

Il riferimento ermeneutico oggi più affidabile rimane allora, io credo, quello elaborato sotto la vigenza dell'originario dettato dell'art. 2621, n. 1, c.c. testo del 1942, individuandosi pertanto la falsità penalmente rilevante

– sia nei casi in cui i soggetti destinatari dei precetti esponano fatti materiali (rilevanti) non rispondenti al vero ovvero omettano fatti materiali rilevanti (sulla situazione economico, patrimoniale o finanziaria della società),

– sia nei casi in cui le “informazioni” offerte dal bilancio siano il frutto di una valutazione che falsifica l'entità quantitativa del dato di riferimento,

– oppure (o anche, poiché sono possibilità non al-

ternative) lo valuti impiegando un criterio difforme da quello dichiarato.

Le valutazioni si caratterizzano però, come a tutti noto, per consistenza economica: saranno soltanto quelle “irragionevoli” (scomparsa la soglia “fissa” del 10%), permeate di capacità ingannatoria, ad entrare nel perimetro della rilevanza penale. Certamente, non potranno essere espressione di falso valutativo né le valutazioni non prudenziali “a posteriori”, perché non coperte da quella obbligatoria consapevolezza “di falsità” nel loro essere effettuate, né – e mi scuso per l'ovvietà – le “non valutazioni”, cioè quelle esternazioni programmatiche, quelle semplici opinioni che nessun rapporto hanno, possono e debbono avere con i contenuti valutativi.

## Guida in stato di ebbrezza e non punibilità per particolare tenuità del fatto

Cassazione penale, Sez. IV, 2 novembre 2015 (ud. 9 settembre 2015), n. 44132 – Pres. Brusco – Est. Dovere – Ric. L.D. *Riforma App. Milano, 18 dicembre 2014.*

**Circolazione stradale – Non punibilità per particolare tenuità del fatto – Codice della strada – Guida in stato di ebbrezza – Fattispecie di cui all'art. 186, 2° comma, lett. b) – Applicabilità – Sussistenza**

*La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. può applicarsi anche alle fattispecie di reato con soglie di punibilità come la guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, 2° comma, lett. b), c.d.s. In tal caso, il giudice si limita a disporre direttamente la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida. (Massima non ufficiale)*

*Ritenuto in fatto:* 1. L. D. ricorre, a mezzo del difensore, avverso la sentenza (omissis) con la quale la Corte di Appello di Milano, confermando quella pronunciata dal Tribunale di Como, lo ha condannato alla pena ritenuta equa, giudicandolo responsabile di guida in stato di ebbrezza alcolica, con l'aggravante di aver guidato tra le ore 22,00 e le ore 7,00, commesso il 13.9.2010.

*Omissis.* – 2.3. Con il terzo motivo si deduce vizio motivazionale in punto di determinazione della pena e della mancata sostituzione della stessa con il lavoro di pubblica utilità.

*Omissis.* – 2.4. Con atto depositato il 22.7.2015 il ricorrente ha chiesto l'applicazione della normativa relativa alla particolare tenuità del fatto.

*Considerato in diritto:* 3. Il ricorso è fondato, nei termini di seguito precisati.

*Omissis.* – 4. [A]ssume carattere pregiudiziale rispetto alla trattazione dell'ulteriore motivo di ricorso l'esame della questione introdotta dal ricorrente con i motivi aggiunti.

In primo luogo va osservato che l'orientamento emerso nella giurisprudenza di questa Corte a seguito dell'introduzione dell'art. 131-bis cod. pen. ad opera dell'art. 1, co. 2 d.lgs. 16.3.2015, n. 28 è nel senso che la questione relativa alla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui appunto al menzionato articolo 131-bis cod. pen., è rilevabile nel giudizio di legittimità, a norma dell'art. 609, comma secondo, cod. proc. pen., se non è stato possibile proporla in appello. Peraltro, la sua prospettazione non implica necessariamente l'annullamento della sentenza

impugnata dovendo invece la relativa richiesta essere rigettata ove non ricorrano le condizioni per l'applicabilità dell'istituto (Sez. 3, n. 21474 del 22/04/2015 - dep. 22/05/2015, Fantoni, Rv. 263693; in tal senso anche Sez. 3, n. 15449 del 08/04/2015 - dep. 15/04/2015, Mazzarotto, Rv. 263308, per la quale l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. ha natura sostanziale ed è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, ivi compresi quelli pendenti in sede di legittimità, nei quali la Suprema Corte può rilevare di ufficio ex art. 609, comma secondo, cod. proc. pen. la sussistenza delle condizioni di applicabilità del predetto istituto, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della decisione impugnata, con annullamento della sentenza con rinvio al giudice di merito, in caso di valutazione positiva; in tal ultimo senso anche Sez. 4, n. 22381 del 17/04/2015 - dep. 27/05/2015, Mauri, Rv. 263496).

*Omissis.* – 4.1. Prima di scendere nell'analisi della sentenza impugnata onde verificare se emergano dati che impongano l'annullamento della medesima è però necessario affrontare un'ulteriore questione. Il reato che qui occupa è posto nel contesto di una disciplina che articola le condotte illecite sulla base dell'entità del tasso alcolemico, di modo che sotto un determinato valore la condizione di ebbrezza alla guida determina l'integrazione di un illecito amministrativo [lett. a) del comma 2 dell'art. 186 Cod. str.]; entro un diverso range [da superiore a 0,80 a non superiore a 1,5 g/I: lett. b)] è integrato un primo reato e ove superato il valore di 1,5 g/I trova vita una ulteriore e più gravemente sanzionata ipotesi di reato [lett. c)].

La previsione di più soglie potrebbe porsi in relazione di incompatibilità con il giudizio di particolare tenuità del fatto, considerato che essa esplicita un giudizio legislativo già ispirato ai principi di sussidiarietà e di offensività della tutela penale. Principi ai quali si ispira lo stesso istituto della particolare tenuità, che li declina in concreto, laddove la selezione legislativa si svolge sul piano astratto.

Questa Corte si è già confrontata con fattispecie di reato delinquate mediante il ricorso alla tecnica delle soglie, affermandone implicitamente la compatibilità con la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis cod. pen.: con la menzionata sentenza in causa Mazzarotto si è ritenuta sussistente la causa di non punibilità, nonostante si trattasse del reato di sottrazione fra dolenta al pagamento di imposte di ammontare superiore a 50.000 euro (art. 11 d.lgs. 10 marzo

2000, n. 74). Ma nel caso in esame si è in presenza di un fenomeno non esattamente coincidente; qui la progressione nella offensività delle condotte è scandita non soltanto dal passaggio dall'area delle sanzioni amministrative a quella del penalmente rilevante ma anche dal trascorrere da un'ipotesi di reato ad altra, più gravemente sanzionata [sulla natura 'basica' e non circostanziale delle due ipotesi di cui rispettivamente alle lettere b) e c) del secondo comma dell'art. 186 Cod. str. si veda Sez. 4, n. 10285 del 04/11/2008 - dep. 06/03/2009, Campello, Rv. 242461, in motivazione].

Tanto rende opportune alcune considerazioni.

