ma semmai una pluralità di reati, per cui si dovrà diversamente comprendere se scatti o meno il regime previsto dalla seconda delle presunzioni di abitualità del comportamento ivi codificate.

Concentrando per l'appunto l'attenzione sull'ipotesi della pluralità di reati della stessa indole, bisogna riconoscere che buona parte delle risposte circa la compatibilità o meno della continuazione con la clausola di irrilevanza del fatto dipende dall'interpretazione che si dà alla locuzione "stessa indole".

Già abbiamo visto che la medesima è passibile di una lettura oggettiva (stessa disposizione o analoga natura dei fatti) e di una lettura soggettiva (comunanza dei motivi determinanti) entrambe previste espressamente dall'art. 101 c.p., e abbiamo affermato che in assenza di indicazione contrarie sembra che ambedue debbano valere anche per quanto interessa l'art. 131 *bis* c.p., nonostante parte della dottrina rigetti tale conclusione sulla base della natura prettamente oggettiva della causa di non punibilità in discorso.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Dello stesso avviso G. Marinucci e E. Dolcini, (*Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Cit., pag. 482) i quali affermano che in genere "i reati uniti dal vincolo della continuazione conservano [...] la loro autonomia: si considerano cioè come reati distinti".

Diversa è invece la posizione di G. Fiandaca e E. Musco (*Diritto penale, Parte generale*, Cit., pag. 676) per i quali "appare [...] meglio sostenibile la tesi secondo la quale la stessa *ratio* dell'istituto impone di considerare il reato continuato come reato unico o come una pluralità di reati, in funzione del carattere più o meno favorevole degli effetti che dall'accoglimento dell'uno o dell'altro punto discendono nei confronti del reo".

<sup>310</sup> Afferma infatti R. Bartoli (*Particolare tenuità del fatto: condanne irrevocabili risalenti nel tempo possono escludere, anziché fondare, l'abitualità del comportamento*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016) che "per escludere in tali ipotesi l'applicazione dell'art. 131-

Se è vero che il nucleo del reato continuato risiede nell'unicità del disegno criminoso alla base dei vari delitti e se è vero che anche la comunanza dei motivi che hanno portato al compimento del reato può determinare la medesimezza della relativa indole, ecco che sembrano veramente pochi gli spazi per riconoscere la compatibilità della continuazione con l'irrilevanza penale del fatto.

Il contrasto è evidente e sembra portare addirittura al paradosso: il nostro codice penale, con una scelta anche discutibile,<sup>311</sup> ha deciso di dare un rilievo "attenuante" all'unicità del fine perseguito dal soggetto agente, e quindi ha configurato la relativa disciplina nell'ottica del *favor rei*; tuttavia il legislatore del 2015 sembra aver "cambiato rotta" valutando in termini negativi, e quindi preclusivi della particolare tenuità del fatto, la pluralità di reati collegati dal medesimo filo conduttore.

Esistono vie di uscita per evitare questo effetto preclusivo derivante dalla continuazione del reato?

Forse sì, ma il prezzo è alto: sacrificare l'unitarietà dell'interpretazione della stessa indole restringendone il significato alla sola dimensione oggettiva, in contrasto abbastanza evidente con il dettato dell'art. 101 c.p.

Parte della dottrina propone in tal senso di limitare l'efficacia preclusiva della continuazione alle sole ipotesi in cui si accerti "la commissione di una pluralità di condotte materiali che offendano in concreto più volte lo stesso bene giuridico o più beni giuridici, diversi ma collegati tra loro perché simili o normativamente considerati in modo unitario".<sup>312</sup>

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che può certamente essere apprezzabile questo tentativo di ancorare ciascuna componente dell'art. 131 *bis* c.p. alla dimensione oggettiva di questa clausola, tuttavia riteniamo che sia un poco ingenuo forzare troppo su questo tipo di argomentazioni quando si tratti di interpretare un parametro (l'abitudine del comportamento) che ontologicamente sta al di fuori dei profili oggettivi del reato.

O si contesta radicalmente la legittimità dell'inserimento di questi requisiti personologici all'interno delle clausole di esiguità e si trova il coraggio di portare la disposizione di fronte alla Consulta invocando una qualche speranzosa forma di irragionevolezza della disciplina, oppure bisogna valutare la possibilità che, almeno rispetto a questo genere di criteri, gli strumenti interpretativi possano andare anche al di là della preminenza oggettiva dell'istituto in questione.

---

bis c.p. si dovrebbe fare riferimento ad un concetto di stessa indole da apprezzare in termini soggettivi, ma tale scelta ermeneutica si porrebbe ancora una volta in tensione con la *ratio* oggettiva dell'istituto che induce a privilegiare un'interpretazione oggettiva della stessa indole".

<sup>311</sup> G. Fiandaca e E. Musco (*Diritto penale, Parte generale*, Cit., pag. 668) confermano che "si tratta [...] di un assunto politico-criminale non assolutamente pacifico: non mancano autori inclini a ravvisare proprio nella medesimezza del disegno criminoso una ragione di aggravamento, piuttosto che di attenuazione, della colpevolezza".

<sup>312</sup> G. Rossi (*Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, Cit., pagg. 537 e ss.). Il medesimo Autore prosegue poi sostenendo che "solo in quest'ultimo caso, in realtà, saremmo effettivamente di fronte ad un'offesa al bene giuridico non particolarmente tenue, perché cagionata da una pluralità di condotte materiali ugualmente offensive dello stesso bene giuridico (o di beni giuridici simili), e quindi di un comportamento in concreto abituale".

Affrontato così il tema del rapporto tra reato continuato e irrilevanza del fatto possiamo ora passare alle ulteriori ipotesi rispetto alle quale può ricorrere l'ipotesi delle condotte plurime.

Per quanto riguarda l'ipotesi del concorso formale di reati, il quale si verifica quando la medesima condotta porti all'infrazione di una pluralità di norme penali, non vi sono dubbi sul fatto che tale fattispecie non abbia alcuna efficacia preclusiva rispetto all'istituto dell'art. 131 *bis* c.p. in quanto il comportamento *contra legem* rimane unico.<sup>313</sup>

Rispetto al concorso materiale di reati non vi è in realtà la necessità di particolari approfondimenti, al di là quanto già affermato nell'ipotesi specifica dell'illecito continuato.

Una volta ricordato che esso consiste semplicemente nella commissione di più violazioni della stessa norma incriminatrice o di più norme diverse a seguito di una pluralità di condotte o azioni, bisogna concludere che, se vi saranno le condizioni previste dalla seconda figura espressa di comportamento abituale (circostanza che sembra automatica nel caso del concorso materiale omogeneo) il giudice dovrà irrogare la sanzione penale, diversamente sarà nella sua discrezionalità verificare se la condotta possa ritenersi abituale o meno.

La possibilità di riconoscere l'esiguità del fatto in presenza di un reato permanente, cioè in quelle fattispecie penali che presuppongono il perdurare della condotta criminale nel tempo, sarebbe invece legata all'interpretazione da assegnare all'espressione "condotte reiterate": solo se rispetto a queste risultasse estranea la prosecuzione temporale del comportamento criminale sarebbe applicabile l'art. 131 *bis* c.p. in tali ipotesi.<sup>314</sup>

Il profilo delle condotte plurime torna invece a giocare un ruolo importante rispetto al reato soggettivamente complesso, dato che non manca chi abbia ritenuto che tale figura espressa di comportamento abituale riguardi proprio questo istituto.

La vera logica sottostante a questa lettura sembra in realtà essere quella di impedire la trasformazione del contributo di minima importanza del correo previsto dall'art. 114 c.p. in una indiretta e generalizzata ipotesi di non punibilità.<sup>315</sup>

Questa lettura ci pare non condivisibile in quanto "la nozione di condotte plurime si riferisce, allo scopo di definire l'abitualità del comportamento, a una

---

<sup>313</sup> Anche secondo G. Rossi (*Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, Cit., pagg. 537 e ss.) infatti "sulla base dell'affermazione della necessaria pluralità di condotte materiali, ai fini della configurabilità del comportamento di cui all'art. 131 bis, comma 3, c.p., si deve giungere alla conclusione che la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto non può essere esclusa nelle ipotesi in cui venga contestato il concorso formale di reati".

<sup>314</sup> "Le ipotesi di reato permanente [...] possono essere ricomprese nell'esimente a patto che al termine reiterazione si assegni il significato di ripetizione di più condotte, e non di protrazione della medesima condotta". R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, Cit., pag. 23.

<sup>315</sup> Riprendendo le parole di T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.), se il significato delle condotte plurime andasse riferito al concorso di persone nel reato, "non sarebbe difficile scorgere nella preclusione l'intento di impedire che l'articolo 114 del Cp, una circostanza attenuante di evanescenza metafisica, possa trasformarsi in una causa di non punibilità mondanamente reale".

ripetizione della condotta riconducibile al medesimo autore, mentre la fattispecie plurisoggettiva non è di per sé indice che accentui la capacità criminale”.<sup>316</sup>

Diversamente invece la natura soggettivamente complessa del reato in questione potrà rilevare, senza tuttavia fornire vincoli aprioristici, nel momento della verifica della tenuità della dimensione oggettiva dell’illecito, in quanto la capacità di muovere una pluralità di persone verso la commissione del reato avrà certamente il suo impatto, se non direttamente sull’offesa, certamente sulle modalità della condotta.

Il reato abituale secondo la dottrina sembra essere escluso dal campo operativo dell’art. 131 *bis* c.p.: in particolare tale conclusione sarebbe imposta dal riferimento alle condotte abituali per ciò che riguarda i reati eventualmente abituali e da quello alle condotte reiterate in relazione ai reati necessariamente abituali.<sup>317</sup>

A proposito della recidiva gli interpreti si sono a lungo chiesti se tale figura legittimasse di per sé l’impossibilità di riconoscere l’esiguità del fatto.

Questa posizione era maggiormente comprensibile se confrontata col precedente requisito dell’occasionalità del comportamento, anche se già all’epoca si cercava di disconoscere questa possibilità per ampliare l’ambito operativo delle clausole di irrilevanza, e ciò deve valere a maggior ragione nel contesto dell’attuale art. 131 *bis* c.p.

È però necessario giungere a conclusioni diverse nel caso della recidiva specifica, rispetto alla quale emerge la presenza di più reati della stessa indole, e nelle altre ipotesi di recidiva in cui l’aumento della pena superiore ad un terzo comporti l’uscita dalla soglia dei cinque anni di pena detentiva massima, che rappresenta come già visto il limite esterno per l’applicabilità dell’istituto.

A questo punto un ultimo nodo rimane irrisolto: se è vero che le circostanze in cui il comportamento criminale è abituale per espressa previsione di legge sono meramente enunciative, in che modo il giudice deve condurre la propria valutazione di abitualità del comportamento laddove egli possa esercitare la propria discrezionalità?

Ci sembra pregevole a tal fine quella dottrina che, cercando di sfruttare gli indizi comunque provenienti dalle figure codificate all’art. 131 *bis* co.3 c.p., richiede almeno la presenza di “una pluralità di azioni tipiche che, isolatamente considerate, siano tutte concretamente offensive del bene giuridico tutelato”<sup>318</sup> e riconducibili a distinti reati espressivi di rapporto di contiguità tra il reo e la scelta criminale, mentre pare più discutibile l’idea che siano abituali anche le molteplici condotte collocate nel medesimo contesto spazio temporale riferibili ad un unico reato, poiché l’abitualità del comportamento all’interno del singolo illecito sembra doversi reputare ipotesi straordinaria, come tale limitata ai casi previsti dall’ultima figura espressa di cui al terzo comma.

---

<sup>316</sup> R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, Cit., pag. 23.

<sup>317</sup> Vedasi in argomento R. Bartoli, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss.

<sup>318</sup> G. Rossi, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, Cit., pagg. 537 e ss.



## **Capitolo Quarto**

LA CAUSA DI NON PUNIBILITA' PER SPECIALE LIEVITA' DEL FATTO E (ALCUNI) ISTITUTI GENERALI O PARTICOLARI DEL SISTEMA PENALISTICO ITALIANO: STORIA DI UNA SIMBIOSI DIFFICILE E DEI PRIMI APPROCCI GIURISPRUDENZIALI IN ARGOMENTO.

***a) L'irrilevanza del fatto a confronto con i reati costruiti tramite soglie di punibilità: un banco di prova importante per le enunciazioni generali sulla natura e sui meccanismi di funzionamento dell'art. 131 bis c.p.***

Una tematica che ha vissuto e sta vivendo ancora un vivo dibattito in seno alla dottrina e alla giurisprudenza è certamente quella che riguarda la compatibilità o meno della clausola generale di esiguità del fatto con le fattispecie penali che presentano al loro interno soglie quantitative di rilevanza penale.

La questione non è affatto nuova, in quanto già in precedenza se ne era discusso in particolar modo nella giurisprudenza onoraria, tuttavia l'approdo della problematica nel rito ordinario ha certamente elevato il livello di attenzione sull'argomento, così da non potersi accettare acriticamente una trasposizione dei principi e delle elaborazioni precedenti al d.lgs. 28 del 2015, che devono necessariamente essere rivalutati in quanto non più limitati all'ambito del reato bagatellare in senso proprio.

È necessario a tal proposito procedere per gradi, spendendo prima qualche parola sulla funzione generale svolta nel nostro sistema penale dalle soglie di punibilità, per poi esaminarne i profili di vicinanza o di lontananza rispetto alla figura prevista dall'attuale art. 131 *bis* c.p.

*1. Il ruolo delle soglie espresse di rilevanza penale all'interno della struttura del reato. Cenni.*

Non è affatto raro nella miriade di fattispecie penali che compongono il nostro apparato criminale imbattersi in norme incriminatrici che costruiscano il divieto penale aiutandosi con un parametro quantitativo inserito espressamente nella fattispecie.

Potremmo interrogarci se facciano parte della categoria solo le fattispecie in cui è indicato un indice autenticamente numerico, oppure se possano rientrarvi anche quelle in cui le espressioni che rimandano alla dimensione quantitativa siano molto più sfumate e indeterminate (gravemente, di elevata intensità, in

modo rilevante, *etc.*), ma tutto sommato è una questione dogmatica che a noi importa poco, dal momento che i veri problemi sorgono in genere con riferimento alle prime, cioè quelle in cui effettivamente la soglia ha la funzione di “vincolare” la valutazione del giudice.

La ragioni del ricorso a questa peculiare tecnica di redazione della fattispecie possono essere molteplici.

La bontà di tale scelta si apprezza in modo tanto maggiore quanto più è evidente la natura tecnico-scientifica dell’ambito in cui la fattispecie si inserisce, sicché il suo compito risulta essere quello di aiutare il giudice dell’esercizio del suo potere discrezionale, piuttosto che di limitarlo, dal momento che egli, per quanto *peritus peritorum*, verosimilmente non avrà le competenze necessarie per cogliere con pienezza la tipologia di offensività veicolata dalla condotta incriminata senza il “suggerimento” fornito dal valore limite espressamente codificato.

Altre volte l’utilizzo delle soglie di punibilità è una soluzione necessitata, specialmente quando si pone lo strumento penalistico come presidio ulteriore rispetto ad un particolare contesto in cui la presenza di scaglioni quantitativi innerva di per sé quella disciplina, emergendo quindi già prima della sfera penale in cui la struttura a soglie è avvertita come patologica.

Ci sono casi in cui invece il legislatore sfrutta questa tecnica di normazione per “dire la sua” a proposito di situazioni in cui o vi è frammentarietà nell’applicazione giurisprudenziale, oppure i giudici sono compatti nell’adesione ad una posizione malvista dalla popolazione o dai suoi rappresentanti.

In quest’ultimo caso in particolare sembra che il ricorso alla tecnica della soglia di punibilità sia particolarmente criticabile, essendo indirizzata non tanto all’esplicitazione di un dato indeterminato, ma piuttosto a porre limiti alla discrezionalità giudiziale nella valutazione dei casi concreti.

Da una prospettiva prettamente funzionalistica possiamo distinguere invece le soglie che esprimono un bilanciamento di interessi da quelle che rappresentano una traduzione concreta del principio di *extrema ratio*.

Le prime si inseriscono in contesti in cui vi è la necessità di tutelare valori e interessi (diversi dalla libertà del singolo individuo) che si trovano costantemente od occasionalmente in collisione, segnando di conseguenza il confine tra lecito ed illecito attraverso l’introduzione della soglia, al di sotto della quale invece l’ordinamento si astiene dal far prevalere l’uno rispetto all’altro, proprio perché ambedue ritenuti meritevoli di protezione.

Nell’altra ipotesi il parametro quantitativo si inserisce all’interno di uno strumentario punitivo “multilivello” in cui la medesima infrazione dal punto di vista qualitativo può configurare, a seconda delle previsioni di legge, differenti reati progressivi, un illecito amministrativo o un illecito civilistico (il riferimento va alle sanzioni civili di “nuova generazione”), in conseguenza dell’entità numerica in cui il relativo disvalore si traduce.

Qui la struttura a gradini è pensata in modo da rispettare il più possibile il requisito della proporzionalità nel tipo e nella misura della sanzione da irrogare, riservando l’intervento del mezzo penalistico solo alle circostanze più gravi.

La soglia di punibilità non rappresenta in questo caso il confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è, ma segna il passaggio da un genere di risposta ad un



altro, comportando se del caso anche il trasferimento da un ramo giuridico all'altro.

Arriviamo ora alla distinzione più importante (e al contempo più difficile) che concerne il tema delle soglie penalistiche, ovvero quella tra soglie come elementi costitutivi della fattispecie e soglie come componenti per la selezione della punibilità.

Partiamo dalla premessa che l'individuazione di queste due categorie è piuttosto complessa nella teoria, ma ancora più ardua nella pratica: difficilmente infatti è possibile rintracciare precisi indici testuali capaci di indirizzare verso una qualifica piuttosto che l'altra, ed anche laddove fossero presenti, sarebbero comunque preda dell'interpretazione giurisprudenziale che, avendo a che fare con categorie di origine scientifica, potrebbe avere buon gioco nello sfumarne leggermente i contorni o nel ridefinirli totalmente ai fini di raggiungere il risultato prefissato, senza dimenticare che in sé e per sé il dato testuale è solo uno dei criteri interpretativi da prendere in considerazione.

La famosa spirale ermeneutica che caratterizza il lavoro del penalista si scorge anche qui, seppur in una veste particolare: il ruolo svolto da queste soglie dovrebbe cogliersi sulla base della natura che le stesse rivestono, ma molto spesso quest'ultima viene definita solo dopo aver stabilito quale sia il *modus operandi* del valore numerico rispetto alla fattispecie, invertendo quindi i termini del ragionamento.

Malgrado queste riflessioni possano apparire astratti sofismi, in realtà una corretta comprensione di queste dinamiche risulterà indispensabile per una soddisfacente analisi del rapporto tra l'art. 131 *bis* c.p. e il reato contenente soglie di rilevanza penale.

Quando il parametro quantitativo è inserito tra gli elementi costitutivi del reato esso appartiene al fatto tipico, contribuisce cioè a tracciare il contenuto di disvalore che la norma incriminatrice ambisce a contrastare.

Non solo, secondi taluni autori la soglia di punibilità avrebbe addirittura la funzione di rimodellare il bene giuridico stesso in quanto "la norma penale si auto-investe [...] di un ruolo di coordinamento tanto delicato quanto indefettibile: precisare quand'è che sorge, ed appare, l'interesse penalmente rilevante".<sup>319</sup>

Facendo parte della struttura tipica del reato, queste soglie seguono la disciplina che vale in via ordinaria per gli elementi oggettivi dell'illecito e devono in particolar modo essere abbracciate dalla rappresentazione e volizione del soggetto agente (se trattasi di reato doloso) e per esse deve accertarsi il nesso causale rispetto all'azione.

Nell'ipotesi invece in cui i valori numerici configurino condizioni obiettive di punibilità, allora è evidente che non possono concorrere alla costruzione del messaggio penalistico trasmesso dalla fattispecie, poiché agiscono su una prescrizione che da essi potrebbe tranquillamente prescindere.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, G. Giappichelli Editore, 2007, pag. 105. L'Autrice prosegue precisando che "nel momento in cui si specifica il contenuto dell'area di intervento penale, individuando [...] il gradino quantitativo su cui si apre la soglia di punibilità, inevitabilmente viene intaccato il tessuto del bene d'origine".

<sup>320</sup> Nota D. Falcinelli (*Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Cit., pag. 73) che "se venisse sottratto detto elemento quantitativo dal testo della fattispecie, in essa non si

In questo caso non serve che l'elemento soggettivo abbracci anche la soglia di rilevanza penale proprio perché non è al suo interno che va cercato il disvalore del reato, agendo la stessa come un "contorno" che attiene al diverso profilo della punibilità in concreto della condotta, e nemmeno si richiede in genere che sussista un legame di causalità tra il comportamento del reo e la condizione di rilevanza penale.

Sarà qui particolarmente interessante comprendere allora se il parametro quantitativo vada a definire l'elemento dell'offesa del reato, ovvero se i due aspetti siano distinti, ed in tale contesto non potrà che giocare un ruolo deciso la collocazione del profilo dell'offesa nella struttura generale del reato, tematica su cui dottrina e giurisprudenza si sono ampiamente confrontate a proposito della c.d. concezione realistica del reato.

Possiamo dire innanzitutto che, laddove il legislatore assegni alle soglie di punibilità la funzione di distinguere la liceità dall'illiceità, è opportuno ritenere che, salvo diverse indicazioni da parte del legislatore, i valori numerici siano ricompresi all'interno del fatto tipico.

In questo caso l'essenza del disvalore della fattispecie pare risiedere proprio nel superamento della soglia, per cui sarebbe inopportuno lasciare che un compito così importante sia affidato ad una condizione obiettiva di punibilità, e nemmeno l'eventuale qualifica di condizione intrinseca sembrerebbe cambiare questa valutazione, dal momento che in ogni caso il coefficiente psicologico di tipo colposo sembrerebbe insufficiente.

Per le altre ipotesi invece la risposta è meno scontata e dipende in larga misura da quale sia l'approccio alla figura giuridica delle condizioni di punibilità e in generale alla categoria stessa della punibilità, intesa come veicolo che permette l'ingresso nel diritto penale di istituti legati all'opportunità della sanzione o alla meritevolezza della pena.

Certo in un ordinamento che pone al centro della questione penalistica la responsabilità colpevole e il fine rieducativo della pena, per espressa pronuncia del suo interprete massimo, l'abuso di fattori estranei alla tipicità e non coperti dall'elemento soggettivo sembra stridere fortemente con le basi di partenza, dovendosi diversamente propendere per la qualificazione in termini di elementi costitutivi del reato di tutte quelle soglie di rilevanza penale rispetto alle quali non sia pacificamente prevista la soluzione opposta.

La volontà del legislatore sembra però andare spesso nella direzione contraria, manifestando talvolta un avvicinamento ad una funzione nuova del diritto penale, più consona in realtà al diritto amministrativo.

Attraverso questi parametri quantitativi intesi come condizioni obiettive di punibilità il legislatore sembra invocare una sorta di principio di "precauzione": posto che generalmente questa tecnica legislativa viene attuata in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo (materia commerciale, fiscale, ambientale ...) è inverosimile che gli attori che operano in tali contesti non siano consapevoli degli effetti delle condotte che compiono, per cui pare lecito esigere che questi ne abbiano il controllo evitando che determinino il superamento della soglia penale.

---

creerebbero dei vuoti ma si eliderebbe, rispetto ad un suo elemento o ad un suo settore, l'effetto specificativo dal primo prodotto".

In questo senso l'estraneità dalla colpevolezza del parametro quantitativo sarebbe in qualche modo tollerabile perché il soggetto agente sa di muoversi in un terreno "pericoloso" ed è conscio del fatto che spetta a lui parametrare la propria attività sì da contenerla entro i limiti del penalmente lecito.

Inoltre laddove le sanzioni siano costruite a piramide, cioè con un inasprimento della punizione legato alla gravità della soglia superata e con il passaggio da un diverso tipo di sanzione a quella penale, la punizione prevista per il fatto ricompreso nello scaglione precedente a quello criminale andrebbe letta come un avvertimento per il cittadino, il quale ancora una volta non potrebbe certo dirsi sorpreso dell'intervento penalistico una volta superato lo sbarramento previsto dalla disposizione, a prescindere dalla rappresentazione o meno del superamento della soglia di rilevanza.

