



L'ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO.  
INQUADRAMENTO DOMMATICO, PROFILI POLITICO-CRIMINALI  
E PROBLEMI APPLICATIVI DEL NUOVO ART. 131-BIS C.P. (Seconda parte)\*

di GIUSEPPE AMARELLI

SOMMARIO: 5. L'ambito oggettivo di operatività: i reati sanzionati con pena massima edittale infra-quinquennale e/o pecuniaria. – 5.1. I casi controversi: il tentativo e i furti aggravati. – 5.2. Le altre ipotesi problematiche: dai reati abituali ai reati con soglie di punibilità. – 6. L'indice-criterio oggettivo: la particolare tenuità dell'offesa. – 7. L'indice-criterio soggettivo: la non abitualità del comportamento. – 7.1. La prima irragionevole deroga introdotta dalla legge n. 69/2015: l'art. 2621-ter c.c. – 8. Profili di diritto intertemporale. – 9. Conclusioni.

5. L'AMBITO OGGETTIVO DI OPERATIVITÀ: I REATI SANZIONATI CON PENA MASSIMA EDITTALE INFRA-QUINQUENNALE E/O PECUNIARIA

Una volta tratteggiati i profili generali dell'istituto è possibile procedere all'analisi dettagliata della sua disciplina, soffermandosi, in particolare, sui suoi presupposti applicativi e sui suoi limiti di operatività.

Il d. legisl. n. 28/2015, aderendo a quei modelli di degradazione dell'illecito penale di "carattere misto" prospettati da tempo dalla dottrina<sup>39</sup>, ha dettato in maniera sufficientemente precisa gli elementi che devono essere riscontrati per ritenere in concreto un fatto tenue, discostandosi sensibilmente da tutti gli altri analoghi istituti testati in precedenza: fatta eccezione per il limite di pena che fissa il suo raggio d'azione in via generale e astratta, tutti i requisiti ulteriori concernono il comportamento del reo precedente al *dictum* del giudice, prescindendo da qualsiasi valutazione prognostica orientata al futuro sul possibile pregiudizio che potrebbe arrecare il proseguimento del procedimento penale e l'infrazione di una sanzione alle esigenze sociali, lavorative ed educative dell'indagato o dell'imputato.

In primo luogo, l'art. 131-bis, comma 1, c.p. ha individuato l'ambito oggettivo di operatività della causa di non punibilità senza lasciare a tale riguardo alcun margine di discrezionalità all'interprete, a differenza, invece, dell'omologo istituto previsto

per il diritto penale minorile dall'art. 27, d.p.r. n. 448/1988 a cui si è più o meno esplicitamente ispirato il legislatore in questa occasione (nell'art. 34, d. legisl. n. 274/2000, invece, solo apparentemente non è previsto un limite esplicito, poiché questo è indirettamente definito dall'art. 2 dello stesso testo normativo che individua in maniera generale e astratta le fattispecie di competenza del giudice di pace). Mentre l'irrelevanza penale del fatto dei minori non trova sbarramenti prefissati in via generale e astratta dal legislatore, rimettendo all'apprezzamento discrezionale del giudice la valutazione delle fattispecie nei cui confronti può essere applicato, la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p. ai sensi del comma 1 si può applicare 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". Peraltro, questo rapporto di specialità che si viene a creare tra le preesistenti ipotesi peculiari di esiguità e la nuova pone problemi di sovrapposizione, probabilmente, risolvibili ai sensi dell'art. 16 c.p.: vale a dire che nell'ambito di questi riti sul-

\* Per la prima parte del presente saggio, si veda in questa Rivista, n. 9/2015, p. 968 ss.

<sup>39</sup> Si veda in argomento C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 677 ss., il quale individua tre diversi modelli possibili di 'esiguità': uno oggettivo incentrato sul danno materiale e sull'oggetto del reato; uno imperniato sulla tenuità del fatto; un altro integrato da elementi oggettivi e soggettivi.



la nuova ipotesi generale di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. prevarranno le rispettive ipotesi di carattere speciale<sup>40</sup>.

Tale opzione politico-criminale sembra sufficientemente ragionevole e coerente con istanze di general-prevenzione positiva, pur non potendosi escludere che in linea teorica ogni fatto, anche se considerato particolarmente grave a livello edittale, in concreto possa presentarsi come tenue<sup>41</sup>. Ed invero, già l'istituto sconta una tara difficile da tollerare in un sistema penale come quello ordinario incentrato sul principio di legalità dei reati e delle pene e non rispondente anche al parallelo principio delle esigenze educative del minore quale soggetto in formazione, attribuendo al giudice un amplissimo potere discrezionale che gli consente di degradare un fatto costituente reato al livello del penalmente irrilevante. Non porre argini formali a questo potere – come invece avviene nel particolarissimo contesto del diritto penale minorile – avrebbe significato conferire all'organo giudiziario un potere discrezionale sconfinato nella selezione dei fatti bisognosi e meritevoli di tutela penale. In questo modo, invece, si è fissata una soglia al di sotto della quale qualsiasi fatto non può mai essere considerato particolarmente tenue, presumendosi, al contrario, sempre sussistente la sua innegabile carica lesiva.

Nondimeno, questa scelta può prestare il fianco a censure di analogo tenore sotto il profilo dell'eccesso di potere decisionale riconosciuto al giudice, poiché il limite dei cinque anni della pena detentiva massima è decisamente elevato, rendendo non punibile per via giudiziaria anche un fatto astrattamente considerato di non marginale gravità: una pena detentiva massima di cinque anni dovrebbe essere una pena proporzionata e rapportata ad un fatto di medio o elevato disvalore, come dimostra anche il dato che, ai sensi dell'art. 280, comma 2, c.p.p., rende possibile nei confronti dell'indagato

l'applicabilità sul versante processuale delle misure della custodia cautelare in carcere.

Ancora, tale opzione è stata oggetto di critiche per aver ancorato al massimo edittale l'applicabilità dell'istituto; a questo riguardo è stato, infatti, rilevato che «nella comminatoria edittale il minimo esprime la soglia di *indefettibilità* cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo. In questo senso, è ovvio che, trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si debba aver riguardo *non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria*: al minimo edittale, dunque»<sup>42</sup>.

In linea teorica, sarebbe stato molto più ragionevole fissare una soglia per l'applicazione dell'istituto sensibilmente inferiore e rapportata al minimo edittale, alla stregua di quanto fatto nel sistema penale tedesco nel § 153 *dStPO* rubricato “*Rinuncia all'azione penale per tenuità*”, in cui è individuata nei *Vergehen*, vale a dire nei reati puniti con la pena detentiva inferiore nel minimo ad un anno<sup>43</sup>: questo sbarramento oggettivamente basso e rapportato al minimo di pena piuttosto che al massimo esprime già a livello normativo una valutazione in termini di scarso disvalore del fatto, ammettendo la possibilità che la sua esecuzione in concreto possa essere meritevole di una risposta sanzionatoria blanda<sup>44</sup>.