4.2. *Omissis*. – Questo Collegio ritiene di dover affermare l'applicabilità della causa di non punibilità al reato di cui all'art. 186, co. 2 lett. b) Cod. str., alla luce delle considerazioni che seguono.

In primo luogo va rilevato che il legislatore ha posto l'istituto in parola nel contesto della parte generale del codice penale, con evidente intento di attribuirgli valenza non limitata a talune fattispecie di reato. Tale conclusione è avvalorata dalla esplicita limitazione dell'operatività dell'istituto a talune classi di reato, tra le quali alcune selezionate in forza della entità della pena prevista (pena detentiva superiore nel massimo a cinque anni), altre per la presenza di connotati evidentemente ritenuti incompatibili con una particolare tenuità del fatto; ed in effetti si tratta - fatto salvo il richiamo ai motivi abietti o futili - di particolari modalità del fatto (crudeltà, anche in danno di animali", sevizie o approfittamento delle condizioni di minorata difesa della vittima), o di condotte causative di un danno di per sé grave, come la perdita della vita, o le lesioni gravissime di una persona, ancorché come conseguenze non volute. È quindi giustificato ritenere che ubi lex tacuit ibi noluit.

Nel medesimo orizzonte si segnala la previsione dell'ultimo comma dell'art. 131bis cod. pen., per il quale la causa di non punibilità si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.

*Omissis*. – Trascorrendo dal piano formale a quello sostanziale, mette conto rammentare che l'istituto in parola si giustifica alla luce della riconosciuta graduabilità del reato, intesa come proprietà del reato di presentare diversi gradi di gravità; i quali determinano l'escursione delle pene (che quindi tendenzialmente non possono essere fisse) ma anche lo stesso persistere o meno di una penale responsabilità.

*Omissis*. – 4.3. Non appare quindi seriamente dubitabile che l'istituto in parola possa - debba - trovare applicazione a tutti i reati (anche a quelli che tradizionalmente si indicano come 'reati senza offesa', attesa la necessaria interpretazione che degli stessi deve darsi in chiave di offensività: si veda, tra le altre, C. cost. n. 265/2005); d'altro canto, questa Corte ha già statuito che la particolare tenuità del fatto, concretizzatasi nella nota causa di improcedibilità di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 274 del 2000, trova applicazione anche in riferimento ai reati di pericolo astratto o presunto e segnatamente al reato di guida in stato di ebbrezza. Ciò in quanto anche per essi il principio di necessaria offensività consente l'individuazione in concreto di un'offesa anche minima al bene protetto, e perché la particolare tenuità si apprezza per mezzo di un giudizio sintetico sul fatto concreto, elaborato alla luce di tutti gli elementi normativamente indicati (ex multis, Sez. 4, n. 24249 del 28/04/2006 - dep. 13/07/2006, Crepaldi, Rv. 234416).

4.4. Con particolare riferimento ai reati che presentano soglie di punibilità è stata avanzata l'opinione che sia necessario tener conto del ruolo che esse assumono all'interno della specifica fattispecie. Per tale tesi, se le soglie non esprimono l'offesa, come accade quando integrano condi-

zioni obiettive di punibilità o non sono 'afferenti direttamente' all'offesa, sono certamente compatibili con la particolare tenuità del fatto. Se, all'inverso, esse afferiscono all'offesa, poiché esprimono il giudizio del legislatore in merito ai fatti meritevoli di pena non è possibile superare tale giudizio con una valutazione operata in concreto alla stregua dell'art. 131bis cod. pen.

A sostegno di una differente ricostruzione è sufficiente considerare che anche l'apposizione della linea di discriminazione tra fatti penalmente rilevanti e fatti leciti segue ed esprime una valutazione di meritevolezza di alcune classi di ipotesi, enucleate da un più ampio novero.

*Omissis*. – Si può quindi giungere ad un'ulteriore conclusione: la previsione di soglie, quale ne sia la funzione all'interno della o rispetto alla fattispecie tipica, non è incompatibile con il giudizio di particolare tenuità del fatto perché in ogni caso la soglia svolge le proprie funzioni sul piano della selezione categoriale mentre la particolare tenuità conduce ad un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale, secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto.

4.5. Vi è tuttavia un argomento di particolare suggestione, spendibile in specie quando la soglia descrive il confine non già tra lecito ed illecito ma tra l'illecito penale e quello amministrativo.

In tali casi, si osserva, appare irragionevole - e quindi suscettibile di sospetto di incostituzionalità - un esito del giudizio che lascia il reo privo di qualsivoglia sanzione mentre colui che commette la sola violazione amministrativa resta colpito dalle relative sanzioni, ancorché abbia commesso un fatto meno grave. L'esemplificazione che offre la scansione sanzionatoria prevista per la guida in stato di ebbrezza è paradigmatica. *Omissis*. – [R]isulta agevole cogliere l'assenza di qualsiasi profilo di irragionevolezza nell'esito (per quanto si dirà, ipotetico) che vede il reo sottratto ad ogni conseguenza per effetto dell'applicazione dell'art. 131bis cod. pen. e colui che ha commesso un illecito amministrativo 'sotto la soglia di rilevanza penale' mantenuto destinatario di ogni sanzione.

4.6. Né il giudizio muta quando si guardi all'altro corno della questione, ovvero alla relazione tra i reati di cui alla lettera b) e alla lettera c) del comma secondo dell'art. 186 Cod. str. Infatti, oltre agli argomenti di generale valenza sopra espressi per fondare l'interpretazione che non ravvisa limiti di sorta all'applicabilità dell'art. 131bis cod. pen. nei casi di reati 'con soglia', va ancora considerato che anche un fatto integrante il reato sub lettera c) ben può risultare particolarmente tenue - nonostante il reo presenti un tasso alcolemico superiore a quello massimo che vale per l'operatività della lettera b) - perché la causa di non punibilità impegna alla valutazione della complessiva tenuità del fatto; dovendosi quindi cogliere non soltanto l'entità dello stato di ebbrezza, ma anche le modalità della condotta e l'entità del pericolo o del danno cagionato.

*Omissis*. – 4.7. Ma il quadro non può dirsi completato prima di rilevare che tanto per il reato di cui alla lettera b) che per quello previsto dalla lettera c) del comma 2 dell'art. 186 Cod. str., contemplano un enunciato a mente del quale "all'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida" (ovviamente per periodi differenti). Poiché non è seriamente dubitabile che l'applicazione della causa di non punibilità della quale si discorre presuppone l'accertamento del reato, ad essa consegue comunque la sospensione della patente di guida e per un periodo superiore a quello previsto per colui che incorre nella violazione sanzionata dalla lettera a).

Pertanto, ove il giudice si pronuncerà per la non punibilità

del fatto ai sensi dell'art. 131bis cod. pen., neppure si pone il quesito in ordine al potere-dovere del giudice di disporre la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa per la irrogazione delle sanzioni amministrative accessorie: egli disporrà direttamente la sospensione della patente di guida.

5. Orbene, nella sentenza in esame, pronunciata prima della novella normativa, non emergono elementi che attestino una valutazione del giudice di merito nel senso di una non particolare tenuità del reato.

*Omissis.* – 7. In conclusione, la sentenza impugnata va annullata, limitatamente alla applicabilità dell'art. 131bis cod. pen., con rinvio alla Corte di Appello di Milano per il relativo esame. Il ricorso va rigettato nel resto.

