

## **Particolare tenuità e capacità a delinquere. Brevissime riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione**

di  **Davide Colombo**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. VI, 3 OTTOBRE 2023 (DEP. 31 OTTOBRE 2023), N. 43941  
PRESIDENTE DE AMICIS, RELATORE GIORDANO

**1.** Con la sentenza in epigrafe la corte di cassazione si è pronunciata in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.), svolgendo alcune interessanti considerazioni sulle novità apportate alla norma dalla c.d. riforma Cartabia (d.lgs. 150/2022).

Nel dettaglio, i giudici di legittimità hanno soffermato la propria attenzione sul criterio, concorrente alla valutazione circa l'esiguità dell'offesa arrecata, della condotta susseguente al reato, interrogandosi sulla rilevanza da accordare in seno a tale indice a elementi rivelatori della capacità a delinquere del reo.

**2.** La causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. è stata introdotta, come noto, per assolvere una duplice funzione: da un lato, escludere la sanzionabilità di condotte che, pur astrattamente integranti gli estremi di un reato, abbiano cagionato un'offesa contenuta, in una prospettiva essenzialmente volta a perseguire finalità strettamente connesse ai principi di proporzione e di *extrema ratio* della risposta punitiva; dall'altro lato, realizzare effetti positivi sul piano deflattivo.

L'art. 1 co. 1 lett. c) n. 2 d.lgs. 150/2022 è intervenuto sull'art. 131 *bis* c.p. in tre diversi modi.

In primo luogo, l'ambito di applicazione dell'istituto è stato ampliato a tutti i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, abbandonando così il parametro del massimo edittale di cinque anni previsto dalla previgente formulazione.

In secondo luogo, l'applicabilità dell'istituto è stata espressamente esclusa in relazione a determinati reati elencati all'art. 131 *bis* co. 3 c.p., in relazione ai quali opera, in sostanza, una presunzione *ex lege* di non tenuità dell'offesa. Infine, come anticipato, è stata attribuita rilevanza, nell'ambito del giudizio sull'esiguità del fatto, alla condotta susseguente al reato. Quest'ultima modifica al dettato normativo si è resa necessaria per superare l'orientamento giurisprudenziale che, nella formulazione pre-riforma dell'art.

131 *bis* c.p., escludeva il rilievo comportamenti successivi al fatto ai fini della valutazione della tenuità dell'offesa<sup>1</sup>.

Il riferimento alla condotta susseguente al reato, quale inedito indice per valutare la tenuità dell'offesa, è invero ampio, come riconosce la stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2000, in cui si spiega che «si è così inteso non limitare la discrezionalità del giudice che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà d'altra parte fare affidamento su una locuzione elastica – “condotta susseguente al reato” – ben nota alla prassi giurisprudenziale»<sup>2</sup>. Così, nell'alveo della condotta susseguente al reato potranno rientrare le restituzioni, il risarcimento (anche parziale) del danno, le condotte riparatorie, l'accesso a programmi di giustizia riparativa, *etc.*

**3.** Uno dei temi più problematici scaturiti dalla novella legislativa attiene alla questione se la condotta susseguente al reato rilevi solo laddove incida sull'entità dell'offesa, ovvero debba essere presa in considerazione anche nei casi in cui disveli una maggiore o minore capacità a delinquere del reo. Come è stato limpidamente osservato, infatti, il comportamento del reo successivo al fatto si caratterizza per due possibili direzioni, potendo esso esprimere tanto un indice del bisogno rieducativo, in un'ottica finalistica, quanto un indice della stessa offesa *stricto sensu*, in un'ottica riparativa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., sez. V, 2 dicembre 2019, n. 660: «Ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, non rileva il comportamento tenuto dall'agente “*post delictum*”, atteso che la norma di cui all'art. 131-*bis* c.p. correla l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133, co. 1 c.p., e non invece con riguardo a quelli, indicativi di capacità a delinquere, di cui al secondo comma, includenti la condotta susseguente al reato». V. anche Cass., sez. III, 28 giugno 2017, n. 893, secondo cui l'eliminazione delle conseguenze pericolose del reato non integrava di per sé una lieve entità dell'offesa, atteso che l'esiguità del disvalore derivava da una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno e alla colpevolezza. Nello stesso senso anche Cass., sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742. Aveva invece ricondotto la condotta susseguente al concetto di non abitualità Cass., sez. III, 11 luglio 2017, n. 4123, con nota di E. PENCO, *Particolare tenuità del fatto – (ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2018, 6, pp. 1502 ss. Va tuttavia segnalato che un minoritario indirizzo della giurisprudenza di merito era incline a valorizzare condotte *post delictum* di tipo riparatorio-ripristinatorio, tendenzialmente sul piano dell'esiguità dell'offesa: v. tra le molte Tribunale di Milano, sent. 24 marzo 2016, n. 3738, nonché Tribunale di Foggia, sent. 10 aprile 2015, n. 1670.