Tuttavia, queste remore sono fondate solo in astratto, dal momento che in realtà il limite dei cinque anni risulta proporzionato al rigore sanzionatorio che caratterizza ancora il nostro codice penale, soprattutto in taluni settori, quale ad esempio quello dei reati contro il patrimonio, in cui è possibile che i fatti penalmente rilevanti siano in concreto caratterizzati da “particolare tenuità”. Diversamente, una soluzione “sulla carta” più razionale avrebbe reso nella sostanza l'istituto scarsamente applicabile; anzi, già così risulta difficilmente ravvisabile rispetto a tantissimi delitti contro il patrimonio, essendo com'è noto il furto quasi sempre considerato reato aggravato o pluriaggravato e, quindi, punito con una pena detentiva edittale massima ben superiore agli anni cinque, in ragione dell'applicabilità delle due circostanze ad effetto speciale di cui all'art. 625 c.p., commi 1 e 3.

Alla definizione dell'ambito oggettivo di ope-

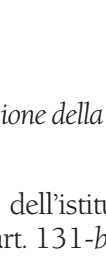
<sup>40</sup> In tal senso cfr. A.R. CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., p. 125, cui si rinvia per una disamina dettagliata dei rapporti tra il 131-bis c.p. e gli speciali istituti del rito minorile e del giudice di pace preesistenti.

<sup>41</sup> Sul punto cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 2.

<sup>42</sup> T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 2.

<sup>43</sup> In argomento cfr. G. FORNASARI, *Esiguità del fatto e parte generale: cenni sull'esperienza austriaca*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa: offensività e colpevolezza*, Padova 2002, p. 143 ss.

<sup>44</sup> Sul punto cfr. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 458 ss.; M. MAINWALD, *Il trattamento dei reati di scarsa rilevanza nel diritto penale e nel diritto processuale tedesco*, in AA.Vv., *Verso un codice penale modello per l'Europa*, cit., p. 98 ss.



rattività dell'istituto contribuisce anche il comma 2 dell'art. 131-bis c.p. che esclude la possibilità di applicare la scriminante della particolare tenuità per taluni aspetti afferenti al disvalore della condotta e per altri inerenti al disvalore di evento, specificamente qualora il fatto sia stato commesso con finalità o modalità peculiari, oppure abbia causato come conseguenza non voluta il verificarsi della morte o delle lesioni gravissime di una persona. Ai sensi di questo comma, infatti, il comportamento è presuntivamente considerato non tenue sia “quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa”, sia “quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona”.

Questa seconda puntualizzazione è stata ritenuta necessaria per adeguare l'istituto alle specifiche sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, la quale ha ritenuto che il valore primario del bene vita debba essere adeguatamente considerato dal legislatore interno, anche nei casi in cui la lesione sia dovuta a condotte colpose (Corte EDU, sez. II, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*)<sup>45</sup>. Tuttavia, la Corte EDU non sembra aver affermato l'assoluta irrinunciabilità alla pena nei casi in cui sia cagionata la morte di un uomo, anche perché, diversamente, si porrebbe in aperto contrasto con questa indicazione la recente riforma della colpa medica operata con la legge n. 189/2012 che ha sortito quest'effetto, facendo diventare non più punibili gli omicidi colposi caratterizzati da colpa lieve<sup>46</sup>.

Ancora, l'area di azione della nuova causa di non punibilità è ulteriormente precisata dal comma 4 dell'art. 131-bis c.p., nel quale è statuita la regola dell'irrelevanza delle circostanze ai fini del calcolo della pena alla cui stregua verificare la possibilità di applicare la particolare tenuità. Questo comma, infatti, dispone che “ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69”.

Anche questa specificazione normativa risulta ispirata sempre dalla stessa logica sottesa alla fissazione del limite oggettivo astratto nel comma 1: circoscrivere il potere discrezionale del giudice nella selezione dei fatti bisognosi di pena, impedendo la bagatellizzazione “a tappeto” anche di

fatti particolarmente gravi, tramite la mera applicazione di una qualsiasi circostanza attenuante.

Tuttavia, desta qualche perplessità la seconda parte di questo articolo nella misura in cui stabilisce l'impermeabilità del primo comma al giudizio di bilanciamento delle circostanze: di recente la Corte costituzionale con le sentenze n. 251 del 5 novembre 2012 e nn. 105 e 106 del 18 aprile 2014 ha, infatti, dichiarato illegittime costituzionalmente diverse presunzioni legislative che precludevano la possibilità di procedere al giudizio di bilanciamento e, quindi, all'estensione dei suoi effetti. Con tali pronunce è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p. nella misura in cui prevedeva il divieto di prevalenza della (ex) circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p., nonché della stessa disposizione nella parte in cui disponeva il divieto di bilanciamento tra la recidiva reiterata e le circostanze attenuanti di cui all'art. 648, comma 2, c.p. (ricettazione di particolare tenuità) e all'art. 609-bis, comma 3, c.p. (violenza sessuale di minore gravità). Ora, le declaratorie di illegittimità si fondano in buona sostanza sul contrasto dei divieti di bilanciamento in questione con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 25 e 27 Cost., sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, del “diritto penale del fatto” e del principio di proporzione tra fatto e sanzione, corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena. Vale a dire con i medesimi parametri sostanzialmente violati tramite la sottrazione all'area di operatività di un istituto, quello della particolare tenuità del fatto, fondato proprio sulla funzionalizzazione della pena verso esigenze di proporzione, *extrema ratio*, special-prevenzione e individualizzazione, sulla base di una presunzione legislativa relativa al divieto di bilanciamento. Basti pensare che un furto – in concreto tenue – se formalmente pluriaggravato, sulla base di una presunzione legislativa invincibile risulta sottratto all'area di operatività dell'art. 131-bis c.p.

Se, dunque, si intendeva riconoscere rilevanza ai fini dell'individuazione delle fattispecie poten-

<sup>45</sup> In tal senso cfr. *Relazione*, cit., p. 2 s.

<sup>46</sup> Sul punto si veda V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 27, il quale rileva come «nella trama della CEDU il diritto alla vita rappresenti oggetto di una previsione molto intensa [nell'art. 2], che si può tradurre in vincoli di incriminazione, i quali, se inottemperati, possono comportare la condanna dello Stato; ma questo attiene esclusivamente a forme di aggressione da parte di organi dello Stato che, distorcendo la propria funzione, anziché proteggere i cittadini, li privano della vita».

zialmente considerabili “particolarmente tenui” alle circostanze ad efficacia speciale e autonome, sarebbe stato più ragionevole – alla luce della recente giurisprudenza costituzionale – non sottrarre al giudizio di bilanciamento. Peraltro, la stessa funzione politico-criminale delle circostanze sembra ostare ad una loro valutazione ai fini della particolare tenuità: in quanto *accidentalia delicti* destinate a individualizzare l’entità della risposta sanzionatoria non costituiscono elementi essenziali del fatto tipico e, quindi, non possono incidere sull’operatività di istituti generali e astratti, come dimostra la loro irrilevanza ai fini dell’individuazione del momento consumativo del reato, della decorrenza dei termini di prescrizione, dell’efficacia della legge penale nello spazio (art. 6 c.p.), del concorso di persone (art. 117 o art. 118 c.p.), del tentativo, ecc.<sup>47</sup>.

Infine, il raggio di azione della clausola generale di esiguità del fatto è definito dal comma 5 dello stesso articolo in cui si afferma che “*la disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante*”. In tal modo si è voluto disciplinare espressamente il rapporto con le circostanze attenuanti comuni e speciali incentrate sul carattere della particolare tenuità, ammettendo la possibilità di applicare questa ipotesi di non punibilità anche rispetto ad esse (sul punto, si rinvia *ante* § 4).