P.Q.M.

annulla la sentenza impugnata, limitatamente alla applicabilità dell'art. 131bis cod. pen., con rinvio, per nuovo esame, alla Corte di Appello di Milano. Rigetta il ricorso nel resto.

## La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità

Giuseppe Amarelli\*

Il lavoro analizza la decisione della Suprema Corte che ha ritenuto applicabile l'art. 131 bis c.p. al reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, 2° comma, lett. b), c. str., escludendo, con un buon impianto argomentativo, l'asserita incompatibilità tra i reati incentrati su soglie di punibilità e l'istituto della particolare tenuità del fatto. Viene tuttavia evidenziato come una simile soluzione sollevi qualche perplessità circa la sua ragionevolezza in ordine a talune fattispecie, diverse dall'art. 186 c. str., ugualmente caratterizzate da soglie di punibilità, ma prive di sanzioni amministrative accessorie.

### La vicenda

La fattispecie da cui trae origine la sentenza che si annota è costituita da una vicenda tanto diffusa nella prassi quanto, in apparenza, poco problematica<sup>1</sup>: un esame alcolimetrico, effettuato in tarda serata al conducente di un'automobile, fa registrare la presenza di alcol nel sangue superiore alla soglia massima consentita e determina, di conseguenza, la confluenza della condotta di guida in stato di ebbrezza nell'alveo di tipicità criminosa definito dall'art. 186, 2° comma, lett. b), c. str., aggravato ai sensi del successivo comma 2° *sexies*.

Il fatto presenta, tuttavia, singolari connotazioni di esiguità offensiva che danno origine agli interessanti quesiti giuridici che la pronuncia in esame prova a risolvere. Accade, infatti, che l'alcol test aveva segnalato la presenza di un tasso alcolemico di appena 0,82 g/l, alla prima prova, e di soli 0,85 g/l, alla seconda, rivelando così valori prossimi al limite minimo inferiore del *range* (tra 0,80 g/l ed 1,5 g/l) che l'art. 186, 2° comma, lett. b), c. str. fissa per la configurabilità della prima fattispecie contravvenzionale di guida in stato di ebbrezza<sup>2</sup>. Poiché, peraltro, l'episodio si colloca tra le ore 22,00 e le 7,00, il medesimo risulta altresì aggravato ai sensi dell'art. 186, comma 2° *sexies*, c. str., che contempla l'aumento dell'ammenda da un terzo alla metà, con esclusione del bilanciamento con le circostanze attenuanti generiche secondo quanto previsto dal successivo comma *septies* del medesimo articolo.

In sostanza, l'esito degli esami scientifici aveva "fotografato" una situazione che – pur molto distante dai

limiti di configurabilità del più grave reato previsto per i casi di tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l dall'art. 186, 2° comma, lett. c)<sup>3</sup> – integrava un illecito penale rientrante nella competenza del tribunale in composizione monocratica e, quindi, sottratto ai meccanismi deflattivi di natura riparatoria disciplinati dalla normativa che regola il giudizio davanti al giudice di pace.

Uno scarto infinitesimale di soli 0,2 g/l in meno avrebbe, invece, consentito di sussumere il fatto nell'art. 186, 2° comma, lett. a) che, in caso di tasso alcolemico fino a 0,80 g/l, non solo esclude l'aggravante, ma addirittura degrada la guida in stato di ebbrezza al rango di mero illecito amministrativo punito con la sola sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 527 a euro 2.108 e la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi.

Proprio la discrasia evidenziata tra la scarsa concretezza offensiva dell'episodio e l'asprezza delle relative conseguenze sanzionatorie aveva indotto la difesa a richiedere alla Suprema Corte di fare applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto entrata in vigore nelle more del giudizio di legittimità e, pertanto, rilevante quale *ius superveniens*.

### Il nuovo istituto della particolare tenuità del fatto

Tra le "riforme aritmetiche" e le "riforme di sistema" che nell'ultimo biennio hanno profondamente inciso l'area del diritto penale<sup>4</sup>, quella più innovativa

\* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

<sup>1</sup> La reale rilevanza e complessità della questione è confermata dal fatto che la stessa Sezione della Suprema Corte in diversa composizione con la sentenza Tushaj del 2 dicembre 2015 ha rimesso la sua soluzione alle Sezioni unite.

<sup>2</sup> Tale fattispecie è punita con l'ammenda da euro 800 a euro 3.200 e l'arresto fino a sei mesi, oltre alla sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno. Per approfondimenti sul reato di guida in stato di eb-

brezza si rinvia a D. D'Auria, *La colpa stradale: un'analisi giurisprudenziale. Regole di comportamento, requisiti e limiti, profili processuali*, Milano, 2010, 34 e segg.

<sup>3</sup> In questo caso è comminata l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto da sei mesi ad un anno, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni e la confisca del veicolo.

<sup>4</sup> La distinzione è di F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1696 e segg., il quale osserva come nel-

– e, perciò, inevitabilmente più problematica – è rappresentata dall'introduzione nella parte generale del codice penale nell'art. 131 *bis* della nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto<sup>5</sup>.

Nell'ambito del complesso progetto di ammodernamento del sistema sanzionatorio prefigurato dalla Legge delega n. 67/2014, il nuovo istituto assume un ruolo di particolare importanza per la capacità che esso esprime di concretizzare il principio della *extrema ratio* e sussidiarietà del diritto penale e di realizzare esiti di ridimensionamento efficientista della *machina poenale*<sup>6</sup>.

L'art. 131 *bis* c.p. consente, infatti, limitatamente ai soli reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, di escludere la punibilità quando – per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo – l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale<sup>7</sup>. La norma, cioè, fissa degli indici-criteri che permettono al giudice di apprezzare se un dato fatto astrattamente integrante un reato sia, in

concreto, dotato di scarso disvalore lesivo e, dunque, non meritevole di pena, in ragione tanto delle modalità realizzative che lo caratterizzano, quanto dell'evento effettivamente cagionato (c.d. indici-requisiti).

Si è provato, così, a ribadire un tratto deontologico del diritto criminale – vale a dire la sua natura sussidiaria e frammentaria, còlta nel rapporto di coerenza con una impronta personal-solidaristica della pena – agendo, però, non sul piano astratto e generale delle previsioni legali tramite una cospicua depenalizzazione<sup>8</sup>, ma sul terreno della non punibilità in concreto dei cc.dd. reati bagatellari impropri<sup>9</sup>, affidata alle valutazioni giudiziali nei singoli casi<sup>10</sup>.

Proprio questa opzione politico-criminale, diretta a perseguire scopi di c.d. "sussidiarietà secondaria" conferendo un ampio potere valutativo all'interprete di degradazione del penalmente rilevante, ha dato la stura ad incertezze applicative<sup>11</sup>, con riguardo, in particolare, all'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati che incorporano soglie di punibilità<sup>12</sup>, come la guida in stato di ebbrezza di cui si è occupata la sentenza che si annota<sup>13</sup>.

l'ambito degli interventi politico-criminali di parte generale tesi a superare il problema del sovraffollamento carcerario stigmatizzato dalla sentenza Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia si possa registrare una divaricazione tra "provvedimenti d'urgenza aventi un carattere puntuale e circoscritto" come quelli inerenti all'innalzamento "del massimo di pena cui è applicabile l'affidamento in prova o il numero di giorni delle riduzioni di pena" e complesse manovre di "più ampio respiro sistematico" finalizzate a conciliare "equilibratamente le ineludibili istanze di *ultima ratio* con l'esigenza di una maggiore effettività della pena".