Sintetizzando, paradossalmente la specificità dei terreni in cui di norma operano i valori quantitativi di punibilità, in genere presa in considerazione a beneficio del reo, specialmente in tema di errore, qui finirebbe per ritorcersi contro, legittimando la presenza di un fattore decisivo per punibilità avulso dai requisiti del nesso causale e dell'elemento soggettivo in virtù di questo particolare approccio precauzionale del diritto penale.

Va da sé che tale impostazione fatichi a coesistere con il sistema di garanzie previsto dal nostro ordinamento penale: per poter perseguire questo genere di finalità attraverso lo strumento penalistico sembrerebbe necessario perlomeno introdurre disposizioni *ad hoc* nella parte generale del codice, in modo da garantire che l'ingresso del principio di precauzione nel sistema penale non alteri gli equilibri complessivi del settore, e forse addirittura modificare il dettato costituzionale.

Per quanto riguarda il rapporto tra le soglie di punibilità e l'elemento dell'offesa, le posizioni prospettabili sono due: dal primo punto di vista le soglie di rilevanza penale coinciderebbero con il livello di offesa richiesto dalla legge al reato, risultando quindi preclusa ogni ulteriore valutazione del giudice sul punto; dal secondo punto di vista invece il parametro quantitativo manifesterebbero solo il momento a partire dal quale il fatto cattura l'attenzione del penalista, rimanendo intatta la possibilità di un successivo esame circa la concreta lesività della condotta.

L'opzione che accoglie l'idea dell'identità tra il profilo delle soglie penali e quello dell'offesa impone innanzitutto che entrambe si trovino nella medesima posizione all'interno della teoria generale del reato: o ambedue attinenti al fatto tipico, o entrambe al di fuori di esso in funzione di selezione del penalmente rilevante.

In questa logica la previsione di soglie di punibilità altro non sarebbe che la presa in carico del legislatore di individuare a monte il livello minimo di lesività che ritiene necessario per l'integrazione del reato o per la sua persecuzione, privilegiando le esigenze di certezza e uguale applicazione del diritto.<sup>321</sup>

---

<sup>321</sup> Come ricorda D. Falcinelli (*Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Cit., pag. 78) in fondo le soglie di punibilità "consistono [...] in affermazioni legali che estraggono dalla realtà economica o scientifica un certo frammento, e quella realtà modificano ai sensi della norma penale senza attendere la mediazione dell'interprete, così vincolato nell'esegesi del concetto"

Si può riconoscere velatamente un richiamo a quell'approccio matematizzante del diritto che tanto agognavano gli illuministi e che gli stessi hanno cercato di sviluppare attraverso lo strumento del sillogismo pratico.

Il giudice riconosce nella realtà la condotta prevista dalla fattispecie astratta; il giudice accerta che dalla stessa siano derivate determinate conseguente oggettivamente e aritmeticamente verificabili, senza dover ricorrere ad alcun potere discrezionale; il giudice applica la sanzione (qui almeno le fasce edittali rimangono).

La tesi opposta invece rifiuta l'idea che il legislatore possa stabilire a priori anche questo elemento in quanto le caratteristiche stesse dell'offesa impongono che il relativo accertamento sia lasciato per definizione nelle mani della discrezionalità giudiziale.

La legge potrebbe al massimo, attraverso l'apposizione delle soglie, indicare quali fatti non interessano per certo al giudice penale, ma la valutazione di tutto ciò che sta al di sopra di questo limite non potrebbe essere vincolata dalle prescrizioni del potere legislativo.<sup>322</sup>

Di per sé questa lettura non impone che le soglie penali e l'offesa siano posizionate diversamente nella struttura del reato, poiché si richiederebbe semplicemente che le due componenti operino in momenti diversi, tuttavia sembra più logico e coerente qui inserire i parametri quantitativi nella dimensione tipica del reato, riservando all'offesa il compito di individuare gli illeciti meritevoli della pena.

Analizzate sommarie le classificazioni più importanti che attengono alla tecnica legislativa della soglia di punibilità possiamo addentrarci ora nella complessa tematica della loro compatibilità con le clausole di esiguità del fatto, facendo tesoro degli spunti teorici finora acquisiti.

## *II. Il fatto penalmente irrilevante oltre la soglia di rilevanza penale: un ossimoro solo apparente o anche reale?*

Precisiamo fin da subito che sull'argomento in questione già hanno avuto modo di esprimersi le Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno quindi posto un primo punto fermo la cui stabilità però sarà tutta da vedere, perché la divergenza di opinioni era ed è ancora piuttosto forte.

La questione del rapporto tra l'art. 131 *bis* c.p. e i reati con soglie di punibilità va in realtà opportunamente divisa in diversi segmenti: innanzitutto occorre comprendere se sia impossibile *tout court* la coesistenza tra questi due istituti, ovvero se il problema vada diversamente posto a seconda della tipologia di soglie che vengono in gioco, ed in questo caso si dovrà analizzare quali siano i presupposti di compatibilità; in secondo luogo bisognerà volgere lo sguardo appena al di fuori degli angusti confini del diritto penale, per porre l'attenzione

---

<sup>322</sup> Sempre D. Falcinelli (*Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Cit., pag. 76) dimostra che l'introduzione di limiti numerici di punibilità "non determin[a] un fenomeno di incorporazione della soglia nel senso del divieto penale, tale da far ritenere che nella linea di confine si esaurisca la determinazione del significato precettivo capace di orientare le scelte del cittadino ed a cui l'interprete parametrizza il giudizio di illiceità penale". Superato il livello fissato dalla soglia (pag. 69) "resta comunque salva la valutazione di concreta idoneità della situazione incriminata alla produzione dell'offesa".

sulla sorte che spetti in caso si pronuncia di irrilevanza del fatto all'illecito amministrativo che talvolta accompagna la fattispecie penale nella descrizione di una risposta sanzionatoria multilivello fondata su una scala di parametri quantitativi.

Cominciando dal primo degli aspetti da attenzionare, difficile negare la propensione istintiva per una risposta che rifiuti la possibilità di applicare l'art. 131 *bis* c.p. rispetto ai reati con soglie di punibilità; cosa diversa sarà invece verificare se anche alla luce di una lucida analisi razionale tale conclusione possa essere confermata.

A impedire la compatibilità della clausola di irrilevanza del fatto con gli illeciti basati su parametri quantitativi vi sarebbe innanzitutto l'idea che così facendo si permetterebbe al giudice di sovrapporre la propria valutazione a quella già compiuta a monte dal legislatore.

In fondo laddove la legge tace l'organo giudicante può e deve considerare comunque l'offesa perpetrata dal reato sia per l'*an* della punibilità sia il *quantum* della stessa, di conseguenza la presenza di un'indicazione espressa di un valore numerico da riferire alla dimensione offensiva dell'illecito da parte del legislatore non serve tanto a permetterne l'osservazione, quanto piuttosto a indirizzarla e/o limitarla.

Se il fine della disposizione era proprio quello di arginare la discrezionalità giudiziale circa il profilo dell'offesa, per manifestare la scelta del legislatore rispetto alla tutela di quel bene giuridico, oppure per ragioni di prevedibilità e di uguaglianza del diritto, sembra scorretto e illogico ammettere che il giudice possa sovvertire questa presa di posizione esplicita sulla base di letture individualizzate della vicenda criminosa.

Questa tesi si sposa bene chiaramente con quell'orientamento che vede nelle soglie di punibilità un'esplicitazione del generico elemento dell'offesa: la regola è che l'accertamento dell'offensività del reato competa al giudice nell'esercizio dei suoi ordinari poteri valutativi, tuttavia in determinati contesti il legislatore sceglie di esplicitare questo elemento già nel disegno astratto della norma attraverso l'apposizione di precisi limiti quantitativi, e ben può farlo in quanto a lui spetta il potere/dovere delle scelte in materia penale, imponendo quindi al giudice di rispettare la decisione presa a monte nella designazione del livello di offesa richiesta dal reato.

In questa lettura la soglia di punibilità descrive l'offesa in termini di necessità ed in termini di sufficienza.

Il raggiungimento di quello specifico parametro numerico è necessario ai fini della punibilità del soggetto, perché tutto ciò che vi sta al di sotto è indifferente al diritto penale, salvo che intervenga una diversa fattispecie incriminatrice per i fatti sotto soglia.

Una volta però che il valore quantitativo sia stato raggiunto, non è permesso al giudice addentrarsi in ulteriori valutazioni per ciò che attiene al profilo dell'offesa, ed in particolare non potranno essere presi in considerazione fattori diversi da quel parametro numerico fissato dal legislatore come indice sufficiente (sussistenti gli altri requisiti del reato) ai fini dell'irrogazione della pena.

Non sarebbe qui dirimente l'obiezione per cui la valutazione di offensività della condotta deve appartenere necessariamente al giudice del caso concreto, perché in realtà l'impostazione che stiamo osservando non allontana affatto il

medesimo dal giudizio sull'offesa arrecata dal reato, ma limita semplicemente gli effetti di quest'ultimo alla quantificazione della pena, lasciando invece che ogni aspetto relativo all'*an* della sanzione rimanga nell'orbita della fattispecie astratta.

Non è certo una novità che al legislatore competa la scelta di cosa vada punito (dimensione qualitativa dell'illecito) e che al giudice spetti invece di stabilire come e quanto punirlo (dimensione quantitativa del reato), nei limiti degli strumenti messi a disposizione dal primo.

Qualora si contestasse che proprio l'introduzione delle clausole di irrilevanza del fatto in commento porterebbe a "rivedere" questa ripartizione dei ruoli, si potrebbe affermare che ciò può anche essere corretto, ma solo al di fuori delle ipotesi in cui il legislatore si sia già espressamente interessato del livello di rilevanza penale del fatto.

Le fattispecie con soglie di punibilità andrebbero viste in questa logica come ipotesi speciali e derogatorie rispetto alla funzione giudiziale di individuare il livello minimo di offensività concreta necessaria per assoggettare il reo alla pena.

Gli istituti in analisi parrebbero quindi posti in termini antitetici, poiché le soglie di punibilità, svolgendo il compito di selezionare già in via astratta le condotte rilevanti sulla base di un criterio di lesività, invece che impedire l'analisi della dimensione offensiva del reato, la prenderebbero in considerazione addirittura nel disegno della norma incriminatrice, rendendo quindi superfluo ogni approfondimento del giudice sul punto.

Chi sostiene invece la tesi opposta fa leva soprattutto sulla differenza delle valutazioni che competono al giudice rispetto a quelle compiute dal legislatore: mentre il secondo ha solo una prospettiva astratta e aprioristica, come tale limitata nella sua portata, il primo svolge un'indagine sul fatto concreto, in grado di cogliere la completezza delle sfumature che connotano la vicenda.<sup>323</sup>

In questo senso sarebbe errato affermare che le soglie di punibilità coincidono con la valutazione di concreta lesività del fatto semplicemente anticipata nella fattispecie astratta.

Trattandosi infatti di istituti e prospettive ontologicamente differenti, proprio per la diversità del punto di osservazione da cui partono, l'uno non potrebbe mai sostituire l'altro: o si accetta che possano convivere entrambi, oppure il prevalere delle soglie sulla valutazione di irrilevanza andrebbe letto come una (inopportuna) preclusione nei confronti di quest'ultimo e non come una conseguenza necessaria per evitare la duplicazione di un medesimo elemento.

Un altro argomento significativo invocato da questo orientamento consiste nella portata generalizzata dell'art. 131 *bis* c.p., i cui limiti di operatività originariamente erano legati solo alla pena edittale massima del reato per poi diversificarsi anche in chiave qualitativa a seguito dell'*iter* parlamentare, rimanendo comunque un numero chiuso da intendere in senso tassativo.

Ebbene in nessuna di queste condizioni ostative della particolare tenuità del fatto vi è alcun cenno ai reati costruiti tramite soglie di punibilità, e questo dato è ancora più rilevante alla luce del fatto che in ragione delle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari si è cercato di restringere significativamente

---

<sup>323</sup> Come afferma G. Alberti (*Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 11) "mentre le soglie di punibilità sono espressione di una valutazione che opera necessariamente su un piano astratto, il giudizio di particolare tenuità ex art. 131 bis c.p. presuppone la graduabilità in concreto dell'offesa anche in relazione a fattispecie astrattamente non bagatellari".

l'ambito applicativo dell'art. 131 *bis* c.p. introducendo talune circostanze impeditive che appaiono molto meno comprensibili rispetto ad un eventuale divieto legato ai parametri quantitativi espressi di rilevanza penale.<sup>324</sup>

L'argomento formale, o meglio il silenzio testuale, sarebbe quindi da ricondurre secondo questi autori ad una precisa scelta di non escludere l'applicazione della clausola di esiguità del fatto al cospetto dei reati con soglie di punibilità.

Tra questi due approcci "estremi" è sembrato prevalere un orientamento mediano, che distingue gli effetti delle soglie di punibilità sull'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. sulla base della diversa funzione svolta dalle medesime.

Posto infatti che i valori numerici di rilevanza penale possono operare sia come elementi costitutivi del reato, sia come componenti afferenti alla punibilità, sembra corretto che tale difformità strutturale debba riflettersi anche sulla questione della compatibilità degli stessi con l'art. 131 *bis* c.p.<sup>325</sup>

Seguendo questo orientamento "le maggiori criticità si riscontrano in presenza di soglie che hanno la funzione di definire direttamente l'offesa al bene giuridico protetto, mentre più agevole sarebbe l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. in presenza di soglie che integrino mere condizioni di punibilità".<sup>326</sup>

Se la base di partenza può essere condivisibile, altrettanto non si può dire a proposito della conclusione.

Anche ammettendo che la diversa funzione svolta dalle soglie di punibilità debba trovare riscontro nella problematica relativa alla compatibilità delle clausole di irrilevanza del fatto con questo genere di fattispecie, ci sembra che la conseguenza di questa differenziazione debba portare al risultato opposto a quello suggerito dalla tesi appena riportata.

Infatti è piuttosto chiaro che l'istituto codificato all'art. 131 *bis* c.p. attiene all'elemento della punibilità, per cui ritenere che il medesimo possa trovare applicazione (solo) quando le soglie di rilevanza penale agiscano come condizioni di punibilità sembra esattamente contraddire la base di partenza da cui si trae l'illegittimità di una preclusione a priori dell'esiguità del fatto in questo settore, cioè la diversa tipologia di valutazioni che interessa i parametri quantitativi e l'art. 131 *bis* c.p.

Se è logico sostenere che, laddove l'indicazione di un valore numerico da parte del legislatore si traduca in una componente della struttura tipica, quel valore stesso acquisisce una pregnanza molto forte, sicuramente maggiore rispetto alle ipotesi in cui agisca solo come selettore dei fatti punibili, nondimeno va riconosciuto che in tale ipotesi il piano della punibilità è spoglio da qualsiasi

---

<sup>324</sup> C. Andreuccioli (*I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 28 del 2015*, Cit., pag. 137) si dichiara stupita della mancata presa in considerazione di questa particolare tipologia di reati da parte del legislatore, non essendo mancate infatti sollecitazioni al riguardo e soprattutto una dibattuta giurisprudenza in tema nel contesto del giudizio penale onorario.

<sup>325</sup> Secondo R. Dies (*Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Cit., pag. 21) "va escluso che le c.d. soglie di punibilità costituiscano una precisa categoria unitaria all'interno del reato che svolge sempre la medesima funzione, dovendosi piuttosto ammettere che si tratta di un elemento che può variamente combinarsi con gli altri elementi della fattispecie e svolgere distinte funzioni". Da ciò discende che è "del tutto ragionevole ipotizzare differenti soluzioni anche in ragione di queste diversità".

<sup>326</sup> G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 12.

indicazione predeterminata dalla legge, per cui può facilmente farvi ingresso una valutazione di scarsa offensività dell'episodio criminoso.

Al contrario, qualora la soglia penale operi come una condizione di punibilità, malgrado il significato dell'indicatore numerico appaia meno intenso rispetto al caso precedente, qui la collocazione tecnica in cui il parametro quantitativo si trova inserito pare effettivamente togliere qualsiasi spazio di operatività all'art. 131 *bis* c.p.

Sintetizzando la lettura più corretta che si ricava scindendo le soglie di punibilità in base alla funzione svolta delle medesime sembra essere la seguente: se la differenziazione tra parametri integranti elementi costitutivi del reato e parametri riconducibili alle soglie di punibilità deriva da ragioni tecniche, poiché da una diversa qualificazione discende una differente disciplina giuridica applicabile, altrettanto tecnica deve essere la risposta data al quesito circa la possibile convivenza tra le soglie e la clausola di irrilevanza.

In tal senso poco importa la pregnanza del valore numerico in sé previsto dal legislatore poiché agli occhi dell'interprete, per quello che qui importa, il messaggio trasmesso dalla legge è veicolato più che altro dallo strumento attraverso il quale questo dato è destinato ad operare.

Vi è poi da dire che la stessa idea di dare rilevanza in tale sede alla distinzione tra soglie di punibilità come elementi del fatto tipico o filtri di punibilità non è immune da problemi.

Le obiezioni riguardano soprattutto l'assegnazione di un ruolo così importante ad una qualificazione giuridica spesso complessa o nebulosa: abbiamo già sottolineato infatti che non sempre è possibile trovare indici testuali decisivi che possano indicare la strada all'interprete (anche perché la stessa categoria della punibilità, al di là della previsione dell'art. 44 c.p. e di poche altre norme, ha un'origine per lo più dottrinale) ed anche laddove presenti non di rado il giurista sacrifica l'argomento formale per privilegiare criteri di tipo sistematico o teleologico che ritiene preminenti.

Data la difficoltà di distinguere tra le diverse funzioni della soglia, senza dimenticare che qualcuno aggiunge addirittura ulteriori distinzioni interne al valore numerico come indicatore del fatto tipico,<sup>327</sup> forse potrebbe essere più opportuno dare una soluzione unitaria alla problematica perché in fondo "sia che le si contempli in qualità di elementi costitutivi del reato [...] sia che venga loro ad assegnarsi il ruolo di condizioni di punibilità, si conviene che le soglie selezionino un fatto punibile all'esito dell'esercizio di scelte discrezionali primarie, di esclusiva spettanza legislativa".<sup>328</sup>

Come anticipato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno già avuto modo di occuparsi della tematica in esame in più di un'occasione, ma particolarmente interessante risulta la pronuncia n. 13681 del 2016 relativa al reato di guida in stato di ebbrezza, poiché in tale occasione, oltre a risolvere le dispute strettamente attinenti al caso concreto, la Suprema Corte ha anche

---

<sup>327</sup> R. Dies (*Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Cit., pag. 21) dopo aver indicato che le soglie di punibilità "anche quando sono elementi costitutivi del reato, non sempre svolgono la funzione di definire direttamente l'offesa al bene giuridico protetto", sostiene che nei casi in cui ciò non avvenga bisognerebbe applicare la medesima disciplina valida per le soglie penali intese come condizioni di punibilità.

<sup>328</sup> D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Cit., pag. 41.



cercato di dare risposte valide in generale per tutti gli illeciti caratterizzati dalla presenza di soglie di rilevanza penale nella loro fattispecie.

La Corte afferma a chiare lettere la compatibilità dei parametri quantitativi di punibilità con la clausola di esiguità, riprendendo sostanzialmente tutti gli argomenti prima indicati a sostegno di questa tesi, aggiungendone tuttavia uno piuttosto determinante.

Gli appartenenti all'orientamento opposto hanno sempre sostenuto che tanto le soglie di punibilità, quanto il giudizio di irrilevanza del fatto avrebbero a che vedere esclusivamente con il profilo dell'offesa, motivo per cui l'operare dell'uno esaurirebbe qualsiasi spazio applicativo per l'altro.

Le Sezioni Unite smontano questa obiezione affermando che la valutazione di irrilevanza del fatto sarebbe un giudizio assai più complesso rispetto a quello cristallizzato dalle soglie penali, poiché nel primo confluirebbero ulteriori componenti del reato del tutto estranee alle seconde, ad esempio le modalità della condotta e (secondo la giurisprudenza maggioritaria) l'elemento soggettivo.<sup>329</sup>

Venuta meno la perfetta coincidenza tra gli aspetti presi in considerazione dai valori numerici di rilevanza penale e dalla clausola di esiguità, ecco che allora risulterebbe illogico ed errato precludere l'operatività dell'istituto a più ampio respiro a cagione della sussistenza di quello con la prospettiva più limitata, in una sorta di ribaltamento del principio di continenza.

Allo stato dell'arte quindi il formante giurisprudenziale sembra abbracciare la tesi della compatibilità tra la valutazione ex art. 131 *bis* c.p. e le soglie di punibilità, soprattutto ragionando sulla complessità del giudizio di irrilevanza del fatto tale da imporre una prospettiva ben più allargata rispetto ai parametri numerici generalmente ancorati al solo elemento dell'offesa.

### *III. L'impatto del proscioglimento per esiguità del fatto sulle sanzioni amministrative: un potenziale ostacolo di non poco conto per l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità.*

Un problema apparentemente collaterale a quello finora affrontato riguarda la sorte che tocca alle sanzioni amministrative "simbiotiche" al reato strutturato con soglie di rilevanza penale nell'ipotesi in cui il fatto sia ritenuto specialmente tenue ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. (e si aderisca ovviamente alla tesi che ammette la sua applicabilità rispetto a tale genere di illecito penale).

Innanzitutto con l'espressione sanzioni amministrative simbiotiche facciamo globalmente riferimento a due diverse tipologie delle medesime: da un lato ci sono le sanzioni amministrative accessorie ad una condanna penale per un fatto di reato ritenuto tuttavia in concreto di scarsa offensività; dall'altro si trovano gli illeciti amministrativi che valgono per i fatti sotto soglia rispetto al reato nei confronti del quale si pone il problema dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p.

---

<sup>329</sup> Anche R. Bartoli (*La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Cit., pagg. 1734-1735) pare dello stesso avviso laddove afferma che "la previsione di soglie non è incompatibile con il giudizio di particolare tenuità del fatto perché in ogni caso da un lato è ben possibile che il superamento della soglia sia tenue, dall'altro lato, la non punibilità non deriva soltanto dal tenue superamento della soglia ma anche da una valutazione di tenuità di altre componenti del reato".

Rispetto alle prime ci si domanda se l'eventuale declaratoria di irrilevanza del fatto comporti, oltre alla rinuncia alla pena, anche una rinuncia alla sanzione amministrativa, posto che in genere quest'ultima risponde ad esigenze di general prevenzione (es. sospensione o ritiro della patente per taluni reati commessi alla guida di autoveicoli) mentre la prima è maggiormente incentrata sul profilo special preventivo.

Per quanto riguarda le seconde si pone invece un problema puramente in termini di ragionevolezza della disciplina punitiva: in presenza di un illecito multilivello, in cui si puniscono i fatti che hanno determinato un'offesa entro il parametro  $x$  con una sanzione amministrativa, mentre per quelli che hanno oltrepassato tale soglia si applica una sanzione penale, come può ammettersi che l'autore di un fatto leggermente al di sopra della soglia di rilevanza penale possa andare esente da qualsiasi punizione, quando tale "beneficio" non sarebbe stato applicabile qualora le conseguenze del fatto non avessero raggiunto il parametro  $x$ ?

Qui si può rintracciare uno dei più evidenti punti deboli della teoria che ammette l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. in presenza di reati con soglie di punibilità; per questo motivo una tematica a prima vista collaterale, in quanto afferente ad una tipologia di illecito estranea alla materia penalistica, riveste in realtà un ruolo centrale nella disputa in esame.

Partendo dal problema relativo alle sanzioni amministrative accessorie, il primo orientamento giurisprudenziale andava nel senso di escluderne la possibilità di irrogazione in presenza di una pronuncia fondata sulla particolare tenuità del fatto poiché il rapporto di accessorietà che le contraddistingue implica una dipendenza non dal mero accertamento della responsabilità penale, bensì da una vera e propria condanna per il reato commesso.