<sup>47</sup> Non è questa la sede per indagare la controversa funzione politico-criminale delle circostanze per il cui approfondimento si rinvia ad A. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli 1971, p. 43 ss., p. 54 ss. e p. 99 ss.; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano 1983, p. 1 ss., spec. p. 119 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova 2000, p. 133 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979; F. MANTOVANI, *Diritto penale - parte generale*, cit., p. 414; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale - parte generale*, 2ª ed., Torino 2006, p. 522; M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel “Progetto Grosso”*, in AA.Vv., *La riforma della Parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A. STILE, Napoli 2003, p. 59, nota n. 13. Si può solo rilevare che, sin quando non interverrà una riforma radicale del codice penale che attragga formalmente le circostanze nell’area della commisurazione della pena trasformandole in criteri intra-edittali di determinazione della stessa ed elevi le circostanze autonome e ad efficacia speciale al rango di fattispecie autonome, ogni discorso presterà sempre il fianco a delle obiezioni.

<sup>48</sup> In tal senso si rinvia per tutti a F. MANTOVANI, *Diritto penale - parte generale*, Padova 2013, 8ª ed., p. 443.

<sup>49</sup> Sul punto cfr. Cass. pen., sez. un., 16 dicembre 2014, n. 52117 in cui è stato affermato che il monitoraggio della azione furtiva e il successivo intervento *in continenti*, impediscono la consumazione del delitto di furto, in quanto l’agente non ha conseguito, neppure momentaneamente, l’autonomia ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di

## 5.1. I CASI CONTROVERSI: IL TENTATIVO E I FURTI AGGRAVATI

Nonostante gli sforzi compiuti dal legislatore, residua più di un dubbio in ordine alla astratta applicabilità dell’istituto in relazione a diverse tipologie di fattispecie incriminatrici: in particolare, le incertezze maggiori sorgono in ordine ai reati tentati, abituali, permanenti, continuati e, soprattutto, di pericolo, quando la figura criminosa contiene al suo interno una soglia di punibilità esplicita di carattere quantitativo.

Innanzitutto, per quanto concerne il delitto tentato la risposta dovrebbe essere affermativa per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, perché nell’art. 131-*bis* c.p. non figurano limiti ostativi espliciti rispetto all’applicabilità a tale forma di manifestazione del reato della nuova ipotesi di non punibilità; anzi, al contrario, in linea teorica lo spirito della causa di non punibilità incentrato, come si è visto, sulla scarsa tenuità dell’offesa sembra essere pienamente in sintonia con il tentativo: un delitto non consumato, infatti, può ancor più facilmente essere considerato particolarmente tenue rispetto ad un reato perfettamente consumato e completo di tutti i suoi elementi costitutivi. In secondo luogo, a sostegno di questa conclusione milita un argomento di carattere dommatico tendenzialmente condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza: la diffusa qualificazione giuridica del delitto tentato come figura autonoma di reato dotata di una propria cornice edittale derivante dalla lettura in combinato disposto dell’art. 56 c.p. con la singola figura delittuosa di parte speciale<sup>48</sup>; ciò fa sì che non sia necessario menzionarlo in una disposizione come il 131-*bis* c.p. che traccia il suo raggio d’azione facendo riferimento in modo generico ai reati puniti con una pena detentiva infra-quinquennale, dal momento che questa locuzione così ampia incorpora già anche i delitti tentati in quanto “reati autonomi” con proprie cornici di pena. Di recente, questa tesi è stata ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità in alcune decisioni relative ai limiti previsti per la speciale ipotesi di non punibilità di cui all’art. 649 c.p. nel comma 3 di questa stessa disposizione per i delitti di cui agli artt. 628, 629 e 630 c.p.: la S.C., infatti, ha ritenuto che la deroga ivi prevista non possa valere anche per quei delitti di rapina, estorsione e sequestro commessi nella forma tentata, poiché è espressamente riferita solo alle fattispecie consumate e non anche a quelle tentate autonome<sup>49</sup>.





Tuttavia, nel momento in cui si ritiene pacificamente applicabile l'art. 131-*bis* c.p. anche al delitto tentato si finisce per estendere significativamente l'area potenziale di operatività della particolare tenuità del fatto ben al di là del limite generale fissato nel primo comma, potendo coinvolgere anche delitti per i quali il legislatore commina una pena detentiva massima superiore ai cinque anni. In tali casi le fattispecie a cui la nuova ipotesi di non punibilità è applicabile potranno essere individuate tramite il combinato disposto della singola norma di parte speciale con quella di parte generale in materia di tentativo. Questa operazione, però, non è così semplice poiché l'art. 56 c.p. non determina la pena del delitto tentato in maniera fissa, stabilendo una riduzione di pena *standard* per tutte le fattispecie (salvo che per i fatti puniti con la pena dell'ergastolo, rispetto ai quali prevede l'applicazione di una pena non inferiore a dodici anni), ma, prevede che il colpevole in questi casi debba essere punito con la pena stabilita per il delitto diminuita da un terzo a due terzi<sup>50</sup>.

Tendenzialmente, ciò dovrebbe comportare la rideterminazione della nuova cornice di pena del singolo delitto tentato usando come referente per il suo calcolo il massimo edittale e come dividendi un terzo e due terzi: in questo modo un reato punito con la pena massima di 7 anni e 6 mesi, se tentato avrà un nuovo tetto edittale di 5 anni di detenzione e, dunque, potrà beneficiare del 131-*bis* c.p.

Non sempre, però, la pena per il tentativo viene rideterminata sulla base del massimo edittale; ad esempio, in materia di omicidio doloso, dove il minimo previsto è la pena di anni 21 e il massimo dovrebbe essere, al netto delle aggravanti, la pena di anni 30, la giurisprudenza è solita rideterminare la pena del tentativo partendo dal minimo edittale<sup>51</sup>. Ciò significa che non è esclusa la possibilità di vedere applicata, sulla base di un apprezzamento discrezionale amplissimo, l'esiguità del fatto anche a fatti puniti con pene edittali massime ancor più elevate di quella di anni 7 e mesi 6: avendo riguardo al minimo di pena, praticamente qualsiasi tentativo può essere degradato al livello di fatto particolarmente esiguo, salvo casi residuali di delitti gravissimi.

Così come c'è il rischio, più inverosimile che reale, che la pena massima del tentativo possa essere rideterminata utilizzando in maniera discrezionale entrambi i parametri indicati dall'art. 56, comma 2, c.p. (un terzo e due terzi), attribuendo così al giudice un potere discrezionale obiettivamente esasperato che gli potrebbe consentire di applica-

re l'art. 131-*bis* c.p. rispetto a fattispecie delittuose punite con la pena massima edittale di quindici anni (*sic!*) se commesse nella forma tentata.

Sotto questo profilo, ma per un altro versante, la possibilità di ritenere applicabile l'art. 131-*bis* c.p. anche ai delitti tentati potrebbe produrre un effetto sicuramente apprezzabile, consentendo di attrarre nell'orbita di questa nuova causa di non punibilità quei reati tradizionalmente bagatellari impropri che, però, non rientrano nei limiti di pena massimi predeterminati: i furti aggravati. Com'è noto, proprio il delitto di furto è quel delitto che, statisticamente, presenta spesso le caratteristiche tipiche del fatto tenue descritto dal nuovo istituto, producendo un danno patrimoniale di speciale esiguità ed essendo espressione di comportamenti non abituali, ma paradossalmente non può beneficiare del nuovo istituto, perché nella prassi non si realizza mai con le modalità essenziali del furto semplice descritte dall'art. 624 c.p. e punite con una pena massima di quattro anni, bensì con caratteristiche tali da renderlo sempre sussumibile nella diversa fattispecie aggravata con circostanza ad effetto speciale di cui all'art. 625 c.p. e punita con una pena massima di sei anni, quando non in quella pluriaggravata punita ai sensi del comma 3 dello stesso articolo con la pena da tre a dieci anni e la multa.