<sup>5</sup> Tale istituto è stato inserito con il D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 in attuazione di una delle diverse deleghe contenute nella L. 28 aprile 2014, n. 67 e funzionali a garantire una riforma dell'arsenale punitivo sviluppata lungo quattro diverse direttrici politico-criminali: la previsione di un'ipotesi di non punibilità per fatti in concreto di scarsa lesività; l'arricchimento del catalogo delle pene principali con l'arresto e la detenzione domiciliare; la depenalizzazione di alcuni illeciti minori; la previsione di sanzioni civili.

<sup>6</sup> Per una disamina più dettagliata della *ratio* dell'art. 131 *bis* c.p. e delle sue funzioni politico-criminali sia consentito rinviare al nostro *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi*, in *St. iur.*, 2015, 968 e segg.

<sup>7</sup> La nuova causa di non punibilità è analizzata da C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517 e segg.; T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida Dir.*, 4 aprile 2015, 1 e segg.; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 658 e segg.; A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, 112 e segg.

<sup>8</sup> Una vasta depenalizzazione, capace di ridurre drasticamente il diritto penale ai soli fatti più gravi, è stata invocata dai sostenitori del progetto del c.d. diritto penale minimo. In argomento cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998, 473 e segg.; Id., *Sul diritto penale minimo*, in *Foro it.*, 2000, V, 125 e segg.; 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 e segg.; U. Curi-G. Palombarelli (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.

<sup>9</sup> Secondo la nota classificazione di J. Krümpelmann, *Die Baga-*

*telldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, i reati bagatellari propri o autonomi sarebbero quelli che incriminano, con pene blande, fatti di scarso disvalore oggettivo che potrebbero essere tranquillamente degradati al rango di illeciti amministrativi dal legislatore tramite un intervento di depenalizzazione; diversamente, i reati bagatellari impropri o non autonomi, sarebbero quelli che, pur perseguendo fatti astrattamente reputati di media o elevata gravità e puniti con pene edittali non insignificanti, risultano in concreto dotati di una esigua carica offensiva per le peculiari modalità realizzative che li connotano e, dunque, non meritevoli di pena. Sul punto cfr. C.E. Paliero, *Minima non curata praetor. Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, spec. 627 e segg.; S. Moccia, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 97 e segg.; S. Fiore, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Crit. dir.*, 1998, 274 e segg.

<sup>10</sup> Parla correttamente a tal proposito di "depenalizzazione in concreto" R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 660; sul punto cfr. anche G.A. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale: profili generali introduttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 889 e segg.

<sup>11</sup> Sui problemi applicativi posti dall'art. 131 *bis* c.p. in relazione ad altre tipologie delittuose sia consentito rinviare al nostro *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1105 e segg.

<sup>12</sup> Non è questa la sede per indugiare sulla natura delle soglie di punibilità all'interno della teoria generale del reato; per eventuali approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012; D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007.

<sup>13</sup> La questione ha una rilevanza notevole, poiché i reati con soglie di punibilità sono numerosi, hanno limiti edittali infraquennali e sono di frequente verificaione, basti pensare, a titolo puramente esemplificativo all'art. 316 *ter* c.p., a taluni reati tributari come quelli di cui agli artt. 4, 5, 10 *bis*, *ter* e *quater*, D. Lgs. n. 74/2000, oppure ad alcuni reati ambientali come quelli di scarico di acque reflue industriali di cui all'art. 137, D. Lgs. n. 152/2006, di deposito temporaneo presso il luogo di produzione di rifiuti sanitari pericolosi di cui all'art. 256, 6° comma e di superamento dei valori limite per gli scarichi in atmosfera di cui al successivo art. 279, 2° comma.

### La tesi contraria all'applicabilità ai reati con soglie di punibilità

Sin dal momento dell'entrata in vigore della riforma, la questione appena evocata ha rappresentato uno dei punti maggiormente controversi del nuovo istituto, complice una certa genericità della formula normativa che si limita a fare riferimento alla esiguità "del danno o del pericolo".

Ad avviso di parte della dottrina, ricorrerebbe una strutturale incompatibilità tra i reati ancorati a soglie di pericolosità delle condotte incriminate e la causa di non punibilità disciplinata dall'art. 131 *bis* c.p., in quanto i primi riposerebbero su un giudizio di offensività espresso in via generale ed astratta dal legislatore che non tollerebbe valutazioni difformi da parte del giudice. In altri termini, le soglie di punibilità cristallizzerebbero una presunzione invincibile di pericolosità, individuando il livello "spartiacque" di rilevanza penale del fatto: al di sotto di esse si rientrerebbe nel penalmente irrilevante, al di sopra, si configurerebbe sempre il reato, atteso che la condotta archerebbe un'offesa meritevole e bisognosa di pena<sup>14</sup>.

*Scilicet*, assurgendo la soglia ad indicatore legislativo del rilievo criminoso del comportamento, sarebbe sbarrata la strada alla valutazione di tenuità dell'offesa in ipotesi di un suo superamento<sup>15</sup>.

In secondo luogo, i sostenitori di questo orientamento osservano che l'estensione della nuova ipotesi di 'ritrazione dalla pena' anche a questa gamma di reati legittimerebbe una situazione paradossale e manifestamente irragionevole tutte le volte che la soglia quantitativa segni la linea di demarcazione non già tra il lecito e l'illecito, ma tra un illecito penale ed uno amministrativo o, ancora, tra due illeciti penali<sup>16</sup>.

In questa circostanza ci sarebbe il rischio di vedere esclusa tramite l'art. 131 *bis* c.p. la punibilità dell'autore di una condotta più grave qualificata come reato e, contestualmente, di vedere invece applicate le pene più blande o le sanzioni amministrative nei confronti di chi ha commesso un fatto di minor disvalore integrante il reato meno grave o il mero illecito amministrativo. Senonché, ad un simile epilogo si oppone l'esigenza di assicurare effettività ai principî di non

contraddizione e di uguaglianza sostanziale, destinati a soccombere nel ricorrere di simili ipotesi.

Si obietta, inoltre, che ogni qualvolta il fatto sia commesso da un "delinquente primario" e lo sfioramento dei limiti tabellari risulti minimo, il giudice sarebbe tenuto ad applicare la fattispecie di non punibilità senza poterne apprezzare discrezionalmente la ricorrenza, in contrasto con la *ratio* della sua operatività.

Infine, secondo un orientamento meno rigoroso, a porsi in conflitto con l'art. 131 *bis* c.p. sarebbero solo le soglie espressive dell'offesa, non anche quelle che configurano mere condizioni obiettive di punibilità esterne alla tipicità criminosa. Peraltro, anche per le prime potrebbe aprirsi uno spazio di effettività dell'istituto, quando il relativo giudizio non si esaurisca nel superamento minimo dei valori soglia, ma inglobi l'apprezzamento delle altre circostanze modali dell'illecito<sup>17</sup>.

