

# NON PUNIBILITÀ E RIEDUCAZIONE

## LA RINUNCIA ALLA PENA DA PARTE DEL GIUDICE DI COGNIZIONE

*Giuseppe Amarelli*

SOMMARIO: 1. *La marginalità della non punibilità nell'originario modello di diritto penale retributivo...* 2. (segue) *...e in quelli general-preventivi e special-preventivi negativi.* 3. *La concezione rieducativa della pena e l'espansione della categoria della non punibilità.* 4. *Inciso: il caso emblematico della trasfigurazione della amnistia.* 5. *La rieducazione e la rivalutazione giurisprudenziale di cause lato sensu di non punibilità applicabili in sede di cognizione: il caso dell'art. 49, comma 2, c.p. 5.1. (segue) Il caso dell'art. 5 c.p. e della creazione della scusante per ignoranza o errore 'inevitabile' sulla legge penale.* 5.2. *Il recente caso della c.d. bancarotta riparata.* 6. *Il conio legislativo di cause di non punibilità in senso stretto applicabili in sede di cognizione.* 7. *L'ampliamento in via interpretativa della portata operativa della particolare tenuità del fatto.* 7.1. *L'ampliamento operativo progettato dalla riforma Cartabia: luci e ombre.* 8. *Verso la previsione di una ipotesi estintiva per le contravvenzioni.* 9. *Conclusioni.*

### *1. La marginalità della non punibilità nell'originario modello di diritto penale retributivo...*

Fin quando il sistema penale è stato ancorato a una concezione della pena di tipo ciecamente retributivo<sup>1</sup>, la non punibilità dei fatti costituenti reato ha giocato al suo interno un ruolo assolutamente secondario.

Muovendo da un simile punto di partenza, si considerava l'esercizio effettivo della potestà punitiva statale in caso di accertamento della re-

---

<sup>1</sup> Sulle teorie retributive della pena si vedano le ricostruzioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 117 e ss.; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

sponsabilità penale una conseguenza assolutamente ineluttabile del reato, peraltro del tutto esterna alla sua struttura e ai suoi elementi costitutivi<sup>2</sup>.

In quel contesto storico-culturale, in cui vigeva incontrastata l'idea kantiana e hegeliana della pena (e quindi della punibilità come categoria concettuale di genere) come doveroso contraltare dialettico del reato e mezzo necessario per la riaffermazione del diritto e della *voluntas legis* negati attraverso la realizzazione dell'illecito da parte del reo<sup>3</sup>, la rinuncia alla sua irrogazione per fattori ulteriori rispetto a eventuali cause di esclusione del reato come, ad esempio, la legittima difesa, lo stato di necessità o l'errore, si presentava del tutto distonica.

In particolare, nell'ottica di Kant, compendiata nel noto mito dell'isola, l'inflizione della sanzione da parte del giudice penale era vista come un obbligo giuridico e, prima ancora, morale, da assolvere indefettibilmente da parte della comunità in cui era stata accertata la commissione di un reato, anche quando quella stessa comunità stesse per sciogliersi per sempre<sup>4</sup>. Mentre nella prospettiva di Hegel, racchiusa nella teoria degli assoluti, l'effettiva irrogazione della pena era concettualmente indispensabile per ristabilire gli equilibri alterati nella società

---

<sup>2</sup> La ineliminabilità della pena come categoria logica era rimarcata da P. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 3 s.; ID., voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 789. In argomento, per un diverso e più moderno punto di vista, si vedano, *ex multis*, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2004; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 343 ss.

<sup>3</sup> Per degli approfondimenti sulle concezioni della pena di Kant e Hegel, si rinvia a M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981, *passim*; ID., *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, 13 e ss.; L. EUSEBI (a cura di), AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 41 e ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, spec. 36 e ss.; W. NAUCKE, *Über den Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Wissenschaft*, Hrsg. Blühdorn-Ritter, 1969, 27 e ss.

<sup>4</sup> Sul dovere giuridico morale di punire e sul mito dell'isola si veda I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di G. Vidari, Bari, 1970, 166 s.

dalla commissione di un reato; essendo quest'ultimo concepito come negazione del diritto, la sua repressione era assolutamente necessaria per ripristinare l'ordine costituito, conformandosi come la negazione della negazione del diritto, *ergo* del reato<sup>5</sup>.

Da qualunque base teorica si muovesse, negli ordinamenti giuridici moderni del tardo Settecento e dell'Ottocento europeo la sanzione penale era concepita in termini rigidamente assoluti e puramente retrospettivi secondo lo schema logico *quia peccatum est* e, dunque, come mezzo per la simmetrica retribuzione del reato commesso, facendo così prevalere “una visione del reato come fatto necessariamente punibile (*nullum crimen sine poena*), sul quale incombeva la minaccia plumbea ma ‘giusta’ della sanzione retributiva, e che rendeva inconcepibile una definizione di reato separata dalla punibilità”<sup>6</sup>.

In un contesto in cui le funzioni del diritto penale erano compendiate nel ‘sorvegliare e punire’<sup>7</sup> tutti gli autori di reati, preferibilmente con la perdita effettiva della libertà personale<sup>8</sup>, la categoria concettuale della punibilità acquisiva il valore di mero predicato del reato tendenzialmente irrinunciabile<sup>9</sup>. Di riflesso, il suo risvolto negativo, vale a dire la rinuncia alla pena, appariva come una alternativa giuridica del tutto eccezionale ed eccentrica rispetto agli scopi e alle strutture del diritto

---

<sup>5</sup> In argomento, cfr. S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 131 e ss.

<sup>6</sup> Così M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 410.

<sup>7</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, tr. it., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Torino, 1976.

<sup>8</sup> Sulla crisi del rapporto ‘reato-perdita di libertà’ e sulla necessità, dinanzi alla varietà dei reati e degli autori, di predisporre un catalogo molteplice di risposte ‘penali’ comprensivo di misure non determinanti la privazione della libertà personale (come le pene pecuniarie, sostitutive, alternative, interdittive, patteggiate, le mediazioni, le oblazioni contrattate, le riparazioni del danno), si veda il lavoro di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 48 ss., spec. 52.

<sup>9</sup> Com'è noto, ad avviso di H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. it., Torino, II ed., 1960, *passim*, il predicato di giuridicità di un illecito è rappresentato dalla sanzione, sicché non può esistere un illecito senza la pena. Sul punto si veda B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669 ss. Per una ricostruzione critica di tale rapporto cfr. per tutti A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 16 e ss.

penale, connessa soprattutto a contingenti valutazioni di opportunità schiettamente politica da parte del legislatore che ne poteva disporre quale *instrumentum regni* in una prospettiva marcatamente utilitaristico-statuale.

I pochi spazi per la previsione di cause di non punibilità in senso stretto per fatti costituenti reato erano, infatti, ritagliati nell'area giuridico-politica delle immunità soggettive e, soprattutto, in quella ancora più elastica della *indulgentia principis*, da sempre costituente la roccaforte del potere del sovrano anche *extra ordinem*, dove si stagliavano i provvedimenti di clemenza regia, e, quindi, o le amnistie celebrative di portata collettiva o le decisioni di grazia a contenuto individuale.

## 2. (segue) ...e in quelli general-preventivi e special-preventivi negativi

Allo stesso modo, il ruolo della non punibilità in presenza di accertamento della responsabilità penale del reo è stato del tutto marginale anche in quei sistemi penali più moderni in cui, in luogo della più 'elementare' teoria assoluta della pena a contenuto retributivo, si erano affermate le prime concezioni c.d. relative che, utilizzando una logica di tipo prospettico, secondo lo schema logico orientato al futuro del *punitur ne peccetur*, avevano attribuito alla sanzione criminale finalità ulteriori, non sempre strettamente connesse con il fatto commesso<sup>10</sup>.