In tal senso si esigerebbe una certa unitarietà nel giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento nei confronti del fatto compiuto: o l'episodio è significativo ed allora si applicheranno sia le sanzioni penali sia quelle amministrative, oppure è da reputarsi irrisorio e come tale non meritevole di alcuna di queste sanzioni.

Un altro indice importante a favore di questa lettura consisterebbe nel fatto che, laddove la legge desidera che le sanzioni amministrative vadano applicate anche quando quelle penali vengono neutralizzate, ciò è stato previsto espressamente, motivo per cui dovrebbe trovare applicazione il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Due sono in particolare le disposizioni cui questa giurisprudenza fa riferimento.

Rispetto allo specifico ambito del reato di guida in stato di ebrezza, l'art. 186 co. 2 *quater* prevede l'irrogazione delle sanzioni amministrative anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, la quale rappresenta un'ipotesi in cui, come per l'art. 131 *bis* c.p., la distinzione classica tra assoluzione e condanna va un po' in crisi.

Se il legislatore ha avvertito la necessità di codificare questa regola (solo) per la particolare ipotesi appena descritta, ciò significa che non vi è una analoga disciplina generale valida per le altre ipotesi in cui manca una condanna in senso

pieno, o (nella prospettiva contraria) vi sia solamente la verifica formale del reato,<sup>330</sup> come accade in caso di proscioglimento per particolare tenuità del fatto.

In un'ottica generale invece è stato osservato che la normativa sull'irrelevanza penale omette di replicare quanto stabilito dal più o meno coevo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova all'art. 168 *ter* c.p.

La norma richiamata al secondo comma prevede infatti che *l'estinzione del reato non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge.*

La stretta vicinanza temporale e la (parziale) omogeneità degli obiettivi perseguiti dai due istituti spingerebbe a interpretare le differenze normative tra i medesimi come autentiche scelte del legislatore non disattendibili dal giudice nel momento dell'applicazione concreta.

La giurisprudenza più recente, guidata dalla stessa pronuncia delle Sezioni Unite prima analizzata, ha invece mutato orientamento, propendendo per un approccio permissivo rispetto alla possibilità di applicare le sanzioni amministrative accessorie in caso di fatto penalmente irrilevante.

In primo luogo si richiama il principio di autonomia dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale, in base al quale, trattandosi di rami giuridici differenti con regole e garanzie (anche costituzionali) profondamente diverse, non vi sarebbe ragione alcuna per inibire l'applicazione dell'uno in ragione di una specifica condizione preclusiva dell'altro.

In secondo luogo si sostiene che, se proprio di accessorietà delle sanzioni amministrative debba parlarsi, allora la stessa sarebbe da riferirsi non tanto alla pena, quanto piuttosto al reato: le prime dipenderebbero infatti esclusivamente dalla sussistenza di quest'ultimo, risultando ininfluyente sul punto la concreta irrogazione della sanzione criminale, in coerenza con l'approccio tradizionale della dottrina italiana che, sulla scorta della teoria tripartita dell'illecito penale, non assegna alla punibilità un ruolo interno alla struttura del reato.

I sostenitori di questa tesi infine valorizzano *a contrario* gli indici testuali invocati dalla parte avversa: le previsioni esplicite di sopravvivenza delle sanzioni amministrative, dove invece quelle penali vengono meno, non sarebbero altro che la conferma di una regola generale e residuale che governa tutte le ipotesi in cui convivono gli illeciti amministrativo e penale proprio in ragione del principio di autonomia tra i medesimi.

Dovendo esprimere un'opinione nostra sul punto ci pare che possa condividersi la tesi della permanenza delle sanzioni amministrative, tuttavia si ha l'impressione che le argomentazioni scelte finora dagli interpreti a sostegno di questa posizione non siano del tutto corrette e nemmeno le più efficaci.

In particolare l'idea di una così forte autonomia tra illecito amministrativo e reato appare un poco "datata", per non dire anacronistica, poiché, da un lato la

---

<sup>330</sup> G. Alberti (*Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131 bis c.p.? La parola alle Sezioni Unite*, Diritto penale contemporaneo, 2016, pag. 5), rielaborando i principi espressi dalle pronunce che aderiscono a questa tesi, afferma che "non vi sarebbe bisogno [...] di un'apposita previsione in tale senso qualora fosse stato sufficiente, per l'applicazione delle sanzioni accessorie, l'accertamento del fatto di reato – accertamento che è contenuto nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti – a prescindere da una formale condanna".

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha più volte avuto modo di sottolineare che la distinzione tra sanzione amministrativa e sanzione penale può essere meno netta di quello che il legislatore italiano vorrebbe imporre,<sup>331</sup> dall'altro anche sul piano interno si è avvertita l'esigenza che i diversi sistemi punitivi dell'ordinamento siano ricondotti a razionalità e che possano interagire tra loro in un senso di continuità, anziché di rigide e profonde separazioni, anche al fine di concedere maggiore spazio a meccanismi alternativi alla giustizia penale classica.

Allo stesso modo il tentativo di cercare un aggancio testuale nella disciplina dettata specificamente per altri istituti sembra in effetti una difesa abbastanza fragile, che presta il fianco, come detto, alla lettura in chiave esattamente opposta da parte di chi sostiene invece la tesi avversa, proprio in ragione del rilievo che il legislatore ben avrebbe potuto replicare il medesimo dato normativo anche per ciò che riguarda l'art. 131 *bis* c.p., ma ciò evidentemente non ha fatto.

Ciò che a nostro avviso può essere veramente dirimente per risolvere la questione delle sanzioni amministrative accessorie è la natura stessa della particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità.

In precedenza abbiamo già visto che residuano pochi dubbi ormai sulla qualifica dell'art. 131 *bis* c.p. come causa di non punibilità, seppur in una versione decisamente originale e con notevoli riflessi sulla disciplina processuale.

Ebbene una delle caratteristiche di questa categoria, a differenza ad esempio delle cause di giustificazione, è proprio quella di escludere la sanzione penale senza incidere sulla natura illecita del fatto agli occhi degli altri rami dell'ordinamento, incluso ovviamente quello amministrativo.

Non vi sarebbe quindi ragione alcuna di rintracciare disposizioni specifiche che prevedano la sopravvivenza delle sanzioni amministrative in caso di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, poiché è proprio la qualifica di tale ultimo istituto a imporre tale tipo di soluzione.

È chiaro che sarà pur diverso parlare di una sanzione amministrativa accessoria al reato piuttosto che di un fatto integrante un autonomo illecito amministrativo, tuttavia non sembra che tale difformità possa legittimare un differente trattamento relativamente alla problematica in questione.

Di altro genere è invece la tematica che riguarda la possibilità di applicare le sanzioni previste per l'illecito amministrativo integrato (meglio: integrabile) dal fatto sotto soglia qualora l'episodio concreto abbia invece determinato un lieve superamento della stessa tale da configurare sì un reato ma sufficientemente esiguo da permettere potenzialmente l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

Qui gli ostacoli sembrano decisamente più ardui poiché richiamano il principio della ragionevolezza della disciplina penale e il principio di legalità della sanzione amministrativa, i quali verrebbero, quantomeno a prima vista, frontalmente disattesi.

Secondo una lettura piuttosto condivisa sarebbe paradossale, in presenza di un fatto tenue ma sopra soglia, rinunciare alla pena lasciando quindi il reo del tutto impunito, quando invece, nell'ipotesi in cui il fatto si fosse arrestato di poco

---

<sup>331</sup> Riprendendo le parole di R. Bartoli (*La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Cit., pag. 1737) "non persuade l'idea della autonomia tra i due sistemi penale e punitivo amministrativo. Tale autonomia, infatti, risulta ormai contraddetta dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, nonché dalla giurisprudenza della Corte EDU, come anche dalla recente riforma di depenalizzazione".

al di sotto di essa, la sanzione amministrativa sarebbe stata inevitabile (e probabilmente nei valori massimi, se trattasi di una sanzione con una fascia edittale, dato che l'episodio avrebbe sfiorato il disvalore che legittima l'ingresso nella sfera penale).

A questa unità di vedute di partenza non ha però fatto seguito una uguale concordanza circa gli esiti da trarre da questa riflessione: secondo i primi orientamenti tale evidente irrazionalità avrebbe dovuto condurre alla non applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. nel contesto dei reati con soglie di punibilità, posto che il principio di legalità che governa anche la sanzione amministrativa impedirebbe la relativa applicazione rispetto ai fatti sopra soglia; diversamente gli approcci più recenti hanno sostenuto la tesi opposta, ovvero la necessità di applicare le sanzioni amministrative nel caso di proscioglimento per particolare tenuità di un fatto comunque eccedente il parametro di rilevanza penale, in virtù di una relazione "organica" tra i diversi gradi dell'illecito multilivello, come lo abbiamo finora chiamato.

La prima posizione in realtà non necessita di particolari approfondimenti.

Il principio di legalità governa anche l'illecito amministrativo, impedendo l'estensione della relativa sanzione rispetto a fatti per i quali non è espressamente comminata dalla legge.

Nel caso in esame il fatto sopra soglia non interessa al ramo amministrativo, il quale si limita a punire con il suo strumentario le condotte che si pongono al di sotto di essa, lasciando che delle altre se ne occupi il sistema penale con le relative regole.

Decisamente meno immediata è invece la posizione avversaria, la quale si fonda sull'idea che nel caso di una costruzione piramidale dell'illecito, la previsione del reato per i fatti di maggiore gravità si ponga in termini di specialità rispetto alla sanzione amministrativa e non invece in termini di esclusività.

Il reato non si sostituisce quindi all'illecito amministrativo che vale nella generalità dei casi, ma semplicemente vi si aggiunge, sicché nell'ipotesi in cui il primo venga meno per ragioni tecnicamente riconducibili solo alla disciplina penale riemerge la sanzione amministrativa sottostante non in virtù di un'applicazione analogica *in malam partem*, ma semplicemente perché viene meno quel trattamento più severo che dovrebbe altrimenti trovare attuazione.

Infatti di fronte a questa particolare tecnica di costruzione dell'illecito "la non punibilità del reato per particolare tenuità non inciderebbe [...] sulla punibilità di quello stesso fatto a titolo amministrativo; semplicemente farebbe venir meno la possibilità di applicare le pene previste per i fatti sopra soglia, consentendo di trattarli come se fossero sotto soglia e, quindi, alla stregua di un mero illecito amministrativo".<sup>332</sup>

Quest'ultima lettura è certamente molto interessante e molto "moderna" nel senso che sembra recepire le spinte attuali verso una maggiore continuità tra le diverse tipologie di illecito, in una prospettiva di diversificazione delle possibili scelte sanzionatorie a disposizione dello Stato.

Il problema però che pare ostacolarne un pieno riconoscimento è l'assenza di solidi agganci di diritto positivo tali da cambiare quell'impostazione

---

<sup>332</sup> G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, Diritto Penale e Processo, 2016, 6, pagg. 782 ss.

“separatista” tra le varie tipologie di sanzione che di fatto è imposta dalle nostre fonti normative, inclusa la Costituzione (nel momento in cui tratta in maniera nettamente differenziata il reato rispetto alle altre forme di illecito).

L'impressione è che questo orientamento vada apprezzato per la finalità che persegue, ma che per il momento debba ancora attendere un intervento forte del legislatore in una normativa a carattere generale che legittimi questa impostazione “rivoluzionaria”, speranza forse non meramente utopistica dato che la recente opera di depenalizzazione sembra essere andata nella medesima direzione.

Va detto per completezza che una diversa prospettiva *de iure condendo* augura invece al contrario l'introduzione di una clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto anche per l'illecito amministrativo, in modo da avere quantomeno una norma che si preoccupi del problema, anche se verosimilmente pure in tale eventualità sarà importante il coordinamento operato dalla giurisprudenza sul punto.<sup>333</sup>

A tal proposito non è neppure fantasiosa la possibilità che venga richiesta alla Consulta una pronuncia additiva di tale portata, qualora la frizione all'interno del formante giurisprudenziale dovesse in ipotesi divenire insostenibile, tanto da necessitare ad ogni costo un intervento risolutore, anche se tale prospettiva sembra poco sostenibile, portandosi dietro un forte dubbio di invasione nella discrezionalità del legislatore.

Un ultimo aspetto rilevante nell'ipotesi di sanzioni amministrative relative ad un fatto di reato esiguo riguarda l'individuazione di chi possa concretamente irrogarle.

Inizialmente si riteneva che il giudice potesse applicare direttamente le sanzioni amministrative in tale ipotesi, ma poi a seguito delle sentenze 13681 e 13682 del 2016 delle Sezioni Unite l'orientamento è cambiato nel senso che tale compito spetterebbe alle competenti autorità amministrative, in coerenza con la disciplina valida per la prescrizione, la quale viene presa come esempio di una disciplina generale che riguarda tutte le evenienze in cui pur a fronte di una responsabilità penale accertata o accertabile siano assenti una condanna o un proscioglimento nel merito in senso pieno.<sup>334</sup>

### ***b) Le problematiche di diritto intertemporale: la particolare tenuità del fatto tra lex mitior e abrogatio criminis.***

L'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. non è stata sorprendentemente accompagnata da una disciplina transitoria *ad hoc* volta a regolare il rapporto tra il nuovo istituto e i procedimenti penali ancora in corso oppure già esauritisi.

Gli interpreti si sono così trovati a sopperire a questa lacuna e hanno condotto tale riflessione partendo dalla natura dell'istituto in commento, per

---

<sup>333</sup> “Vi è chi auspica, in presenza di fattispecie che possono dar luogo all'ipotesi in esame, l'introduzione di una disposizione [...] che escluda anche la sanzione amministrativa in presenza di fatti che non costituiscono reato ma sono previsti come illecito amministrativo, e siano di particolare tenuità”. G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 12.

<sup>334</sup> Si veda in argomento R. Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Cit., pag. 1734 (relativamente all'impostazione più risalente) e 1736 (per la tesi accolta dalle Sezioni Unite).

valutare la possibilità di rintracciare proprio nella stessa una risposta soddisfacente.

Secondo l'orientamento maggioritario infatti è determinante a tale proposito la qualificazione della clausola di irrilevanza del fatto come causa di non punibilità in senso stretto, cioè come figura attinente al diritto sostanziale, in quanto tale capace di esplicitare i propri effetti anche rispetto ai fatti pregressi data la produzione di conseguenze favorevoli al reo rispetto all'assetto precedente.<sup>335</sup>

In caso contrario la configurazione processuale avrebbe impedito questa retroazione dell'art. 131 *bis* c.p., anche se qualche autore ritiene comunque indifferente tale diversa qualifica poiché l'evoluzione del dibattito in argomento avrebbe ormai avvicinato il trattamento degli istituti sostanziali e processuali relativamente alle dinamiche intertemporali, nella consapevolezza che anche il mutamento di aspetti attinenti al rito può incidere fortemente sulla posizione dell'imputato o indagato.<sup>336</sup>

Si scorge anche la timida voce di chi, indipendentemente dalla qualifica in senso sostanziale o processuale dell'istituto, poggiandosi sulle esigenze deflattive che hanno storicamente determinato il successo di questa riforma, ha rammentato come le stesse non possano essere raggiunte (almeno nella loro massima potenzialità, cioè direttamente tramite l'archiviazione) nei confronti di episodi per cui è già stata promossa l'azione penale, rispetto ai quali non vi sarebbe quindi ragione per assicurare efficacia retroattiva alla clausola in esame, non essendo più ottenibile quel vantaggio in virtù del quale era concesso il premio dell'impunità.<sup>337</sup>

Tuttavia non si può dimenticare che l'art. 131 *bis* c.p. si fonda anche su solide *rationes* di tipo sostanziale, nell'ottica quindi di un bisogno di pena (assente) che nulla ha a che vedere con la considerazione appena riportata, ricordando tra l'altro che è comunque possibile uno snellimento del contenzioso penalistico pure se è già stato avviato il processo, specialmente se si disconosce la necessità di accertamenti psicologici per la valutazione di esiguità del fatto.

---

<sup>335</sup> Questa è la posizione tra gli altri di C. F. Grosso (*La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Diritto penale e processo, 2015, 5, pagg. 517 e ss.) secondo il quale "l'opzione sostanzialistica [...] comporta automaticamente che, nell'assenza di una disciplina di diritto transitorio, nei suoi confronti trovi comunque applicazione il principio di retroattività della legge più favorevole stabilito dall'art. 2, comma 4, c.p.".

<sup>336</sup> È dello stesso avviso C. Santoriello (*La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Cit., pag. 123) il quale riprende a tal proposito una pronuncia della Cassazione (Terza Sezione, 1997, Frualdo) che si esprime nei seguenti termini: "il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo opera non soltanto al fine di individuare la norma di diritto sostanziale applicabile al caso concreto, ma anche in ordine al regime della procedibilità che inerisce alla fattispecie dato che è inscindibilmente legata al fatto come qualificato dal diritto".

<sup>337</sup> Una volta arrivati all'ingresso del giudizio penale vero e proprio, la possibilità di prosciogliere per irrilevanza del fatto non incide più sul carico di lavoro della macchina giudiziaria, poiché richiede comunque una completa analisi del merito della vicenda criminosa. Ovviamente la bontà di tale assunto è direttamente proporzionale allo spazio di discrezionalità lasciato al giudice (si ricordi ad esempio il problema relativo alla natura enunciativa o tassativa delle ipotesi di abitualità espressa del comportamento) e agli elementi ricondotti nello spettro della sua valutazione (si veda la questione della dimensione soggettiva del reato e delle condotte susseguenti ad esso).

Si segnala comunque fin d'ora che l'impossibilità di recuperare un vantaggio deflattivo avrà ripercussioni più importanti qualora l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. venga sollevata per la prima volta nel giudizio di Cassazione.

Riconoscere l'operatività dell'irrelevanza del fatto anche per i fatti pregressi in quanto disciplina più vantaggiosa per il reo significa inquadrala all'interno dell'art. 2 c.p., il quale si occupa per definizione della *Successione delle leggi penali nel tempo*.

A questo punto però i dubbi si infittiscono poiché bisogna decidere se la tematica vada ricondotta al secondo comma, in cui trova spazio il regime valido in caso di abrogazione del reato, oppure al quarto comma, riferito alle ipotesi in cui la disciplina successiva è "migliore" della precedente per il reo, pur senza elidere del tutto la rilevanza penale del fatto.

Anche in questo caso dobbiamo distinguere tra una posizione prevalente e una minoritaria.

Ha finora nettamente dominato l'idea che l'introduzione del fatto penalmente esiguo non possa scalfire il giudicato penale precedentemente formatosi, limitando quindi la portata di questa *lex mitior* ai fatti pregressi *sub iudice* o comunque su cui ancora non sia calato un accertamento definitivo.

In fondo questa è la soluzione comunemente adottata in materia di (nuove) cause di non punibilità, dal momento che è nella definizione stessa di questa categoria la permanenza dell'illiceità penale del fatto pur a fronte di una opportunistica rinuncia alla pena, in coerenza tra l'altro con il regime applicato per le cause di estinzione del reato.

L'art. 651 *bis* c.p.p., introdotto in attuazione della delega ad adeguare la disciplina processuale alla introducenda causa di non punibilità contenuta sempre nella legge 67 del 2014, sarebbe la conferma che il reato rimane tale pur a seguito della declaratoria di non punibilità, valendo addirittura la sentenza dibattimentale applicativa dell'art. 131 *bis* c.p. come verifica incontrovertibile *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*.

A nulla varrebbe in senso contrario l'etichetta di "depenalizzazione in concreto" comunemente utilizzata per descrivere l'intervento normativo in commento.

Tale formula è infatti meramente evocativa e simbolica,<sup>338</sup> non potendosi pretendere che per la medesima valgano le regole usualmente applicate per la depenalizzazione vera e propria (per converso definita "in astratto"), la quale impone invece la cancellazione del fatto come reato e di conseguenza la sua contrarietà alle norme penali.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> O. Di Giovine (*La particolare tenuità del fatto e la ragionevole tutela del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, Cassazione penale, 2016, 2, pag. 816) descrive l'espressione "depenalizzazione in concreto" come un ossimoro dal momento che "la trasformazione o il venir meno dell'illiceità di un fatto è scelta legislativa che non compete al giudice".

<sup>339</sup> Come ricorda P. Avitto (*La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: soglie di punibilità, reati tributari e profili successori*, Cit., pag. 11) "la causa di non punibilità, fondata su



Qualche autore<sup>340</sup> segnala che il legislatore ben avrebbe potuto limitare ulteriormente l'efficacia nel passato della figura di non punibilità in questione, impedendone l'operatività non solo rispetto ai precedenti fatti già oggetto di accertamento definitivo, ma anche rispetto agli altri episodi pregressi o ad alcuni di essi, riguardando il tema alla retroattività della *lex mitior*, profilo su cui la Costituzione tace a differenza dell'irretroattività della disciplina sfavorevole.

Nemmeno la normativa CEDU e la relativa giurisprudenza avrebbero potuto precludere tale potere del legislatore, secondo questa ricostruzione, in quanto l'attenzione sovranazionale alla retroazione della legge più favorevole sarebbe confinata alla definizione dell'illecito penale e della relativa sanzione, non trovandosi corrispondenza quindi rispetto ai casi ricompresi nel quadro dell'art. 2 co. 4 c.p.<sup>341</sup>

Il silenzio della legge in argomento tuttavia indurrebbe ad applicare la disciplina ordinaria valevole per le cause di non punibilità in senso stretto, *ergo* la regola della retroattività della legge più favorevole con il solo limite del giudicato.

La posizione avversa, ritenendo ovviamente non dirimenti le considerazioni appena proposte, sostiene la tesi per cui l'art. 131 *bis* c.p. operi in realtà rispetto al passato come vera e propria *abolitio criminis*, con la conseguenza quindi di poter infrangere l'efficacia dei precedenti accertamenti definitivi.

Innanzitutto si afferma che la distanza concettuale tra depenalizzazione in astratto e depenalizzazione in concreto va scemando fortemente se si passi da un'osservazione puramente astratta e concettuale ad un'analisi concreta e prasseologica del fenomeno.

L'interpretazione che la giurisprudenza da anni dà all'istituto dell'abrogazione del reato sarebbe molto meno assoluta di quello che i sostenitori della tesi opposta vorrebbero far credere e comprenderebbe ipotesi che possono esservi incluse solo aderendo ad una lettura lata dello stesso, indirizzata a valutare la permanenza o meno di un più generico giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento penale rispetto a quell'episodio.<sup>342</sup>

---

valutazioni concrete, strettamente legate al caso che di volta in volta il giudice si trova di fronte, non consent[er]e la sua assimilazione ad una *abolitio criminis*, che invece opera esclusivamente sul piano astratto”.

<sup>340</sup> Secondo L. Puccetti (*Non punibilità per particolare tenuità del fatto: natura sostanziale e applicazione retroattiva ai procedimenti in corso*, Processo penale e giustizia, 2015, 5, pag. 74) il legislatore non solo “avrebbe potuto prevedere una disciplina transitoria dell'art. 131-bis c.p. anche in deroga all'art. 2, comma 4”, ma avrebbe addirittura avuto buoni motivi per farlo in quanto “l'esigenza deflattiva che sta alla base dell'istituto introdotto dall'art. 131-bis c.p. avrebbe potuto giustificare un'eccezione alla regola della retroattività della *lex mitior*”

<sup>341</sup> L. Puccetti, (*Non punibilità per particolare tenuità del fatto: natura sostanziale e applicazione retroattiva ai procedimenti in corso*, Cit., pag. 73), riprendendo la giurisprudenza costituzionale, afferma che “il principio di retroattività della *lex mitior* così come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte e.d.u. in materia di art. 7 Cedu, concerne le sole disposizioni che definiscono i reati e le pene e non coincide quindi con quello che nel nostro ordinamento è regolato dall'art. 2, comma 4, posto che quest'ultimo riguarda qualsiasi modifica *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa”.

<sup>342</sup> R. Dies (*Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Cit., pagg. 16-17) insiste in particolar modo su questo rilievo, evidenziando “una certa tendenza giurisprudenziale ad incrementare i casi di *abolitio criminis*, specie nei casi di riformulazione della fattispecie e di abolizione parziale, proprio al dichiarato fine di permettere la revoca delle sentenze passate, ben oltre i rigidi confini imposti dal confronto strutturale tra fattispecie e, nella sostanza,

Sarebbe inoltre decisivo per il dubbio in questione il confronto con il terzo comma dell'art. 2 c.p.: tale norma infatti prevede che il giudicato di condanna ad una pena detentiva debba cadere di fronte a una modifica normativa che prevede un semplice pena pecuniaria per il medesimo reato.