L'espedito ermeneutico percorribile per dilatare il raggio di azione dell'art. 131-*bis* c.p. anche a questo vasto campo della criminalità predatoria è costituito proprio dalla possibilità di ritenere configurato in tali casi, in luogo del furto consumato, quello solamente tentato, sposando la tesi della struttura "bifasica" di questo reato in base alla quale esso si consuma non nel momento della sottrazione della cosa mobile altrui, ma in quello – talvolta successivo – del suo impossessamento. Soluzione questa che è stata condivisa anche da una recentissima e interessante pronuncia delle sezioni unite della Suprema Corte del 2014 in cui – con riferimento ad un diffusissimo caso di furto commesso in negozi dotati di sistema di vigilanza continua e di placche anti-taccheggio – è stato ravvisato il mero tentativo di furto, ritenendo che rispetto alle cose sottratte dagli scaffali non si

vigilanza e di controllo diretto del soggetto passivo. L'autore potrà pertanto essere punito esclusivamente a titolo di furto tentato.

<sup>50</sup> In tal senso cfr. anche *Prime linee guida emanate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, in [www.penale-contemporaneo.it](http://www.penale-contemporaneo.it), p. 9.

<sup>51</sup> Da ultimo, a titolo puramente esemplificativo, cfr. Cass. pen., sez. I, 22 aprile 2014, n. 17568.

verifichi l'impossessamento fin quando il soggetto non sia uscito con le stesse al di fuori della sfera di controllo diretta o indiretta del proprietario o dei suoi delegati<sup>52</sup>. Ebbene, se si condivide tale interessante ricostruzione del delitto di cui all'art. 625 c.p. e si reputa in queste situazioni sempre integrato il tentativo, la rideterminazione della sua pena edittale, qualunque "dividendo" si usi, da un terzo a due terzi, produrrà un risultato sempre inferiore al limite dei cinque anni di cui all'art. 131-bis c.p., rendendo così applicabile senza problemi la particolare tenuità del fatto, con notevoli vantaggi deflattivi<sup>53</sup>.

In alternativa o congiuntamente a tale soluzione, un'altra modalità per rendere applicabile il 131-bis c.p. anche rispetto ai furti bagatellari non abituali aggravati e anche pluriaggravati è quella di usare un metro più rigido e scrupoloso nell'apprezzamento della sussistenza delle circostanze descritte dall'art. 625 c.p., come sembra aver iniziato a fare anche la Suprema Corte in un'altra recente decisione delle sezioni unite del 2013 in cui è stata esclusa l'aggravante del mezzo fraudolento e ravvisato il furto semplice sulla base di un'attenta ponderazione e raffronto dei requisiti strutturali del furto semplice e di quelli speciali della figura aggravata<sup>54</sup>. Così facendo, infatti, taluni furti mono-aggravati consumati potrebbero essere derubricati in furti semplici e, quindi, rientrare nei limiti di pena dell'art. 131-bis, comma 1, c.p. e, addirittura, alcuni furti pluri-aggravati potrebbero essere derubricati in furti mono-aggravati e, quindi, se commessi in forma solo tentata, potrebbero rientrare nell'alveo dei reati per i quali è applicabile la nuova causa di non punibilità.

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. un., ud. 17 aprile 2014, n. 52117; sul punto cfr. E. MAZZANTINI, *Furto nei supermercati e sottrazione 'sorvegliata': la parola (chiara) delle sezioni unite*, in *D. pen. proc.* 2015, p. 431 ss.; R. BARTOLI, *Considerazioni sul tentativo di furto nei supermercati in attesa delle sezioni unite*, ivi 2014, p. 291 ss.

<sup>53</sup> Le primissime decisioni dei giudici di merito sembrano seguire questo orientamento. Cfr. in tal senso Trib. Milano 9 aprile 2015, n. 3936, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con un commento di G. ALBERTI.

<sup>54</sup> Per approfondimenti sulla recente decisione delle sez. un. 30 settembre 2013, n. 40354 che ha seguito questo tipo di interpretazione restrittiva delle circostanze aggravanti in materia di furto, con specifico riferimento a quella del mezzo fraudolento, sia consentito rinviare al nostro *Il furto aggravato dal mezzo fraudolento: tra offensività e tipicità rinasce il furto semplice?*, in *C. pen.* 2013, p. 813 ss.

<sup>55</sup> L. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it), p. 10.

## 5.2. LE ALTRE IPOTESI PROBLEMATICHE: DAI REATI ABITUALI AI REATI CON SOGLIE DI PUNIBILITÀ

Diversamente, l'istituto della particolare tenuità appare inconciliabile con il *reato abituale*, dal momento che uno dei requisiti per la sua operatività è rappresentato dalla non abitualità del comportamento e dalla mancata realizzazione di "condotte plurime, abituali e reiterate". A ragionare diversamente si violerebbe il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, così come quello del *ne bis in idem* sostanziale, poiché uno stesso aspetto (l'abitualità) sarebbe valutata non solo due volte, ma addirittura in modo manifestamente discordante: la prima in termini negativi, ai fini della definizione di un fatto come penalmente rilevante, la seconda in termini positivi, ai fini della sua non punibilità. Anzi, il legislatore è stato quasi ridondante sul punto, aggiungendo come limite ulteriore rispetto a quello delle condotte plurime e abituali, anche quello delle condotte reiterate; non si vede, infatti, cosa descriva il concetto di reiterazione che non sia già ricompreso in quelli di pluralità e abitualità: molto probabilmente tale scelta origina dalla volontà di non rendere applicabile la particolare tenuità al delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p. che si incentra proprio sulla commissione di "condotte reiterate", oppure a quello di cui all'art. 570 c.p.

Tuttavia, non si può escludere che il 131-bis c.p. sia applicabile ai reati eventualmente abituali o abituali impropri, quando questi siano stati commessi in concreto con una singola condotta già di per sé sufficiente ad integrarli, a prescindere dalla sua reiterazione nel tempo.

Analoghe perplessità sull'applicabilità della particolare tenuità del fatto sorgono in ordine al *reato permanente* poiché questo, pur non richiedendo una reiterazione della condotta illecita, ma solamente una sua volontaria protrazione nel tempo, sembrerebbe ugualmente inconciliabile con l'art. 131-bis c.p. In tal caso, l'incompatibilità non discende rigidamente dall'assenza del requisito soggettivo della non abitualità, bensì dall'apprezzamento eventuale di quello oggettivo della tenuità dell'offesa: è difficile, ma non impossibile, che una condotta permanente possa dirsi particolarmente tenue sotto il profilo modale<sup>55</sup>. Basti pensare, ad esempio, alle ipotesi classiche delle violazioni urbanistiche che hanno carattere permanente in cui la permanenza cessa con l'esaurimento dell'attività illecita che coincide con l'ultimazione dell'opera, oppure con la sospensione dei lavori. Ora, in tali casi è importante non sovrapporre il profilo



dell'astratta offensività del reato permanente che impatta su di un bene di grande rilievo come il governo del territorio, con quello della particolare tenuità in concreto, che potrebbe essere riconducibile ad una attività edilizia modesta, ma non tale da portare ad una assoluzione per inoffensività del fatto, ad un preliminare ripristino dello stato dei luoghi a cura ed a spese del reo, ovvero ad un permesso di costruire in sanatoria, con cui la stessa P.A. da conto della sostanziale inoffensività dell'attività edilizia svolta.