E invero i margini per la previsione di ipotesi di rinuncia alla sanzione criminale in presenza di comportamenti costituenti reato erano davvero angusti sia muovendo da una concezione della pena di tipo general-preventivo negativo, che puntava sulla deterrenza e sul costringimento psichico della collettività tramite l'esibizione del furore punitivo dello Stato con pene spettacolari e marchiati, che da una di carattere special-preventivo negativo, che mirava alla neutralizzazione/esclu-

---

<sup>10</sup> Di recente, nella manualistica, per una sintetica ricostruzione delle teorie relative della pena, cfr. M. PELISSERO, *Funzioni della pena*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2020, 757 ss. In argomento, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 47 e ss.

sione del singolo reo socialmente pericoloso, per scongiurare possibili recidive<sup>11</sup>.

In entrambi i casi, infatti, la pena era intesa sempre come un mezzo politico idoneo a soddisfare esclusivamente istanze di difesa dell'ordine costituito e di controllo sociale della devianza a scapito di quelle contrapposte del garantismo individuale del reo e della tutela dei suoi diritti fondamentali, sicché in presenza della commissione di un reato la sanzione criminale non appariva mai rinunciabile e la non punibilità si presentava come una categoria giuridica fuori scala rispetto agli elementi che definivano il paesaggio dello *ius terribile*.

Sia che la pena dovesse intimorire i consociati, distogliendoli dalla commissione di fatti simili a quelli realizzati dal reo, sia che dovesse sterilizzare la pericolosità sociale di quest'ultimo, impedendogli la realizzazione di condotte analoghe a quelle già tenute, gli spazi per la rinuncia alla sua irrogazione in concreto erano davvero esigui.

Più precisamente, nell'ottica general-preventiva negativa – tipica dei regimi totalitari del Novecento e, per stessa ammissione dei suoi compilatori, ispiratrice del nostro codice penale del 1930<sup>12</sup> –, in cui si arrivava a legittimare anche la strumentalizzazione del reo tramite la comminazione e l'inflizione di pene esemplari e sproporzionate, compresa la pena di morte, pur di perseguire una finalità inibitoria-monitrice nei confronti della collettività, la non punibilità di un reato si presentava come una scelta manifestamente contraddittoria rispetto al messaggio che il legislatore voleva veicolare ai consociati attraverso il diritto penale, quello della severità, prontezza e certezza della risposta dello Stato avverso ogni reato. L'eventuale indulgenza nei confronti del reo, infatti, finiva con il rinnegare proprio lo scopo che con le norme incriminatrici si voleva raggiungere della dissuasione degli altri dalla realizzazione di fatti simili. Come potevano i consociati temere la furia punitiva del sovrano se le pene draconiane da questi comminate non venivano effettivamente eseguite in maniera spettacolare, violenta e marchiante?

---

<sup>11</sup> Per una ricostruzione delle varie declinazioni delle teorie relative in chiave negativa cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 47 e ss.

<sup>12</sup> In tal senso molto chiaramente *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Volume V, Roma, 1929, 67 ss.

Analogamente, nell'ottica special-preventiva negativa che diversi proseliti aveva fatto tra il tardo Ottocento e il primo Novecento anche nella dottrina penalistica italiana, soprattutto grazie alla Scuola positiva, la previsione di cause di non punibilità in presenza dell'accertamento della commissione di un reato risultava antagonista rispetto alle finalità di neutralizzazione del reo che invece si ritenevano centrali negli assetti del diritto penale. Un sistema sanzionatorio teso a contenere le future inclinazioni criminali di un soggetto socialmente pericoloso, legittimando anche in casi di recidive reiterate specifiche soluzioni drastiche e definitive come la pena di morte o altre pene corporali, non lasciava spazi per legittimare la rinuncia alla sua punizione in termini razionali, salvo casi di accertamento di una avvenuta emenda del reo. Come giustificare la scelta di non punire chi, avendo commesso un reato aveva già dimostrato la sua pericolosità per la collettività, senza prima avere verificato la rimozione dei fattori soggettivi di rischio di ricadute nel reato?

Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli ultimi due secoli ispirati a simili concezioni relative della pena, compreso il nostro del ventennio fascista che ha dato i natali al codice Rocco attualmente vigente, la rinuncia alla inflizione della sanzione criminale in presenza di fatti costituenti reato era soluzione del tutto residuale e (fatta eccezione per le immunità che si basavano su scelte di favore a vantaggio di ristrette cerchie di soggetti considerati *super leges*) rispondeva prevalentemente ad esigenze di carattere paternalistico, come ad esempio l'istituto del perdono giudiziale di cui all'art. 169 c.p., o indulgenziale, come le ipotesi originarie delle cause estintive del reato della sospensione condizionale della pena e della oblazione di cui agli artt. 163 e 162 c.p. concepite quali alternative estintive per reati meno gravi e, soprattutto, i provvedimenti di clemenza collettiva e individuale di cui agli artt. 151 e ss. c.p.

La quasi totalità di queste cause di non punibilità erano, invero, espressive prima ancora che di una razionalità interna rispetto ai connotati del sistema penale e alle sue matrici teleologiche, di una razionalità politica esterna rispetto alla fisionomia dello Stato e alla visione del rapporto autorità-cittadino da questo propugnata, chiaramente squilibrata a favore della prima. La loro *ratio* era rinvenibile o nell'intenzione

del legislatore autoritario di dimostrare la sua magnanimità protettrice nei confronti di soggetti deboli o in formazione; o nella esigenza sempre utilitaristico-collettiva di non sovraccaricare la macchina della giustizia pubblica, rallentandone il funzionamento a causa dell'inflizione di pene di breve durata o di parva entità; o, ancora, nella volontà di dimostrare la superiorità e la grandezza dello Stato che, per ragioni quasi sempre autocelebrative, concedeva grazie o clemenza agli autori di reati non molto gravi.

Le poche ipotesi di rinuncia alla inflizione delle sanzioni penali comminate edittalmente che non condividevano questo tipo di obiettivi, come ad esempio la prescrizione del reato pur contemplata da tanti codici del passato e dal codice Rocco, erano oggetto di forti critiche da parte della dottrina perché non in armonia con l'impronta di fondo di quel sistema penale e di quell'assetto politico-istituzionale e valoriale.

E infatti nella prospettiva general-preventiva negativa dei compilatori del 1930 e, prima ancora, in quella retributiva della Scuola Classica, la rinuncia alla inflizione della pena per un reato commesso in forza di un dato neutro come il mero decorso del tempo era considerata in termini fortemente critici, esprimendo una autentica negazione del diritto penale che, al contrario, aveva il compito deontologico, rispettivamente, di dissuadere i consociati con l'inflizione della pena e di riequilibrare con la punizione del reo i valori violati dalla commissione del reato<sup>13</sup>. Si osservava criticamente che la prescrizione “ripugna all'essenza e alla natura stessa della pena”, perché “alimenta la speranza di impunità”, “eccita alla perpetuità dei delitti”, “sottrae la vittima alle difese offerte dalla sanzione penale”: è, insomma, il mezzo attraverso cui “la legge penale uccide sé stessa”<sup>14</sup>.

Stessa avversione nei confronti della prescrizione era manifestata nel medesimo periodo storico anche da parte dei sostenitori della Scuola positiva, dal momento che questa causa di non punibilità prescindeva dalla verifica della perdurante sussistenza della pericolosità sociale in-

---

<sup>13</sup> Si veda in argomento la puntuale ricostruzione offerta da F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 22 ss.

<sup>14</sup> E. BIANCHINI, *La prescrizione in diritto penale*, Reggio dell'Emilia, 1881, pp. 10 e ss.

dividuale del reo, ritenuta invece necessaria anche in caso di decorso di tempo in una prospettiva di special-prevenzione negativa<sup>15</sup>. Rinunciare a punire un reato senza una previa verifica circa la sussistenza o meno della pericolosità del reo rappresentava una opzione nettamente contrastante con gli obiettivi che il diritto penale avrebbe dovuto ragionevolmente perseguire in quella *Weltanschauung*, rischiando di reimmettere nel contesto sociale un soggetto ancora potenzialmente in grado di delinquere nuovamente<sup>16</sup>.