<sup>2</sup> Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

<sup>3</sup> In questi termini F. LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.). Riflessioni sparse*, in *Penale Diritto e Procedura*, 30

**3.1.** La questione, invero, non è stata ignorata dal legislatore della riforma. Infatti, la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 chiarisce espressamente che il mancato riferimento, nel testo novellato della norma, all'art. 133 co. 2 c.p. è stata un'omissione intenzionale, avente quale scopo quello di non introdurre nella valutazione di particolare tenuità dell'offesa elementi che vengono propriamente presi in considerazione in sede di commisurazione della pena, quali indici da cui desumere la capacità a delinquere del reo. Segnatamente, «nel diverso contesto della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., la condotta susseguente al reato non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, bensì, secondo l'intenzione della legge delega, quale criterio che, nell'ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla valutazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità»<sup>4</sup>.

Si tratta di una impostazione, dunque, che riconduce i requisiti dell'esiguità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, compresa quella successiva al reato, a elementi che attengono sempre al disvalore oggettivo del fatto e che focalizzano lo sguardo sul grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato.

**3.2.** Sennonché la dottrina pressoché unanime si è espressa in senso radicalmente opposto a quello palesato dal legislatore della riforma, ritenendo infatti che, con l'attribuzione di rilevanza alla condotta susseguente al reato, nel giudizio di particolare tenuità dell'offesa debbano essere presi in considerazione anche indici sintomatici della capacità a delinquere del reo<sup>5</sup>.

---

agosto 2021, p. 6, il quale a tal proposito osserva che «successivamente al commesso reato, infatti, il reo può tenere condotte che attestino un minor bisogno di rieducazione, poiché già emblematiche di una revisione critica di quanto realizzato; o può attuare comportamenti positivi tesi al ristoro per il danno cagionato, azioni che, mentre incidono sul piano dell'esigenza rieducativa, producono riverberi sugli effetti del fatto oggettivo con particolare riferimento alla riparazione del pregiudizio arrecato»

<sup>4</sup> Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

<sup>5</sup> S. RICCARDI, *La nuova disciplina dell'art. 131-bis nel quadro della riforma Cartabia*, in *La Legislazione penale*, 2 marzo 2023, pp. 11 ss.; M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in D. CASTRONUOVO – M. DONINI – E.M. MANCUSO – G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 122-123; E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2022, pp. 8-9; F. LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.)*. *Riflessioni sparse*, cit., p. 8. Particolarmente critico D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale e processo*, 1/2023, p. 61, secondo il quale «che la condotta susseguente al reato costituisca un indice di

In sintesi, si ritiene che il giudice possa valutare il bisogno rieducativo del reo, alla luce della condotta susseguente al reato, già nell'alveo dell'art. 131 *bis* c.p., la cui *ratio* sarebbe rinvenibile non solo in esigenze di deflazione processuale, ma anche nel rispetto del principio costituzionale di proporzionalità e di meritevolezza della pena<sup>6</sup>.

In altri termini, il rilievo alla condotta *post factum* dovrebbe essere valorizzato in prospettiva di prevenzione speciale positiva, di talché il fatto possa essere ritenuto particolarmente tenue laddove non vi siano esigenze di rieducazione<sup>7</sup>.

**4.** L'impostazione dottrinale non viene seguita dalla Suprema Corte nella pronuncia qui segnalata.

La vicenda da cui ha tratto origine il procedimento infine giunto in cassazione riguardava il caso di un soggetto condannato per detenzione a fine di cessione di stupefacenti ex art. 73 co. 5 d.P.R. 309/1990, essendo stato trovato in possesso di 6,5 grammi di eroina.

I giudici di merito non avevano riconosciuto in favore dell'imputato la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., ritenendone inibita l'applicabilità poiché la condotta risultava abituale. In particolare, erano state valorizzate in tal senso le condanne subite dall'imputato per fatti analoghi; condanne che, tuttavia, erano state pronunciate in relazione a fatti commessi successivamente a quello per cui si procedeva. Per questo motivo, la difesa dell'imputato aveva presentato ricorso per cassazione, censurando le motivazioni poste dalle corti di merito a fondamento del diniego del riconoscimento della particolare tenuità del fatto.