Se è ammessa la possibilità di travalicare il giudicato in presenza di una novella che si limiti a cambiare la tipologia della sanzione, a maggior ragione lo stesso dovrà valere quando la nuova disciplina consenta di mettere in discussione direttamente l'*an* della punizione.<sup>343</sup>

Inoltre vi sarebbero anche argomenti in tal senso derivanti direttamente dalla teoria generale dell'illecito penale, in quanto "si potrebbe giungere alla medesima soluzione rispolverando la teoria della natura quadripartita del reato (se viene meno la pena, non c'è più reato)".<sup>344</sup>

L'approccio più forte rispetto alla tematica sarebbe quindi quello di includere direttamente l'ipotesi dell'art. 131 *bis* c.p. nel dettato dell'art. 2 c.p. allargando il significato di "abrogazione" del reato.

A fianco di questa posizione se ne individuano altre due che mirano allo stesso risultato pratico, ma attraverso percorsi leggermente differenti.

Vi sono autori che ritengono eccessiva l'opzione di forzare il concetto di *abolitio criminis* fino a ricondurvi anche la (sopravvenuta) irrilevanza del fatto, poiché in tal senso il giurista si troverebbe a riscrivere la norma più che a interpretarla.

L'applicabilità dell'art. 2 co. 2 c.p. secondo questo orientamento discenderebbe piuttosto da un'operazione di trasposizione analogica, chiaramente *in bonam partem*, della medesima disciplina per l'ipotesi del fatto particolarmente tenue, ritenuta analoga nella sostanza ma nondimeno formalmente differente dalla prima.

Pur essendo molto delicato lo strumento dell'analogia nella materia penalistica qui ricorrerebbero tutti i requisiti del caso: l'identità di *ratio* tra depenalizzazione in astratto e depenalizzazione in concreto si evincerebbe già dal concorde utilizzo di tali etichette, mentre il divieto di estensione analogica delle "leggi penali" contenuto nell'art. 14 delle c.d. Preleggi farebbe riferimento solo alle norme incriminatrici.

A ciò si aggiunga che la natura intrinsecamente concreta della valutazione richiesta dall'art. 131 *bis* c.p. non sarebbe sufficiente a ostacolare tale ricostruzione, nel senso di un forte pericolo di disuguaglianze pratiche, poiché in ogni caso tale giudizio si fonda su una norma generale contenente parametri applicativi analitici.

---

sulla base di giudizi di valore. È insomma la stessa nozione di *abolitio criminis* a presentarsi meno univocamente definita di quanto non sembri a prima vista".

<sup>343</sup> Secondo tale orientamento emergerebbero "dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza in ordine all'art. 2 c.p., sorti dopo la riforma introdotta dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85, a causa del fatto che nel nuovo III comma è previsto il superamento del giudicato nel caso di condanna a pena detentiva per reato che successivamente sia punito con la sola pena pecuniaria, mentre tale effetto continua ad essere vietato per le altre ipotesi di successione di leggi penali favorevoli preiste nel IV comma". M. L. Ferrante, *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 6.

<sup>344</sup> O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto e la ragionevole tutela del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, Cit., pag. 816.

A completamento di questa proposta si esige che la medesima operazione analogica sia condotta anche rispetto all'art. 673 c.p.p., cioè la revoca della sentenza per abolizione dell'illecito, la quale fa esplicito riferimento all'ipotesi in cui la modifica normativa (o la pronuncia di illegittimità costituzionale) determini la cessazione della natura penalmente illecita del fatto, mentre l'art. 131 *bis* c.p. si limita a rinunciare alla sanzione.<sup>345</sup>

Si oppone a questa lettura chi ritiene invece che la diversità tra i due tipi di depenalizzazione sia tale da bloccare qualsiasi tentativo di intravedervi quel contenuto simile che giustifica il ricorso all'analogia *in bonam partem*.

Ciononostante, secondo questa linea, l'irrazionale disparità di disciplina tra l'ipotesi del subingresso dell'esiguità del fatto e quella del mutamento della pena da detentiva a pecuniaria indurrebbe a chiamare in causa la Corte Costituzionale, così da stabilire con una sentenza additiva l'estensione della disciplina dell'*abolitio criminis* alla situazione in analisi, senza dover (/poter) passare attraverso gli ostacoli posti da un'applicazione analogica della relativa normativa.

A nostro avviso quest'ultima tesi sembra la più fondata delle tre, poiché maggiormente rispettosa del dato testuale (pur pretendendone una correzione espressa da parte della Consulta) che diversamente verrebbe letteralmente stratonato dall'interprete oltre il limite consentito; tuttavia l'esito dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale invocato potrebbe risultare meno scontato delle apparenze.

La difficoltà a ritenere omologhe le situazioni della sopravvenuta irrilevanza del fatto e quella cui fa riferimento l'art. 2 co. 3 c.p. sarebbero in realtà piuttosto forti.

È certamente vero che l'esclusione *tout court* della pena fornisce un vantaggio al reo ben maggiore rispetto al mutamento del genere della stessa, ed altrettanto condivisibile è l'affermazione per cui il principio del *favor rei* imporrebbe che laddove si consenta di indebolire l'efficacia del giudicato a fronte del passaggio alla pena pecuniaria (cioè l'ipotesi meno vantaggiosa) lo stesso dovrebbe valere a maggior ragione quando venga meno in radice l'irrogazione della sanzione (cioè l'ipotesi più vantaggiosa),<sup>346</sup> il problema tuttavia risiede nel fatto che il *modus operandi* di questi due miglioramenti di disciplina è profondamente differente.

La situazione presa in considerazione dall'art. 2 co. 3 c.p. fa riferimento ad un contesto in cui la mitigazione della pena opera in modo "matematico", non nel senso quantitativo della misura della sanzione, ma nella dimensione automatica e generalizzata della sua efficacia.

---

<sup>345</sup> Secondo taluni autori tuttavia non sarebbe possibile estendere analogicamente la portata dell'art. 673 c.p.p. in quanto disposizione di natura eccezionale. Si veda al riguardo R. Dies (*Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Cit., pag. 17) il quale aggiunge inoltre che "il giudice dell'esecuzione non potrebbe esprimere quelle incisive valutazioni di merito in ordine al fatto essenziali per il riconoscimento della nuova causa di non punibilità".

<sup>346</sup> "Difficilmente comprensibile, in effetti, appare una disciplina che imponga il superamento del giudicato quando si tratti di sostituire una pena detentiva con una pena pecuniaria, mentre mantenga fermo quel limite quando [...] la pena detentiva in ipotesi comminata col giudicato, dovesse essere cancellata del tutto". R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Cit., pag. 15.

La valutazione di cui all'art. 131 *bis* c.p., benché fondata su una norma di portata "generale" (al di là della sua qualifica in termini ordinari o straordinari su cui già ci siamo dilungati), è guidata da parametri che poggiano in misura considerevole sulla discrezionalità giudiziale (quindi viene meno l'automatismo nell'applicazione) e impongono un'analisi strettamente individualizzata e contingente della vicenda criminosa (di conseguenza manca l'efficacia generalizzata).

Da ciò discende a nostro avviso la difficoltà di sostenere l'irrazionale disparità di trattamento tra le due ipotesi in questione, appunto per l'assenza di quell'identità della situazione sullo sfondo che permetterebbe questo giudizio di comparazione.

Laddove la Consulta dovesse nondimeno (inaspettatamente) ritenere inaccettabile l'impossibilità di applicare l'irrelevanza del fatto ai fatti già oggetto di condanna passata in giudicato, sarebbe allora più onesto affrontare la questione "di petto" equiparando la depenalizzazione in concreto alla depenalizzazione in astratto, invocando di conseguenza direttamente l'art. 2 c.p., anche se a nostro modo di vedere non soccorrono gli estremi neppure (o meglio: a maggior ragione) per questa conclusione.<sup>347</sup>

In talune occasioni si è posto il problema diametralmente opposto a quello appena osservato, cioè l'ipotesi in cui dopo l'attuazione della depenalizzazione in concreto (applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. e conseguente rinuncia alla sanzione con pronunciata passata in giudicato) si sia verificata la depenalizzazione in astratto in uno dei casi interessati dall'intervento di inizio 2016.

In questo caso sussistono pochi dubbi sul fatto che la precedente pronuncia, quand'anche divenuta definitiva, debba lasciare il posto alla nuova disciplina, in quanto il proscioglimento per assenza di un reato è molto più vantaggioso per il soggetto coinvolto rispetto alla declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la quale anzi implica un accertamento (pieno o "sommario" a seconda della fase procedimentale in cui interviene) della responsabilità penale del reo ed ha potenziali effetti negativi *pro futuro*.

L'unica questione di un certo rilievo qui attiene ancora una volta all'inadeguatezza del dato testuale della revoca della sentenza (art. 673 c.p.p.) la quale, se in precedenza aveva colto la nostra attenzione perché limitata all'ipotesi in cui il fatto non è più previsto come reato, qui interessa perché permette la revoca solo di sentenze di condanna o di decreti penali, nonché di pronunce che accertino l'estinzione del reato o la mancanza di imputabilità.

Il quesito si ripropone, *mutatis mutandis*, nelle stesse condizioni in cui si era proposto in precedenza: si può ricorrere all'analogia in *bonam partem* o è necessario passare per il "crisma" della Corte Costituzionale?

All'identità della problematica corrisponde grosso modo la medesimezza delle possibili soluzioni, nonché gli stessi punti di forza e di debolezza, con un paio di precisazioni.

---

<sup>347</sup> Sostanzialmente d'accordo con la necessità di assimilare la *lex mitior* e l'*abrogatio criminis* sul versante della retroattività di disciplina è G. L. Gatta (*La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e il limite del giudicato*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015) secondo cui il vincolo posto dall'art. 2 co. 4 rappresenta un "limite della cui ragionevolezza [...] è lecito dubitare".

Innanzitutto, se prima avevamo mostrato perplessità sul possibile esito positivo di un eventuale sindacato di costituzionalità nei termini suindicati, qui ci professiamo decisamente inclini ad un risultato di questo tipo, faticandosi a rinvenire argomenti contrari in tale diverso contesto.

In secondo luogo, qui può forse rintracciarsi un argomento in più a favore dello strumento analogico, o comunque della soluzione puramente ermeneutica della questione.

In relazione al primo comma dell'art. 673 c.p.p. la declaratoria di irrilevanza del fatto può rappresentare a tutti gli effetti una "sentenza di condanna" senza irrogazione della pena, non in virtù di un'acrobatica ricostruzione interpretativa, bensì per l'espressa scelta del legislatore tradotta nell'art. 651 *bis* c.p.p., nonché nella disciplina della rilevanza *pro futuro* dei precedenti provvedimenti di archiviazione fondati sull'art. 131 *bis* c.p.p., almeno stando all'interpretazione dominante in materia.<sup>348</sup>

Il tutto sta ovviamente nel comprendere se il nucleo della sentenza di condanna stia nell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, ovvero se lo stesso contenga anche in via necessaria l'applicazione di una sanzione penale.

Rispetto al secondo comma della disposizione invocata invece sembra doversi leggere l'istituto della revoca come una figura che, a prescindere dalle specifiche tipologie di pronuncia ivi indicate, "permette di adeguare, di volta in volta, l'esecuzione del comando originario, divenuta iniqua per l'intervenuto mutamento del diritto, alle nuove esigenze di giustizia sopravvenute, assicurando così il rispetto non solo del principio di legalità, ma anche di quello di meritevolezza/proporzionalità della pena".<sup>349</sup>

Un ultimo profilo di interesse in relazione alla dimensione intertemporale dell'irrilevanza del fatto sfocia evidentemente in tematiche di natura processuale e concerne la sua applicabilità direttamente nel giudizio di Cassazione.

Senza dilungarci eccessivamente su nozioni già note e su questioni che non interessano direttamente a questo scritto, è risaputo che il giudizio di Cassazione è un'impugnazione di pura legittimità nella quale al Supremo Collegio è chiesto di valutare la possibile ingiustizia della sentenza impugnata in relazione agli specifici vizi sollevati, rinvenibili in un catalogo tassativamente previsto *ex lege*, e nel quale è preclusa una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, rispetto al quale (di norma) ogni giudizio si deve esaurire entro i confini della giurisdizione di merito.

Ci si chiede allora se possa trovare spazio l'irrilevanza del fatto direttamente in tale grado di giudizio, posto che, anche laddove la Cassazione ravvisi il

---

<sup>348</sup> Sembra collocarsi sostanzialmente sulla stessa lunghezza d'onda anche C. Moscardini (*Sulla possibilità di revocare per sopravvenuta abolitio criminis le sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto passate in giudicato*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016) secondo la quale "risulta evidente come la possibilità di revoca non sia limitata alle sole sentenze di condanna di cui all'art. 533 c.p.p., ma sia estesa più in generale a quelle tipologie di pronunce che finiscono comunque per produrre effetti pregiudizievoli a carico dell'imputato".

Ancora più chiara la posizione di R. Borsari (*La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, Cit., pag. 6) il quale ritiene "la declaratoria di particolare tenuità del fatto per molti versi assimilabile alla condanna, recandone in parte gli stigmi".

<sup>349</sup> C. Moscardini, *Sulla possibilità di revocare per sopravvenuta abolitio criminis le sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto passate in giudicato*, Cit.

“sospetto” di un fatto particolarmente tenue, sarà tenuta ad annullare la decisione di condanna con rinvio degli atti al giudice di merito, essendole preclusa la cognizione del dettaglio fattuale della vicenda su cui si fonda l'intero istituto in questione.<sup>350</sup>

Taluno ha sottolineato che in questo caso i costi processuali di tale opzione sarebbero decisamente troppo alti dal momento che si tratta per definizione di un fatto penalmente irrisorio e che la non irrogazione della sanzione sembra corrispondere più ad una scelta opportunistica dell'ordinamento che ad una vera e propria garanzia per l'imputato.

Forse anche per salvaguardare le esigenze deflative che sottostanno all'istituto in questione, sono emersi orientamenti giurisprudenziali che spingono per una decisione sull'applicazione dell'irrelevanza del fatto direttamente in sede di legittimità, specialmente se di ordine negativo.

La Cassazione ha talvolta affermato infatti che il giudice di legittimità, laddove riconosca l'assenza delle condizioni astratte per l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p., sarebbe tenuto a negare direttamente la causa di non punibilità in questione senza la necessità di ritornare dal giudice di merito.

Fino a che l'indagine del Supremo collegio sia limitata ad esempio alla pena edittale richiesta per l'applicabilità dell'istituto la situazione sembra ragionevole, mentre più delicata si fa la valutazione quando si permetta alla Cassazione di addivenire al medesimo risultato sulla base però di un giudizio che è già penetrato nel merito della vicenda criminosa.

In alcune sentenze infatti si afferma che l'irrogazione della pena in misura differente dal minimo edittale nella sentenza impugnata, oppure la mancata concessione delle attenuanti generiche nella medesima, dovrebbero far presumere l'impossibilità di riconoscere la particolare tenuità del fatto al giudice del merito, quindi, nell'ottica di snellire e velocizzare il processo penale, tanto varrebbe rigettare il vizio contestato già nel giudizio di Cassazione.<sup>351</sup>

Allo stesso modo, seguendo questa linea, si potrebbe sostenere che al contrario, qualora la sanzione inflitta sia limitrofa al confine inferiore delle fasce previste dalla norma incriminatrice, la Corte potrebbe applicare la clausola di

---

<sup>350</sup> “È da dubitarsi che la particolare tenuità del fatto possa essere direttamente dichiarata dalla Corte di Cassazione, dovendo invece comportare l'annullamento con rinvio al giudice di merito per la relativa declaratoria. Con conseguenze pratiche che evidentemente vanificano quelle ragioni di economia processuale che stanno alla base del nuovo istituto”. L. Puccetti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto: natura sostanziale e applicazione retroattiva ai procedimenti in corso*, Cit., pag. 74.

<sup>351</sup> Anche R. Bartoli (*L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 659 ss) riprende, criticandolo, questo primo approccio della giurisprudenza di legittimità. Secondo il Supremo Collegio infatti “oltre ad effettuare un giudizio in astratto in positivo, si può compiere anche un giudizio, sempre in astratto, ma in negativo, riscontrando eventuali elementi che comportano una sicura negazione della tenuità. A questa affermazione di principio di per sé plausibile, tuttavia segue una applicazione non condivisibile, visto che si esclude l'esistenza degli indici di particolare tenuità, facendo leva sul fatto che la pena è stata irrogata in misura superiore al minimo e che non sono state riconosciute circostanze attenuanti generiche”.

Sembra invece più vicina a questa posizione giurisprudenziale O. Di Giovine (*La particolare tenuità del fatto e la ragionevole tutela del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, Cit., pag. 816) secondo la quale “se la statuizione è forse criticabile in linea di principio, essa è realisticamente utile alla tenuta del sistema”.

irrilevanza del fatto, accertata l'insussistenza delle varie ipotesi ostative previste dall'art. 131 *bis* c.p., senza la necessità di annullare con rinvio al giudice di merito.

Si andrebbe svelando in tal senso un approccio al giudizio di Cassazione, come sindacato di diritto, ma anche del fatto limitatamente a quanto già emerso e considerato dai giudici di merito intervenuti nei gradi precedenti: in definitiva al Supremo Collegio non sarebbe preclusa l'espressione di valutazioni sul fatto, ma piuttosto l'acquisizione di nuovo materiale probatorio e la proposta di letture differenti da quelle rintracciabili nella sentenza impugnata, ben potendo invece formulare giudizi nel merito basati sul fatto così come ricostruito nella pronuncia medesima.

Queste conclusioni non sembrano a nostro avviso degne di accoglimento.

Al di là della delicata questione del riparto dei compiti tra giudici del merito e giudice di legittimità su cui non ci intratterremo, pare errata proprio la pretesa di equiparare automaticamente l'applicazione di una sanzione al livello minimo possibile, intervenuta prima del d.lgs. 28 del 2015, con lo spazio operativo oggi assegnato all'esiguità del fatto.

Abbiamo già avuto occasione di sottolineare la diversità che corre tra gli indici di commisurazione della pena e i parametri per il riconoscimento dell'irrilevanza penale, che pure rimandano ai primi, ma solo in parte.<sup>352</sup>

È chiaro che questa nostra obiezione sarà tanto più forte quanto più sarà "essenziale" l'interpretazione che si affermerà a proposito dei requisiti che influiscono sulla valutazione richiesta dall'art. 131 *bis* c.p. nei punti di incertezza che questa disposizione lascia.

Laddove invece si ritenga che al suo interno confluiscono tanto l'elemento soggettivo quanto le condotte susseguenti al reato e che il requisito della non abitudine goda di una definizione autonoma e ulteriore rispetto alle tre ipotesi espresse del terzo comma, ecco che allora sarebbe difficile trovare differenze effettive tra il contenuto dell'art. 133 c.p. e quello dell'art. 131 *bis* c.p., per cui a buon ragione si potrebbe sostenere l'equiparazione tra pena irrogata al minimo prima del 2015 e particolare tenuità del fatto attuale.

### ***c) Il fatto penalmente irrilevante al cospetto del reato soggettivamente complesso: l'art. 131 bis c.p. è comunicabile ai correi?***

Il reato plurisoggettivo pone da sempre la necessità di adattare o rivedere gli istituti generalmente validi per l'illecito monosoggettivo, in quanto la pluralità delle persone coinvolte comporta conseguenze notevoli per la determinazione la quantificazione della responsabilità penale, e non fa certo eccezione l'istituto dell'irrilevanza del fatto.

---

<sup>352</sup> Anche noi qualche pagina addietro, nell'ambito del trattamento da riversare al delitto tentato rispetto all'art. 131 *bis* c.p., abbiamo utilizzato l'argomento della similarità tra le condizioni fattuali che portano all'infrazione di una pena al minimo livello possibile e quelle che possono legittimare l'applicazione dell'irrilevanza del fatto, ma si badi che in tale occasione questa operazione era stata riservata ad una valutazione preliminare e astratta (il *quantum* di pena da scomputare alla fascia edittale massima in caso di tentativo), la quale avrebbe poi dovuto trovare conferma nell'analisi concreta della vicenda, mentre qui la medesima considerazione varrebbe già ai fini di concedere o negare in automatico l'esimente in discorso.

Due sono in particolare le direttrici secondo cui occorrerà muovere le nostre riflessioni su questa tematica: la prima riprende quella tesi già accennata in precedenza secondo cui il divieto di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. nell'ipotesi di reati caratterizzati da condotte plurime, abituali e reiterate valga ad impedirne il riconoscimento relativamente al reato plurisoggettivo; la seconda, che deriva necessariamente da una valutazione negativa della prima, riguarda invece la comunicabilità o meno dell'irrelevanza del fatto ai correi, la quale dipende, come imposto dall'art. 119 c.p., dall'anima oggettiva o soggettiva della causa di non punibilità in commento.

Rispetto al primo angolo visuale bisogna in realtà semplicemente precisare quanto indicato in precedenza.

Poco senso avrebbe precludere a priori il ricorso all'art. 131 *bis* c.p. in caso di concorso di persone nel reato, poiché il parametro dell'abitudine, che il concetto di condotte plurime contribuisce a definire, non sembra avere connessioni con il numero di persone coinvolte nel reato.

In tale logica l'espressione "condotte plurime", esclusa anche la possibilità che possa abbracciare il reato continuato, sarebbe da riferirsi, in senso astratto, alle "fattispecie astratte in cui sono tipizzate condotte diverse [...] progressive", in senso concreto, alle "fattispecie concrete nelle quali si sia in presenza di ripetute, distinte condotte implicate nello sviluppo degli accadimenti".<sup>353</sup>

Allo stesso modo ribadiamo che a nostro modo di vedere, l'esplicito allargamento della prospettiva di indagine al disvalore d'azione, dovrebbe indurre a prendere in considerazione proprio il dato della molteplicità dei soggetti coinvolti come fattore aggravante l'offensività complessiva del fatto.

La capacità di mobilitare una pluralità di persone manifesta infatti modalità della condotta più intense rispetto al reato monosoggettivo, non tali da impedire di per sé il ricorso all'art. 131 *bis* c.p. chiaramente, ma comunque in grado di giocare un ruolo importante nella valutazione del giudice.

Passando alla seconda prospettiva da considerare, è necessario confrontare la disciplina prevista dalla clausola di irrilevanza penale del fatto con il dettato dell'art. 119 c.p. che governa la disciplina della comunicabilità delle circostanze che escludono la pena.

Come noto le stesse si estendono automaticamente ai correi nel caso in cui abbiano natura oggettiva, mentre ciò non accade qualora si fondino su una giustificazione di tipo soggettivo, poiché in questa ipotesi l'ordinamento non prende in considerazione il fatto di reato in quanto tale ma piuttosto la persona specifica che l'ha posto in essere in virtù di una sua peculiare connotazione soggettiva, non potendosi di conseguenza pretendere che il trattamento di favore concesso possa valere anche per gli altri compartecipi.

La soluzione prevista dal codice è piuttosto semplice e chiara, purtroppo non altrettanto si può dire per quanto riguarda i presupposti che attivano il meccanismo dell'art. 119 c.p., cioè la distinzione tra condizioni oggettive o soggettive di esenzione dalla pena.

Molto spesso infatti il dato positivo non si preoccupa di stabilire espressamente la natura dell'esimente che descrive, lasciando all'interprete il

---

<sup>353</sup> R. Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Cit., pag. 1739-1740.



compito di classificarla nelle categorie elaborate dalla dogmatica, anzi in questo caso direttamente richieste dalla fonte normativa.

Ovviamente i criteri per adempiere a tale compito variano di volta in volta, adeguandosi alla specifica figura giuridica che viene in questione, risultando difficile un'opera di generalizzazione delle conclusioni tratte dalla singola questione risolta.

Tutto ciò si amplifica notevolmente quando si passi da una "comune" circostanza di esclusione della pena ad un istituto tanto complesso e originale quale è l'attuale art. 131 *bis* c.p.