### 3. La concezione rieducativa della pena e l'espansione della categoria della non punibilità

Com'è noto, lo scenario è radicalmente cambiato quando, a partire dalla metà del Novecento, la *Zweckgedanke*, l'idea di scopo, che aveva già stravolto le fondamenta del diritto in generale<sup>17</sup>, si è infiltrata nella cittadella fortificata del diritto penale<sup>18</sup> e si è combinata con il modello di Stato costituzionale di diritto di matrice personalistica e *right based* nel frattempo affermatosi, vale a dire con quell'assetto politico-istitu-

<sup>15</sup> Sul punto cfr. ancora F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., 24 ss.

<sup>16</sup> A. ZERBOGLIO, *Della prescrizione penale*, Torino, 1893, 116 ss.; ID., *La prescrizione penale secondo la scuola classica e la scuola positiva*, in *La scuola positiva*, 1893, 369 ss.; E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, 742.

<sup>17</sup> Fondamentale in tal senso è l'opera di R. v. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, tr. it., Torino, 1972, in cui l'A., dopo aver dedicato la prima fase della sua speculazione a costruire il diritto secondo un metodo logico e strutturale, puntando esclusivamente sui suoi aspetti giuridico-formali e sul costruzionismo dogmatico di categorie unitarie e razionali sulle orme di Savigny e della Scuola storica, inizia a sostenere che l'alternativa metodologica migliore per una ricostruzione non contraddittoria del diritto è rappresentata dal metodo teleologico. L'elemento valoriale e 'anti-formalistico' dello scopo viene, infatti, in quel momento individuato quale fattore che più di ogni altro risulta in grado di consentire una elaborazione dell'ordinamento giuridico in termini unitari e razionali.

<sup>18</sup> In ambito penalistico, per una concezione teleologica del diritto penale, si veda F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, tr. it., Milano, 1962; e in tempi più recenti, per la elaborazione di una sistematica orientata ai principi della politica criminale di uno Stato sociale e costituzionale di diritto cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, tr. it., Napoli, 1998.



zionale *civil servant* funzionale al singolo scolpito dall'art. 2 Cost., che nella sua scala valoriale ha anteposto espressamente l'individuo e i suoi diritti fondamentali allo Stato personificato e alle sue articolazioni<sup>19</sup>.

Quell'innesto ha prodotto una alchimia perfetta che ha condotto all'affermazione esplicita all'interno dell'art. 27, comma 3, Costituzione di una innovativa concezione rieducativo-risocializzante della pena, che, divenendo primo motore immobile del sistema penale, ha imposto, a sua volta, un radicale cambiamento di quest'ultimo<sup>20</sup>.

Grazie a una rilettura della sanzione penale in chiave special-preventiva positiva, non solo è stato possibile far affiorare sul terreno del reato esigenze di garanzia prima sconosciute, o comunque non adeguatamente valorizzate, come l'*extrema ratio*, la materialità, l'offensività e la colpevolezza, che ne hanno ridefinito l'aspetto in termini decisamente più circoscritti rispetto al passato, ma anche scardinare sul versante della risposta alla sua commissione la convinzione risalente e radicata della corrispondenza biunivoca con la punibilità<sup>21</sup>.

Il nuovo volto costituzionale del sistema penale, teleologicamente orientato al perseguimento di scopi di rieducazione del reo, nell'interesse diretto di questi e indiretto della collettività, ha infatti costituito l'*humus* ideale per la conformazione della categoria concettuale della non punibilità e, in particolare, della sottocategoria delle sanzioni positive e del c.d. diritto penale premiale<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> L'impatto dell'idea di scopo nel diritto penale è ben ricostruito da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 25 ss.

<sup>20</sup> Sul significato da attribuire alla finalità rieducativa della pena scandita nella Costituzione si rinvia per tutti a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 101 ss. Sulle dinamiche di cambiamento innescate si veda, tra i tanti, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 28 ss.

<sup>21</sup> Il superamento di una concezione rigida e infrangibile del rapporto tra reato e pena è efficacemente ricostruito da A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 12 ss.

<sup>22</sup> Non è possibile in questa sede soffermarsi sul diritto penale premiale; si rinvia per approfondimenti, tra i tanti, ad AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*; ID., *Diritto premiale e sistema penale*, qui citati nelle versioni contenute in Franco Bricola, *Scritti di diritto penale. Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, cit., rispettivamente 1407 e ss. e 1457 e ss.; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 398

Nel momento in cui la pena è stata considerata non più come mezzo neutro e svincolato da scopi prospettici tramite il quale lo Stato deve solo infliggere un *patis* al reo proporzionato alla gravità del fatto commesso, né tanto meno come uno strumento nelle mani del sovrano per perseguire retributive finalità di deterrenza sociale o neutralizzazione individuale, ma come istituto attraverso il quale assicurare un coinvolgimento attivo del reo e della collettività nella prospettiva di un futuro reinserimento sociale del primo, la sua inflizione in presenza di un fatto integrante reato ha perso il rango dell'obbligo giuridico e morale inderogabile per il giudice di cognizione, ed è, al contrario, divenuta l'*extrema ratio*, l'ultima alternativa a cui si deve ricorrere in casi di assoluta necessità.

Ci si è gradualmente resi conto che, soprattutto in presenza di fatti di disvalore minimo o, addirittura, 'riparati' dal reo con condotte *post patratum crimen* di segno opposto, risulta decisamente più utile al perseguimento degli obiettivi di risocializzazione, piuttosto che l'irrogazione della pena edittalmente minacciata, la rinuncia alla stessa. Coerentemente con una concezione gradualistica del reato, si è andata affermando l'idea che il principio di sussidiarietà del diritto penale possa essere realizzato, oltre che con la preferibile scelta della depenalizzazione legislativa di fatti di disvalore marginale, da parte del giudice, evitando l'inflizione in concreto delle pene minacciate per condotte che risultino all'esito di una valutazione complessiva e/o inclusiva delle condotte post-fatto del reo prive di portata lesiva significativa per i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice formalmente violata<sup>23</sup>.

Ad amplificare la centralità della categoria della non punibilità nel mutato contesto assiologico costituzionale ha contribuito il fatto che la

---

e ss.; ID., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, *ivi*, 1981, 529 e ss.; C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Iper-trofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 129; E. RESTA, *Diritto penale premiale e "nuove" strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 41 e ss.

<sup>23</sup> Fondamentali, per una ricostruzione del c.d. principio di sussidiarietà o *extrema ratio* secondaria, sono i lavori di M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 408 s., nonché in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 377 s.

nuova visione rieducativa della pena è stata ‘calata’ e attuata in un sistema penale incentrato su un catalogo sanzionatorio ancora marcatamente carcerocentrico<sup>24</sup>.

E infatti, nel momento in cui la pena detentiva continuava ad essere la principale delle misure repressive comminate dal legislatore – il vero fulcro e marcatore identitario del catalogo sanzionatorio *stricto sensu* penale –, poteva rieducare molto di più rispetto a reati di bassa o media gravità la sanzione che ‘non si applica’, rispetto a quella effettivamente inflitta<sup>25</sup>. L’inserimento del reo all’interno del circuito penitenziario e, soprattutto, della sottocultura criminale o deviante che lo permea, per brevi periodi risultava (e risulta) assolutamente antitetico rispetto all’obiettivo del suo reintegro in società e anche alle sottese esigenze di individualizzazione<sup>26</sup>, proporzionalità e ragionevolezza del trattamento sanzionatorio<sup>27</sup>. L’effettiva esecuzione di una sanzione detentiva della durata di pochi mesi sembra, invero, in grado di produrre esiti diametralmente inversi, favorendo la desocializzazione del reo che viene escluso dal suo contesto relazionale e, magari, professionale, nonché il suo etichettamento negativo con il conseguente stigma sociale che rende più difficile il reinserimento in contesti del vivere civile, e, non ultimo, la nascita di una sua avversione nei confronti dello Stato e del modello di giustizia che esso rappresenta che invece di favorirne il reintegro, lo priva della alternativa principale che potrebbe consentirgli<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Evidenziano la perdurante centralità della pena detentiva nell’attuale sistema penale G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, *ivi*, 1992, 512. Da ultimo, segnala l’importanza di ridurre al minimo l’inflizione in concreto delle pene minacciate soprattutto se a carattere detentivo A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.