Ancora, lo sbarramento del comma 3 sembra costituire un ostacolo insormontabile anche nel caso di reati avvinti dal vincolo della continuazione, o per quelli in concorso materiale tra loro, salvo che per le ipotesi di *concorso formale* in quanto – a differenza di tutte le altre – caratterizzate da un'unica condotta produttrice di più violazioni della stessa fattispecie criminosa e, quindi, non riconducibili alle ipotesi di “*condotte plurime, abituali e reiterate*”; resta solo da vedere in tale caso se non ci si trovi, però, al cospetto di “reati della stessa indole” che rappresentano un altro limite preclusivo alla non punibilità per particolare tenuità. Peraltro, contro tale soluzione milita anche il comma 1 nella parte in cui, descrivendo gli indici-requisito per l'applicabilità della particolare tenuità, si riferisce al singolare alla condotta tenuta dal reo e non alle condotte al plurale che sono necessarie per realizzare un concorso di reati, salvo quello formale<sup>56</sup>.

Le perplessità maggiori, sinora manifestate, hanno riguardato i reati di pericolo, segnatamente quelli di pericolo astratto incentrati su una soglia di punibilità, mancando nella norma qualsiasi indicazione al riguardo e ammettendosi genericamente la possibilità di applicare il 131-bis c.p. nei casi di esiguità “del danno o del pericolo”.

Si è osservato, invero, che la fissazione di una soglia normativa di pericolosità renderebbe questa tipologia di fattispecie incompatibili con la particolare tenuità del fatto, perché, sulla base di una presunzione invincibile, individuerebbero il livello al di sotto del quale il fatto è irrilevante e, simmetricamente, al di sopra del quale diviene penalmente rilevante andando ad incidere su un bene giuridico di peculiare importanza<sup>57</sup>.

Tuttavia, questa obiezione sembra fondarsi su un fraintendimento della fisionomia e della funzione del nuovo istituto: come si è avuto modo di vedere esso è finalizzato a degradare 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. La valutazione della tenuità, dunque, è una valutazione che non attiene al piano del disvalore generale ed astratto di un dato comportamento, ma a quello concreto della sua realizzazione, presupponendo sempre un fatto già tipico e offensivo, ma particolarmente tenue.

Non si vede, quindi, perché anche nei reati con soglia di punibilità di tipo quantitativo numerico non possa ammettersi l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. tutte le volte in cui la condotta tenuta dal reo risulti, oltre che non abituale, anche esigua perché supera di pochissimo il limite tabellare fissato dal legislatore nella fattispecie, ovvero in considerazione di una serie di altre circostanze che caratterizzano il caso concreto. È ben possibile che in un reato tributario o ambientale, strutturato come reato di pericolo incentrato sul superamento di un limite-soglia, il comportamento in concreto realizzato lo superi di poco, atteggiandosi quindi come un fatto tipico, ma – sussistendo sempre le altre condizioni – particolarmente tenue sul piano del pericolo, arrecando un'offesa minima, ma non del tutto irrilevante, all'interesse tutelato. 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>58</sup>. A tale riguardo è sufficiente pensare ai casi in cui il contribuente che ha evaso delle imposte superando i limiti-soglia previsti dalla legislazione penale tributaria, in seguito ad un “ravvedimento operoso”, sia ammesso agli accordi con il fisco per la rateizzazione del suo debito tributari. Oppure, a tutte quelle ipotesi di omesso versamento di ritenute certificate o dell'IVA dovute ad una grave crisi di liquidità dell'imprenditore che spesso non versava quanto dovuto per pagare le retribuzioni dei lavoratori; in tali casi, come è noto, la recente giurisprudenza di legittimità<sup>59</sup>, con qualche acrobazia interpretativa, ha in taluni casi fatto ricorso alla figura della forza maggiore per giustificare le

<sup>56</sup> L. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, cit., p. 9.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. L. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, cit., p. 5 s.; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 3; nonché le *Prime linee guida emanate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, cit., p. 28.

<sup>58</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](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416.



assoluzioni, richiedendo tuttavia una *probatio diabolica* in capo all'imputato, laddove, molte di queste vicende, potranno essere risolte in futuro con il ricorso al 131-*bis* c.p., trattandosi di fatti isolati, caratterizzati complessivamente da un disvalore esiguo. O ancora, come già detto, ai casi in cui l'autore di un reato edilizio abbia già proceduto al ripristino della situazione *ante delictum* rimuovendo l'abuso, oppure abbia ottenuto una concessione in sanatoria: non ritenere applicabile aprioristicamente il 131-*bis* c.p. finirebbe per precluderne e mortificarne le funzioni politico-criminali che persegue, generando l'inutile celebrazione di processi per accertare responsabilità penali in ordine a fatti dotati di scarso disvalore sociale, come riconosciuto anche sulla base di una valutazione discrezionale dell'amministrazione competente (come ad esempio nel caso di accordo con l'amministrazione finanziaria o di permesso di costruire in sanatoria).

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 la rilevanza penale della condotta – il fatto, nel suo insieme, possa essere ritenuto offensivo ma di particolare tenuità e, quindi, non punibile in quanto non meritevole di pena sulla base di una valutazione di *extrema ratio*<sup>60</sup>.

Inoltre, l'applicabilità dell'istituto anche ai reati di pericolo astratto può essere desunta più a monte anche dal fatto che il principio di offensività impone comunque l'accertamento in concreto dell'offesa anche in tali fattispecie<sup>61</sup>.

Non va trascurato poi che la Corte costituzionale, sotto la vigenza della vecchia disciplina contenuta nell'art. 73, T.U. n. 309/1990, in una nota pronuncia in materia di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella per uso personale,

<sup>60</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., non pronunciandosi per ora sul punto.

<sup>61</sup> Sul punto cfr. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale - parte generale*, Torino 2013, 4ª ed., p. 196 ss.

<sup>62</sup> Cfr. C. cost., 11 luglio 1991, n. 333; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 211.

<sup>63</sup> In tal senso cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2006, n. 24249, in C. pen. 2007, p. 2901 ss. con nota di G. SALCUNI, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34, d. legisl. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*.

la n. 333/1991, ha ritenuto che la valutazione del giudice 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>62</sup>.

Peraltro, a tale conclusione sembra condurre anche la soluzione fornita in un più recente passato dalla giurisprudenza di legittimità al medesimo problema sorto nell'ambito del processo davanti al giudice di pace in relazione all'art. 34 del d. legisl. n. 274/2000 rispetto a taluni reati del codice della strada incentrati su tali limiti-soglia, come la guida in stato di ebbrezza. Già in quella circostanza la Corte di cassazione ha ritenuto non punibili quei fatti che oltrepassavano di poco il limite di soglia, sottolineando che questi limiti segnano solo la soglia del penalmente rilevante e che, di per sé non sono ostativi alla declaratoria di non punibilità<sup>63</sup>.