Già ci siamo resi conto di quanto la clausola di esiguità del fatto sfugga alle categorizzazioni tradizionali della dottrina e la sua riconduzione nell'una o nell'altra spesso sia possibile solo al prezzo di sacrificare la "purezza" delle definizioni in cui vengono inserite, oppure di rimodellarle del tutto.<sup>354</sup>

La classificazione in senso oggettivo o soggettivo della figura normata all'art. 131 *bis* c.p. dipende in larga misura ancora una volta dal peso attribuito al suo interno al requisito della non abitualità del comportamento, nonché alla soluzione data al quesito relativo all'impatto della dimensione psicologica del reato sull'istituto in questione.

Riprendendo sinteticamente quanto approfondito in precedenza, parte degli autori sostiene la natura soggettiva della clausola in questione sulla base di due argomenti principali: il rinvio al primo comma dell'art. 133 c.p. include anche l'intensità del dolo ed il grado della colpa, imponendo di comprendere anche tali indici nel giudizio di tenuità dell'offesa; il criterio della non abitualità vincola l'esclusione dalla pena tanto quanto quello della lievità dell'offesa, per cui il peso della componente materiale e quello della componente personologica sono di fatto da equipararsi nella valutazione dell'art. 131 *bis* c.p.

Il precipitato di questa posizione è l'impossibilità di estendere la particolare tenuità del fatto riconosciuta a taluno dei correi anche agli altri compartecipi, richiedendosi in tal senso una verifica individualizzata per ogni soggetto responsabile del reato.<sup>355</sup>

L'orientamento opposto, cui si dichiara di aderire perlomeno per quanto concerne i fondamenti teorici, sottolinea che l'istituto dell'irrelevanza del fatto abbia una dimensione incentrata sul profilo oggettivo della vicenda criminosa,<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Si ricorda ad esempio che la qualificazione dell'art. 131 *bis* c.p. in termini di causa di non punibilità è un elemento di novità per quest'ultima categoria in quanto né rappresenta una condizione personale del reo, né concerne una condotta susseguente al reato volta a mitigarne le conseguenze.

<sup>355</sup> M. L. Ferrante (*Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 11) afferma che la compresenza di elementi di natura differente nella clausola di cui all'art. 131 *bis* c.p. "ha indotto in dottrina a ritenere [quest'ultima] una causa personale di non punibilità, con il risultato di ritenerla in forza del I comma dell'art. 119 c.p. non estendibile ai concorrenti". L'Autore condivide la decisione del legislatore pur considerandola una "aporia di carattere sistematico".

Della stessa opinione L. Pacifici (*La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015) secondo cui "la particolare tenuità dell'offesa dovrà ritenersi inestensibile al concorrente nel reato, attenendo a dati che non escludono la sussistenza dell'illecito penale, ma che riguardano esclusivamente la punibilità, con connotati marcatamente soggettivi".

<sup>356</sup> "Designiamo come cause obiettive di esclusione della punibilità situazioni in cui l'ordinamento rinuncia a punire l'autore di un fatto antiggiuridico e colpevole in ragione dell'esiguità

per cui innanzitutto il giudizio di particolare tenuità si esaurisce con l'accertamento del primo indice guida previsto dall'art. 131 *bis* c.p., mentre il secondo agisce "dall'esterno" impedendo a quella valutazione già completa di esplicitare i suoi effetti; in secondo luogo che l'elemento soggettivo non debba influire sul giudizio di particolare tenuità dell'offesa o al massimo possa avere un ruolo solo marginale e integrativo.

A questo punto però le conseguenze che discendono da una qualificazione oggettiva dell'art. 131 *bis* c.p. rischiano di portare a esiti aberranti e illogici: la comunicabilità ai compartecipi della causa di non punibilità in questione senza l'accertamento di tutti i requisiti necessari, *in primis* quello della non abitualità della condotta, porterebbe ad un palese contrasto tra le indicazioni del dato positivo e la sua applicazione pratica.<sup>357</sup>

L'art. 119 c.p. tuttavia non ammette soluzioni di compromesso: o la circostanza esimente si estende a tutti i compartecipi, oppure la verifica della stessa è individualizzata, ma ancora più importante, tali conclusioni passano necessariamente per la preliminare opera di categorizzazione concettuale dell'istituto in senso oggettivo o soggettivo, non ammettendosi quindi sfasature tra la qualifica dogmatica e il momento applicativo.

In genere è da rifiutarsi la ricerca di risposte terze per la soluzione di dilemmi di tale genere, in quanto laddove l'ordinamento impone la scelta tra due alternative, l'interprete deve farsi carico di questa responsabilità evitando di aggirare l'ostacolo tramite letture "fantasiose" e innovative.

Tuttavia va detto che nel caso in esame è davvero difficile fare altrimenti.

L'art. 131 *bis* c.p. non si limita infatti a introdurre una figura nuova del tipo di quelle prese in considerazione dall'art. 119 c.p., bensì prevede un istituto radicalmente nuovo (per lo meno per ciò che riguarda il rito ordinario) che condivide con le ordinarie circostanze che escludono la pena la funzione ma non certo la struttura.<sup>358</sup>

Persino nello specifico contesto delle cause di non punibilità, già abbiamo visto che l'irrilevanza del fatto rappresenta una novità assoluta sia per la sua

---

del fatto, ovvero della particolare tenuità dell'offesa". G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Quinta Edizione, pag. 409.

<sup>357</sup> G. Amarelli (*L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dogmatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131-bis (prima parte)*, Studium Iuris, 2015, n. 9, pag. 978), pur aderendo ad una lettura prevalentemente oggettiva dell'art. 131 *bis* c.p., riconosce che tale impostazione "reca con sé il rischio di produrre in taluni casi effetti scarsamente ragionevoli, consentendo che possa beneficiare della non punibilità anche un soggetto rispetto al quale non sussistano tutti i requisiti normativamente richiesti".

<sup>358</sup> L'estrema originalità in tal senso della clausola di esiguità del fatto è facilmente ravvisabile anche nell'esposizione di P. Pomanti (*La clausola di particolare tenuità del fatto*, Cit., pag. 9), il quale, dopo aver dichiarato che "l'art. 131 *bis* c.p. [...] poiché prende in considerazione anche una determinata situazione inerente alla posizione personale dell'agente [...] potrebbe ritenersi operante come causa personale di esclusione della punibilità con la conseguenza che, nel caso di concorso di persone nel reato, troverebbe applicazione l'art. 119, co. 1, c.p.", nondimeno sostiene che "a ritenere, invero, la tenuità dell'offesa come principale parametro di valutazione della causa di punibilità (come si crede) e la non abitualità del comportamento solo quale condizione di operatività dell'istituto o criterio sussidiario [...] tale clausola sembra ricondursi ad una tipologia di cause di non punibilità [...] che si aggiunge alle tipologie tradizionali previste dalla manualistica".

portata generale, sia per il fatto di riguardare direttamente l'intensità della manifestazione del reato e non un suo fattore accessorio o seguente.

Per tali motivi riteniamo possano giustificarsi letture che relativizzino la rigida distinzione codificata all'art. 119 c.p., alla ricerca di proposte interpretative che tengano conto della peculiare struttura della clausola di irrilevanza del fatto.

Una prima soluzione può essere quella di ritenere comunicabile il giudizio di irrilevanza del fatto propriamente inteso, nel senso che l'esito dell'analisi della tenuità dell'offesa dovrebbe essere il medesimo per tutti i compartecipi, mentre per ciascuno dei soggetti coinvolti andrebbe condotta una specifica verifica circa la non abitualità del comportamento, avendo quest'ultima per lo più a che vedere con i trascorsi penali del reo, con qualche residuo dubbio interpretativo per ciò che concerne le condotte plurime, abituali e reiterati, le quali afferiscono ad un singolo reato caratterizzato da una molteplicità di condotte.

Per quanto riguarda la valutazione delle cause ostative al riconoscimento della particolare tenuità dell'offesa sembra doversi dare una risposta differenziata a seconda della situazione richiamata: mentre per quelle dal contenuto più marcatamente oggettivo (minorata difesa; derivazione di morte o lesioni gravissime) tale accertamento dovrebbe estendersi a tutti i correi, per quelle di connotazione soggettiva (ad esempio crudeltà; motivi futili o abietti) dovrebbe esserci spazio per una verifica individualizzata.

In fondo questa linea pare perfettamente compatibile con l'approccio del nostro codice al reato plurisoggettivo, il quale viene imputato, almeno a livello di ascrizione della responsabilità penale, in modo uguale per tutti i correi senza differenziazioni formali legate al ruolo da ciascuno ricoperto nel crimine.

Di conseguenza come uguale deve essere il reato attribuito a ogni compartecipe, uguale dovrà essere per ciascuno la valutazione del livello di intensità che l'illecito ha prodotto.

Tuttavia non sono del tutto peregrine le obiezioni che possono essere mosse a questa impostazione.

La parità dei correi di fronte al reato soggettivamente complesso così come prevista dal codice penale italiano in realtà è solo apparente, o meglio appartiene solo al primo dei due momenti su cui si deve incentrare la verifica del giudice, ovvero l'individuazione dell'illecito da imputare ai soggetti responsabili.

Nella successiva fase della concreta quantificazione della pena invece intervengono una serie di circostanze aggravanti e attenuanti (artt. 112 e 114), legate proprio al contributo illecito portato da ogni singolo concorrente, tali da riaffermare per così dire quel principio di proporzione della sanzione penale che era rimasto in parte celata nel momento dell'ascrizione della responsabilità penale.

In definitiva quando si tratta di stabilire *di cosa si risponde* il modello italiano è effettivamente un modello unitario, mentre quanto ci si interroga su *come/quanto si risponde* anche la disciplina italiana differenzia il carico sanzionatorio cercando di renderlo il più speculare possibile all'importanza della partecipazione arrecata dal singolo reo.

Potremmo spingerci a sostenere che la normativa italiana in materia di concorso di persone nel reato sarebbe in contrasto col principio di proporzionalità della pena se a quella prima fase non seguisse la seconda, in quanto un sistema penale moderno esige che, anche all'interno della cooperazione criminale, la

risposta punitiva sia ritagliata individualmente sulla condotta del singolo partecipante, nel contesto della fattispecie plurisoggettiva, certamente, ma non esclusivamente sulla base di essa.

Tutto questo conduce ad un approfondimento delle riflessioni che riguardano l'irrelevanza del fatto in relazione al concorso di persone del reato.

Trattandosi di un istituto che guarda solo all'*an* della sanzione e non anche al *quantum*, sembra lecito discostarsi parzialmente dalla regola generale del modello unitario stabilita dall'art. 110 c.p.

All'interno di questa causa di non punibilità il ruolo di promotore e organizzatore del reato non potrà avere importanza in un momento successivo alla decisione sull'opportunità o meno della pena, così come il contributo di minima rilevanza non potrà avere alcun peso successivamente a tale statuizione, salvo che si faccia riferimento alla quantificazione finale della pena che però sta al di fuori delle riflessioni che concernono l'art. 131 *bis* c.p.

Soccorre anche un indice testuale a favore di una valutazione differenziata della tenuità dell'offesa per ciascun soggetto coinvolto: laddove si prendono esplicitamente in considerazione le modalità della condotta sembra piuttosto chiara in relazione all'illecito plurisoggettivo la necessità di analizzare il reato collettivamente commesso attraverso le lenti di ciascun singolo partecipante, evitando che la lesività del comportamento posto in essere possa essere "standardizzata" per tutti quanti.

In definitiva la soluzione paradossalmente più coerente con la natura intrinseca della clausola di irrilevanza del fatto sembra quella di richiedere un accertamento individualizzato per ciascun correo non solo in relazione al requisito dell'abitudine della condotta, ma persino per quanto riguarda l'intensità dell'offesa, concepita in senso allargato al disvalore d'azione come imposto dalla norma, con un esito molto simile a quello che vale per le circostanze soggettive di esclusione della pena, cui tuttavia riteniamo che la prima non appartenga.<sup>359</sup>

Poco potrebbero influire inoltre osservazioni volte a sollecitare una semplificazione nelle verifiche richieste al giudice in modo da potenziare le capacità deflative dell'istituto in discorso: la dimensione plurisoggettiva del reato comporta di per sé una complicazione nelle valutazioni richieste all'organo giudicante, per cui non sarebbe opportuno utilizzare questo mero argomento utilitaristico per limitare lo spettro di indagine del giudice e di conseguenza mutare la portata di ciascuna singola analisi di esiguità del fatto.

---

<sup>359</sup> Sembra volgere nella medesima direzione anche l'analisi di G. Amarelli (*L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131-bis (prima parte)*, Cit., pag. 978) secondo il quale "la giurisprudenza troverà la quadratura del cerchio facendo ricorso a qualche espediente ermeneutico in modo da considerare il 131-bis c.p. come una causa di non punibilità di carattere soggettivo, la cui sussistenza deve essere accertata in relazione a ciascun singolo concorrente, sposando così una soluzione che, all'apparenza, garantirebbe esiti applicativi più ragionevoli, ma nella sostanza finirebbe con l'essere meno rispettosa della struttura della particolare tenuità".

**d) La responsabilità dell'ente per il reato particolarmente tenue:  
l'art. 131 bis c.p. a contatto con la disciplina del d.lgs. 231 del 2001.**

La normativa introdotta nel 2015 in materia di irrilevanza penale del fatto ha posto alcuni problemi di coordinamento anche con la disciplina della responsabilità para-penale degli enti collettivi, ovvero il d.lgs. 231 del 2001 che, come noto, si pone a cavallo tra l'ambito penalistico e quello amministrativistico.

Non è chiaramente nostra intenzione ripercorrere tutti i punti di interesse del testo richiamato, a partire dall'annosa questione della natura penale o amministrativa di tale forma di responsabilità, ma ai fini del presente lavoro la nostra attenzione deve necessariamente focalizzarsi innanzitutto sull'art. 8 del d.lgs. in questione.

Tale disposizione infatti stabilisce la permanenza della responsabilità dell'ente anche laddove non sia identificabile il soggetto persona fisica che ha commesso il reato (con un notevole aggravio di problematiche qualora non sia nemmeno possibile comprendere se egli sia un soggetto apicale o un subordinato), oppure non sia imputabile, o ancora il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia.

Molto significativa è anche la rubrica della medesima norma la quale enuncia a chiare lettere il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, che si aggiunge a quella del reo singolarmente considerato e non vi dipende totalmente proprio per le eccezioni ivi cristallizzate.

Sulla portata di questa disposizione si è a lungo dibattuto in dottrina, senza dimenticare che proprio valorizzando questo indice taluno ha persino sostenuto che in realtà la posizione della persona giuridica non sia legata tanto ad un reato-presupposto in senso tecnico, quanto piuttosto al semplice "fatto" penalmente illecito, risultando del tutto indifferente la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al soggetto agente, anche perché la disposizione in commento sancisce *expressis verbis* l'irrilevanza dell'imputabilità, la quale rappresenta senza dubbio le fondamenta del requisito psicologico del reato.<sup>360</sup>

Ciò detto occorre domandarsi se tale norma possa riguardare anche l'ipotesi della declaratoria di particolare tenuità del fatto compiuto da persona fisica inserita nella struttura dell'ente, e ovviamente in quale modo questo nesso possa rilevare, posto che il legislatore del 2015 non si è preoccupato di chiarire esplicitamente questi dubbi e non si rinvengono altre enunciazioni di diritto positivo che possano aiutarci a dirimere la questione, salvo quello che si dirà a proposito dell'art. 59 dello stesso d.lgs. 231 del 2001.

Parte degli autori che si sono espressi in argomento, partendo dal presupposto che l'autonomia tra le due forme di responsabilità valga solo nelle ipotesi specifiche codificate nell'art. 8 citato, ritiene che al di fuori di quelle previsioni la sorte dell'ente collettivo debba essere direttamente consequenziale a quella toccata alla persona fisica.

Pertanto la mancata irrogazione della pena per irrilevanza del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., non essendo inserita nell'elenco di cui all'art. 8 del d.lgs. 231

---

<sup>360</sup> Questa posizione viene richiamata anche da E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti e M. Ronco, (*Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli Editore, Terza edizione, pag. 69) i quali individuano C. Paliero come suo principale esponente.

del 2001, dovrebbe inibire l'applicazione della sanzione para-penale prevista dal medesimo testo normativo per la persona giuridica.<sup>361</sup>

A nostro avviso questa tesi pare poco difendibile.

La disposizione analizzata svolge la funzione di stabilire i casi in cui la responsabilità dell'ente sopravvive all'assenza o alla scomparsa di quella della persona fisica, ma ciò vale nelle ipotesi in cui viene meno il carattere di illiceità penale del fatto (e quindi viene meno il reato), non in quelle che vedono svanire la mera possibilità di imporre la sanzione penale, a meno che ovviamente si aderisca ad una lettura quadripartita del reato che allo stato dell'arte non sembra potersi dire dominante.

L'art. 8 rappresenta un'eccezione positivamente necessaria alla regola della dipendenza della posizione dell'ente dalla natura penalmente illecita del fatto compiuto dal soggetto agente, mentre così non è quando tale connotato permanga pur a fronte dell'opportunistica rinuncia alla pena, motivo per cui il legislatore non avrebbe avuto in effetti l'esigenza di aggiornare la disposizione in esame, proprio perché l'ipotesi in questione vi rimane estranea.

Se si osserva con attenzione l'art. 8 del d.lgs. 231 si nota infatti che esso fa riferimento a circostanze in cui manca *ab origine* una componente essenziale per la configurazione del reato (mancanza di imputabilità), ovvero lo stesso scompaia *ex post* (causa di estinzione del reato), con la particolarità rappresentata dall'ipotesi dell'autore non individuabile, la quale a ben vedere, malgrado sia inserita in una sorta di "presunzione" di completezza del reato, implica quantomeno l'impossibilità di accertare il coefficiente soggettivo che ha accompagnato il reo, potendosi quindi considerare fittiziamente insussistente (proprio in quanto non verificabile) tale elemento necessario per la struttura del reato.<sup>362</sup>

L'art. 131 *bis* c.p. dal canto suo non può essere ricondotto nemmeno analogicamente all'interno del panorama cui fa riferimento l'art. 8, presupponendo al contrario per il suo operare, lo ribadiamo ancora una volta, l'accertamento di tutti i requisiti del reato, poiché in assenza di uno di questi

---

<sup>361</sup> "Giacché l'istituto della particolare tenuità del fatto integra una causa di non punibilità non ricompresa nelle ipotesi espressamente menzionate nell'articolo 8 cit., può concludersi nel senso che la non punibilità del reato-presupposto per particolare tenuità del fatto determina la non punibilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente da reato. Difatti, l'applicazione dell'art. 131-bis cp determina la non punibilità del fatto-reato su cui si fonda la responsabilità amministrativa dell'ente e, dunque, il presupposto di quest'ultima." C. Rinaldi, *La "particolare tenuità del fatto" come causa di esclusione della punibilità nella disciplina introdotta dal decreto legislativo 16 marzo 2015, n.28, di attuazione della legge delega 28 aprile 2014, n.67*, [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it), 2015.

Alle medesime conclusioni giunge anche S. Perelli (*La non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Minime riflessioni "a caldo"*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015) secondo il quale la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto "riverbera i suoi effetti anche nel procedimento a carico dell'ente allorché il fatto non punibile sia il reato presupposto [...] sul quale si fonda la responsabilità amministrativa dell'ente". Infatti il ricorso a tale clausola di esiguità "fa venire meno la punibilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente da reato".

<sup>362</sup> Come riconosciuto da M. A. Bartolucci (*L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, *Diritto penale contemporaneo*, 2014, pag. 12) "anche nell'ipotesi si riuscisse a superare il dilemma apice vs sottoposto, siccome tale impostazione determinerebbe l'impossibilità di accertare la colpevolezza della persona fisica, si assisterebbe ad un abbassamento delle garanzie difensive dell'ente, poiché risulterà assai difficile dimostrare l'elusione fraudolenta degli eventuali modelli organizzativi da parte di un soggetto sconosciuto".

occorrerà procedere con una formula di proscioglimento piena, anziché con quella cripto condanna imposta dalla clausola di irrilevanza del fatto.

D'altronde la giurisprudenza si era già in precedenza espressa a proposito della scorrettezza di quell'orientamento che riteneva automatica l'esclusione della sanzione prevista dal d.lgs. 231 del 2001 in conseguenza dell'operare di una figura latamente intesa di esenzione dalla pena per la persona fisica, sostenendo che "per la responsabilità amministrativa [...] è necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è anche necessario che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile. La responsabilità penale presupposta può essere ritenuta *incidenter tantum* (ad esempio perché non si è potuto individuare il soggetto responsabile o perché questi è non imputabile) e ciò non ostante può essere sanzionata in via amministrativa la società."<sup>363</sup>

Oltre a queste giustificazioni di natura squisitamente tecnica, la soluzione che richiede una dipendenza dell'illecito dell'ente dalla sola sussistenza del reato della persona fisica (salve le eccezioni dell'art. 8), e non anche dalla sua punibilità in concreto, trova solidi agganci anche in argomenti di tipo logico e opportunistico.

Abbiamo notato che all'interno della clausola di esiguità del fatto il legislatore ha voluto inserire elementi che trascendono dalla pura analisi della scarsa offensività del reato, per accedere a profili personologici e istanze preventive, come ad esempio ha fatto per il requisito della non abitualità del comportamento, che potrebbe sussistere per la persona fisica autrice del reato, ma non per la persona giuridica che vi sta alle spalle.

Nell'ipotesi di un ente collettivo con un cattivo controllo del rischio da reato rispetto al quale si verificano più condotte criminali esigue compiute da soggetti sempre diversi (oppure nella più grave ipotesi in cui tali comportamenti illeciti siano preordinati e "equamente" suddivisi in modo da avere una pluralità di piccoli illeciti invece che un unico reato rilevante) si rischierebbe, aderendo alla tesi opposta, di mandare esenti dalla sanzione non solo le persone fisiche che probabilmente hanno la legittima aspettativa di beneficiare di tale istituto, ma anche la struttura alle loro spalle che invece manifesta chiaramente quella meritevolezza di pena su cui poggia l'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p.

Beninteso, occorre tenere distinte le logiche che governano l'irrilevanza penale del fatto (che riguardano direttamente la persona fisica) da quelle che concernono la sanzione para-penale dell'ente (che semmai possono essere interessate solo in via indiretta dalla mancata punizione del reo), tuttavia data l'ampia portata applicativa dell'art. 131 *bis* c.p. è sempre opportuno evitare interpretazioni del medesimo tali da determinare conseguenze "a catena" che contrastino gli obiettivi che la riforma del 2015 ha perseguito.

A questo punto va dato atto dell'esistenza di un indice normativo in grado di ribaltare buona parte di quanto appena illustrato, ovvero l'art. 59 co. 1 del d.lgs. 231 del 2001, il quale stabilisce che *quando non dispone l'archiviazione, il pubblico ministero contesta all'ente l'illecito amministrativo dipendente dal reato. La contestazione dell'illecito è contenuta in uno degli atti indicati dall'articolo 405, comma 1, del codice di procedura penale.*

---

<sup>363</sup> Cass. pen. Sez. V, 2013, n. 20060.

Il punto di interesse della norma in realtà si può cogliere solo leggendola al contrario: la contestazione dell'illecito in capo alla persona giuridica è possibile solo se il p.m. non richiede l'archiviazione per il fatto illecito compiuto dalla persona fisica.

Calando la questione sull'istituto posto sotto la nostra attenzione e sapendo che l'art. 131 *bis* c.p. può condurre (meglio: dovrebbe sempre preferibilmente condurre) all'archiviazione, in generale in quanto causa di non punibilità ed in particolare seguendo le prescrizioni specifiche dell'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p., ecco che allora va evidentemente in crisi l'affermazione per cui sarebbero del tutto autonome le sorti della responsabilità penale del soggetto agente ai sensi della particolare tenuità del fatto e quelle dell'ente in relazione al d.lgs. 231 del 2001.