<sup>25</sup> Così M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, *cit.*, 263.

<sup>26</sup> Sul principio di individualizzazione e personalizzazione della pena e sul suo impatto sul sistema sanzionatorio si rinvia a M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, Torino, 2020, 2 ss.

<sup>27</sup> In proposito si rinvia per tutti al pregevole lavoro di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021.

<sup>28</sup> Mette correttamente in luce come lo scopo della pena nella modernità sia compendiabile soprattutto in divieti e limiti e, quindi, “deducibile in negativo”, G. FORNA-

È in questo rinnovato scenario ordinamentale che la categoria della ‘non punibilità’<sup>29</sup> ha potuto affermarsi in luogo di quella della ‘punibilità’ portando, tra le altre cose, a consegnare nelle mani del giudice della cognizione una pluralità di istituti in grado di soddisfare le esigenze del diritto penale di marca costituzionale, evitando l’inflizione di pene per fatti di disvalore marginale da parte di rei privi di elevata pericolosità per i consociati.

#### 4. Inciso: il caso emblematico della trasfigurazione della amnistia

La consacrazione costituzionale della rieducazione all’interno dell’art. 27, co. 3, Cost., unitamente all’affermarsi di principi-corollario ad essa serventi, come quello della proporzionalità e ragionevolezza della pena di cui all’art. 3 Cost., ha influito sulla non punibilità prima di tutto

---

SARI, *Un ritorno al futuro? Il «sapere» penalistico fra storia e attualità*, in J.L. GUZMÁN D’ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, tr. it., Trento, 2015, 4.

<sup>29</sup> In dottrina, si è opportunamente segnalato che la categoria dommatica di riferimento non deve essere più individuata in positivo nella ‘punibilità’, bensì in negativo nella ‘non punibilità’, dal momento che l’evoluzione legislativa ha elaborato sempre nuove cause di rinuncia alla pena rispetto a fatti già completi di tutti gli elementi costitutivi del reato, tipicità, anti giuridicità e colpevolezza. In tal senso cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 410; ID., *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1035 e ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 75 e ss. (questi ultimi due lavori sono consultabili anche nella raccolta di saggi M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., rispettivamente, 347 e ss. e 377 e ss.); ID., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 259 e ss. In generale, sulla punibilità v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, 655 e ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla “punibilità”*, cit., 397. In generale, sulla punibilità nella teoria del reato si vedano anche G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 1 ss.; G. COCCO, voce *Punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, 2016, 516 ss.; ID., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 262 ss. Segnala i rischi di un uso disinvolto della non punibilità D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 441 ss.; P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2020, 83 s.

in termini retrospettivi, innescando una rivalutazione, e talvolta un vero e proprio stravolgimento, di alcuni suoi istituti-simbolo, grazie all'opera conformatrice della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Alla luce delle coordinate teleologiche completamente differenti da cui muove il nostro sistema penale costituzionalmente orientato, è stato possibile, per un verso, ricalibrare diversamente rispetto al passato talune cause di non punibilità già conosciute da lungo tempo nella tradizione penalistica e riassegnare loro spazi di operatività decisamente più razionali rispetto agli scopi e alle funzioni del diritto penale a trazione costituzionale, nonché, al contempo, mettere al bando le precedenti concezioni delle medesime ipotesi di esclusione della pena in cui si scorgevano residui di una concezione antistorica e meramente politica e potestativa dello *ius puniendi*.

Per altro verso, invece, si sono gettate le basi per permettere la progettazione di nuove cause di rinuncia alla pena, sconosciute alle esperienze giuridiche della tradizionale italiana, incentrate sul ridotto disvalore del fatto commesso oppure sulle condotte *post patratum crimen* del reo dal contenuto riparatorio-ripristinatorio.

Sotto il primo versante, emblematico, per quanto non pertinente strettamente al piano oggetto di questa indagine e quindi alla non punibilità in sede di giudizio di cognizione, è il ribaltamento della categoria legislativa della clemenza collettiva che ha da sempre rappresentato una delle forme più impiegate di non punibilità sopravvenuta rispetto a fatti costituenti reato<sup>30</sup>.

Con l'affermazione dell'idea rieducativa si è assistita a una sorta di risemantizzazione del concetto penalistico di amnistia che, pur rimanendo identico a sé stesso da un punto di vista nominalistico, è stato riempito di significati e contenuti giuridici completamente nuovi, portando a far scomparire dall'orizzonte penalistico le vecchie amnistie celebrative e meramente politiche, espressione di uno Stato autoritario che gestiva in maniera assolutamente discrezionale e potestativa la potestà punitiva che deteneva senza limiti o freni predefiniti, e a lasciare spazio alle sole amnistie razionali rispetto alla rieducazione.

---

<sup>30</sup> La palinogenesi della clemenza collettiva è limpidamente tracciata da V. MAIELLO, *Clemenza collettiva e sistema penale*, cit., 25 ss.

Com'è noto, sino al recente passato, l'amnistia costituiva una scelta personalissima del legislatore, espressiva dell'*arbitrium principis* e della sua volontà puramente politica e insindacabile, varata per soddisfare interessi politico-populisti di aggregazione di consenso sociale, coerentemente con una concezione dello *ius puniendi* quale *instrumentum regni*<sup>31</sup>.

A partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 175/1971<sup>32</sup>, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una delle tante leggi di amnistia ciclicamente adottate dal legislatore prima della riforma del 1992 che, riscrivendo i *quorum* necessari nell'art. 72 Cost., le ha fatte completamente scomparire dalla scena giuridica contemporanea, si è finalmente ritenuto il potere di clemenza non più insindacabile in ragione della sua natura squisitamente politica e discrezionale, bensì sottoposto come ogni atto avente forza di legge a limiti materiali e contentutistici di natura costituzionale desumibili dall'art. 3 e soprattutto 27, comma 3, Cost., limiti il cui superamento può legittimare anche l'intervento demolitivo della Consulta.

Si ritiene, infatti, che oggi l'amnistia per poter essere adottata e considerata legittima costituzionalmente deve necessariamente essere coerente con i principi di ragionevolezza e proporzionalità e di rieducazione del reo, ragioni per cui non possono residuare margini per il suo impiego per ragioni celebrative dello Stato o per contingenti esigenze politiche, ma può essere utilizzata solamente per soddisfare eccezionali esigenze di pacificazione sociale o di correzione di distorsioni straordinarie del funzionamento del diritto penale<sup>33</sup>.

L'amnistia ha, quindi, radicalmente mutato fisionomia, svestendo i panni dello strumento funzionale a soddisfare il narcisismo dei detentori del potere in un dato frangente storico in maniera del tutto discrezionale e al di fuori di qualsiasi regola o schema, per assumere quelli di istituto capace di risolvere possibili situazioni di squilibrio che possono

---

<sup>31</sup> L'originaria concezione potestativa della clemenza e la sua conformazione antitetica rispetto ai principi del diritto penale liberale è descritta da V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, 83 ss.

<sup>32</sup> Sul punto v. ancora per tutti V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, 334 ss.

<sup>33</sup> Sulle forme di clemenza legittima rispetto ai principi costituzionali V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, 421 ss.

generarsi all'interno di un ordinamento giuridico in presenza di rivolgimenti sociali, eventi naturali eccezionali, sovraffollamento carcerario insostenibile, riforme legislative non coordinate sul versante intertemporale o mutamenti giurisprudenziali favorevoli, forieri di incoerenze macro-evidenti e di esiti anti-rieducativi, come, ad esempio, si è verificato nei casi della coltivazione domestica di stupefacenti dopo la sentenza delle Sezioni unite del 2020 che ha sollevato il problema della perdurante punibilità dei fatti pregressi già passati in giudicato; del peculato dell'albergatore che ha posto analoghi dubbi circa la capacità rieducativa della perdurante esecuzione delle pene inflitte per fatti pregressi alla depenalizzazione del 2021; dei c.d. fratelli minori di Contrada dopo che le Sezioni unite 2020 Genco hanno negato loro l'estensione dei principi di diritto della sentenza Contrada della Corte EDU 2015, sollevando incertezze sulla razionalità delle pene detentive in fase di esecuzione nei loro confronti per dei fatti che non erano però considerati punibili all'epoca della loro commissione<sup>34</sup>.