La sentenza in commento, nel confutare questo articolato quadro di obiezioni critiche, si segnala perché fonda la soluzione favorevole all'applicabilità della nuova figura in rapporto ai reati-soglia su un percorso argomentativo denso e profondo, valorizzando sia le connesse finalità politico-criminali, sia le peculiari connotazioni della fattispecie criminosa della guida in stato di ebbrezza.

### La questione preliminare della configurabilità nei procedimenti penali in corso

Prima ancora di vagliare il tema qui evidenziato, il S.C. ha affrontato, e positivamente risolto, la questione di diritto intertemporale relativa all'applicabilità della nuova disposizione ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore<sup>18</sup>. A spianare la strada della decisione è stata la sottolineatura della natura penale-sostanziale della causa di non punibilità e, dunque, la sua ritenuta assoggettabilità allo statuto della retroattività favorevole delineato dall'art. 2, 4° comma, c.p.<sup>19</sup>.

Solo una volta ritenuta potenzialmente applicabile nel procedimento *de quo* la nuova causa di non punibilità la Cassazione si è concentrata sulla richiesta difensiva di attrarre la regudicanda nel suo spettro di operatività, fornendo risposta affermativa attraverso

<sup>14</sup> Sul punto cfr. L. Ramacci, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, in *www.lexambiente.it*, 5 e segg.; T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 3; nonché le *Prime linee guida emanate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28; *Linee guida della Procura di Palermo*, ivi, 24.

<sup>15</sup> Ricostruisce le obiezioni sul punto R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.

<sup>16</sup> F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10.

<sup>17</sup> R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto*, cit., 24.

<sup>18</sup> Alla medesima conclusione era già approdata nella giurisprudenza di legittimità Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in una delle prime pronunce relative all'art. 131 *bis* c.p. Sul punto cfr. G. Gatta, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto* (art.

131-bis c.p.), in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>19</sup> Sul punto si veda quanto statuito da Cass. pen., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 43599, in *www.quotidianogiuridico.it*, 5 novembre 2015, in una recente decisione che, pur negando l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. all'omesso versamento di IVA oggetto del giudizio e ravvisando il reato di cui all'art. 10 *ter*, D. Lgs. n. 74/2000 in ragione della notevole entità dell'importo non versato, la ammetteva in via teorica. Nell'ambito di tale pronuncia, infatti, la S.C. ha affermato che, la particolare tenuità del fatto, avendo natura sostanziale, è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 28/2015, ivi compresi quelli pendenti in sede di legittimità, nei quali la Corte di cassazione può rilevare di ufficio, *ex art.* 609, 2° comma, c.p.p., la sussistenza delle relative condizioni di applicabilità, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della decisione impugnata; in caso di valutazione positiva, deve annullare la sentenza con rinvio al giudice di merito. Nello stesso senso si veda anche Cass. pen., Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474.

due distinte ma correlate traiettorie argomentative. Con la prima, i supremi giudici hanno ritenuto applicabile l'istituto alla generalità dei reati con soglie di punibilità; con la seconda, ne hanno marcato l'operatività anche rispetto al reato, a "soglie plurime crescenti", di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, 2° comma, lett. b), c. str.

### I motivi a sostegno della soluzione favorevole

Osserva la Corte che la compatibilità tra le due entità normative in tensione può essere desunta da plurimi indicatori, di natura testuale e di rilevanza teorico-generale.

Dal primo angolo di osservazione, la tesi affermativa – osservano i giudici di legittimità – deve ritenersi corroborata dalla *littera legis*. Dall'interpretazione in combinato disposto dei primi due commi dell'art. 131 *bis* c.p. emerge, infatti, che il legislatore, nell'individuare i limiti oggettivi di azione del nuovo istituto, ha elencato, in un *numerus clausus*, le tipologie criminose verso le quali esso non può trovare applicazione (*id est* i reati commessi per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o con sevizie o, ancora, abusando delle condizioni di minorata difesa della vittima, ovvero reati da cui sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona): la conseguenza è che rispetto a tale catalogo non si può esercitare una manovra analogico/ermeneutica del giudice, pena la violazione del relativo divieto e del corollario dell'*ubi lex tacuit noluit*.

In secondo luogo, la soluzione favorevole sembra trovare un appiglio anche nell'ultimo comma dell'art. 131 *bis* c.p. che legittima l'applicabilità della nuova causa di non punibilità "anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante". Tale disposizione non solo convaliderebbe l'idea che non esistono "limitazioni tipologiche all'applicabilità della causa di non punibilità oltre il perimetro esplicitamente tracciato dal legislatore", ma dimostrerebbe altresì che le valutazioni espresse dal legislatore sul piano generale ed astratto circa il grado di disvalore della condotta non ostacolano l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p.

Un altro argomento convincente utilizzato dalla Suprema Corte ha carattere più generale ed è legato ad un'interpretazione della fattispecie indirizzata a valorizzarne le funzioni politico-criminali. In quest'ottica, osservano i giudici, se attraverso l'art. 131 *bis* c.p. il legislatore ha inteso – in omaggio ad una concezione gradualistica dell'illecito penale – dare attuazione al principio di necessità/sussidiarietà e soddisfare istanze di riduzione in concreto del penalmente rilevante, non si vede come la previsione di una soglia legislativa di punibilità possa impedirne l'applicazione in presenza di fatti che, superandola di poco, risultino dotati di scarsa carica lesiva rispetto al bene protetto. Anche in questi casi la realizzazione dell'*extrema ratio* seconda-

ria impone di procedere alla valutazione in concreto dell'effettivo disvalore del fatto commesso, alla stregua sia del dato quantitativo dell'esiguità dell'offesa, sia degli altri parametri fissati dalla disposizione.

Ad avallare la tesi sostenuta dalla Cassazione contribuisce anche la giurisprudenza che, sotto la precedente disciplina dell'art. 186 c. str., ha ritenuto compatibile l'analogo istituto dell'irrelevanza del fatto di cui all'art. 34, D. Lgs. n. 274/2000 con i reati di pericolo astratto incentrati su soglie di punibilità come il reato di guida in stato di ebbrezza, non reputando i limiti quantitativi un ostacolo alla sua operatività. In quella circostanza la Corte di Cassazione, infatti, ha giudicato non punibili quei fatti che oltrepassavano di poco il limite di soglia, sottolineando come questi siano idonei ad attingere la soglia minima della tipicità, ma non sono ostativi alla declaratoria di non punibilità in caso di loro superamento marginale<sup>20</sup>.

Un altro puntello a sostegno della compatibilità dell'art. 131 *bis* c.p. con i reati con soglie di punibilità è rinvenibile sul terreno della teoria generale del reato, non avendo pregio il distinguo operato tra quelle che incidono sull'offesa e quelle che rappresentano mere condizioni di punibilità. Ad avviso della S.C. "la previsione di soglie, quale ne sia la funzione all'interno della o rispetto alla fattispecie tipica, non è incompatibile con il giudizio di particolare tenuità del fatto perché in ogni caso la soglia svolge le proprie funzioni sul piano della selezione categoriale mentre la particolare tenuità conduce ad un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale, secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto".