La soluzione che sembra emergere da questo assetto testuale conduce a ritenere impossibile l'irrogazione alla sanzione all'ente qualora la pubblica accusa ritenga superfluo l'impiego delle preziose energie processuali per l'accertamento del fatto commesso dalla persona fisica, il quale si presenta fin da subito manifestamente irrisorio, ed in via generale l'art. 59 del d.lgs. 231 porta a rivalutare la tenuta complessiva del principio di autonomia della responsabilità della persona giuridica, dal momento che a causa dell'impatto di tale disposizione "non sembra che all'art. 8 possa essere assegnata una generale valenza sistematica, ponendosi tale norma come un'ipotesi particolare e, per di più, non del tutto coerente con l'impostazione di fondo del decreto".<sup>364</sup>

Finora abbiamo analizzato i rapporti tra l'art. 131 *bis* c.p. e la responsabilità dell'ente aderendo più o meno implicitamente ad un'impostazione che vede nella situazione complessiva un solo reato, quello commesso dalla persona fisica, con la componente aggiuntiva del coinvolgimento della persona giuridica intesa in termini di illecito amministrativo e in ogni caso valutata sempre come fattore integrativo rispetto all'illecito penale del soggetto agente, incapace il primo di essere pensato o costruito senza quest'ultimo.

In realtà qualcosa potrebbe cambiare se leggessimo il rimprovero mosso alla persona giuridica come un'autonoma figura di reato, legata alla commissione di un illecito da parte di una figura apicale o di un sottoposto (come evento o come condizione di punibilità), ma strutturalmente identificabile anche al di fuori essa.<sup>365</sup>

Si sa infatti che la nozione esclusivamente formalistica del reato come fatto punito con una delle sanzioni previste dal codice penale ha mostrato frizioni con il sistema della CEDU che riconosce il reato laddove la punizione imposta dall'ordinamento abbia in ogni caso carattere afflittivo a prescindere dalle forme in cui essa viene espressa.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti e M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Cit., pag. 69.

<sup>365</sup> Sottolinea infatti D. Piva (*Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, Archivio penale, 2016, 1, pag. 8) che "il *novum* del d.lgs. n. 231 del 2001 sta proprio nell'aver introdotto una fattispecie ascrittiva eventuale in base alla quale la responsabilità dell'ente risulta, ad un tempo, subordinata al reato realizzato dalla persona fisica e autonoma da quella di quest'ultima".

<sup>366</sup> "Ai fini dell'applicazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, la Corte [EDU] ha elaborato una nozione di *criminal offence* [...] che comprende tutte le infrazioni che, al di là della nomenclatura formale utilizzata in ciascuno Stato membro [...] sono caratterizzate da una natura e da un contenuto che la Corte ritiene sostanzialmente equiparabile a quello di un reato o di una pena". M. A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, Cit., pag. 5.



Sulla scia di queste considerazioni non è da escludere a priori una qualifica dell'illecito dell'ente come reato, se gli indizi normativi dovessero condurre verso tale conclusione, e una parte importante della dottrina e della giurisprudenza sembra proprio sposare la tesi della responsabilità penale dell'ente, quindi una responsabilità per un reato, seppur strutturato in modo peculiare.

Sintetizzando gli esiti del dibattito sviluppatosi in argomento, si è giunti a tre possibili descrizioni della responsabilità dell'ente in termini penalistici: in primo luogo questa si comporterebbe come un'ipotesi di concorso della persona giuridica nel reato commesso dalla persona fisica; in secondo luogo si potrebbe rintracciare un reato omissivo proprio dell'ente rispetto al quale l'illecito del soggetto agente agisce quale condizione obiettiva di punibilità; in terzo luogo verrebbe in rilievo un reato omissivo colposo d'evento, con una struttura assimilabile alla responsabilità del direttore della testata giornalistica ex art. 57 c.p.<sup>367</sup>

Catturano la nostra attenzione in particolare le ultime due impostazioni, le quali, per quanto interessa ai fini di questa riflessione, possono essere osservate unitariamente dal momento che entrambe sono fondate sull'idea che "l'ente risponda di un illecito di nuovo conio, poiché i due illeciti (quello della persona fisica e quello della persona giuridica) sarebbero nettamente distinti e, quindi, non possano subire alcuna *reductio ad unum*".<sup>368</sup>

La differenza tra l'orientamento che delinea la responsabilità dell'ente in termini amministrativi e quello che invece la colloca nella sfera penalistica risiede fondamentalmente nel ragionamento che segue.

Il dato di partenza piuttosto incontestabile, salvo interventi del legislatore o della Corte Costituzionale, è che l'art. 131 *bis* c.p. può applicarsi solo ed esclusivamente ad un reato e non alle altre ipotesi di illecito previste dal nostro ordinamento.

Nella prima ricostruzione l'illecito penale è uno solo, quello commesso dalla persona fisica, per cui solo rispetto a questo si potrà valutare la possibilità di addivenire ad una declaratoria di esiguità del fatto, mentre per ciò che concerne

---

<sup>367</sup> Ci sembra doveroso illustrare brevemente le tre diverse posizioni attraverso le parole di D. Piva (*Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, Cit., pagg. 2 e ss.). La prima ricostruzione farebbe "ricorso ad una fattispecie plurisoggettiva *sui generis* nell'ambito della quale, ancorché in concreto eventualmente non punibili, persona fisica e giuridica concorrono nel medesimo reato secondo la logica dell'accessorietà ma con criteri d'imputazione diversi". La seconda invece si riferirebbe ad una "fattispecie a struttura complessa nell'ambito della quale l'illecito amministrativo non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica ma semplicemente lo presuppone: assodata l'autonomia dell'illecito addebitato all'ente e la distinzione tra la sua responsabilità e quella della persona fisica [...], se ne è poi dedotto, in dottrina, che il rimprovero risulta incentrato sul *deficit* organizzativo rispetto al modello ideale tipizzato agli artt. 6 e 7, d.lgs. 231 del 2001 rispetto al quale il reato finisce col rivestire, *mutatis mutandis*, il ruolo di una condizione obiettiva di punibilità". Infine l'Autore afferma di preferire una soluzione mediana rispetto alle due appena proposte sostenendo che "l'illecito dell'ente risulterebbe distinto e autonomo rispetto a quello commesso dalla persona fisica che ne costituirebbe tuttavia l'evento e non una semplice condizione obiettiva di punibilità o tantomeno un presupposto in senso tecnico, come dimostra non soltanto il nesso causale e di prevedibilità col difetto di organizzazione ma anche il criterio sanzionatorio basato proprio sulla tipologia del reato-presupposto".

<sup>368</sup> M. A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, Cit., pagg. 8 e 9.

la responsabilità dell'ente, ove la si qualifichi come illecito amministrativo,<sup>369</sup> essa non sarà direttamente interessata dal meccanismo del fatto particolarmente tenue potendo al massimo guardare alle conseguenze che di riflesso derivano da tale declaratoria per la posizione della persona giuridica.

La seconda tesi invece, rigettando fin dal principio la possibilità che si possa trattare di responsabilità a titolo amministrativo, distingue due reati nella situazione in esame: da un lato quello commesso dalla persona fisica inserita nella struttura dell'ente; dall'altro un autonomo illecito penale da imputarsi alla persona giuridica rilevatasi incapace di neutralizzare quel genere di rischio che pure era prevedibile per il tipo di attività svolta dalla medesima.

Il precipitato di questo orientamento è che, avendo a che fare con due differenti reati, l'esame del rapporto tra tenuità del fatto e responsabilità dell'ente non passa necessariamente per la valutazione degli effetti "a cascata" (eventualmente) prodotti dalla dichiarazione di irrilevanza del fatto compiuto dal soggetto agente rispetto ad una responsabilità dell'ente di diversa natura (e quindi per il dettato dell'art. 8 d.lgs. 231), bensì a tal fine si dovrà condurre un'ulteriore autonoma verifica di esiguità della condotta direttamente sullo specifico illecito commesso dall'ente.

Il quesito è sensibilmente differente rispetto al precedente: prima ci si domandava se l'applicazione dell'irrilevanza del fatto rispetto al reato della persona fisica impedisse in via consequenziale la possibilità di irrogare la sanzione para-penale all'ente; ora invece, qualificata la negligenza della persona giuridica come un illecito penale autonomo del tutto originale in quanto realizzabile solo da questa particolare categoria di soggetti attivi, ci si interroga se direttamente rispetto ad esso possa trovare spazio la clausola di irrilevanza del fatto.

È dunque possibile, ritenendo che la responsabilità dell'ente sia da qualificarsi come responsabilità penale da reato autonomo, seppur relazionato all'illecito della persona fisica, sostenere che tale peculiare figura di reato proprio (prevista per i destinatari del d.lgs. 231 del 2001) rientri nel campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p.?

Come ben sappiamo la clausola di irrilevanza del fatto è applicabile a tutti i reati che siano puniti con la pena pecuniaria o con la detenzione entro i cinque anni come limite massimo.

La disciplina del d.lgs. 231 del 2001 dal canto suo prevede all'art. 9 diversi tipi di sanzioni: la sanzione per quote rapportate alla capacità economica della

---

<sup>369</sup> Questa linea forse può valere anche per chi sostiene la responsabilità penale dell'ente descrivendola però in termini di concorso nel reato della persona fisica, e non di un illecito strutturalmente autonomo. Anche qui infatti il forte vincolo tra le due responsabilità porterebbe a pensare ad un'imputazione della persona giuridica come "riflesso" della condotta criminale posta in essere dalla persona fisica ad essa legata, per cui sostanzialmente (quasi) ogni riflessione dovrebbe riguardare il comportamento di quest'ultima. Tuttavia abbiamo avuto modo di sottolineare che nel contesto dell'irrilevanza penale del fatto la struttura fortemente unitaria del reato plurisoggettivo "italiano" avrebbe buone ragioni per essere affievolita, lasciando spazio a valutazioni maggiormente individualizzate del contributo arrecato da ciascun partecipante. Per questo motivo, seguendo questa impostazione proposta, la distinzione tra concorso nel reato e illecito penale autonomo dovrebbe risultare meno importante, poiché in ogni caso si dovrebbe giudicare distintamente il comportamento della persona fisica e quello della persona giuridica.

persona giuridica e all'entità dell'illecito, una variegata gamma di sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza.

È chiaro che ai nostri fini assume importanza soprattutto la prima tipologia evocata poiché occorrerà comprendere se la sanzione per quote sia equiparabile ad una sanzione pecuniaria dal punto di vista sostanziale, e successivamente occorrerà chiedersi se ciò possa valere anche dal punto di vista formale dato che l'art. 131 *bis* c.p. fa puntuale riferimento alla "pena pecuniaria" la quale costituisce nel nostro sistema penale una nozione tecnica che comprende l'ammenda e la multa.

Ci sembra che la soluzione al quesito per chi voglia percorrere questa tesi debba essere coerente con il punto di partenza iniziale: se si è arrivati fino al punto di porsi questo interrogativo significa che a monte si è accettata l'idea che l'illecito dell'ente possa essere trattato alla stregua di un reato, rinunciando quindi alla stabilità e alle certezze della definizione formalistica del medesimo, allo stesso modo si dovrebbe quindi interpretare in senso estensivo la nozione di sanzione pecuniaria, almeno ai fini della normativa in analisi, anche in considerazione del fatto che qui si sta operando un'estensione *in bonam partem* dell'istituto della particolare tenuità del fatto.

Risolto questo dilemma iniziale non si porrebbero poi particolari problemi, almeno dal punto di vista teorico, all'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. rispetto al reato proprio dell'ente, con la necessità ovviamente di adeguare le valutazioni della particolare tenuità dell'offesa (e nello specifico quelle afferenti alle modalità della condotta) alle peculiarità del ruolo ricoperto dal modello di prevenzione dei crimini e di rimodellare il giudizio di non abitualità in considerazione dei connotati caratteristici di un soggetto in realtà "impersonale".

Tirando le fila di queste riflessioni ci pare di poter presentare le seguenti conclusioni.

La relazione tra l'art. 131 *bis* c.p. e la normativa che si occupa della responsabilità degli enti dipende innanzitutto dalla qualificazione in termini amministrativi o penali di tale responsabilità: nel primo caso la dipendenza della posizione della persona giuridica dalla concreta punibilità del soggetto agente va esclusa in teoria ma confermata nella pratica (in virtù dell'art. 59); nel secondo caso se oltre a riconoscere la responsabilità penale dell'ente si riesce anche a distinguere un autonomo reato proprio del medesimo, allora vi è la possibilità di proseguire in queste considerazioni valutando se sia applicabile anche qui la disciplina dell'irrelevanza del fatto.

Premesso che in ogni caso il reato proprio dell'ente rappresenta una figura di illecito penale del tutto peculiare, va a questo punto compreso se rientri nello spettro operativo dell'art. 131 *bis* c.p. e da questo punto di vista risulterà dirimente l'assimilazione o meno delle sanzioni per quota alla pena pecuniaria, dopodiché, in caso di risposta positiva, "basterà" adeguare i requisiti interni ed esterni cui fa riferimento la clausola di esiguità del fatto alle peculiarità di tale originale forma di illecito penale.

Certamente quest'ultima ricostruzione è alquanto affascinante, soprattutto perché cerca di avvicinare sensibilmente il trattamento da riservare all'illecito della persona giuridica a quello della persona fisica, tuttavia non si può negare che le fragilità disseminate nell'*iter* argomentativo appena esposto siano piuttosto significative.

Già sul punto di partenza bisogna dire che probabilmente manca ancora una convergenza sulla qualifica penalistica della responsabilità dell'ente così forte da poter fondare una costruzione concettuale come quella sopra illustrata, e si sa che se manca solidità alle fondamenta la struttura sovrastante rischia di crollare molto velocemente.

In prosieguo va detto che spesso il riconoscimento di una responsabilità penale dell'ente deriva più che altro dall'assimilazione di alcuni tratti della relativa disciplina alla normativa prevista dal codice sostanziale e da quello processuale,<sup>370</sup> non giungendosi quindi fino al punto di individuare un autonomo reato proprio della persona giuridica.

L'aggettivo "penale" in tale contesto servirebbe più che altro a imporre una certa similarità di garanzie rispetto al trattamento della persona fisica, a partire dalla comunanza di taluni aspetti del regime sostanziale, e non deriverebbe esattamente dal riscontro di una diversa e peculiare fattispecie di reato.

Al di là di queste osservazioni preliminari, il dato testuale dell'art. 131 *bis* c.p. pare chiaro nella definizione di un campo applicativo pensato esclusivamente per i reati della persona fisica e la sua estensione all'ambito del d.lgs. 231 del 2001 rischia di rilevarsi nei fatti un'applicazione analogica di un istituto in fin dei conti eccezionale.<sup>371</sup>

Infine l'operazione di adattamento dei requisiti previsti dall'art. 131 *bis* c.p. alle caratteristiche del "reato dell'ente" potrebbe dimostrarsi meno semplice del previsto, manifestando la necessità che sia la penna del legislatore e non la discrezionalità del giudice a stabilire (se e) come gli indici dell'irrelevanza del fatto debbano essere adeguati in tale contesto.

---

<sup>370</sup> Non si dimentichi che uno degli argomenti più forti a favore della lettura in termini penalistici della responsabilità dell'ente risiede nell'attribuzione della relativa giurisdizione al giudice penale.

<sup>371</sup> Si osservi quanto sostenuto da D. Piva (*Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, Cit., pag. 11) secondo il quale "distinguendosi l'illecito dell'ente dal reato commesso dalla persona fisica, per estendere al primo la disciplina di quest'ultimo occorre una previsione espressa da parte del legislatore [...], potendosi altrimenti ricorrere unicamente all'analogica in *bonam partem*, nei limiti di quanto consentita".

## CONCLUSIONI

Cercare di dare una valutazione finale e complessiva all'istituto dell'irrilevanza penale del fatto così come introdotto dal d.lgs. 28 del 2015 è impresa assai ardua e ne è testimonianza l'approccio assolutamente disomogeneo dimostrato dalla dottrina interessatasi dell'argomento.

Le risposte fornite finora dagli interpreti spaziano da chi applaude all'iniziativa del legislatore delegante del 2014, vedendovi il completamento di quel percorso di codificazione dei principi di offensività e di esiguità iniziato a cavallo tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso,<sup>372</sup> a chi invece si augura che tale istituto non venga mai applicato, perché sospettato di rubare la scena proprio a quel principio di offensività da cui trae origine,<sup>373</sup> senza dimenticare quegli studiosi che, a prescindere dal proprio orientamento personale, già scommettono sugli scarsi risultati pratici che seguiranno alla novella del 2015, in quanto destinata a trovare applicazione in occasioni in cui già oggi si evita surrettiziamente di celebrare il processo penale.<sup>374</sup>

Fin troppo facile dire che ogni opinione è al contempo giusta e sbagliata a seconda dell'angolo visuale da cui si osservi l'art. 131 *bis* c.p., ma questo non può certo rappresentare una scusa per rassegnarsi ad uno scevro relativismo.

Molto più saggio è ripercorrere brevemente i punti di forza e di debolezza delle scelte del legislatore, per vedere se in un giudizio di bilanciamento possano prevalere gli uni o gli altri.

Innanzitutto la natura ibrida della clausola di irrilevanza del fatto non facilita valutazioni omogenee sugli effetti della sua applicazione, poiché spesso la *ratio* deflattiva e quelle sostanziali entrano in collisione imponendo esiti diametralmente opposti.

---

<sup>372</sup> F. Grosso (*La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cit., pagg. 517 e ss.) sostiene l'importanza che "attraverso un'utilizzazione la più ampia possibile del nuovo istituto l'effetto deflattivo effettivamente si verifichi".

<sup>373</sup> In questo senso O. Di Giovine (*La particolare tenuità del fatto e la ragionevole tutela del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, Cit., pag. 820) si augura "nemmeno che la non punibilità per particolare tenuità del fatto trovi applicazione nelle fasi più anticipate del procedimento, bensì che non venga applicata affatto, a tutto beneficio della ritenuta inoffensività del fatto".

<sup>374</sup> Come afferma T. Padovani (*Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.) l'auspicata efficacia deflattiva di tale novella "finirà col risultare probabilmente assai marginale [...] perché in presenza di reati in forma bagatellare sono attuate, e da tempo, almeno due soluzioni alternative: la prudente attesa che maturi la prescrizione [...], ovvero il coraggioso utilizzo dell'archiviazione".

Vi è poi da dire che anche rimanendo all'interno delle ragioni di matrice sostanziale che sorreggono l'istituto, non è certamente indifferente orientarsi verso il bisogno di pena piuttosto che verso la meritevolezza della stessa: nel primo caso la prospettiva da cui si guarda la vicenda criminale è quella del reo, il quale si troverebbe così nella posizione di "pretendere" l'esenzione dalla sanzione laddove il fatto appaia di intensità irrisoria; nel secondo caso invece il bisogno di pena verrebbe in qualche modo presupposto, in quanto discendente direttamente dalla perfezione del reato, mentre al giudice sarebbe affidato il compito di coniugare le esigenze di efficienza della macchina giudiziaria e di sicurezza dei consociati per valutare se il disvalore palesato da quel reato giustifichi non solo in teoria, ma anche in pratica il costoso impiego della repressione penale.

In via estremamente sintetica, qualora nel caso concreto il giudice scorrettamente non applicasse la clausola di esiguità del fatto in ipotesi in cui al contrario sussisterebbero tutti i requisiti per farlo, nella prima prospettiva verrebbero lese le garanzie dell'autore del reato, dal momento che esso si ritroverebbe punito pur non essendo bisognoso del rimprovero, nella seconda invece sarebbe il sistema giustizia a lamentarsi di questa scelta, poiché comporterebbe un inutile ingolfamento delle sedi processuali a fronte di un illecito che manifesterebbe in realtà un allarme sociale solo apparente.

Se è ancora vero che il diritto penale è innanzitutto il manifesto delle garanzie e delle libertà di ciascun individuo nei confronti del potere punitivo statale va da sé che sembrerebbe preferibile la lettura dell'istituto in termini di bisogno di pena, in quanto capace di istituire una fascia di protezione dell'individuo da un'avventata sanzione penale anche oltre la soglia di completamento del reato.

Tuttavia non si può nemmeno dimenticare che nel complessivo operare dell'art. 131 *bis* c.p. entrano in gioco in via secondaria, in via di integrazione, in senso solo limitativo *etc.* numerosi altri fattori che poco hanno a che vedere con l'esigenza di rimprovero mostrata dal singolo episodio delittuoso commesso.

L'ammissione di queste componenti ulteriori, così come la presenza di talune più o meno evidenti incongruenze logiche nella disciplina positiva dell'irrelevanza del fatto, inducono probabilmente a concedere maggiore spazio alla dimensione "opportunistica" che riveste l'istituto in questione.

Solo se ammettiamo infatti che nell'art. 131 *bis* c.p. risieda la facoltà dell'ordinamento di rinunciare (per scelta più che per dovere) all'irrogazione di una pena che in natura dovrebbe trovare applicazione, allora possiamo tollerare quella compresenza di elementi eterogenei che caratterizza l'attuale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, diversamente dovremmo in tutta onestà rivolgerci alla Corte Costituzionale perché elimini tutto ciò che non riguardi direttamente il bisogno di pena espresso dalla specifica vicenda criminale, non nascondendosi la curiosità di sapere cosa rimarrebbe in tale ipotesi del vigente art. 131 *bis* c.p.

Tutto ciò premesso è comunque doveroso che anche la prospettiva del bisogno di pena, il quale in fin dei conti può essere visto come l'immagine riflessa del principio di offensività, abbia i suoi spazi nell'interpretazione dell'esiguità del fatto, specialmente laddove si tratti di definire i confini e la portata dei suoi

parametri identificativi più pregnanti e maggiormente fedeli alla logica della graduazione (oggettiva) del fatto illecito.

Proseguendo nel nostro cammino, proprio questa molteplicità di elementi che influiscono in via diretta o indiretta sulla figura di non punibilità in commento rischia di vanificare qualsiasi tentativo di dare risposte in termini generalizzati, poiché vi è il pericolo, utilizzando un'evocativa perifrasi gergale, che "ciò che esce dalla porta rientri poi dalla finestra".

Un esempio su tutti: si è detto a proposito del campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p. che uno degli elementi su cui vi è maggiore certezza è l'impossibilità che le circostanze ad effetto comune influiscano sull'individuazione dei reati per i quali si può arrivare ad una declaratoria di irrilevanza del fatto, in quanto le medesime non vengono considerate nel calcolo della pena agli effetti del limite edittale massimo dei cinque anni di detenzione.

Ebbene nonostante questa chiara presa di posizione cristallizzata al quarto comma dell'art. 131 *bis* c.p., il legislatore al secondo comma rimescola le carte in tavola stabilendo che alcune tra le ipotesi più classiche di circostanze aggravanti ad effetto comune possano avere un esito determinante sullo spettro operativo dell'irrilevanza del fatto, addirittura maggiore rispetto a quello delle circostanze ad effetto speciale, in quanto capaci di neutralizzare *in toto* l'applicabilità della particolare tenuità e rilevanti a prescindere da una formale contestazione come circostanze.

Di conseguenza l'affermazione di partenza, cioè l'ininfluenza delle circostanze ad effetto comune sulla selezione dei reati assoggettabili alla disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., è certamente vera nella forma ma "ingenua" nella sostanza senza la precisazione appena indicata.

*Mutatis mutandis* lo stesso discorso vale per la rilevanza dell'elemento soggettivo nella valutazione di tenuità dell'offesa quando, dopo aver evidenziato che la legge delega si discosta dalle scelte precedenti non richiamando espressamente tale componente, si ammette comunque che la medesima possa entrare in gioco all'interno dell'art. 131 *bis* c.p. in quanto inclusa nel riferimento alle "modalità della condotta".

La scelta di qualificare l'irrilevanza del fatto come causa di non punibilità è da condividere in quanto sembra corretto privilegiare la dimensione sostanziale che accompagna l'istituto in questione, soluzione questa che permette di individuare parametri di riconoscimento più rigidi rispetto all'ipotesi in cui la medesima figura giuridica fosse qualificata come una causa di improcedibilità aperta a margini di discrezionalità ancora più ampi per incentivare al massimo la capacità di alleggerimento del contenzioso penalistico.

È però innegabile la profonda difformità dell'art. 131 *bis* c.p. rispetto alle altre cause di non punibilità sparse nel nostro ordinamento, in quanto non ha a che vedere con le caratteristiche personali dell'autore del reato e nemmeno riguarda una condotta seguente all'illecito volta a ridurne o eliminarne le conseguenze.