*5. La rieducazione e la rivalutazione giurisprudenziale di cause lato sensu di non punibilità applicabili in sede di cognizione: il caso dell'art. 49, comma 2, c.p.*

Ma per ciò che più attiene al problema specifico oggetto del presente lavoro, quello della incidenza della rieducazione sui poteri di esclusione della punibilità da parte del giudice della cognizione, è possibile ravvisare evidenti espansioni della categoria delle ipotesi di rinuncia alla pena grazie alla penetrazione dell'idea risocializzante e della connessa esigenza di proporzionalità-ragionevolezza in tutti i gangli del sistema penale.

Può essere considerata situazione paradigmatica di questo processo di dilatazione ermeneutica di pregresse disposizioni codicistiche, la

---

<sup>34</sup> Sul punto sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, 'Peculato dell'albergatore': tra successione mediata reale o apparente e successione impropria, tertium datur l'amnistia?, in *Dir. pen. cont.*, 1/2021, 64 ss.

progressiva valorizzazione della causa di non punibilità in senso lato del c.d. reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2, c.p.<sup>35</sup>.

Grazie al mutamento del contesto assiologico di riferimento, si è infatti fatto derivare da questa norma, in passato considerata come mera riaffermazione in forma negativa della regola della irrilevanza penale degli atti inidonei enunciata in forma positiva nell'art. 56 c.p. in materia di delitto tentato<sup>36</sup>, il criterio ermeneutico della offensività in concreto, tramite il quale il giudice penale è chiamato a verificare sempre, in sede di accertamento della responsabilità penale per qualsiasi reato, oltre alla c.d. tipicità formale/apparente, anche la c.d. tipicità sostanziale.

Una volta che si è ritenuta imprescindibile l'offensività per poter consentire alla pena di assolvere le funzioni attribuitele dalla Costituzione, si è giunti a considerare l'art. 49, comma 2, c.p. come una causa di non punibilità generale declinabile discrezionalmente da parte del giudice della cognizione ogni qual volta la specifica condotta tenuta dal reo, pur risultando formalmente corrispondente in ogni suo segmento a quella descritta dalla fattispecie incriminatrice generale e astratta, difetti nella sostanza dell'effettiva capacità lesiva del bene giuridico protetto, a cui è ancorata il giudizio di bisogno e meritevolezza di pena.

Se la pena deve tendere alla rieducazione, e se è necessario accertare sempre, in relazione a qualsivoglia reato, la sussistenza effettiva di una

---

<sup>35</sup> Sul reato impossibile per inidoneità della azione, inteso quale fondamento normativo codicistico del principio di offensività e della concezione realistica del reato, si rinvia, tra i tanti, a C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*; ID., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 e ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 750 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 259 e ss.; G. RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, 711 e ss. Da ultimo, per una completa ricostruzione del principio di offensività, si rinvia a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; nonché a M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; R. BARTOLI, *Inoffensività del fatto ed interpretazione teleologica della norma*, in *Cass. pen.*, 1998, 2739 ss.

<sup>36</sup> Ricostruisce la precedente lettura 'riduzionista' dell'art. 49, comma 2, c.p. e il suo superamento M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, cit., 129 ss.



lesione, ancorché potenziale, dell'interesse giuridico tutelato, laddove l'azione tenuta dal reo si riveli del tutto inidonea a produrre tale effetto, la sanzione comminata non deve essere irrogata.

Com'è noto, dopo lunghe ritrosie della giurisprudenza, arroccata su concezioni formalistiche del reato, di recente la Corte di Cassazione ha fatto leva sul reato impossibile in qualche isolata pronuncia in materia di falsi grossolani<sup>37</sup>, e, da ultimo, in un importante arresto a Sezioni unite nella delicatissima materia degli stupefacenti, in cui ha utilizzato l'art. 49, comma 2, c.p. per ritagliare spazi di liceità alla c.d. coltivazione domestica di sostanze stupefacenti formalmente tipiche<sup>38</sup>.

In tempi recenti, nello stesso senso si è orientata anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 148/2019 sul favoreggiamento della prostituzione in cui, pur salvando la fattispecie dai dubbi di legittimità rispetto al principio di offensività in astratto, ha ribadito la necessità per il giudice di vagliare sempre e comunque l'offensività in concreto e, dunque, di escludere in sede di cognizione la punibilità laddove manchi nel singolo caso oggetto di apprezzamento una effettiva lesione del bene tutelato *ex art 49, comma 2, c.p.*<sup>39</sup>.

### 5.1. (segue) *Il caso dell'art. 5 c.p. e della creazione della scusante per ignoranza o errore 'inevitabile' sulla legge penale*

La stessa idea rieducativa è stata alla base della 'creazione' all'interno del nostro sistema penale di una causa di non punibilità in senso lato attivabile dal giudice della cognizione, del tutto sconosciuta alla nostra tradizione giuridica come l'errore-ignoranza inevitabile sulla legge penale.

---

<sup>37</sup> Si veda in tal senso ad esempio Cass. pen., sez. V, 11 febbraio 2019, n. 27310; Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2020, n. 31271, in *www.sistemapenale.it*, 4 maggio 2021, con nota di P. CIRILLO, *Il falso ideologico in atto dispositivo giurisdizionale tra tipicità e offensività*.

<sup>38</sup> Cass., Sez. un., 16 aprile 2020, n. 12348, Caruso, in *www.sistemapenale.it*, con nota di C. BRAY.

<sup>39</sup> Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 278, in *www.sistemapenale.it*, con nota di G. LEO, nonché di C. VISCONTI, *Ancora bigotti?*

La storica sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo costituzionalmente l'art. 5 c.p. nella parte in cui non consentiva di escludere la rilevanza penale dell'errore o ignoranza inevitabile sulla norma penale, ha consegnato nelle mani del giudice della cognizione un altro strumento concettuale funzionale alla non punibilità ispirato da ragioni rieducative, sebbene (anche in questo caso) nelle vesti giuridiche non di causa di non punibilità in senso stretto, ma di più tradizionale causa di esclusione del reato, segnatamente di causa di esclusione della colpevolezza<sup>40</sup>.

Com'è noto, quella decisione scaturì proprio da una lettura in chiave di complementarità teleologica dei principi di colpevolezza e di rieducazione sanciti, rispettivamente, dai commi n. 1 e 3 dell'art. 27 Cost., affermando che presupposto minimo perché la pena possa tendere alla rieducazione del condannato è la sua colpevolezza per il fatto commesso e, quindi, la sua rimproverabilità individuale in concreto. Senza capacità di intendere e di volere, a monte, e senza la sussistenza dell'elemento psicologico del reo in relazione a tutti gli elementi significativi della fattispecie, a valle, non può essere inflitta all'autore di una condotta tipica alcuna pena, essendo impossibile il raggiungimento tramite essa di obiettivi rieducativi e producendosi, anzi, al contrario, effetti desocializzanti.

È abbastanza evidente, per stessa ammissione della Consulta, come, anche in questo caso, sia stata proprio l'idea rieducativa a fornire un determinante contributo per far ritenere costituzionalizzato il principio di colpevolezza e per abbattere poi un mito giuridico come quello del-

---

<sup>40</sup> Per commenti e approfondimenti sulla sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale si veda Corte cost., sentenza 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686, con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *ivi*, 688 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto*, in *Foro it.*, 1988, 1313 ss. In argomento, più ampiamente, da ultimo, si veda G. FORNASARI, *Inesigibilità*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, X, Torino, 2018, 362 ss.; M. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, Torino, 2018.

*l'ignorantia legis non excusat* da sempre radicato nel nostro sistema penale<sup>41</sup>.

### 5.2. *Il recente caso della c.d. bancarotta riparata*

Ancora, l'idea rieducativa ha inciso sul versante ermeneutico, spingendo in alcuni settori peculiari del diritto penale a una vera e propria creazione giurisprudenziale di istituti che incidono sulla non punibilità dei fatti commessi, come ad esempio nel caso della c.d. bancarotta riparata nei reati fallimentari.