La Corte, infine, affronta anche l'ultima e più penetrante obiezione mossa nei confronti dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. ai reati con soglie che definiscono il confine tra illecito penale e illecito amministrativo, vale a dire quella inerente all'irragionevolezza del trattamento cui darebbe luogo l'esclusione di qualsivoglia sanzione per il reo autore di un fatto giudicato tenue, rispetto all'applicazione della sanzione amministrativa nei confronti dell'autore del fatto meno grave sussunto nella mera violazione amministrativa.

Ad avviso dei giudici di legittimità, l'infrazione di una sanzione amministrativa solo in questo caso e non anche nel primo, non risulterebbe incomprensibile e "suscettibile di sospetto di incostituzionalità", dal momento che, in base alla c.d. teoria della diversità, l'illecito penale e l'illecito amministrativo non si differenziano per ragioni meramente quantitative, ma anche e prima di tutto qualitative e, quindi, tra essi non sussiste alcun rapporto di continuità.

A sostegno di tale tesi la S.C. richiama la recente decisione delle S.U. del 2012 che, sgombrando il campo da ogni possibile sospetto di contrasto con l'art. 3 Cost. della soluzione avversa per la manifesta irragionevolezza degli esiti cui avrebbe dato vita, ha escluso la successione di leggi penali nel tempo nel caso di reato depena-

<sup>20</sup> In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 24249, in *Cass. Pen.*, 2007, 2901 e segg. con nota di G. Salcuni, *Esiguità e*

*reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 D. Lgs. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza.*

lizzato, applicando invece l'art. 2, 2° comma, c.p. in ragione dell'autonomia e discontinuità tra le due norme sanzionatorie protagoniste della vicenda modificativa<sup>21</sup>. Se, dunque, non è irragionevole che in caso di depenalizzazione si registri la totale impunità sopravvenuta di coloro che hanno commesso il fatto sotto la vigenza della precedente disciplina che lo considerava reato e, contestualmente, la punizione, con sanzioni amministrative, di coloro i quali hanno tenuto il medesimo comportamento successivamente alla trasformazione in illecito amministrativo, analogamente non risulta irragionevole la situazione che si viene a verificare oggi in seguito alla declaratoria di non punibilità per guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. Inoltre, questa soluzione è avallata dal fatto che, trattandosi di reato a soglie di punibilità crescenti, può essere considerata particolarmente tenue anche l'ipotesi di cui all'art. 186, 2° comma, lett. c) senza che ciò determini la possibilità di applicare le più blande sanzioni penali previste per la figura meno grave della lett. b).

Peraltro, nel caso specifico, l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. sarebbe ulteriormente suffragata dalla peculiare disciplina sanzionatoria prevista nell'art. 186, 2° comma, lett. b) e c), c. str. per il reato di guida in stato di ebbrezza che, come si è visto, commina (oltre alle pene dell'arresto e dell'ammenda) anche la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente direttamente applicabile dal giudice penale.

Tale particolare regime consente di non produrre l'irragionevole effetto di far andare esente da qualsiasi conseguenza sanzionatoria, anche amministrativa, il reo che abbia commesso un fatto giudicato in concreto non punibile perché particolarmente tenue, garantendogli così un trattamento immotivatamente più favorevole rispetto a chi ha commesso un fatto meno grave integrante il mero illecito amministrativo.

### Gli altri argomenti non esplicitati dalla sentenza

Andando oltre il tracciato della decisione in commento, si può osservare come, ancora più a monte, la tesi contraria all'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. ai reati-soglia sembri fondarsi su un fraintendimento della fisionomia e della funzione del nuovo istituto di degradazione 'penale' di quelle fattispecie che, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, rendono inutile l'intervento penale in ragione dello scarso disvalore assunto in concreto dal fatto descritto dalla norma incriminatrice.

Nulla sembra precludere alla sua compatibilità rispetto ai reati con soglie, in quanto l'eventuale valu-

tazione circa la tenuità non attiene al piano del disvalore generale ed astratto di un dato comportamento, ma a quello concreto della sua realizzazione, presupponendo sempre un fatto non solo tipico, ma anche offensivo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, sia essa di danno, di pericolo concreto o di pericolo astratto<sup>22</sup>. Il predicato di tenuità del fatto incide unicamente sull'opportunità dell'effettiva punizione di un episodio umano che, in ragione della sua conformità ai requisiti formali e sostanziali anche di offesa, conserva la connotazione di illiceità penale<sup>23</sup>.

Non si vede, quindi, perché non possa farsi applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. anche relativamente ai reati con soglie di punibilità di tipo quantitativo-numerico, tutte le volte che la condotta dell'agente risulti, oltre che non abituale, anche esigua perché di poco superiore al limite fissato dal legislatore.

Com'è stato rilevato in sede di primo commento "nel momento in cui si riconosce che le soglie di cui si tratta misurano l'offesa rilevante (danno o pericolo), non vi è motivo per escludere in via di principio una particolare tenuità dell'offesa, appunto, in relazione ai fatti che si collocano *di poco* sopra le soglie stesse"<sup>24</sup>.

In altri termini, con l'introduzione della disciplina di cui all'art. 131 *bis* c.p., il legislatore consente che, pur in presenza del superamento di un valore-soglia – che determina l'astratta rilevanza penale della condotta – il fatto, nel suo insieme, possa essere ritenuto sostanzialmente offensivo ma di particolare tenuità e, quindi, non punibile in quanto non meritevole di pena sulla base di una valutazione di *extrema ratio* e di sussidiarietà-necessarietà<sup>25</sup>.

Inoltre, sempre su un piano più generale, l'applicabilità dell'istituto ai reati di pericolo astratto può essere desunta anche dal fatto che in tali fattispecie il principio di offensività già impone l'accertamento in concreto della effettiva lesione del bene protetto, potendo scriminare i fatti conformi al tipo ma del tutto privi di portata offensiva per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49, 2° comma, c.p.<sup>26</sup>.

Non va trascurato che la Corte costituzionale, sotto la vigenza della vecchia disciplina contenuta nell'art. 73, T.U. 309/1990, in una nota pronuncia in materia di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella per uso personale, la n. 333/1991, aveva ritenuto che la valutazione giudiziale circa la necessaria offensività in concreto della condotta ben può portare ad escluderne la rilevanza penale in caso di "eccedenza accertata di modesta entità" rispetto al limite-soglia<sup>27</sup>. Se, dunque, nel caso di soglie si può approdare

<sup>21</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 25457.

<sup>22</sup> R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 666.

<sup>23</sup> Del medesimo avviso sono G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2015, 401.

<sup>24</sup> Così G. Gatta, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>25</sup> La complessità della questione ha già indotto Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2015, nn. 21014, 21015 e 21016 a rimettere la sua

soluzione alle Sezioni unite con tre ordinanze particolarmente articolate, che comprendono anche altri quesiti di natura processuale. Tuttavia, il Primo Presidente del massimo organo nomofilattico ha restituito i ricorsi alle Sezioni remittenti ai sensi dell'art. 172 disp. att. c.p.p., per cui la Corte non si pronuncerà per ora sul punto.