Con la sentenza in esame, i giudici di legittimità hanno condiviso le doglianze del ricorrente, precisando alcuni principi vecchi e nuovi in relazione alle condizioni di applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p.

Innanzitutto, la Corte richiama un proprio precedente – reso anteriormente alle novità introdotte dalla riforma Cartabia – in cui era stato affermato che, ai fini dell'apprezzamento della condizione della non abitualità della condotta, non assumono rilievo i comportamenti successivi alla commissione del reato, poiché l'art. 131 *bis* c.p. correla l'esiguità del disvalore ad una

---

capacità a delinquere è una constatazione ovvia»; l'A. sottolinea inoltre come altri indici della capacità a delinquere del reo, previsti dall'art. 133, co. 2, c.p., trovino comunque modo di essere valorizzati nell'ambito dell'art. 131-*bis* c.p.: «i "motivi a delinquere" e il "carattere del reo" sono già scrutinati per verificare se sussistono gli ostacoli espressamente indicati nell'art. 131-*bis*, comma 2, e relativi ai "motivi abietti o futili" o alla "crudeltà", mentre i "precedenti" e la "condotta" antecedente ugualmente rilevano per stabilire se il comportamento non sia "abituale"».

<sup>6</sup> E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9.

<sup>7</sup> M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, cit., p. 123.

valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esso desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133 co. 1 c.p. e non invece con riguardo a quelli indicativi della capacità a delinquere, di cui all'art. 133 co. 2 c.p.<sup>8</sup>

Il Supremo Collegio si confronta quindi con l'interpolazione, da parte del d.lgs. 150/2022, del criterio della condotta susseguente al reato tra gli indici per valutare la tenuità dell'offesa.

I giudici di legittimità ricordano che, in alcune pronunce rese all'indomani della riforma, è stato precisato che la condotta susseguente al reato costituisce elemento suscettibile di valutazione nell'ambito del giudizio sulla sussistenza delle condizioni per la concreta applicabilità dell'esimente, rilevando ai fini dell'apprezzamento dell'entità del danno, ovvero come possibile spia dell'intensità dell'elemento soggettivo<sup>9</sup>.

Prendendo le mosse da tali considerazioni, la Corte ritiene che, nell'ambito dei parametri che congiuntamente il giudice di merito deve esaminare ai fini del giudizio di particolare tenuità dell'offesa, la condotta susseguente al reato non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, consentendo, così, di valorizzare condanne intervenute per altri fatti-reato successivi, bensì quale criterio che, nell'ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla valutazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità.

In sintesi, secondo il Collegio la condotta susseguente al reato, per essere valutata nell'ambito dell'art. 131 *bis* c.p., deve incidere sul disvalore oggettivo del fatto, mentre dovranno ritenersi inconferenti rispetto al giudizio sull'entità dell'offesa comportamenti successivi che si limitino a manifestare la capacità a delinquere.

**5.** Una presa di posizione netta, quella della Suprema Corte, che si scontra apertamente con l'opinione dottrinale maggioritaria consolidatasi fin dall'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022.

Nel dibattito tra giurisprudenza e dottrina che si profila all'orizzonte, a noi pare – come abbiamo tentato di spiegare altrove<sup>10</sup> – che l'indirizzo esegetico propugnato dai giudici di legittimità nella sentenza in epigrafe sia

<sup>8</sup> Cass., sez. III, 22 novembre 2019, n. 2216.

<sup>9</sup> Cass., sez. III, 21 marzo 2023, n. 20279; Cass., sez. III, 4 aprile 2023, n. 18029. In precedenza, nelle more dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, si erano espresse in tal senso anche le sezioni unite con la sentenza *Ubaldi* (Cass., SS.UU., 27 gennaio 2022, n. 18891).

<sup>10</sup> V. D. COLOMBO, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato. Le prime pronunce della Cassazione sul novellato art. 131-bis c.p.*, in *Sist. pen.*, 12 luglio 2023.

pienamente condivisibile. Ci sembra, cioè, che vi siano fondate ragioni, di ordine letterale e sistematico, per affermare la (tendenziale) irrilevanza di valutazioni sulla capacità a delinquere del reo nell'ambito dell'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Occorre tuttavia preliminarmente avvertire che la tematica in parola è, invero, di notevole spessore e richiederebbe – tanto più alla luce delle nette conclusioni cui perviene il giudicante – approfondimenti non limitati a sintetiche osservazioni come quelle che seguono, da intendere pertanto quali meri spunti di riflessione.