Si è ritenuto che, nonostante l'apparente natura giuridica di reati di pericolo presunto o astratto delle fattispecie di bancarotta di cui agli artt. 216 e ss. l. fall. (fin quando non entrerà in vigore il più volte 'rinviato' Codice della crisi di impresa che le traslocherà con semplici adattamenti linguistico-concettuali nelle nuove fattispecie degli artt. 322 e ss.), si possa rinunciare alla pena di fatti in essi sussumibili sulla base di non ben precisate coordinate normative e dommatiche (si parla genericamente nelle sentenze che la applicano di non punibilità per il venire meno dell'elemento materiale del reato), in tutte le ipotesi in cui l'imprenditore abbia ripianato il suo stato debitorio prima della declaratoria giudiziale<sup>42</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha di recente affermato che si può non punire per c.d. bancarotta riparata

ogniquivolta la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della so-

---

<sup>41</sup> Il radicamento della regola dell'*ignorantia legis* inescusabile nel nostro ordinamento giuridico anche per ragioni politico-istituzionali è descritto da M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, 46.

<sup>42</sup> In argomento, cfr. F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo della crisi: un bilancio provvisorio*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 20 maggio 2020, 11 ss.; T. GUERINI, *La bancarotta "riparata": presente e futuro del diritto penale (che fu) fallimentare*, in *Bilancio e revisione*, 2021, 48 ss.

glia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento, così annullando il pregiudizio per i creditori dell'imprenditore<sup>43</sup>.

Comunque la si qualifichi, causa di esclusione della tipicità, della punibilità o altro ancora, la bancarotta riparata sembra scaturire dalla sensibilità della giurisprudenza di evitare per ragioni 'rieducative' inutili applicazioni delle severissime sanzioni penali comminate edittalmente in materia di reati fallimentari tutte le volte in cui, in modo tempestivo, sia stata eliminata la loro potenzialità lesiva rispetto agli interessi dei creditori.

*6. Il conio legislativo di cause di non punibilità in senso stretto applicabili in sede di cognizione*

Ma soprattutto, l'idea rieducativa, e i suoi corollari della proporzionalità e della individualizzazione del trattamento punitivo, hanno iniziato a indurre il legislatore a fucinare *ex novo* ipotesi di non punibilità in senso stretto utilizzabili in sede di cognizione da parte del giudice o sulla scorta di una valutazione complessiva del ridotto disvalore oggettivo e soggettivo del reato commesso, o sulla base di una condotta riparatoria del reo del danno arrecato con il reo o su un giudizio prognostico sul suo recupero sociale<sup>44</sup>.

Non essendo mai intervenuta una drastica riduzione dei reati attraverso una depenalizzazione operata a livello generale e astratto da parte del legislatore – opzione che più di ogni altra avrebbe consentito un radicale ripensamento del diritto penale alla luce dei mutati riferimenti assiologici forniti dalla Costituzione –<sup>45</sup>, l'ipertrofia penalistica (pato-

---

<sup>43</sup> Così Cass. 28.1.2021 n. 6965; Cass., Sez. V, sent. n. 34290, 2 dicembre 2020, e Cass., Sez. V, maggio 2020, n. 15406.

<sup>44</sup> Di recente, segnala queste interconnessioni M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 308 ss.

<sup>45</sup> Sull'ipertrofia del diritto penale e sul naufragato progetto del diritto penale minimo, incentrato su consistenti depenalizzazioni, si veda A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia*

logia esiziale dell'odierno sistema penale) è stata fronteggiata puntando sulla ben diversa area della non punibilità, tramite la creazione di strumenti di riduzione del penalmente rilevante di natura giurisprudenziale; vale a dire, facendo leva piuttosto che sulla abrogazione legislativa di fattispecie incriminatrici preesistenti, su cause di rinuncia alla pena elastiche, affidate all'apprezzamento del giudice del caso concreto in sede di cognizione.

Nel momento in cui un legislatore inadeguato ha perso la bussola della politica criminale e ha continuato a impiegare la sanzione penale in maniera prodigale, con buona pace dei principi di *extrema ratio*, offensività ed effettività, puntando soprattutto su obiettivi simbolico-espressivi o populistico-mediatici, l'unica alternativa per restituire razionalità al sistema è apparsa quella di ricorrere a cause di rinuncia alla pena affidate al potere discrezionale del giudice.

Le nuove cause di non punibilità nascono quindi in perfetta sintonia con le finalità della pena di marca costituzionale, per evitare i possibili effetti desocializzanti connessi all'inflizione di sanzioni penali per fatti di lieve disvalore o oggetto di riparazione integrale.

In questa direzione si muovono sicuramente talune cause di non punibilità coniate per rispondere ad esigenze politico-criminali contingenti relative a taluni settori peculiari del diritto penale, come ad esempio quella di cui all'art. 590 *sexies* c.p. in materia di colpa medica, ma soprattutto anche le cause di non punibilità a vocazione più ampia e trasversale, allocate nella parte generale del codice.

Si pensi per tutte alle ipotesi di non punibilità in senso stretto o di estinzione del reato che le riforme recenti del 2014, 2015 e 2017 hanno innestato nel telaio del nostro codice penale, con cui è stata prevista la

---

*c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1476; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 817; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998, 473 ss.; S. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998, 274 ss.

rinuncia alla pena di un nutrito novero di reati caratterizzati da sanzioni edittali medio-basse o dalla punibilità a querela<sup>46</sup>.

Alla radice della recente introduzione della sospensione del processo con la messa alla prova degli adulti di cui all'art. 168 *bis* c.p., della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p. e della riparazione del reato di cui all'art. 162 *ter* c.p., ci sono, infatti, esigenze rieducative rispetto a c.d. reati bagatellari. Tutti questi istituti diretti ad assicurare la non punibilità del reo mirano a realizzare un obiettivo di sussidiarietà e depenalizzazione c.d. secondaria per concentrare il ricorso alla pena in relazione ai soli fatti dotati di elevato disvalore, evitando così l'irrogazione di pene desocializzanti<sup>47</sup>.

Anzi, grazie a tali novità sul fronte della non punibilità si è andato progressivamente ridisegnando il volto del sistema penale, portando ad affiancare, alle storiche figure del reato consumato e tentato, che oggi rappresentano l'insieme dei reati punibili, le nuove fattispecie del reato tenue e del reato riparato, che invece incarnano l'opposto insieme dei reati non punibili.

### 7. *L'ampliamento in via interpretativa della portata operativa della particolare tenuità del fatto*

Non è certo questa la sede per approfondire *fundite* ciascuna di queste ipotesi di non punibilità di recente conio del legislatore, può però essere interessante segnalare alcune novità relative a quella più innovativa e al contempo più attesa<sup>48</sup>: la particolare tenuità del fatto<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Per una ricostruzione delle origini comuni di queste riforme cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss.

<sup>47</sup> Sulla sussidiarietà secondaria si rinvia per tutti ai già citati lavori di M. DONINI.

<sup>48</sup> Già F. v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XII ed., Berlin, 1902, 76, oltre un secolo fa, segnalava che “la nostra attuale legislazione fa un uso eccessivo dell'arma della pena. Ci sarebbe da riflettere, se non meriti di trovare di nuovo accoglimento il vecchio principio ‘*minima non curat praetor*’, o come regola di diritto processuale (...), o come norma di diritto sostanziale”. Per una descrizione del dibattito risalente sulla opportunità della introduzione di una causa di non punibilità incentrata sulla

Dopo aver stentato a trovare un adeguato spazio nel diritto penale vivente a causa di una sorta di paura ‘da eccessiva discrezionalità’ del giudice chiamato ad applicarla, questa causa di non punibilità è stata oggetto sia di alcune soluzioni interpretative della giurisprudenza di legittimità che di altre della giurisprudenza costituzionale che ne hanno ampliato il raggio di azione.

Sotto il primo versante, la Corte di Cassazione è intervenuta riconoscendo la possibilità di annoverare tra i reati astrattamente non punibili ai sensi dell’art. 131 *bis* c.p. anche i reati con soglie di punibilità, quelli di mera disobbedienza e, da ultimo, il reato continuato<sup>50</sup>.