Infine, diversamente da quanto possa sembrare, l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. anche a tali fattispecie non produce l'esito irragionevole di rendere irrilevante per l'intero ordinamento giuridico un fatto che se commesso sotto soglia produce, talvolta, come conseguenza l'applicazione di sanzioni amministrative: come precisa anche la parte processuale della riforma, il proscioglimento ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo, per cui non preclude la possibilità di irrogare le sanzioni amministrative eventualmente previste dalla legge per quegli stessi fatti se commessi sotto soglia.

Sempre in quest'ottica, se si ritiene compatibile con i reati di pericolo l'art. 131-*bis* c.p., terreno elettivo della non punibilità per particolare tenuità potrebbe essere quello dei reati paesaggistici (art. 181, commi 1 e 1-*bis*, d. legisl. n. 42/2004), considerati da sempre reati formali e di pericolo astratto che si perfezionano indipendentemente dal danno arrecato al paesaggio, con la semplice esecuzione di interventi non autorizzati (in quanto del tutto sprovvisti di autorizzazione o difformi dall'autorizzazione rilasciata) idonei ad incidere negativamente sull'originario assetto dei luoghi sottoposti a protezione.

Ora, in tema di reati paesaggistici, e con specifico riferimento all'ipotesi delittuosa di cui all'art. 181, comma 1-*bis*, d. legisl. n. 42/2004, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato il concetto di "interventi di minima entità" per individuare gli interventi "di entità talmente minima ed irrilevante da risultare inidonei, già in via astratta, a por-



re in pericolo il paesaggio e a pregiudicare il bene paesaggistico-ambientale” e, quindi, “inoffensivi” ai sensi dell’art. 49, comma 2, c.p.<sup>64</sup>. La non punibilità per particolare tenuità del fatto potrebbe, dunque, trovare applicazione nel caso di concessione di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, che, come è noto, estingue il reato di cui all’art. 181, comma 1, del d. legisl. n. 42/2004, ma non il delitto paesaggistico di cui al comma 1-bis. Orbene, in tal caso la valutazione dell’Amministrazione preposta al vincolo paesaggistico di sostanziale inoffensività del fatto potrebbe dare la stura alla non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* del delitto di cui all’art. 181, comma 1-bis, d. legisl. n. 42/2004.

Infine, sempre sul versante applicativo-oggettivo, l’istituto della particolare tenuità del fatto potrebbe trovare applicazione anche in tutte quelle ipotesi in cui il dato normativo di talune disposizioni incriminatrici, espressione di una certa offensività del fatto, sia stato progressivamente deformato dalla giurisprudenza, come ad esempio nel caso della truffa di cui all’art. 640 c.p. che da fattispecie caratterizzata da una insidiosa forma vincolata è stata trasformata in fattispecie a forma sostanzialmente libera diretta a punire, talvolta, meri inadempimenti civilistici, ovvero dell’abuso d’ufficio, in cui talvolta si è al cospetto di coefficienti soggettivi esangui trasformati dalla giurisprudenza in dolo intenzionale mediante ragionamenti di carattere meramente presuntivo. In tali casi, la via maestra dovrebbe essere il ritorno al fedele rispetto del tipo legale, ma, dovendo fare i conti con una giurisprudenza ormai consolidata, si potrebbe dare più spazio alla non punibilità per particolare tenuità del fatto.

#### 6. L’INDICE-CRITERIO OGGETTIVO: LA PARTICOLARE TENUITÀ DELL’OFFESA

Come si è già accennato, l’art. 131-bis, comma 1, c.p., dopo aver preliminarmente delimitato il campo dei reati rispetto ai quali può trovare applicazione la particolare tenuità, individua nella seconda parte i due elementi strutturali oggettivi e soggettivi (cc.dd. indici-criteri) necessari per la sua concessione, facendo riferimento in entrambi i casi ad aspetti relativi al comportamento pregresso del reo, piuttosto che a giudizi prognostici sul suo comportamento futuro: la particolare tenuità dell’offesa e la non abitualità del comportamento.

Il legislatore ha, cioè, inteso ancorare la non punibilità ad una valutazione complessa e articolata della condotta del reo che tenga conto tanto, sot-

to il profilo oggettivo, del disvalore di azione e di quello di evento del fatto commesso, quanto, sotto il profilo soggettivo, dei suoi comportamenti pregressi o contestuali rispetto al reato.

Il primo presupposto è costituito da quelli che la Relazione al decreto chiama “indici-requisito” che devono essere contestualmente accertati: la modalità della condotta (introdotta solo in un secondo momento dalla Commissione ministeriale e non contemplata originariamente dalla legge delega) e l’esiguità del danno o del pericolo da valutarsi ai sensi dell’art. 133, comma 1, c.p. Ciò significa che ai fini del proscioglimento *ex art. 131-bis c.p.* è necessario procedere ad un apprezzamento analitico sia della condotta tenuta dal reo per valutarne le modalità oggettive e soggettive, sia, in modo congiunto e non alternativo, dell’entità del danno o del pericolo da questa prodotto sul versante degli effetti.

La scelta di valorizzare ai fini del giudizio sulla particolare tenuità, accanto al profilo dell’entità dell’offesa, anche quello della modalità della condotta consente di evitare di trasformare il nuovo istituto in una sorta di depenalizzazione di categorie astratte di reati e, al contrario, di garantire un effettivo apprezzamento da parte del giudice di tutte le peculiari caratteristiche del singolo fatto concreto e, quindi, anche di quegli aspetti altrimenti estromessi, quali il grado della colpa, l’intensità del dolo e le circostanze “anormali” concomitanti al fatto.

Peraltro, l’aver previsto che la valutazione di tali parametri debba essere condotta ai sensi dell’intero art. 133, comma 1, c.p. sembra dimostrare ulteriormente (come precisa espressamente anche la Relazione di accompagnamento al decreto)<sup>65</sup> la tendenziale rilevanza ai fini dell’applicazione della particolare tenuità anche dell’intensità del dolo o del grado della colpa di cui al n. 3 di quella disposizione<sup>66</sup>; nondimeno, non si può non rilevare

<sup>64</sup> Cass. n. 44928/2014 e Cass. n. 7343/2014.

<sup>65</sup> La Relazione, cit., 6, sul punto precisa che «la formula adottata è ben lungi dall’escludere qualunque rilevanza dell’elemento soggettivo del reato. In effetti, appare del tutto ovvio che l’indice-criterio delle “modalità della condotta” si presta benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della (tipicità della) condotta; sia dell’intensità del dolo, sul presupposto che assai spesso quest’ultima si riverbera e si traduce nell’adozione da parte dell’autore di determinate modalità esecutive della condotta».

<sup>66</sup> In tal senso si veda Trib. Milano 16 aprile 2015, n. 4195 in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), in cui si afferma che la valutazione del requisito della particolare tenuità della fatto deve

come l'accertamento delle caratteristiche dell'elemento psicologico, in ragione della sua complessità, sia in concreto difficilmente attuabile nella fase prodromica del procedimento penale in cui si auspica trovi applicazione il 131-bis c.p.

#### 7. L'INDICE-CRITERIO SOGGETTIVO: LA NON ABITUALITÀ DEL COMPORTAMENTO

Il secondo requisito, invece, è stato individuato dal legislatore delegato (a differenza di quanto previsto dal delegante) in negativo nella "non abitualità del comportamento".

Peraltro, facendo seguito alle richieste provenienti dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati<sup>67</sup>, tale aspetto è stato oggetto anche di una definizione *a contrario* nel comma 3 della medesima disposizione di legge in cui è stato stabilito che "il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate".