<sup>26</sup> Sul punto cfr. C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, IV ed., 2013, 196 e segg.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333; G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 211.

alla declaratoria di non punibilità per mancanza di offesa, all'esito di un giudizio concreto del singolo caso, a maggior ragione si può addivenire ad un proscioglimento per particolare tenuità dell'offesa ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

Neppure sembra convincente l'obiezione relativa al tendenziale automatismo cui darebbe vita la soluzione favorevole: il mero sfioramento minimo dei limiti fissati dalla legge non escluderebbe, infatti, nel caso di soggetto incensurato il sindacato del giudice sulle peculiarità complessive del fatto concreto, imponendogli in maniera obbligata la declaratoria di non punibilità. L'art. 131 *bis* c.p., invero, ancora la nuova causa di non punibilità all'apprezzamento congiunto sia del ridotto spessore offensivo (di danno o di pericolo), sia delle modalità realizzative della condotta, potendo anche queste denotare un disvalore non tenue del fatto<sup>28</sup>.

Infine, la compatibilità sembra essere ulteriormente confermata – sebbene indirettamente – da un altro recente arresto giurisprudenziale relativo al diverso problema processuale dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. a vicende definite con sentenze passate in giudicato.

Chiamata a valutare se la nuova causa di non punibilità possa travolgere il giudicato, sul presupposto che essa integri un'abrogazione di preesistente norma incriminatrice, la Corte regolatrice ha ragionevolmente fornito una risposta negativa, ritenendo applicabile piuttosto che il 2° comma dell'art. 2 c.p., il successivo 4° comma in materia di successioni di leggi penali nel tempo. A suo avviso, difatti, l'art. 131 *bis* c.p. non ha operato alcuna *abolitio criminis*<sup>29</sup>, dal momento che, per aversi un fenomeno abrogativo, è necessario che una riforma intervenga sul piano generale e astratto definito da una figura criminosa preesistente, mentre nel caso di specie, la riforma ha lasciato intatto tale piano, conferendo unicamente al giudice un potere di degradazione di un fatto integrante un illecito penale blandamente offensivo, in presenza dei c.d. indici-criteri della tenuità dell'offesa e non abitualità del comportamento desumibili dai c.d. indici-requisiti della modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo<sup>30</sup>.

Orbene, tale decisione ribadisce implicitamente la già evidenziata estraneità dell'istituto della particolare tenuità al piano della valutazione generale ed astratta del legislatore circa il bisogno e meritevolezza di pena di una condotta e, all'opposto, la sua appartenenza al terreno concreto ed individuale dell'apprezzamento discrezionale del giudice. Se così è non sembrano sussistere ostacoli alla sua applicazione in qualsiasi caso l'offesa arrecata da un comportamento sussumi-

bile nel tipo criminoso legislativamente predefinito risulti particolarmente tenue, anche quando la fattispecie incriminatrice fissi, tramite una soglia di punibilità quantitativa numerica, il limite oltre il quale quella condotta è astrattamente punibile<sup>31</sup>.

### **Il persistere di taluni casi problematici: gli illeciti penali che non contemplano sanzioni amministrative accessorie**

Nonostante la ricchezza e la persuasività della trama argomentativa della decisione in commento, non può farsi a meno di rilevare come il ragionamento svolto relativamente all'art. 186 c. str. risulti non del tutto convincente ove applicato ad altre fattispecie incriminatrici che – sebbene parimenti centrate su soglie di punibilità traccianti una linea di demarcazione tra l'illecito penale e quello amministrativo o anche un altro illecito penale meno grave – non contemplino nel precetto secondario del reato la comminazione di sanzioni amministrative accessorie, ma unicamente sanzioni penali.

In tali casi, le perplessità circa l'irragionevolezza degli esiti derivanti dall'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. al reato con soglia di punibilità parrebbero persistere, poiché al giudice penale che adotti la declaratoria di non punibilità sarebbe preclusa la contestuale irrogazione di qualsivoglia tipo di sanzione accessoria amministrativa. Questo regime sanzionatorio, infatti, finirebbe inevitabilmente con il garantire all'autore del fatto più grave 'oltre soglia', integrante quindi reato, un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quello previsto per l'autore di quello meno grave 'sotto soglia', integrante un mero illecito amministrativo (o un illecito penale meno grave): il primo resterebbe impunito, mentre il secondo andrebbe incontro all'applicazione delle rispettive sanzioni amministrative (o sanzioni penali).

Per ovviare ad una simile situazione di manifesta disuguaglianza sostanziale di trattamento ed impedire l'emersione nella prassi giurisprudenziale di *escamotage* ermeneutici creativi di natura additivo/creativa difficilmente compatibili con i principi fondanti la materia penale, la soluzione preferibile dovrebbe essere rappresentata da un intervento correttivo del legislatore.

### **Le alternative *de iure condendo***

In particolare, in una prospettiva *de lege ferenda* parrebbero prospettarsi due alternative: la prima, operante sul terreno della parte generale del diritto penale, consiste nell'introduzione di un nuovo comma nell'art. 131 *bis* c.p. che preveda in caso di proscio-

<sup>28</sup> Del medesimo avviso è R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 666, il quale rileva come in tali reati l'art. 131 *bis* c.p. è applicabile discendendo la sua applicazione da un giudizio complessivo di tenuità del fatto che non si esaurisce nella valutazione dell'esiguità del pericolo, ma contempla anche le modalità della condotta.

<sup>29</sup> L'impossibilità di travolgere il giudicato attraverso l'art. 131 *bis* c.p. è stata sostenuta da Trib. Milano, Sez. XI, decreto 3 novembre 2015, Giud. Corbetta che ha condivisibilmente affermato che la disciplina introdotta dall'art. 131 *bis* c.p. non trova

applicazione per i fatti giudicati con sentenza irrevocabile e non è dunque ammissibile l'istanza con la quale l'interessato chieda al giudice dell'esecuzione, ai sensi degli artt. 2, 2° comma, c.p. e 673 c.p.p., la sua revoca.

<sup>30</sup> In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2015, n. 44571.

<sup>31</sup> Sul punto cfr. G. Gatta, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e il limite del giudicato*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

glimento per particolare tenuità del fatto l'applicazione delle sanzioni amministrative previste per il corrispettivo illecito quantitativamente meno grave (si potrebbe supporre un nuovo comma di questo tenore: "Nel caso di reati con soglie di punibilità il giudice può applicare al colpevole prosciolto ai sensi del comma 1 le sanzioni amministrative previste per il corrispondente illecito amministrativo"); la seconda, inerente alla materia dell'illecito amministrativo, consiste nell'inserimento nella l. 689/1981 di una disposizione simile all'art. 75, 14° comma, D.P.R. n. 309/1990<sup>32</sup> volta a prevedere un'analogia causa di non punibilità generale anche in questo ambito, escludendo, quindi, per i casi di particolare tenuità dell'illecito amministrativo l'infrazione delle sanzioni comminate<sup>33</sup>.