**5.1.** Innanzitutto, va rilevato che il testo normativo depone inequivocabilmente nel senso di escludere una rilevanza generalizzata della capacità a delinquere del reo nel giudizio sulla particolare tenuità del fatto.

L'art. 131 *bis* c.p., infatti, richiede che il giudizio sulla tenuità dell'offesa tenga conto delle modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133 co. 1 c.p. (inerente alla gravità del reato), mentre nessun richiamo viene operato all'art. 133 co. 2 c.p. (attinente alla capacità a delinquere del reo). Un'omissione evidentemente deliberata – come peraltro conferma la Relazione Illustrativa, v. *supra* – e che, pertanto, deve guidare l'interprete nella direzione dell'esclusione della rilevanza della capacità a delinquere nel giudizio sulla tenuità dell'offesa, in ossequio al parametro interpretativo secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

L'introduzione dell'indice della condotta susseguente al reato non ha mutato un simile quadro testuale, semmai invece confermandolo: l'utilizzo della congiunzione "anche", infatti, apre l'inciso immediatamente successivo – quello sulla condotta susseguente – al rinvio che la legge opera all'art. 133 co. 1 c.p. Non muta, dunque, il riferimento normativo a un giudizio sulla tenuità del fatto a vocazione essenzialmente oggettiva, benché i relativi criteri (modalità della condotta e esiguità del danno/pericolo) dovranno essere valutati, oltre che in base agli indici contemplati dall'art. 133, co. 1 c.p., anche in virtù del contegno assunto dall'autore dopo il compimento del reato.

**5.2.** D'altronde, la previsione della causa di esclusione della punibilità ex art. 131 *bis* c.p. è incentrata sul dato, eminentemente obiettivo, della tenuità dell'offesa. Attribuire valenza alla capacità a delinquere dell'agente nell'ambito dell'art. 131 *bis* c.p. è fuorviante, poiché trapianta valutazioni incentrate sulla persona del reo in un istituto a vocazione essenzialmente oggettiva, rischiando pertanto di snaturarne il fondamento<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Di diversa opinione D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 62, secondo cui «l'apertura alle virtualità taumaturgiche della "condotta susseguente al reato" implica un ulteriore e forse definitivo distacco della

Del resto, l'ordinamento penale prevede anche altre disposizioni, oltre all'art. 131 *bis* c.p., che escludono la punibilità in virtù di valutazioni di matrice oggettivistica, in una prospettiva illuminata dai principi di materialità e offensività: si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina del reato putativo (art. 49 co. 1 c.p.) e a quella del reato impossibile (art. 49 co. 2 c.p.).

Sarebbe chiaramente distonico rispetto ai summenzionati principi – nonché al finalismo deflattivo dell'istituto – valorizzare la capacità a delinquere, nell'ambito dell'art. 131 *bis* c.p., "in senso negativo", ossia per escludere la non punibilità di un fatto oggettivamente tenue, in assenza di altre condizioni espressamente previste dalla legge come ostative (*in primis* l'abitualità del comportamento).

Ma conferire rilevanza alla capacità a delinquere per valutare la particolare tenuità del fatto sarebbe disarmonico con la natura dell'istituto anche qualora si volesse limitare la sua incidenza ai casi in cui il reo manifesti un ridotto bisogno rieducativo (dunque, una valutazione "in senso positivo"). Da un lato, qualora il giudizio sintetico degli indici elencati all'art. 131 *bis* c.p. già deponga per la particolare tenuità del fatto, la valutazione positiva relativa a una limitata capacità a delinquere costituirebbe un evidente pleonaso. Dall'altro lato, laddove invece la sintesi dei parametri indicati dall'art. 131 *bis* c.p. restituisca un quadro di offensività che esuli dall'esiguità, accordare comunque la non punibilità per particolare tenuità del fatto in virtù di un giudizio favorevole sulla capacità a delinquere costituirebbe una distorsione dell'istituto, derivante da una indebita comparazione tra grandezze in realtà incommensurabili, vale a dire gravità del reato e bisogno rieducativo.