Anche questo profilo, ispirato da esigenze di carattere special-preventivo positivo, evidenzia un elemento di discontinuità rispetto ai precedenti a cui si è ispirato, vale a dire l'art. 27, d.p.r. n. 448/1988 e l'art. 34, d. legis. n. 274/2000 in cui in luogo della non abitualità del comportamento si richiedeva la sua occasionalità. Come chiarisce la Relazione di accompagnamento al decreto n. 28/2015<sup>68</sup>, una simile scelta sembra diretta ad allargare il raggio di azione dell'art. 131-bis c.p. perché il concetto di "non abitualità" sembra più dilatato di quello di "occasionalità"; da ciò parrebbe possibile dedurre che anche la presenza di un precedente giudiziario non possa essere motivo ostativo al proscioglimento per particolare tenuità quando ricorrono gli altri requisiti, così come, a maggior ragione, la mera iscrizione di un fatto nei carichi pendenti. Se già l'occasionalità non è

effettuarsi sulla base di tutti i criteri di cui all'art. 133, comma 1, compreso quello attinente all'elemento soggettivo del reato, e in particolare all'intensità del dolo e al grado della colpa (art. 133, comma 1, n. 3).

<sup>67</sup> Sul punto cfr. L. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, cit., p. 9.

<sup>68</sup> *Relazione*, cit., p. 4.

<sup>69</sup> *Relazione*, cit., p. 2; in senso critico, a favore della natura tassativa dell'elenco cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 4.

reputata sinonimo di unicità, a maggior ragione non può essere considerata tale la "non abitualità", potendo, quindi, in linea teorica essere prosciolto un soggetto anche nel caso in cui abbia già riportato in passato una precedente condanna penale per un reato non della stessa indole, oppure abbia già beneficiato dell'art. 131-bis c.p., sebbene la previsione dell'iscrizione del proscioglimento per particolare tenuità nel casellario giudiziale, anche quando viene disposto con l'archiviazione, sembri deporre in senso contrario; in realtà tale scelta sul campo processuale, più che funzionale a precludere sempre una doppia concessione, è diretta a conservare una traccia del fatto commesso, impedendo che altrimenti possa beneficiare della particolare tenuità illimitatamente anche un reo che tenga abitualmente quel comportamento.

Inoltre, nonostante l'apparente tassatività dell'elencazione dei requisiti da cui desumere l'abitudine del comportamento sembri escludere la possibilità di utilizzarne altri, secondo quanto affermato nella Relazione<sup>69</sup>, invece, il concetto di "abitudine" potrebbe essere ampliato, essendo la descrizione operata nel 131-bis, comma 3, c.p. solo esemplificativa.

Pochi problemi sembra porre il riferimento alla dichiarazione di delinquente abituale, professionale o per tendenza, che presuppone necessariamente un provvedimento giudiziario di questo contenuto; più elastica sembra essere la nozione di "reati della stessa indole", peraltro già utilizzata come presupposto della dichiarazione di recidiva nell'art. 99, comma 2, n. 1, della abitualità presunta dalla legge nell'art. 102 c.p. e della abitualità nelle contravvenzioni nell'art. 104 c.p., che si riferisce a quei casi in cui viene più volte violata la stessa norma, oppure si commettono reati che per la natura dei fatti o per i motivi che li hanno determinati in concreto presentano dei caratteri fondamentali comuni. Anche in tal caso, nonostante l'ambiguità del dato normativo non soccorra, l'abitudine dovrebbe essere desunta solo quando ci si trovi al cospetto di reati in ordine ai quali sia già intervenuta una precedente sentenza di condanna definitiva, oppure un precedente provvedimento di proscioglimento ai sensi dell'art. 131-bis c.p.

#### 7.1. LA PRIMA IRRAGIONEVOLE DEROGA INTRODotta DALLA LEGGE N. 69/2015: L'ART. 2621-TER C.C.

Per quanto concerne gli indici-criterio, si deve segnalare che il legislatore, a pochi giorni di distanza dalla loro definizione, ha già introdotto una



prima, preoccupante, deroga di dubbia ragionevolezza.

Nell'ambito dell'ennesima riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione varata con la l. 27 maggio 2015, n. 69, intitolata "Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio", è stata, infatti, coniata una nuova fattispecie, l'art. 2621-ter c.c., diretta a dettare una disciplina peculiare in materia di falso in bilancio per la "non punibilità per particolare tenuità", ai sensi della quale è stato previsto che "ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'articolo 131-bis del codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621-bis".

La ratio di questa opzione politico-criminale probabilmente è rappresentata dall'esigenza di bilanciare la contestuale riforma dei reati di false comunicazioni sociali, caratterizzata dall'irrobustimento della risposta punitiva, dalla trasformazione di tutti gli illeciti in delitti e dall'eliminazione degli sbarramenti introdotti con la precedente riforma del 2002, *id est* le elevate soglie di punibilità, il dolo intenzionale e la procedibilità a querela. Il legislatore, avendo deciso (tra le altre cose) di prescindere dalle soglie di punibilità di tipo quantitativo interne alle fattispecie di cui al 2621 e al 2622 c.c., per evitare un'eccessiva "riespansione" dell'area del penalmente rilevante ha evidentemente ritenuto opportuno puntare sull'introduzione di una disciplina comune e più elastica dei fatti di scarso disvalore offensivo (ancorata, cioè, a parametri quantitativi non numerici) sia con la previsione nell'art. 2621-bis c.c. di un'attenuante speciale per i fatti di lieve entità, sia con la previsione nel successivo art. 2621-ter c.c. di una disciplina peculiare per la non punibilità per particolare tenuità.

Tuttavia, tale seconda scelta di accordare prevalenza ai fini dell'art. 131-bis c.p. per il delitto di falso in bilancio al parametro del "danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori" non sembra particolarmente felice, sollevando immediate perplessità circa la sua legittimità costituzionale sotto il profilo dell'uguaglianza-ragionevolezza: si stenta ad intravedere, invero, quale sia la "ragione forte" capace di legittimare una diversificazione così marcata della disciplina generale della tenuità del fatto per un reato societario come il delitto di false comunicazioni sociali nelle società non quotate.

In secondo luogo, la formulazione letterale del 2621-ter c.c. suscita incertezze interpretative di

non poco momento circa il suo significato, non essendo ben chiaro se il profilo del danno cagionato nel delitto di false comunicazioni sociali prevalga ai fini della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità solo sull'altro indice-requisito oggettivo della modalità della condotta, oppure anche sull'altro indice-criterio soggettivo della non abitualità del comportamento. In entrambi i casi essa si espone a dei rilievi critici: nella prima eventualità, infatti, si rischia di vanificare gli scopi delle due riforme, poiché si finisce con l'introdurre una nuova e irrazionale forma di depenalizzazione in astratto per il falso in bilancio ancorata, peraltro, ad una soglia elastica e non rigida; nella seconda e non inverosimile ipotesi, invece, si estendono in maniera ancor più significativa e meno ragionevole i margini di operatività della non punibilità per esiguità del fatto per il delitto di false comunicazioni sociali, rendendola applicabile anche più di una volta o in caso di reiterazione di reati della stessa indole.