Per questo motivo emerge la necessità di riconoscere l'introduzione nel nostro sistema penale di una terza categoria di circostanze di esclusione della pena in senso stretto, deputata a filtrare i fatti illeciti che meritano la persecuzione penale sulla base del livello di graduazione degli elementi strutturali (oggettivi) del reato e non di fattori ad esso estranei o successivi.

Le critiche di chi eventualmente osservi l'inopportunità di modificare il contenuto una categoria penalistica, quella delle cause di non punibilità, al mero fine di dare una collocazione sistematica ad un istituto non posizionabile altrove non dovrebbero spaventare troppo l'interprete dal momento che in primo luogo la categoria delle cause di non punibilità ha un'origine autenticamente dottrinale, quindi è abbastanza comprensibile che possa necessitare di "restauri e aggiornamenti" dovuti al mutamento dell'assetto positivo, e in secondo luogo sulla reale portata della medesima non vi è forse mai stata una forte identità di vedute, essendo storicamente l'ambito della punibilità in senso stretto una zona nebulosa e dai confini indeterminati, spesso maneggiata con fatica dal penalista italiano specie se affezionato alle teorie più tradizionali della nostra scienza penalistica.

Il giudizio sull'operato del legislatore delegato, in sede di attuazione del mandato conferito dal Parlamento con la legge 67 del 2014, è invece decisamente meno scontato e tendenzialmente orientato in senso negativo, sia per ragioni di diritto costituzionale (eccesso di delega), sia per motivi strettamente attinenti alla materia penalistica e al dibattito interno inerente all'istituto dell'esiguità del fatto.

Come detto il progetto definitivo si è distanziato dallo schema originale principalmente per aver individuato l'art. 133 co. 1 c.p. come indice per la definizione dell'offesa tenue, per aver stabilito al secondo comma cause ostative al riconoscimento della particolare tenuità dell'offesa e per aver imposto al terzo comma delle ipotesi espresse di comportamento abituale.

È piuttosto evidente che siamo proprio al confine tra l'approfondimento delle indicazioni conferite dalla delega, dal momento che si tratta pur sempre di previsioni che si legano ai due criteri guida della particolare tenuità del fatto e della non abitualità del comportamento già stabiliti nella legge 67 del 2014, e lo scavalco dei limiti imposti dal Parlamento, in quanto, più che aver precisato l'esistente, l'Esecutivo sembra aver notevolmente innovato la disciplina senza avere l'autorizzazione per farlo.

Per parte nostra possiamo cautamente sostenere che dal punto di vista del diritto costituzionale il lavoro del Governo possa anche ritenersi salvo, sembrando a nostro avviso particolarmente lungimirante la scelta di agganciare esplicitamente queste importanti novità ai due parametri già previsti dalla legge delega.

In questa prospettiva ovviamente i problemi maggiori sono rappresentati dalle disposizioni del secondo e terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p. in quanto non si limitano a illustrare come devono operare i giudizi di tenuità dell'offesa e di non abitualità del comportamento, ma precludono automaticamente tali valutazioni nelle circostanze ivi indicate, andando forse al di là di una semplice opera di "precisazione" degli elementi già espressamente codificati dalla delega.

Tuttavia ci sembra che tali osservazioni non sia sufficienti a smuovere la Corte Costituzionale da quel tendenziale atteggiamento di *self restraint* spesso mostrato nei confronti delle scelte di politica criminale del legislatore italiano e in tale logica il distacco del d.lgs. 28 del 2015 rispetto alla legge 67 del 2014 non pare così manifesto da far presagire una netta presa di posizione della Consulta, quantomeno nel senso dell'eccesso di delega.



Dal punto di vista della valutazione nel merito delle modifiche introdotte dal legislatore delegato invece il nostro giudizio è direzionato in senso negativo, con l'appoggio di buona parte della dottrina anche se spesso con motivazioni differenti.

Quanto alla scelta di ricorrere per la prima volta all'art. 133 co.1 c.p. per l'identificazione dei parametri validi per la valutazione di tenuità dell'offesa e al sospetto che dietro questa decisione ci fosse la volontà di introdurre in modo poco appariscente la componente psicologica nel relativo giudizio già si è detto abbondantemente in precedenza e comunque qualcosa si dirà ancora brevemente quando esporremo le nostre considerazioni sui requisiti interni dell'art. 131 *bis* c.p.

Per ciò che riguarda l'introduzione di cause ostative al riconoscimento della speciale lievità dell'offesa, ribadiamo da un lato la discutibilità della scelta di prevedere degli ostacoli insormontabili alla discrezionalità del giudice all'interno di un istituto che ruota proprio attorno ad essa, memori tra l'altro di un atteggiamento della giurisprudenza costituzionale ostile nei confronti di automatismi valutativi che vadano a discapito del reo, dall'altro la presa di coscienza che, dato l'impatto sul sistema penalistico e il tipo di messaggio veicolato da tale figura giuridica, difficilmente si può immaginare una generale accettazione dell'istituto in questione senza che al suo interno confluiscano anche soluzioni di compromesso, nella specie sotto la forma di rassicurazioni securitarie derivanti dalla certezza di irrogazione della pena nei casi attenzionati dal secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p.

Quello che in ogni caso non ci pare tollerabile è la decisione di vincolare un giudizio avente una determinata natura ad un elemento che invece ha un'anima completamente differente, ci riferiamo in particolare alla neutralizzazione della tenuità dell'offesa, che è un profilo del reato certamente di stampo materiale e oggettivo, in presenza di peculiari manifestazioni dell'illecito di tipo prevalentemente psicologico e soggettivo.

Tale scelta, oltre che incoerente, si è manifestata anche piuttosto pericolosa per gli effetti collaterali che ha determinato, dal momento che taluni interpreti hanno costruito la teoria della rilevanza dell'elemento soggettivo nella valutazione dell'intensità dell'offesa proprio partendo dalla constatazione che tale genere di componente emerge nelle ipotesi in cui la medesima valutazione è preclusa, quando semmai dovrebbe essere vero il contrario, cioè che gli unici residuali spazi in cui l'elemento soggettivo influisce sull'esiguità del fatto sono esattamente quelli presi in considerazione dal comma secondo.

Insomma, non si può che concordare con le affermazioni di quell'Autore il quale senza mezzi termini scrive a tal proposito che "confondere le acque e mescolare le carte non è mai buona legislazione: anche i cavoli possono far da merenda. Ma restano pur sempre cavoli a merenda".<sup>375</sup>

Per quanto riguarda le ipotesi espresse di comportamento abituale valgono grosso modo le stesse osservazioni appena riprese circa l'impressione di una eccessiva volontà di vincolare le scelte dei giudici, con la precisazione che a onor del vero in passato rispetto alle precedenti clausole di irrilevanza si era elevata la richiesta di maggior precisione da parte del legislatore circa il contenuto del

---

<sup>375</sup> T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, Cit.

requisito personologico che allora si presentava nelle vesti dell'occasionalità, mentre per il giudizio sul merito di questo requisito e delle relative figure preclusive si rimanda anche qui alle righe che seguiranno.

Passando alle riflessioni che riguardano il campo operativo dell'art. 131 *bis* c.p. ci sentiamo di aderire a quell'orientamento che ravvisa una certa ipocrisia tra la dichiarata volontà del legislatore di affidare al giudice un importante compito di depenalizzazione in concreto al fine di prevedere per il medesimo un ruolo effettivo nella selezione del penalmente rilevante e la decisione di limitare l'applicabilità dell'esiguità del fatto solo ai reati compresi entro un determinato livello sanzionatorio, cioè nello specifico la pena edittale massima non superiore ai cinque anni di detenzione.

Se davvero vi è l'esigenza di chiamare in causa la magistratura già per la definizione dell'*an* della punibilità, poiché ci si accorge che è mera utopia immaginare un legislatore così abile da disegnare fattispecie astratte talmente precise da impedire in ogni caso l'eventualità della commissione di un reato perfetto ma al contempo non bisognoso/meritevole di pena, e se davvero si ritiene che i giudici siano sufficientemente abili da svolgere questo compito senza che il contatto con le caratteristiche del caso concreto possa portare a soluzioni eccessivamente individualizzate, e di riflesso ad una gestione diseguale della giustizia penale, allora non vi sono motivi per porre limiti astratti al campo applicativo dell'irrelevanza del fatto, dovendosi invece riservare per coerenza l'attenzione del legislatore al diverso piano dei presupposti interni di operatività del medesimo istituto.

Anche qui è comprensibile che il dibattito tecnico e politico in occasione dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. possa essere stato intimorito dalla prospettiva di fornire ai consociati il messaggio di un approccio *soft* dello Stato nei confronti della delinquenza, per cui è apparsa fin da subito naturale la scelta di confinare lo spazio operativo dell'esiguità del fatto alla "microcriminalità", che pure, data l'inclusione di tutti i reati con la fascia edittale superiore compresa entro i cinque anni di detenzione, abbraccia anche fattispecie astratte non esattamente bagatellari.

Bisogna dire che tutto sommato questa decisione del legislatore nella pratica dovrebbe essere meno determinante di quello che ci si potrebbe aspettare, nel senso che di frequente si legge nelle sentenze di giudici di pace che affrontano casi in cui viene in rilievo l'istituto di cui all'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 (ove non si trova un limite astratto di applicabilità del tipo di quello in analisi rispetto all'art. 131 *bis* c.p.) la tendenza a ritenere molto incisivo il tipo di bene giuridico tutelato, di norma direttamente proporzionale all'entità della sanzione commisurata, e il livello sanzionatorio previsto in astratto dal legislatore, quale indice primario per la valutazione di esiguità del fatto (anche se si potrebbe obiettare che quest'ultimo, essendo un elemento astratto e non un aspetto concreto dell'episodio criminale, dovrebbe essere estraneo a questo tipo di giudizio).

Di conseguenza è ragionevole ritenere che anche in assenza del limite dei cinque anni di detenzione, in ogni caso i giudici difficilmente riconoscerebbero l'istituto in questione rispetto a reati più gravi ed anzi non è inverosimile credere che così facendo il legislatore abbia quantomeno fugato ogni dubbio rispetto ai

reati non propriamente irrisori in astratto ma comunque ricompresi entro la fascia edittale considerata dall'art. 131 *bis* co.1 c.p.

Rispetto alla scelta di utilizzare il limite edittale superiore come criterio per la delimitazione del confine astratto di operatività dell'istituto ci accodiamo all'unanimità degli studiosi interessatisi all'argomento che ritengono tale opzione assolutamente incomprensibile all'interno di un sistema penale che pone nel limite inferiore della sanzione il vero indice di gravità astratta del reato.

Addentrandoci ora nel cuore dell'istituto, ovvero nell'osservazione dei criteri in base ai quali si valuta la speciale tenuità del fatto, occorre esporre innanzitutto qualche riflessione sulla struttura globale della clausola di esiguità nel contesto delle diverse potenziali formulazioni che la stessa avrebbe potuto avere.

La causa di non punibilità prevista all'art. 131 *bis* c.p. va annoverata a nostro giudizio tra le formule di esiguità analitiche e afferenti a criteri interni alle categorie classiche del diritto penale, sicuramente quella della tipicità e forse quella della colpevolezza.

Come già abbiamo avuto modo di vedere questa scelta è tutt'altro che scontata poiché non mancano le voci di chi ritiene che una clausola di tale sorte dovrebbe essere quanto più spoglia possibile di vincoli e direttrici per l'interprete poiché l'unico vero baricentro dovrebbe stare nella discrezionalità dello stesso e solo in questo modo si potrebbe ambire concretamente all'obiettivo di deflazionare il contenzioso penalistico.

Altri ancora invece sostengono che il contenuto di questa causa di esclusione della pena dovrebbe distanziarsi nettamente dalle categorie tradizionali della scienza penalistica, andando ad abbracciare solo aspetti esterni alla struttura del reato, riguardanti per lo più le istanze special e general preventive puramente intese.

L'opzione prescelta dal legislatore del 2015 è a nostro modo di vedere apprezzabile, o quantomeno migliore rispetto alle alternative.

La qualificazione in termini analitici della clausola di irrilevanza del fatto è frutto della lettura complessiva del *modus operandi* della figura giuridica in questione: partendo dai limiti astratti di applicabilità, passando attraverso l'esplicita indicazione dei due criteri guida su cui la valutazione richiesta deve fondarsi, aggiungendo per il primo dei due una precisa elencazione dei fattori da prendere in considerazione, arrivando fino allo scoglio delle figure espresse del fatto penalmente rilevante e del comportamento abituale, ci sembra di poter affermare che l'esame condotto dal giudice ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. sia sufficientemente guidato e accompagnato dal dettato positivo, sì da potersi parlare di discrezionalità "controllata" o "direzionata".

Il richiamo alle categorie classiche del diritto penale è invece palese anche solo osservando il richiamo all'art. 133 co. 1 c.p., finalizzato qui alla descrizione del contenuto dell'offesa tenue e delle modalità della condotta, nonostante l'intervento di elementi derivanti direttamente dalle istanze preventive, specialmente attorno al requisito della non abitualità del comportamento.

Riteniamo corrette queste scelte del legislatore perché innanzitutto una configurazione in termini sintetici della clausola in esame avrebbe probabilmente cozzato con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, posto che l'auspicio di chi ha scritto questa norma è proprio quello che la stessa possa trovare applicazione già nella fase preprocessuale, e poi perché non si può dimenticare

che il nostro è e rimane un sistema di *civil law*, malgrado la grande dicotomia ideologica e pratica tra il sistema continentale e quello anglosassone si sia negli ultimi decenni sensibilmente ridotta, per cui in assenza del vincolo dello *stare decisis* una discrezionalità giudiziale senza paletti e senza istruzioni potrebbe tradursi in intollerabili forme di sperequazione, malgrado la più grande fiducia nella razionalità del formante giurisprudenziale.

La valutazione relativa all'utilizzo delle categorie penalistiche tradizionali è un poco più complessa, anche se in definitiva di segno positivo, nonostante l'impressione che su questo profilo il legislatore avrebbe potuto lavorare meglio.

In via preliminare occorre ribadire che l'ingresso nell'istituto di componenti legate alla prevenzione generale e speciale non cambia il dato per cui in ogni caso al centro della clausola di irrilevanza del fatto risiede la dimensione quantitativa delle conseguenze prodotte dal reato, profilo quest'ultimo che ha certamente piena cittadinanza all'interno delle categorie tradizionali del ramo penalistico.

L'aggancio a questo tipo di parametri è da vedersi di buon occhio per due motivi: in primo luogo il concetto stesso di esiguità del fatto non può a nostro avviso essere pensato senza ricorrere ad una visione scalare dell'illecito, e quindi ad una misurazione di quei fattori che già sono presi in considerazione per l'accertamento del reato e la quantificazione della pena; in secondo luogo bisogna ricordare che con il d.lgs. 28 del 2015 il legislatore italiano fa un parziale (in quanto preceduto dalle esperienze del giudice di pace e del giudice dei minori) salto nell'incognito, poiché va a confrontarsi per la prima volta in termini generali con l'istituto dell'irrilevanza penale del fatto, per cui è buona cosa che parta per questo viaggio con quel bagaglio di certezze dato dal richiamo a parametri ben conosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana.

La critica che ci sentiamo di rivolgere all'opzione cristallizzata nel primo comma dell'art. 131 *bis* c.p. è quella di aver esagerato nell'utilizzo di questi indici classici della struttura del reato.

Se per l'operatività dell'istituto in esame fosse bastato il riscontro di una bassa intensità del reato globalmente inteso, il legislatore avrebbe avuto buon gioco a dichiararlo espressamente sancendo l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del "reato" e non del "fatto", per di più evitandosi la fatica di ricorrere alle due figure della lievità dell'offesa e della non abitualità della condotta con le annesse figure preclusive.

Il rimando all'intero primo comma dell'art. 133 c.p. sembra in tale ottica eccessivo, anche e soprattutto per la dibattuta questione della componente soggettiva in esso contenuta, ma anche limitandoci alla dimensione oggettiva forse sarebbe stata opportuna una più accurata selezione dei parametri da prendere in esame ritagliandoli sulla specifica analisi che il giudice è chiamato qui a compiere, analisi questa che necessariamente deve essere distinta da quella relativa alla quantificazione della pena.

Il giudizio di esiguità infatti segue dinamiche molto peculiari che possono variare a seconda della differente tipologia astratta e concreta che viene in gioco, per cui un richiamo generico ai fattori racchiusi nel primo comma dell'art. 133 c.p. rischia di essere controproducente perché la medesima disposizione è pensata per un altro scopo, ovvero stabilire gli elementi da utilizzare per la misurazione della pena da irrogare, mentre la *ratio* dell'istituto introdotto nel 2015 sembra

esigere indicazioni meno generalizzate e più precise rispetto allo specifico reato che il giudice si trovi tra le mani.

Cosa avrebbe potuto fare di diverso quindi il legislatore?

Un'idea certamente interessante sarebbe stata quella di adottare, a fianco di una soluzione generale residuale anche non molto dissimile da quella attualmente vigente, un approccio "casistico", sicuramente innovativo, poiché in genere non molto di moda nella legislazione penale italiana, ma forse per una volta particolarmente prezioso.

Sappiamo che ormai la scienza penalistica si è prodigata nella catalogazione delle fattispecie astratte di reato, giungendo a riconoscere già a livello concettuale prima ancora che pratico pregi e difetti di ciascuna tipologia di norma incriminatrice.

Ebbene è altrettanto noto che durante l'*iter* che ha condotto all'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. sono stati palesati i problemi che tale istituto avrebbe potuto creare rispetto a talune particolari categorie di reati (reati con soglie di punibilità, reati di pericolo presunto; reati in materie estremamente tecniche; reati plurisoggettivi; *etc.*), ma a tali voci è stato implicitamente risposto che la soluzione ai loro dubbi sarebbe stata data attraverso le sapienti parole dei giudici.

A nostro avviso invece sarebbe stato opportuno introdurre una griglia di indici di esiguità del fatto specifica per ciascuna di queste figure problematiche, oltre ovviamente a un'indicazione di criteri generalmente validi al di fuori di quelle ipotesi specifiche.

Proviamo a fare qualche esempio per cercare di essere più chiari.

Rispetto ai reati di pericolo astratto previsti dal codice della strada (rifiuto di sottoporsi all'alcool test e guida in stato di ebbrezza) la giurisprudenza, già nell'ambito del rito onorario, ha riconosciuto la possibilità di graduare l'offesa valutando anche profili di contorno dell'illecito non necessariamente riconducibili a scelte del reo, ad esempio l'orario della giornata o il traffico abituale della via pubblica.

Apprezzabile o meno che sia questa scelta, forse sarebbe stato opportuno che il legislatore precisasse già a livello del dato positivo la possibilità di ricorrere al contesto in cui si inserisce la vicenda criminale per graduare l'offesa rispetto a questo genere di reati, giacché in assenza di tale espresso richiamo si fatica a comprendere logicamente come tali profili possano incidere sulla graduazione delle conseguenze dell'illecito.

E ancora, rispetto alle fattispecie con soglie di punibilità taluno ha sostenuto che l'ammissibilità o meno del ricorso alla clausola di irrilevanza del fatto deriverebbe dalla posizione del livello della soglia: in presenza di uno scaglione basso sarebbe possibile concedere spazio di manovra al giudizio di esiguità, come contraltare ad un atteggiamento astratto particolarmente severo da parte del legislatore; laddove invece la soglia fosse alta allora l'approccio già piuttosto liberale mostrato dalla legge dovrebbe inibire l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

Premessa l'evidente difficoltà di capire quando una soglia sia bassa e quando invece sia alta, anche qui ci sembra che tale conclusione poggi su considerazioni del tutto peculiari e pensate specificamente per la tipologia di reato che viene in gioco, per cui un eventuale sforzo del legislatore in tale direzione avrebbe fornito maggiore legittimità a questo genere di opzione ermeneutica (comunque a nostro avviso più che discutibile).

Un altro esempio può rintracciarsi in presenza di reati posti a presidio di beni strumentali o funzionali rispetto ai quali si è ravvisata la possibilità di condurre comunque un giudizio di particolare tenuità del fatto in sostanza sorpassando il bene pubblicistico posto come schermo per valutare direttamente il coefficiente di pericolo o di danno arrecato al bene privatistico finale che il primo protegge come “scudo”.

È noto che la scienza penalistica italiana preferisce storicamente lavorare tramite concetti generali, auspicabilmente validi attraverso il lavoro dell'interprete per ogni ipotesi che la realtà presenti, ma forse per una volta l'occasione era ghiotta per operare in senso (parzialmente) differente.

Anzi proprio il buon lavoro di catalogazione delle diverse *species* di reati sparsi nel nostro ordinamento compiuta dalla dottrina avrebbe potuto fornire una solida base di appoggio per una descrizione dei requisiti operativi interni dell'irrelevanza del fatto maggiormente aderente alla specifica tipologia di reato emergente.

La conoscenza dei diversi punti di forza e di debolezza di ciascuna formula di incriminazione avrebbe infatti aiutato il legislatore nella scelta di parametri per la definizione del fatto irrilevante peculiari rispetto a ciascuna di queste figure problematiche.

Compito oneroso certamente e forse nemmeno tale opzione avrebbe risolto a priori qualsiasi potenziale dubbio interpretativo, ma certamente avrebbe potuto semplificare notevolmente il compito dell'interprete.

Passando ora all'analisi nel merito dei requisiti guida previsti dall'art. 131 *bis* c.p. riconfermiamo la nostra impostazione volta a riconoscere a livello concettuale una differenza tra un parametro interno capace di fondare ed esaurire il significato proprio dell'esiguità del fatto, cioè la tenuità dell'offesa, ed un parametro esterno che può sì limitare l'effetto pratico dell'istituto in esame, ma non determinarne il contenuto, cioè la non abitudine del comportamento.

Rispetto alle precedenti clausole di irrilevanza del fatto in cui la formulazione letterale era sufficientemente permissiva da poter ritenere (anche se non all'unanimità) che il primo fosse l'unico requisito necessario mentre i fattori esterni agissero solo in via secondaria, una sorta di conferma dell'esito di irrilevanza cui era giunto il precedente giudizio, qui è chiara la scelta del legislatore di ritenere i due parametri cumulativi ed entrambi capaci di precludere l'operare dell'art. 131 *bis* c.p. se assenti; tuttavia la diversa importanza che i medesimi rivestono a livello concettuale può risultare determinante, come già detto, per risolvere i quesiti interpretativi che accompagnano tale istituto, spingendo nella direzione di un'opzione ermeneutica piuttosto che di un'altra.

Per quanto riguarda la tenuità dell'offesa è sicuramente da guardare con favore l'espressa inclusione delle modalità della condotta nel relativo giudizio, anche se meglio avrebbe fatto il legislatore a questo punto ad eliminare il più restrittivo riferimento alla “offesa” per riproporre il più generico richiamo al “fatto”, come tra l'altro si osserva nella rubrica del medesimo articolo.

Il fatto di reato genera infatti conseguenze immediate sul bene giuridico tutelato dalla norma, ma produce anche in via indiretta un danno in senso astratto alla sicurezza dei consociati ed in questa logica è proprio il disvalore d'azione a giocare un ruolo fondamentale nel relativo apprezzamento da parte del giudice.

Rispetto alla specifica tematica dei reati di pericolo presunto, affrontata ampiamente nelle pagine precedenti, è certamente interessante la proposta di permettere un giudizio di irrilevanza del fatto come bilanciamento nei confronti della rigida presunzione di pericolosità introdotta dal legislatore, così da ridare un minimo di equilibrio complessivo ad una tecnica di incriminazione tanto avversata dagli studiosi quanto percepita come indispensabile dagli esponenti politici; tuttavia è facilmente obiettabile che legittimare qui l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. trattando il reato di pericolo astratto come un reato di pericolo concreto, come finora sembra aver fatto la giurisprudenza, sembra un po' una "frode delle etichette" da parte degli interpreti.

D'altro canto però va sottolineato che proprio in tale contesto si può osservare il primo coraggioso tentativo di distanziare il metodo e i criteri di verifica dell'esiguità del fatto rispetto ai parametri generalmente utilizzati per la struttura tipica del reato e per la quantificazione della pena.