**5.3.** Come si è già avuto modo di sottolineare, la *ratio* dell'esclusione della punibilità ex art. 131 *bis* c.p. persegue finalità strettamente connesse ai principi di proporzione e di *extrema ratio* della risposta punitiva. Lo scopo è quello di non applicare sanzioni penali in relazione a fatti che non ne sono meritevoli; non è, invece, quello di esentare dall'irrogazione di una pena chi manifesta una ridotta capacità a delinquere. Diversamente opinando, si incrinerebbe, attraverso una eterogenesi dei fini pur ispirata a condivisibili istanze di morigeratezza nell'impiego dello strumento penale, l'architettura sistematica apprestata dall'ordinamento per rispondere adeguatamente alla commissione di un reato. Risposta che, inevitabilmente, deve involgere sussidiarietà, proporzionalità, rieducazione; ma con razionalità, seguendo direttrici che assegnino a ogni strumento la funzione che gli è propria, così da assicurare, in definitiva, una maggiore efficienza del sistema.

---

clausola dalla matrice oggettivistica dell'offesa al bene giuridico e la consegna al giudice di una chiave equitativa di soluzione del processo, in cui l'apprezzamento del "bisogno di pena" assume un ruolo autonomo, ormai indipendente dal riscontro dei presupposti della responsabilità».

A questo proposito, va ricordato – e ci sembra una precisazione determinante – che meritevolezza di pena (del fatto) non significa meritevolezza di punizione (dell'agente); né la meritevolezza di punizione implica effettiva esecuzione della sanzione irrogata, né tanto meno detenzione carceraria.

L'ordinamento, infatti, appronta una serie di istituti volti a evitare che il reo, pur colpevole di un fatto astrattamente meritevole di pena, non incorra, laddove non manifesti sintomi di pericolosità sociale e, dunque, di spiccata capacità a delinquere, nella punizione formalmente irrogata.

Il pensiero, chiaramente, va alla sospensione condizionale della pena *ex art.* 163 c.p., nonché all'elaborato apparato di alternative al carcere (tra cui in particolare le pene sostitutive e le misure alternative alla detenzione). Istituti, questi, in cui è fisiologico che vengano in rilievo tematiche attinenti alla capacità a delinquere del soggetto, la quale potrà – e dovrà – essere valorizzata al fine di escludere o limitare l'esecuzione della pena per soggetti che non manifestano un bisogno rieducativo ovvero che lo manifestano in misura ridotta.

Di emblematico rilievo ci sembra il confronto con la sospensione condizionale (il cui limite di pena per l'accesso è non a caso anch'esso, come per l'art. 131 *bis* c.p. – benché quest'ultimo faccia riferimento al minimo edittale, mentre l'art. 163 c.p. alla pena in concreto irrogabile –, pari a due anni di reclusione). La sospensione condizionale è lo strumento specificamente designato dal legislatore per evitare l'esecuzione della pena nei confronti di soggetti che, da un lato, si siano resi autori di fatti di reato che, pur non tenui, non siano nemmeno gravi, e in relazione ai quali, dall'altro lato, si possa pronosticare l'astensione dalla commissione di ulteriori reati. Un istituto, insomma, in cui è naturale e fisiologico che venga in considerazione la capacità a delinquere del reo, come d'altra parte afferma espressamente il legislatore, laddove – all'art. 164 c.p. – statuisce che la sospensione condizionale della pena è ammessa solo se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133 c.p. (dunque sia quelle del primo comma, sia quelle del secondo comma), il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati.

In breve: il sistema appresta un insieme di strumenti che, alla luce dei principi – da un lato – di sussidiarietà e offensività e – dall'altro lato – di rieducazione del condannato, possono essere impiegati per sottrarre il reo alla sanzione penale, laddove il fatto commesso non appaia meritevole di pena (art. 131 *bis* c.p.) ovvero qualora il reo medesimo non palesi alcun bisogno rieducativo (sospensione condizionale, alternative alla detenzione, *etc.*). Ciascuno di questi strumenti, tuttavia, ha un proprio *rationale*, una propria funzione e un proprio ruolo, la cui portata dovrebbe essere preservata da tentativi di espansione volti a perseguire obiettivi già raggiungibili seguendo altri e appositi sentieri normativi. Diversamente opinando, l'esito a cui si perviene è quello di snaturare i singoli istituti previsti dall'ordinamento, così

affastellandoli in un fascio ingrovigliato, invece che incastrandoli ordinatamente in un sistema intrinsecamente coerente.

**5.4.** Peraltro, che il giudizio sulla capacità a delinquere non possa trovare collocazione nell'ambito dell'art. 131 *bis* c.p. si desume anche dalla constatazione della definitività del proscioglimento per particolare tenuità del fatto.