In realtà, l'ideale sarebbe procedere ad entrambe le riforme contestualmente per evitare di lasciare, altrimenti, una coperta sempre troppo corta: isolatamente considerate, infatti, la prima opzione solleva perplessità circa l'impossibilità di rinunciare alla sanzione anche rispetto agli illeciti amministrativi particolarmente tenui; mentre la seconda sembra lasciare irrisolti i casi problematici del genere di quello affrontato dalla sentenza in commento, non eliminando l'aporia della non punibilità dell'autore del reato, rispetto alla sanzionabilità dell'autore dell'illecito meno grave non tenue. Intervenedo, invece, simultaneamente sia sull'art. 131 *bis* c.p. che sulla L. n. 689/1981 si consentirebbe, da un lato, di estendere all'illecito penale non punibile per particolare tenuità le sanzioni amministrative comminate per i fatti sotto soglia e, dall'altro, di escludere la punibilità per gli illeciti amministrativi di scarso disvalore.

### L'alternativa *de iure condito*

In una più immediata prospettiva *de iure condito*, per prevenire il verificarsi di eventualità di questo genere per gli illeciti con soglie distintive tra il penale e l'amministrativo, non è escluso che la giurisprudenza si spinga a stabilire che il giudice penale possa procedere, con la stessa declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., all'invio degli atti all'autorità amministrativa competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, quando non all'infrazione diretta delle stesse<sup>34</sup>.

Apparentemente, tale soluzione parrebbe contrastare con il principio di legalità dell'illecito amministrativo statuito dall'art. 1, L. n. 689/1981, consentendo

l'infrazione di sanzioni non contemplate per quel tipo di comportamento<sup>35</sup>.

Tuttavia, tali perplessità potrebbero attutirsi se si considera che in questo caso ci si trova al cospetto di un rapporto sincronico e non diacronico tra norme contemplanti un illecito penale ed uno amministrativo e, quindi, non sembra essere inattaccabile il ragionamento svolto dalle Sezioni unite nella menzionata sentenza del 2012 circa l'autonomia e la differenza strutturale tra i due tipi di illecito, né dunque emergere profili di incompatibilità con il principio di legalità.

Se, infatti, un'eventuale depenalizzazione di un reato, ragionevolmente, non può dar vita ad un fenomeno successorio con il nuovo illecito amministrativo, essendo la sopravvenuta degradazione della qualifica giuridica di un dato comportamento espressione di una opzione politico-criminale del legislatore sensibilmente diversa in ordine al suo disvalore sociale, nel caso di costruzione sincronica di una tutela gradualistica – penale ed amministrativa – di un dato interesse giuridico, incentrata su soglie quantitative di disvalore, potrebbe apparire meno problematica una riespansione verso l'alto delle sanzioni comminate per l'illecito amministrativo.

In tal modo, non si ravviserebbe né una violazione del principio di irretroattività dell'illecito amministrativo, né la produzione di effetti retroattivi sfavorevoli per il reo, in quanto, non essendo più possibile applicare la norma incriminatrice speciale, ci si limiterebbe a registrare la riespansione di quella generale che descrive l'illecito meno grave amministrativo. Le due figure di illecito sembrano, infatti, trovarsi più che in un rapporto di alternatività, come ha sostenuto la giurisprudenza, in un rapporto di specialità, sanzionando il medesimo comportamento in maniera diversa sulla base del *quantum* della sua gravità, sicché se non si applicano le sanzioni previste per il più grave possono applicarsi quelle previste per il meno grave che in quest'ultimo è già contenuto<sup>36</sup>.

Inoltre, come statuito anche dall'art. 651 *bis* c.p.p., il giudizio sulla tenuità è un giudizio tutto interno al solo diritto penale, che non esclude l'illiceità del comportamento per l'intero ordinamento giuridico, ma, anzi, esprime unicamente valutazioni di opportunità politico-criminale circa l'irrogazione delle sanzioni penali, lasciando impregiudicate le conseguenze sul piano civile ed amministrativo e presupponendo l'accertamento della sussistenza della responsabilità del reo. Sebbene tale disposizione sia concepita per situazioni

<sup>32</sup> L'art. 75, 14° comma, T.U. n. 309/1990 stabilisce, infatti, che se per gli illeciti amministrativi previsti dal comma 1, "nel caso di particolare tenuità della violazione, ricorrono elementi tali da far presumere che la persona si asterrà, per il futuro, dal commetterli nuovamente, in luogo della sanzione, e limitatamente alla prima volta, il prefetto può definire il procedimento con il formale invito a non fare più uso delle sostanze stesse, avvertendo il soggetto delle conseguenze a suo danno".

<sup>33</sup> Sulle possibili soluzioni *de iure condendo* G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12; prospetta l'introduzione di una disciplina analoga a

quella dettata in materia di stupefacenti R. Aprati, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1325 e segg.

<sup>34</sup> In tal senso cfr. *Linee guida della Procura di Palermo*, cit., 23, in base alle quali si dovrebbe in questi casi far applicazione della sanzione amministrativa, sul presupposto che il più contiene il meno.

<sup>35</sup> Evidenzia tali problemi F. Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., 11; R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto*, cit., 23 e segg.

<sup>36</sup> Sul punto cfr. D. D'Auria, *La colpa stradale*, cit., 41.

diverse da quella in esame, essa potrebbe consentire anche l'irrogazione delle sanzioni amministrative eventualmente previste dalla legge per quegli stessi fatti se commessi sotto soglia.

La stessa soluzione potrebbe essere utilizzata anche per quel che concerne gli illeciti penali costruiti con soglie quantitative che delineano, oltre ad un illecito amministrativo, anche altri reati in rapporto progressivo come, ad esempio, le due ipotesi di reato di guida in stato di ebbrezza di cui alle lett. b) e c) dell'art. 186 c. str. (che però – come si è visto – presentano il vantaggio di comminare ciascuna una diversa sanzione amministrativa accessoria). In tali ipotesi è impossibile conferire al giudice penale il potere di prosciogliere per il primo reato e derubricare il fatto nella figura contravvenzionale con soglie più basse, pena la violazione del principio di legalità penale e del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. (basti pensare, ad esempio, al caso in cui il reo decida di non chiedere l'abbreviato perché certo della particolare tenuità del fatto e si trovi invece condannato dal giudice per il reato meno grave senza lo sconto di pena); l'unica

alternativa percorribile sarebbe quella di rimettere gli atti all'autorità amministrativa competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative.

Pur essendo questa soluzione giuridicamente non ineccepibile, sembra essere la migliore possibile se rapportata alle altre due alternative.

Ed invero, tra il ritenere assolutamente incompatibile la particolare tenuità del fatto con i reati con soglia di punibilità ed, all'opposto, il reputarla applicabile senza limitazioni di sorta, la via mediana appena descritta è l'unica che – garantendo almeno l'applicabilità delle sanzioni amministrative – consente di trovare un equo contemperamento tra le contrapposte esigenze del *favor rei*, della tenuta delle garanzie costituzionali e della ragionevolezza delle risposte sanzionatorie dell'ordinamento.

È indubitabile, però, che una simile opzione politico-criminale dovrebbe essere operata dal legislatore piuttosto che dal potere giudiziario, anche se risulta difficile supporre che ciò possa avvenire e che non si assista, piuttosto, all'ennesimo, preoccupante, episodio di supplenza giurisprudenziale in materia penale.