Sotto il secondo versante, invece la Corte costituzionale con una recente sentenza, la n. 156/2020, ha ampliato l’ambito oggettivo di operatività di questa causa di non punibilità normativamente fissato nella pena massima edittale infraquinquennale, dichiarando la illegittimità costituzionale dell’art. 131 *bis* c.p. nella parte in cui non consentiva l’applicazione ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva e, dunque, per i quali è comminata ai sensi dell’art. 23, comma 1, c.p. una pena detentiva della durata di soli quindici giorni. Tale soluzione è stata maturata, una volta constatato che

**in** linea generale, l’opzione del legislatore di consentire l’irrogazione della pena detentiva nella misura minima assoluta rivela inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività

rispetto alle quali «è dunque manifestamente irragionevole l’aprioristica esclusione dell’applicazione dell’esimente di cui all’art. 131

---

tenuità cfr. per C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 3 ss.

<sup>49</sup> In argomento, per una ricostruzione dell’istituto e della sua natura giuridica sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir., Agg.*, XI, Milano, 2017, 557 ss.

<sup>50</sup> Cass., Sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 894 ss., con nota di G. AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l’ambito di operatività dell’art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*. In senso analogo, Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13682, Coccimiglio, in *Giur. it.*, 2016, 1730 ss.

*bis* c.p., quale discende da un massimo edittale superiore ai cinque anni di reclusione»<sup>51</sup>.

Questa progressiva valorizzazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto ha conosciuto solo un tentativo di arresto, rivelatosi per fortuna inidoneo: un progetto presentato da alcune forze politiche che, inseguendo finalità securitarie di *law and order*, continuava a leggere la pena in una prospettiva rozza e deterrente in totale spregio della Costituzione<sup>52</sup>. Con un disegno di legge del 2019 era stato, infatti, proposto di abrogare radicalmente la nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in quanto fonte di un assurdo ammorbidimento e lassismo del legislatore sul terreno del diritto penale, al quale dovevano spettare compiti primari di retribuzione certa e severa di tutti i reati.

Al momento invece si continua a discutere sul se e come assicurarne l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. anche alle persone giuridiche, dal momento che il d.lgs. n. 231/2001 non contiene né un istituto analogo, né una norma di raccordo con lo stesso, anche se la giurisprudenza sembra essersi attestata su una posizione di radicale chiusura, negando tale eventualità sulla scorta di una interpretazione analogica *in malam partem* dell'art. 8, lett. b), d.lgs. n. 231/2001<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> C. cost., 20 luglio 2020, n. 156. In argomento si veda I. GIUGNI, *Tenuità del fatto e limiti di pena: la Corte costituzionale suona sempre due volte. Nuove tecniche decisive e rinnovate strategie di dialogo con il legislatore*, in *Cass. pen.*, 2021, 3, 880 ss.; nonché il nostro G. AMARELLI, *Tenuità del fatto: parzialmente illegittimi i limiti di pena per la sua applicazione*, in *Giur. cost.*, 2021, 1402 ss.

<sup>52</sup> Sulle tensioni politiche che stanno attraversando la particolare tenuità del fatto cfr. A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto: un istituto sotto assedio*, in *www.archiviopenale.it*, 23 aprile 2021, 1 ss.; G.L. GATTA, *Proposta di legge A.C. n. 2024 (Cirielli)*, in *www.sistemapenale.it*, 19 dicembre 2019.

<sup>53</sup> Cfr. in tal senso Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072, Ficule Lucas & C. s.a.s., in *Dir. pen. cont.*, con nota critica di P. CIRILLO e Cass., Sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420, in *www.sistemapenale.it*, con nota di F. FURIA. Ad avviso della S.C., pur mancando una espressa disciplina sul punto, la locuzione cause estintive del reato impiegata nell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 per fissare il principio della autonomia della responsabilità degli enti deve essere interpretata estensivamente fino a ricomprendere anche le cause di non punibilità in senso stretto che condividono analoghe basi e finalità; diversamente si approderebbe a un esito irragionevole. Ampiamente sul punto si veda E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel*



Nonché si dibatte sulla opportunità di rimuovere gli sbarramenti oggettivi introdotti di recente dal legislatore del 2019 rispetto a talune tipologie di reati contro la pubblica amministrazione, *i.e.* i delitti di resistenza, violenza e addirittura oltraggio al pubblico ufficiale, sulla base di una presunzione assoluta decisamente irragionevole soprattutto in un settore, quale quello della tenuità del fatto<sup>54</sup>, evidentemente ancorato a una valutazione concreta del singolo caso, seppure anche in questo caso la Corte costituzionale abbia dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art. 131 *bis* c.p. per contrasto con l'art. 3 Cost. con l'ordinanza n. 31/2021, sul presupposto della peculiare rilevanza del bene giuridico in gioco<sup>55</sup>.

#### *7.1. L'ampliamento operativo progettato dalla riforma Cartabia: luci e ombre*

Al di là di queste possibilità, che rilevano al momento a livello solamente teorico-dottrinario, ben più concreti progetti riformistici diretti ad ampliare il raggio di azione della particolare tenuità del fatto sono contenuti nell'ambito della articolata riforma Cartabia chiamata a riscrivere profondamente il volto del nostro sistema sanzionatorio<sup>56</sup>.

E infatti, l'art. 1, comma 21, della legge delega n. 134/2021 mira proprio a valorizzare l'art. 131 *bis* c.p. quale valvola di sfogo del sistema penale in grado di assicurare una depenalizzazione di fatto degli illeciti in concreto meno gravi e di evitare l'irrogazione di pene rispetto

---

*sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, 197 ss.

<sup>54</sup> Si veda sul punto G. ALBERTI, *Inapplicabilità dell'art. 131 bis c.p. al delitto di resistenza a pubblico ufficiale: sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 23 giugno 2020.

<sup>55</sup> Corte cost., 5 marzo 2021, n. 31, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 14 aprile 2021, con nota di G. ALBERTI. In senso critico cfr. A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 16 ss.

<sup>56</sup> Per un sintetico e chiaro affresco complessivo si rinvia a G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 15 ottobre 2021.

a soggetti che, per il complessivo disvalore minimo del fatto commesso, non necessitano di rieducazione tramite la pena<sup>57</sup>.

La legge delega cerca innanzi tutto di raggiungere tale obiettivo modificando il parametro tramite il quale attualmente è definito l'ambito oggettivo di azione della particolare tenuità del fatto, prevedendo in luogo del riferimento alla pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, quello alla pena detentiva minima non superiore a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria.

Il legislatore della delega, così disponendo, sembra aver ascoltato una volta tanto i suggerimenti della dottrina al riguardo<sup>58</sup>, nonché accolto i moniti che gli aveva indirizzato la Corte costituzionale nella citata pronuncia n. 156/2020. Anzi, rispetto all'assetto del sistema delinquenziale dopo l'ultimo intervento manipolativo della Consulta, il legislatore è andato oltre rispetto alla originaria richiesta, perché il limite individuato sul minimo edittale *sostituisce* radicalmente e non integra in chiave complementare/alternativa quello attualmente esistente costruito sul massimo edittale<sup>59</sup>.

È evidente come da questa scelta discenda un corposo *ampliamento* della platea dei reati a cui sarà applicabile la non punibilità per fatto tenue, consentendo la sua applicazione ai delitti di furto aggravato *ex art. 625 c.p.*, che oggi potevano rientrarci solo tramite una derubricazione nella forma del tentativo, e di falso di cui agli artt. 476 e 479, nonché di autoriciclaggio *ex art. 648 bis.1 c.p.*<sup>60</sup>.

Bisogna tuttavia rilevare come nella legge delega figuri una seconda indicazione per il legislatore delegato che si muove in direzione politico-criminale inversa rispetto a questa, esortando ad apportare delle mo-

---

<sup>57</sup> Sul punto cfr. G.L. GATTA, *op. ult. cit.*

<sup>58</sup> Già H. ZIPP, *Politica criminale*, Milano, tr. it. Bazzoni, 1989, 200, notava come una causa di non punibilità incentrata sulla tenuità del fatto dovesse essere congegnata facendo riferimento al limite minimo della pena, in quanto è questo a segnalare che, in concreto, un certo reato possa essere realizzato in forma lieve.