La valutazione sulla capacità a delinquere è essenzialmente un giudizio prognostico sulla possibilità di recidiva (intesa in senso atecnico come commissione di ulteriori reati). Prognosi che, come tutte le previsioni, può in seguito rivelarsi corretta, ma anche errata.

Ora: quali sono le conseguenze – *rectius* i rimedi – che l'ordinamento prevede laddove un giudizio di favore sulla capacità a delinquere del reo venga smentito dalla realtà dei fatti?

Nell'ambito della sospensione condizionale della pena, la soluzione è semplice: ai sensi dell'art. 168 c.p., la sospensione è revocata di diritto se, entro i termini di cui all'art. 163 c.p., il condannato commetta un altro reato della stessa indole, ovvero non adempia agli obblighi impostigli. Disposizioni analoghe sono poi previste in tema di pene sostitutive e di misure alternative alla detenzione.

Una regola di tal fatta, tuttavia, non è contemplata in relazione alla causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. Un'omissione che si giustifica solo laddove l'istituto venga ricondotto alla sua naturale funzione di valutazione della meritevolezza di pena del fatto commesso, in relazione al disvalore oggettivo manifestato, considerato anche alla luce della condotta susseguente al reato, ma pur sempre con riferimento al grado di offesa obiettivamente cagionato.

Viceversa, incuneare nell'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. valutazioni relative alla capacità a delinquere del reo striderebbe grandemente con la definitività della causa di non punibilità, non suscettibile di revisione. Perché mai, infatti, l'autore di un'offesa non tenue, a cui sia accordata la non punibilità sulla base di una prognosi di astensione dalla commissione di altri reati, dovrebbe restare impunito in relazione a quel fatto originario, qualora egli, contrariamente a quanto pronosticato, continui a commettere reati?

In sintesi, l'art. 131 *bis* c.p. attiene all'*an* di pena, a cui dovrebbero restare estranee valutazioni rimesse alla discrezionalità del giudicante in relazione alla capacità a delinquere del reo, dovendo guardarsi solo alla materialità dei fatti; la capacità a delinquere viene invece in rilievo nel giudizio sul *quantum* di pena, nonché sul *quomodo*. Ambito, quest'ultimo, in cui è naturale che venga preso in considerazione il concreto bisogno rieducativo del reo, e in cui trova fisiologica esplicazione l'istituto della sospensione condizionale della pena.

**6.** In conclusione, pare opportuno spendere qualche parola per rilevare che, in ogni caso, l'art. 131 *bis* c.p. contiene comunque elementi che consentono, già in tale sede, di valutare e valorizzare il bisogno rieducativo del reo, entro tuttavia binari precisi e predefiniti dal legislatore.

Si pensi, in primo luogo, all'intensità del dolo o al grado della colpa, i quali, pur ricollegati al giudizio sul disvalore dell'azione, consentono comunque, entro limiti, valutazioni relative alla capacità a delinquere del reo<sup>12</sup>.

Più emblematico, forse, è il requisito della non abitualità del comportamento, da cui si desume proprio la propensione alla criminalità del reo. Con l'opportuna precisazione, tuttavia, che l'abitualità del comportamento è da valutare – come puntualizza la sentenza qui annotata – con esclusivo riferimento a fatti commessi prima di quello oggetto di scrutinio, e non anche a fatti successivi.

Ancora: la mente va alle condizioni preclusive di cui all'art. 131 *bis* co. 2 c.p., ove si esclude la possibilità di riconoscere la tenuità dell'offesa laddove l'autore abbia agito per motivi abietti o futili, con crudeltà, adoperando sevizie, *etc.*, in una prospettiva che muove sempre dal disvalore oggettivo del fatto, ma in cui subentrano ineludibilmente considerazioni legate alla pervicacia criminale del reo.

Al di là di questi parametri predefiniti, tuttavia, a noi sembra che la valutazione sulla capacità a delinquere del reo non possa trovare ospitalità nell'ambito del giudizio sulla particolare tenuità del fatto, ben potendo – e dovendo – essere valorizzata in un momento necessariamente successivo, in relazione a istituti appositamente predisposti per scongiurare l'assoggettamento a punizione di individui che hanno dimostrato di non avere alcun bisogno rieducativo, o di averlo in misura limitata.

---

<sup>12</sup> Sul tema della possibilità di utilizzare l'art. 131 *bis* c.p. per escludere la punibilità di fatti commessi con colpa lieve, cfr. l'attento lavoro di M.E. FLORIO, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in *La legislazione penale*, 30 gennaio 2023.