Ancora, questa disposizione presta il fianco a censure sotto il profilo della ragionevolezza anche se raffrontata con la speciale circostanza attenuante introdotta nell'art. 2621-bis c.c. Da questo esame sinottico risulta che per il falso in bilancio – contrariamente a quanto di solito avviene – ai fini della concessione della speciale diminuzione si tiene conto sia del danno cagionato, sia "della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta"; mentre ai fini della non punibilità si accorda prevalenza al solo profilo del danno causato.

Infine, tale soluzione normativa costituisce un primo pericoloso precedente a cui il legislatore in futuro potrebbe fare riferimento per introdurre nuove deroghe alla tenuità del fatto in altri campi settoriali del diritto penale, intaccando così l'uniformità del sistema che l'istituto ambisce a preservare per tutti i reati puniti con una pena detentiva massima di cinque anni.

## 8. PROFILI DI DIRITTO INTERTEMPORALE

La nuova ipotesi di non punibilità ha, come sempre, sollevato immediatamente problemi di diritto intertemporale, imponendo alla giurisprudenza il compito di verificare se e come possa o meno trovare applicazione nell'ambito dei procedimenti penali già in corso per l'accertamento di fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

A risultare dirimente, in casi come questo, è il previo accertamento della natura giuridica





del nuovo istituto, se lo si reputa una causa di non punibilità di natura sostanziale sottostà al principio di retroattività della legge penale più favorevole, mentre se, al contrario, lo si considera una condizione di improcedibilità di natura processuale risponde alla regola del *tempus regit actum* e non può trovare applicazione retroattiva ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Secondo quanto ha affermato la Suprema Corte nella prima decisione di legittimità sinora resa, avente ad oggetto un reato tributario di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte di ammontare superiore a 50.000 euro di cui all'art. 11, d. legis. 10 marzo 2000, n. 74 risalente al 2009<sup>70</sup>, la nuova disciplina ha natura evidentemente sostanziale e, in quanto più favorevole al reo, è applicabile retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p. anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 131-bis c.p. Ciò significa che, teoricamente, non potrebbe mai travolgere il giudicato, non integrando un'ipotesi di *abolitio criminis cum abrogatione* disciplinata dall'art. 2, comma 2, c.p.: da un punto di vista strutturale, infatti, non si registra in questa circostanza alcuna abrogazione a livello generale e astratto delle classi di fatti ricon-

ducibili alla preesistente fattispecie incriminatrice, ma semplicemente il venire meno dell'opportunità di punire specifici comportamenti in ragione delle peculiari modalità realizzative del caso concreto<sup>71</sup>. Tuttavia, una parte della dottrina e le linee guida elaborate dalla procura di Lanciano non hanno escluso in radice la possibilità di considerarla una forma di abrogazione disciplinata dall'art. 2, comma 2, c.p. e di poter procedere ad una revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p. di sentenze di condanna relative a fatti di particolare tenuità, nonostante questo comporti non pochi problemi sia sul versante teorico-generale, essendo considerato tassativo il riferimento della regola del travolgimento del giudicato ai soli casi di abrogazione vera e propria, così come l'elenco delle ipotesi di revoca del giudicato individuate nel codice di rito, sia sul versante concreto, non avendo il giudice dell'esecuzione a disposizione poteri cognitivi adeguati per poter dichiarare un fatto esiguo all'esito di un contraddittorio seppur "sommario" tra le parti<sup>72</sup>.

## 9. CONCLUSIONI

In definitiva, si può dire che l'istituto rappresenta sicuramente un'interessante novità potenzialmente foriera di un buon impatto sul sistema penale purchè la magistratura ne faccia un uso equilibrato, da un lato, non rifiutando la sua applicazione sulla base di un atteggiamento di chiusura preventivo, dall'altro, all'opposto, evitando di farne un impiego indiscriminato per sgravarsi del sovraccarico di lavoro<sup>73</sup>.

Le perplessità principali riguardano, più a monte, la sua funzione e le sue caratteristiche: il legislatore delegante, infatti, ha fatto sotto questo versante una scelta di "retroguardia", tracciando in maniera vincolante per il delegato i caratteri essenziali della non punibilità per esiguità con riferimento esclusivo al comportamento del reo tenuto al momento della commissione del reato e a quello precedente, senza valorizzare adeguatamente la condotta susseguente al reato di carattere ripristinatorio/risarcitorio secondo il paradigma della giustizia riparativa<sup>74</sup>.

Una scelta più moderna sarebbe stata quella di modellare la nuova clausola di esiguità penale sulla falsariga delle ipotesi di non punibilità sopravvenute già sperimentate proficuamente in altri campi del diritto penale, primo tra tutti quello del diritto penale del lavoro<sup>75</sup>, incentrandola sulla "paralisi" immediata del procedimento penale, sul successivo comportamento del reo reintegrativo

<sup>70</sup> Cass. pen., sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449.

<sup>71</sup> In tal senso 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.)*, cit., § 2.

<sup>72</sup> Sembra avallare questa conclusione un passaggio delle *Prime linee guida*, cit., p. 24, in cui si ritiene applicabile in relazione ai fatti particolarmente tenui per i quali è in corso un giudizio al momento dell'entrata in vigore della nuova causa di non punibilità l'art. 2, comma 2, c.p.

<sup>73</sup> V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 25.

<sup>74</sup> Lo scarso interesse per il comportamento postfatto del reo è dimostrato oltre dall'assenza di un riferimento esplicito a tale profilo, anche dal fatto che l'art. 131-bis c.p. non richiama ai fini della valutazione della particolare tenuità anche il comma 2 dell'art. 133 c.p., rendendo difficile, quindi, l'apprezzamento delle condotte riparative tenute dalla persona offesa in un momento successivo alla commissione del reato. Quello nei confronti della vittima e dei suoi interessi, invece, è testimoniato dal fatto che non è richiesto il suo consenso ai fini dell'applicazione dell'istituto, ma neanche il previo risarcimento dei danni patiti, ma semplicemente la possibilità di ascoltarla e di utilizzare la sentenza ex art. 131-bis c.p. nel successivo giudizio civile volto ad ottenere l'eventuale risarcimento dei danni.

<sup>75</sup> L'opportunità di valorizzare nella recente politica criminale la giustizia riparativa e le cause di non punibilità sopravvenute impiegate su condotte postfatto del reo è da ultimo ben evidenziata da M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per una disamina delle ipotesi di non punibilità sopravvenute sia consentito rinviare al nostro già citato lavoro *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, p. 7 ss.



dell'offesa arrecata e sul pagamento di un'ammenda in misura ridotta. Ciò avrebbe consentito di realizzare effettivamente una funzione deflattiva del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria, una tutela adeguata del bene leso tenuamente dalla condotta illecita, un ristoro immediato degli interessi della vittima e un vantaggio economico per l'erario pubblico.

Probabilmente questa opzione è solo rimandata ed è, anzi, destinata a divenire oggetto in futuro di un nuovo e autonomo intervento legislativo. Il moltiplicarsi continuo di ipotesi spe-

ciali di non punibilità sopravvenuta in diversi ambiti del diritto penale potrebbe, infatti, costituire il preludio per la prossima introduzione nella parte generale di un istituto a metà strada tra il "reato esiguo" e quello tentato: il "reato riparato"<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Traccia le linee di una possibile soluzione di parte generale di questo tipo M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., p. 15 ss., il quale immagina la creazione del delitto riparato come «titolo autonomo da collocare a fianco del delitto tentato, con una cornice fortemente ridotta rispetto a quella attuale che ne prescinde».