Le pronunce che si sono occupate del tema infatti hanno lasciato intatta la qualifica di reati di pericolo astratto per le fattispecie attenzionate, ma hanno sostenuto che la valutazione di esiguità del fatto imponga di misurare l'effettiva incidenza della condotta sul bene giuridico tutelato, esigendosi così quella verifica in concreto che invece sfugge alla tipicità dell'illecito.

Avendo più volte in questo lavoro sottolineato l'opportunità che di tanto in tanto si colga qualche elemento di discontinuità tra i fattori validi per l'accertamento del reato e la quantificazione della sanzione da un lato e quelli necessari per il giudizio di irrilevanza del fatto dall'altro, sembra doversi applaudire all'approccio "pionieristico" mostrato da questo filone giurisprudenziale.

Saranno piuttosto brevi le nostre considerazioni sulla questione dell'elemento soggettivo all'interno dell'art. 131 *bis* c.p., dal momento che già a lungo ci siamo intrattenuti sul tema in precedenza.

Ad una sommaria osservazione della letteratura finora prodotta in argomento pare di poter capire che l'atteggiamento iniziale degli studiosi fosse nel senso di negare l'operatività in questa sede di tale componente del reato, o quantomeno di evidenziarne una forte incongruenza logica, mentre i contributi più recenti (e nello stesso solco anche la giurisprudenza) sembrano aver accettato la presenza della dimensione psicologica del reato dentro alla valutazione di esiguità del fatto.

A nostro avviso va preferito l'orientamento iniziale, perché la logica di una clausola di particolare tenuità del "fatto" ruota attorno al profilo oggettivo e materiale del medesimo; perché se è vero che gli indici testuali sono contraddittori, è altrettanto vero che il richiamo all'intero primo comma dell'art. 133 c.p. non è così vincolante da precludere qualsiasi esegesi "adeguata" da parte dell'interprete; perché se si pretende che l'art. 131 *bis* c.p. possa trovare agevole applicazione fin dalle prime fasi processuali è necessario che lo stesso sia spoglio di tutti gli onerosi aspetti psicologici del reato; perché le cause ostative alla particolare tenuità del fatto non fanno che confermare *a contrario* che al di fuori di esse non vi è spazio per l'elemento soggettivo nell'ordinaria analisi di irrilevanza del reato.

In ogni caso, riconosciuto che l'orientamento dominante sembra andare nella direzione opposta, va decisamente rifiutata la prospettiva che la

componente psicologica, oltre a entrare nella valutazione dell'art. 131 *bis* c.p. possa addirittura sovvertire i rapporti di forza all'interno del medesimo, andando a rivestire quel ruolo prevalente che ordinariamente ricopre proprio all'interno del richiamato articolo 133 c.p.

Se proprio si voglia attribuire rilevanza all'elemento soggettivo in questo istituto, comunque esso dovrà agire in via integrativa e subordinata rispetto al giudizio di tenuità dell'offesa propriamente inteso, precludendosi ad esempio la possibilità di neutralizzare il ricorso all'art. 131 *bis* c.p. in presenza di un fatto tenue ma di una colpevolezza elevata, e viceversa nel caso contrario.

Se il legislatore avesse voluto introdurre una figura normativa che permettesse al giudice di fare diretta e immediata applicazione delle istanze special e general preventive, le quali hanno necessariamente un forte aggancio con la dimensione psicologica del reato, egli avrebbe certamente dovuto optare per una formula diversa da quella della "particolare tenuità del fatto".

Concentrandoci ora sul requisito della non abitualità del comportamento, già si è abbondantemente evidenziato che esso è da un lato estraneo alla *ratio* che sottende l'istituto della particolare tenuità del fatto propriamente intesa, dall'altro (forse) indispensabile a livello politico e sociologico per accettare l'introduzione di una causa di esclusione della punibilità rispetto ad un fatto che integra tutti gli estremi del reato.

Quella in esame è sicuramente una scelta discutibile, anche se evidentemente non illogica, dato che similmente si è fatto per l'art. 27 del d.p.r. 448 del 1988 e per l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000, tuttavia indugiare ancora sull'opportunità o meno di questa previsione ci pare fuori luogo, poiché questa ormai è la scelta chiara compiuta dal legislatore e questo è il dato con cui l'interprete si deve confrontare.

È sicuramente molto importante in via preliminare comprendere se le ipotesi di abitualità espressa di cui al comma terzo siano da interpretare in senso tassativo, e quindi configurino di riflesso la definizione del comportamento abituale, oppure siano un mero elenco esemplificativo, o meglio alcuni punti fermi rispetto ad un requisito il cui contenuto rimanga in ogni caso nelle mani della magistratura.

Abbiamo visto che la soluzione al quesito dipende in larga misura dal criterio ermeneutico prescelto e abbiamo mostrato la nostra preferenza per l'argomento storico che a nostro avviso dovrebbe condurre ad una interpretazione in senso solo enunciativo del terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p.

Questa lettura ci pare inoltre compatibile con la configurazione dell'istituto complessivamente inteso come giudizio pensato e strutturato sulle caratteristiche del caso concreto e dello specifico soggetto agente (avendosi qui a che fare con un elemento di carattere personologico), per cui è bene evitare approcci matematizzanti ai requisiti che lo governano, rigettando quindi la prospettiva di accettare definizioni tramite automatismi.

Ciò detto va anche riferito che probabilmente la magistratura potrebbe ritenere preferibile la tesi contraria perché in primo luogo potrebbe avere qualche difficoltà a trovare una nozione condivisa di comportamento abituale, nel senso di una autonoma qualificazione e quantificazione della seriazione di azioni o episodi illeciti riconducibili al medesimo autore tali da precludere il ricorso all'art. 131 *bis* c.p., in secondo luogo perché la giurisprudenza potrebbe ritenere questa



responsabilizzazione imposta dal legislatore un onere piuttosto che un onore, celandosi in realtà alle spalle l'obiettivo di scaricare sul giudice la questione scottante (e politicamente sensibile) dell'individuazione del "reo che non merita la sanzione".

Rispetto all'interpretazione delle cause espresse di comportamento abituale si ritiene superfluo ribadire in questa sede l'analisi puntuale già svolta nelle pagine precedenti, tuttavia un aspetto merita di essere rimarcato anche in queste conclusioni.

Il requisito della non abitudine del comportamento si dissocia in maniera evidente dalle logiche che sottostanno al giudizio di irrilevanza del fatto propriamente inteso fungendo solo da limite esterno alla sua applicabilità, malgrado spesso sia qualificato come parametro "interno" per il semplice fatto che è grammaticalmente posto sullo stesso piano della tenuità dell'offesa.

Preso atto di questa scelta del legislatore, nel momento in cui sorgono dubbi interpretativi sul significato di alcune delle formule che descrivono questo requisito (leggasi le ipotesi previste dall'art. 131 *bis* co. 3 c.p.), ci pare fuorviante cercare di risolvere tali quesiti cercando l'esegesi più compatibile con la *ratio* della misurazione oggettiva dello scarso disvalore palesato dal reato, in breve cioè con le dinamiche che sorreggono il parametro della tenuità dell'offesa.

Trattandosi di un requisito profondamente diverso dal primo è corretto che lo stesso venga interpretato secondo logiche che attengano per l'appunto alla dimensione personologica del reato e non a quella della manifestazione oggettiva e contingente del medesimo, diversamente sarebbe più coerente mettere in discussione direttamente la decisione del legislatore di porre questo vincolo ultroneo all'operatività dell'esiguità del fatto.

All'esito di questa analisi della dimensione sostanziale dell'irrilevanza del fatto così come prevista dall'attuale art. 131 *bis* c.p., quale giudizio dobbiamo dunque dare alla scelta compiuta dal legislatore?

La nostra impressione, in controtendenza probabilmente con le opinioni espresse dalla dottrina prevalente, è che tale novità legislativa complessivamente valutata abbia arricchito e non indebolito l'ordinamento penale italiano.

Certo ci sono scelte palesemente irrazionali (utilizzare la fascia edittale massima come valore di riferimento per il limite esterno di applicabilità dell'istituto; impedire il giudizio di tenuità dell'offesa in presenza di condizioni di stampo soggettivo), certo su taluni aspetti il legislatore avrebbe potuto essere più preciso (la questione dell'elemento psicologico; la natura tassativa o esemplificativa delle ipotesi espresse di comportamento abituale; il significato di condotte plurime, abituali e reiterate), ma rimane il fatto che a partire dal 2015 nel codice penale italiano possiamo trovare un istituto di cui il nostro sistema giuridico avvertiva da tempo l'esigenza, tanto per ragioni di mera opportunità, quanto per ragioni di natura dogmatica e concettuale, un istituto con la potenzialità di fronteggiare il paradosso di un illecito penale formalmente tale ma sostanzialmente incapace di mostrare un vero disvalore per i consociati.

Rimane ferma la convinzione che si tratti in ogni caso di un istituto di portata generale ma di natura eccezionale, perché tale novità nulla toglie al dovere del legislatore di fare scelte incriminatrici razionali e tecnicamente pregevoli, diversamente opinando infatti l'unico effetto della novella del 2015 sarebbe quello

di scaricare sulle sole spalle della giurisprudenza l'onere di mantenere l'equilibrio e l'efficacia della macchina repressiva statale, tuttavia va comunque preso atto che ad oggi esiste uno strumento in più per garantire che il principio della concreta offensività del reato possa esplicare al massimo le sue potenzialità nel processo penale.

Non si può nemmeno contestare al legislatore italiano di essere stato avventato nella scelta di spingere verso questa modernizzazione dell'ordinamento penale nostrano, poiché analoghi istituti erano previsti ormai da anni nel rito onorario e in quello minorile e la preziosa eredità di quelle esperienze sicuramente avrà avuto un ruolo importante nella decisione di replicare tale scelta anche all'interno del processo ordinario, con le dovute correzioni.

Indicata doverosamente la nostra impressione generale sul lavoro che ha condotto al d.lgs. 28 del 2015, riteniamo un poco stucchevole tergiversare ulteriormente nel gioco di dichiarare se il legislatore sia stato "buono" o "cattivo", se si poteva fare di più, se era meglio prima, *etc.*

Ad oggi l'istituto dell'irrelevanza penale del fatto è un dato acquisito del nostro ordinamento giuridico per cui l'interprete ha il compito di confrontarsi con esso cercando di limare il più possibile i profili di incongruenza che ravvisi nella disciplina, e se proprio dovesse ritenere intollerabile le lacune ivi emergenti, sarà il caso che si faccia portatore di queste critiche direttamente di fronte alla Consulta.

Attenzione però a non fare confusione: un conto sono le irragionevolezza che discendono direttamente dal dato testuale, un altro sono quei profili di discrasia che derivano dall'adozione di una lettura ermeneutica piuttosto che di un'altra.

A ben vedere il legislatore del 2015 ha agito spesso, soprattutto nella definizione dei requisiti interni, in modo sufficientemente ambiguo e indefinito da concedere sempre un certo spazio a interpretazioni "correttrici" da parte della giurisprudenza, tali da riallineare eventuali aspetti a prima vista contraddittori con la lettura maggiormente condivisa dell'istituto.

Non è certamente un bene avere a che fare con un testo normativo (parzialmente) lacunoso, ma in tale contesto questo difetto di precisione permette a interpreti e studiosi di giocare un ruolo da protagonisti nell'applicazione concreta dell'esiguità del fatto, così come hanno dimostrato i primi casi problematici di cui ci siamo occupati in precedenza (reati con soglie di punibilità, reato plurisoggettivo *etc.*).

A questo punto non rimane altro che cercare di dare il nostro *vademecum*, il nostro "bugiardino" per il miglior utilizzo della clausola di irrilevanza del fatto, secondo quella che è la nostra personale percezione del fenomeno in commento.

La prima regola da non dimenticare, e lo sottolineiamo fin dall'Introduzione, è che siamo di fronte ad un istituto "bicefalo", nel senso che è sorretto da (almeno) due *rationes* di fondo, il principio di offensività in concreto e l'esigenza di alleggerimento del carico giudiziale (per non parlare delle ulteriori possibili suddivisioni all'interno del panorama sostanziale), per cui sarebbe un controsenso interpretare questa figura giuridica abbracciando una sola di queste, ignorando al contempo totalmente l'altra.

È chiaro che ci si aspetta nel complesso una preponderanza della *ratio* sostanziale poiché l'altra avendo una natura intrinsecamente utilitaristica, rischia

di essere autoreferenziale se non accompagnata da validi appigli tecnici in cui possa trovare un riscontro.

Ci venga consentita una banale osservazione: se tra dieci anni ci trovassimo ancora a dover scegliere una soluzione ermeneutica per il semplice fatto che essa garantisce maggiori capacità di perseguire il fine deflattivo, ciò significherebbe che tale obiettivo in realtà non può essere raggiunto dall'istituto in questione e allora tanto varrebbe privilegiare un'interpretazione maggiormente coerente con la dimensione concettuale dell'esiguità del fatto in modo quantomeno da salvare la tenuta dogmatica dello stesso.

Il secondo suggerimento è quello di non cadere nella tentazione di espandere indiscriminatamente il campo applicativo della norma attraverso letture particolarmente lassiste dei relativi limiti esterni per la smania di includervi quanti più casi possibili.

La scelta del legislatore di riservare l'art. 131 *bis* c.p. solo alle fattispecie rientranti nella "microcriminalità" è chiara e come tale va rispettata, anche se non si può negare che talvolta sarà importante evidenziare le peculiarità di questo contesto rispetto ad altri istituti la cui applicazione è vincolata al livello sanzionatorio della fattispecie astratta, specialmente in materia processuale, per cui in talune circostanze sarà il caso di riflettere attentamente se mantenere l'impostazione tradizionale ovvero prediligere un approccio nuovo (si vedano ad esempio le riflessioni condotte in materia di tentativo).

Il terzo invito è quello di ricordare che il giudizio di irrilevanza del fatto non esaurisce le valutazioni del giudice circa il reato commesso poiché al contrario esso è solo un passaggio antecedente rispetto alla fase della commisurazione della pena che rimane comunque sullo sfondo ed è pronta a tornare in gioco nel caso in cui il primo dia esito negativo.

In tal senso si nota negli interpreti una certa fobia che in assenza di taluni elementi appartenenti alla struttura classica del reato (*in primis* la componente soggettiva) il giudizio di irrilevanza del fatto possa risultare incompleto e quindi in definitiva irrazionale.

Dal nostro punto di vista non è affatto così: la valutazione di esiguità dell'offesa è di per sé differente da quelle che riguardano l'accertamento del reato e la quantificazione della pena ed in un certo senso è ontologicamente incompleta rispetto a queste ultime, anche se la difformità va apprezzata non solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi.

In definitiva il giudizio di particolare tenuità del fatto è un tipo di accertamento "specializzato" volto ad analizzare solo taluni peculiari profili della vicenda criminale per stabilire se sia necessaria/opportuna la sanzione, mentre i giudizi relativi alla sussistenza del reato e alla quantificazione della pena, rispettivamente precedente e susseguente a quello richiesto dall'art. 131 *bis* c.p., sono accertamenti a carattere generalizzato, deputati a cogliere l'episodio delittuoso nella totalità delle sue sfaccettature perché chiamati a fornire una risposta onnicomprensiva (c'è/non c'è il reato perché sussistono tutti i requisiti/perché manca un presupposto; il reato deve essere sanzionato con la pena x, in quanto questo è il disvalore prodotto dalla totalità degli indici di cui all'art. 133 c.p.).

L'ultima indicazione, che ci auguriamo ormai nota al lettore, è relativa ai due requisiti guida dell'art. 131 *bis* c.p. e spinge verso una lettura la più oggettiva

possibile della particolare tenuità dell'offesa, con un rigetto tendenziale dell'elemento psicologico in tale valutazione o quantomeno una relegazione ad un ruolo marginale, e verso il rifiuto di meccanismi presuntivi e automatici nella definizione dell'abitudine del comportamento.

Avendo già indugiato a lungo sull'argomento ci sentiamo di aggiungere semplicemente un'osservazione finale: vero è che tale istituto poggia prepotentemente sulla discrezionalità del singolo giudice chiamato ad esprimersi sulla specifica vicenda storica posta sotto la sua attenzione, tuttavia per una buona applicazione e accettazione dell'istituto sarà fondamentale che la giurisprudenza avverta la responsabilità di fornire criteri interpretativi uniformi, non nel senso che debbano necessariamente essere utilizzati per risolvere qualsiasi caso in cui si faccia questione dell'irrelevanza del fatto, ma che possano trovare applicazione anche al di fuori di quel contingente episodio criminoso, in modo da evitare accuse di una giustizia penale *ad personam*.

Sono evidenti in conclusione le enormi potenzialità e i grandi punti interrogativi che circondano e accompagnano l'istituto cristallizzato all'art. 131 *bis* c.p., figura giuridica con cui il legislatore italiano ha voluto estendere anche al processo penale ordinario la possibilità di una soluzione mite (l'esclusione della pena) a fronte di un evento drammatico (la realizzazione di un reato), sulla spinta di istanze molto differenti tra loro che si combinano e talvolta si scontrano realizzando in definitiva un disegno normativo piuttosto complesso e originale.

Le prime risposte della giurisprudenza stanno arrivando, talvolta in sintonia con la dottrina, talvolta in contrasto con essa, occorrerà ora vedere se saranno destinate a diventare presto diritto vivente oppure se saranno solo il primo passo di un lungo percorso destinato a plasmare finalmente il volto definitivo di questo *novum* di diritto positivo.

## BIBLIOGRAFIA

### **Articoli in riviste giuridiche e pubblicazioni su pagine web.**

G. Alberti, *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131 bis c.p.? La parola alle Sezioni Unite*, Diritto penale contemporaneo, 2016.

G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per "Il libro del diritto Treccani 2016", Diritto penale contemporaneo, 2015.

G. Alberti, *La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, Diritto penale contemporaneo, 2015.

G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131-bis (prima parte)*, Studium Iuris, 2015, n. 9.

G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, Diritto Penale e Processo, 2016, 6.

M. C. Amoroso, *La sorte dei furti di generi di prima necessità all'interno dei supermercati all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite n. 52117/2014 e dell'introduzione dell'art. 131 bis nel codice penale*, Cassazione Penale, 2015, 6.

P. Avitto, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: soglie di punibilità, reati tributari e profili successori*, Giurisprudenza Penale, 2017.

R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Diritto Penale e Processo, 2015, 6.

R. Bartoli, *La competenza penale del giudice di pace II*, Diritto penale e processo, 2001, 2.

R. Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, Giurisprudenza Italiana, 2016.

R. Bartoli, *Particolare tenuità del fatto: condanne irrevocabili risalenti nel tempo possono escludere, anziché fondare, l'abitudine del comportamento*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016.

M. A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, Diritto penale contemporaneo, 2014.

R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, La legislazione penale, 2016.

F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, Diritto penale contemporaneo, 2015, 2.

C. M. Celotto, *Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, Diritto penale contemporaneo, 2017.

G. Cocco, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, Diritto penale contemporaneo, 2014.

A. Corbo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cassazione penale, 2016, 6.

G. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale*, Diritto penale e processo, 2002.

O. Di Giovine, *La particolare tenuità del fatto e la ragionevole tutela del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, Cassazione penale, 2016, 2.

P. Di Nicola, *Breve introduzione al nuovo istituto della non punibilità del fatto per particolare tenuità*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015.

R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, Diritto penale contemporaneo, 2015.

M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, Indice Penale, 2003.

M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Diritto penale contemporaneo, 2013, 4.

M. L. Ferrante, *Considerazioni a prima lettura sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, 2016.

G. Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile?*, Foro Italiano, 2001, Parte V.

P. Gaeta e A. Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Cassazione Penale 2015, n. 7/8.

G. L. Gatta, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e il limite del giudicato*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015.

C. F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Diritto penale e processo, 2015, 5.

- M. B. Magro, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, Cassazione penale, 2016, 11.
- V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, Diritto penale contemporaneo, 2011.
- A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, Diritto penale contemporaneo, 2015.
- M. N. Masullo, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, Cassazione Penale, 2005.
- A. Melchionda, *Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"? Una risposta negativa (non "faziola", ma "di parte"), aspettando le Sezioni Unite*, Diritto penale contemporaneo, 2017.
- A. Molinarolli, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, Diritto penale contemporaneo, 2016, 2.
- C. Moscardini, *Sulla possibilità di revocare per sopravvenuta abolitio criminis le sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto passate in giudicato*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016.
- L. Pacifici, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015.
- F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2014.
- T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com), Guida al Diritto, 2015.
- S. Perelli, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Minime riflessioni "a caldo"*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015.
- D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, Archivio penale, 2016, 1.
- P. Pomanti, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Archivio penale web, 2015, 2.
- L. Puccetti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto: natura sostanziale e applicazione retroattiva ai procedimenti in corso*, Processo penale e giustizia, 2015, 5.
- R. Rampioni, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, Cassazione Penale, 2016, 2.

C. Rinaldi, *La “particolare tenuità del fatto” come causa di esclusione della punibilità nella disciplina introdotta dal decreto legislativo 16 marzo 2015, n.28, di attuazione della legge delega 28 aprile 2014, n.67*, [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it), 2015.

M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Riv. It. Dir. Pen. E Proc. Pen., 1990.

G. Rossi, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, *Diritto Penale e Processo*, 2016, 4, pagg. 537 e ss.

G. Salcuni, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 dlgs. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebrezza*, *Cassazione penale*, 2007, 7-8.

S. Santini, *L'articolo 131 bis c.p. al vaglio della Corte Costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2 c.p.?*, *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

#### **Monografie e contributi inseriti in opere collettive.**

C. Andreuccioli, *I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 28 del 2015*, in C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Dike ediz. 2015, pagg. 131 e ss.

R. Bartoli, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. De Francesco e E. Venafro, G. Giappichelli Editore, 2002, pagg. 101 e ss.

M. Caterini, *Reato Impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, G. Giappichelli Editore, 2005.

M. Chiavario, *L'espansione dell'istituto della “tenuità del fatto”: frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrocchio, G. Giappichelli Editore, 2015, pagg. 235 e ss.

D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, G. Giappichelli Editore, 2007.

G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, 2002.



C. Fiore, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pagg. 91 e ss.

G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993.

A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Serena Quattrocchio, G. Giappichelli Editore, 2015, pagg. 3 e ss.

V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G. Giappichelli Editore, 2005.

E. Mattevi, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art 34 d.lgs. n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Il Giudice di Pace Quaderni, E. Mattevi, C. Pongiluppi e N. Ventura, IPSOA, 2009, pagg. 41 e ss.

M. Petrone, *La costruzione della fattispecie penale tramite rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, G. Giappichelli Editore, 2004.

C. Pongiluppi, *Il concetto di esiguità del reato: profili dogmatici e politico – criminali*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Il Giudice di Pace Quaderni, E. Mattevi, C. Pongiluppi e N. Ventura, IPSOA, 2009, pagg. 3 e ss.

C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Dike ediz. 2015.

F. Sgubbi, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Giuffrè, 2002, pagg. 159 e ss.

N. Ventura, *La declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Il Giudice di Pace Quaderni, E. Mattevi, C. Pongiluppi e N. Ventura, IPSOA, 2009, pagg. 101 e ss.

### **Manualistica, Commentari e Trattati.**

E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti e M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli Editore, Terza edizione.

A. R. Castaldo, *La non punibilità per particolare del fatto: il nuovo art. 131 bis c.p.*, in *Trattato di diritto penale* a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Parte Generale e Speciale, Riforme 2008 – 2015, UTET, 2015, pagg. 111 e ss.

F. Della Casa, *Processo penale minorile*, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, CEDAM, Settima edizione, pagg. 1236 e ss.

G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli Editore, Sesta edizione.

G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè Editore, Quarta edizione e Quinta edizione.

E. Marzaduri, *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, CEDAM, Settima edizione, pagg. 1265 e ss.

***Altre fonti.***

Relazione allo schema del dlgs. 28 del 2015.

*La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione di piante stupefacenti*, Relazione di Orientamento numero 36/2016 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

*Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, disponibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

*Decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, G. Amato, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, 2015, disponibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).