<sup>59</sup> Un'efficace disamina critica delle principali novità prospettate sul terreno della particolare tenuità del fatto è offerta da D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13 gennaio 2022.

<sup>60</sup> Evidenzia queste possibilità espansive D. BRUNELLI, *op. ult. cit.*

difiche alla disciplina oggi vigente che potrebbero ridurne apoditticamente gli spazi di azione.

In un altro passo della legge delega, infatti, si stabilisce che in sede di attuazione dovranno essere individuati ulteriori casi in cui, ai sensi del co. 2 dell'art. 131 *bis* c.p., l'offesa non possa essere considerata di particolare tenuità come, ad esempio, quello espressamente indicato dei reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul, in tema di violenza contro le donne. A tale riguardo, si raccomanda al legislatore delegato di introdurre «conseguentemente» nuove ipotesi di presunzione di non tenuità «se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica», facendo leva su un criterio di delega pericolosamente elastico e generico che rischia di conferire uno spazio di discrezionalità eccessivo all'Esecutivo, potenzialmente foriero di scelte poco ragionevoli<sup>61</sup>.

La speranza è che questo punto della delega, anche per la sua eccessiva vaghezza, non sia attuato dal legislatore delegato perché, come si accennava, il carattere amplissimo e individualizzante del giudizio su cui è incentrata la non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. è tendenzialmente incompatibile con preclusioni di carattere legale generale e astratto, formulate sulla scorta di presunzioni assolute e invincibili. Simili limiti di carattere oggettivo costruiti per tipologie di reato sembrano in realtà tradire in filigrana lontane trame general-preventive negative antagoniste rispetto a quelle rieducative che, invece, innervano l'istituto in parola.

D'altronde, come hanno avuto modo di precisare con grande chiarezza le Sezioni unite 2016,

non esiste un'offesa tenue o grave in chiave archetipica. È la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore (...), la nuova normativa non si interessa della condotta tipica, bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento. (...) Essendo in considerazione la caratterizzazione del fatto storico nella sua interezza, non si dà tipologia di reato per la quale non sia possibile la considerazione della modalità della condotta; ed in cui sia quindi inibita ontologicamente l'applicazione del nuovo istituto.

---

<sup>61</sup> In argomento cfr. ancora D. BRUNELLI, *La particolare tenuità del fatto*, cit.

Infine, nella legge delega è contenuto un ulteriore criterio per il legislatore delegato che, in linea con un *Leitmotiv* di tutta la legge Cartabia, mira a dare rilievo alla condotta successiva al reato ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa, incentivando così anche in questa sede, in vista dell'archiviazione del procedimento, condotte riparatorie del reo.

Pur sembrando muoversi anche questa proposta nella direzione poco ragionevole del contenimento delle possibilità applicative dell'art. 131 *bis* c.p., in realtà va valutata in modo differente dall'altra modifica prima segnalata, dal momento che contribuisce a superare un limite strutturale originario dell'art. 131 *bis* c.p. che rischiava di creare cortocircuiti rispetto ad altre cause di non punibilità più onerose per il reo.

#### *8. Verso la previsione di una ipotesi estintiva per le contravvenzioni*

È infine da rilevare che, sempre nella riforma Cartabia, è contemplata tra le altre novità che dovranno essere sagomate nel dettaglio dall'Esecutivo la previsione di un'ulteriore causa di non punibilità chiaramente ispirata anch'essa a una concezione rieducativa della pena, o per meglio dire non desocializzante.

L'art. 1, comma 23, invita il legislatore delegato a prevedere una causa di estinzione di carattere generale per le contravvenzioni destinata a operare nella fase delle indagini preliminari, per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e, alternativamente, del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa, ovvero del lavoro di pubblica utilità.

Ispirandosi ai proficui risultati che meccanismi estintivi così articolati hanno prodotto nel settore della sicurezza sul lavoro in cui sono stati conati negli artt. 19 e ss. del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, e nel settore del diritto penale ambientale in cui sono stati introdotti, seppure con talune differenze, con la legge n. 48 del 2015, il legislatore sembra volere puntare alla generalizzazione di tale causa di non punibilità imperniata sulla rimozione delle fonti di pericolo accertate e sul pagamento ridotto in via amministrativa delle pene comminate, rimuovendo le

diverse ipotesi speciali preesistenti, già caratterizzate da una disciplina disarmonica che è stata salvata dalla Corte costituzionale di recente.

### 9. Conclusioni

Non intravedendosi all'orizzonte legislativo alcun progetto riformistico di carattere generale, volto a realizzare i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* c.d. primari tramite una massiccia depenalizzazione, la strada dell'ampliamento delle ipotesi di non punibilità 'giudiziale' sembra essere quella che, nell'immediato futuro, può ugualmente consentire il riallineamento del sistema penale alle coordinate teleologiche della Costituzione<sup>62</sup>.

L'incremento del numero delle cause di esenzione della pena, così come la estensione degli ambiti di operatività di quelle già esistenti può, invero, permettere di aiutare l'ordinamento giuridico nella sua dimensione dinamica a realizzare gli obiettivi rieducativi, circoscrivendo l'effettiva irrogazione delle pene ai fatti dotati di un maggiore disvalore sociale.

Tale processo evolutivo, inoltre, potrebbe imprimere una decisiva accelerazione al paradigma jheringhiano della perenne abolizione del diritto penale secondo cui la sanzione criminale dovrebbe gradualmente contrarsi cedendo il passo, dove possibile, a soluzioni alternative e meno afflittive<sup>63</sup>, senza, però, intervenire sul versante più autoevidente della riduzione legislativa del novero dei reati e delle pene per essi comminati, ma su quello controintuitivo della degradazione giurisprudenziale della risposta punitiva in presenza di situazioni che non meritano in concreto di essere effettivamente 'chiuse' con l'inflizione della pena minacciata, in modo da assicurare una migliore inclusione sociale del reo.

Resta da vedere se e come il legislatore delegato, al momento chiamato a operare interventi rilevanti in questa direzione, si orienterà e se

---

<sup>62</sup> Di recente, indica i pregi delle cause di non punibilità rispetto agli scopi del diritto penale costituzionalmente orientato anche F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 dicembre 2019.

<sup>63</sup> R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. it. 1972, Torino, 269 ss.

non torneranno nel futuro prossimo a riaffacciarsi nel dibattito politico, come ciclicamente è accaduto, idee politico-criminali ispirate a superate logiche retributivo-deterrenti che, se tradotte in riforme effettive, rischiano di imporre una brusca battuta d'arresto al percorso che al momento sembra essere stato intrapreso.

Diversamente, se si intensificherà la crescita delle cause di non punibilità, soprattutto quelle impennate su condotte riparatorie, potrebbe materializzarsi l'utopia apparentemente irrealizzabile che descriveva Del Vecchio circa settanta anni or sono per cui "al *malum actionis*, costituito dal delitto" si opporrà nella prassi "non tanto un *malum passionis*, secondo l'antica formula<sup>64</sup>, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o ne riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile"<sup>65</sup>.

Lungo questa direttrice politico-criminale il diritto penale potrebbe, cioè, cambiare profondamente sembianze, rinunciando al suo elemento identitario per antonomasia, la pena afflittiva, per lasciare spazio a una pena dall'innovativa essenza 'costruttiva', il cui obiettivo principale è stimolare comportamenti resipiscenti del reo in grado di eliminare le offese arrecate e agevolare la re-inclusione sociale.

---

<sup>64</sup> È noto che Grozio definiva la pena «*Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*», in *De jure belli ac pacis*, L. II, C. XX, § I, 1; per una originale lettura di queste e di altre celebri pagine dell'opera di Grozio, si rinvia a S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, *passim*.

<sup>65</sup> Così G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, 93 s.; anche in ID., *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del danno*, Milano, 1958, 32.