

GIUSEPPE AMARELLI

*Particolare tenuità del fatto ed offensività:
similitudini apparenti e differenze sostanziali*

I. *Origine e ratio della nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*

Sergio Moccia, a cui dedico queste mie modeste considerazioni, in alcune incisive pagine dei suoi lavori denunciava l'ipertrofia del nostro sistema penale generata da una politica criminale irrazionale, orientata da ragioni simbolico-emergenziali e da istanze securitarie di *law enforcement*¹, individuando come possibili rimedi, per un verso, la depenalizzazione delle numerose fattispecie bagatellari autonome² e, per altro verso, la creazione di una causa di non punibilità per quelle bagatellari non autonome³.

Più precisamente, a tale ultimo riguardo, osservava che «appare opportuna l'elaborazione di una soluzione intrasistemica, di parte generale, con la creazione di una specifica categoria di reato a cui abbinare una forma procedimentale semplificata. Le caratteristiche di questa nuova categoria dovrebbero essere, dunque, fissate in astratto ed in generale, e le singole figure di reato deriverebbero dalla combinazione della norma di parte generale, che fissa gli indici di levità, con le singole norme di parte speciale. (...) Gli indici di levità e, quindi, gli elementi strutturali della nuova categoria, dovrebbero essere dati, sul piano dell'illiceità, dall'esiguità dell'offesa, tipica del fatto microviolatorio, e dallo scarso disvalore della condotta. (...) Si aggiunga, infine, che la realizzabilità di ipo-

¹ MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, 2^a ed., *passim*.

² Com'è noto, 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; mentre i 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.

³ MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 92 ss.

tesi microviolatorie dovrebbe risultare possibile solo in rapporto a figure-base che siano caratterizzate da un grado di illiceità tale, da consentire la configurabilità di un'ipotesi microviolatoria, senza con ciò stravolgere il significato dei beni tutelati e dei valori connessi»⁴.

Ci sono voluti circa trent'anni perché queste indicazioni elaborate da Moccia, seguendo il solco tracciato da Krümpelmann e Paliero⁵, fossero finalmente recepite da parte del nostro legislatore, culminando nella tanto attesa elaborazione di un istituto *ad hoc* per i reati bagatellari non autonomi, funzionale, nel lungo periodo, a garantire l'attuazione dei principi di *extrema ratio*, sussidiarietà-necessarietà e frammentarietà del diritto penale e, nel breve periodo, a risolvere i problemi del sovraffollamento carcerario censurati dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU⁶. Risale, infatti, ad appena un anno fa (precisamente al d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, emanato in attuazione di una delle diverse deleghe contenute nella l. 28 aprile 2014 n. 67) l'introduzione nell'art. 131 *bis* della parte generale del codice penale della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Questo nuovo istituto dalla vasta e trasversale portata applicativa – oltre a testimoniare come una proficua dialettica con la dottrina non solo sia possibile, ma sia anche in grado di aiutare a foggare istituti razionali rispetto alle istanze e ad i principî fondanti di un moderno diritto penale del fatto dal 'volto' costituzionale⁷ – mette oggi nelle mani del potere discrezionale del giudice uno strumento per realizzare una 'depenalizzazione in concreto'⁸, per espungere, cioè, selettivamente dal raggio di incidenza delle fattispecie incriminatrici generali ed astratte le microvio-

⁴ MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., p. 100 ss.

⁵ KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin 1966, *passim*; PALIERO, *Minima non curata praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, spec. p. 627 ss.

⁶ VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ss.; MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Diritti & Giurisprudenza* 2015, 3, 24.

⁷ In generale, per una disamina delle traiettorie che deve seguire una moderna politica criminale per poter essere razionale e coerente con le funzioni della pena ed i principî fondamentali del diritto penale, cfr. ZIPF, *Politica criminale*, trad. it. di *Kriminalpolitik* (1980) a cura di Bazzoni, Milano 1989, *passim*; PULITANÒ, *Politica criminale*, in Marinucci-Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, p. 31 e ss.

⁸ Parla a tal proposito di 'depenalizzazione in concreto' BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 660; sul punto cfr. per considerazioni di tenore simile ante riforma G. DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale: profili generali introduttivi*, in *Dir. pen. proc.* 2002, 889 ss.

lazioni non autonome, vale a dire quei fatti che, pur formalmente tipici, risultino dotati nel loro complesso di una carica lesiva esigua e, dunque, non meritevole di pena⁹ alla luce delle funzioni a questa attribuite dall'art. 27, co. 3 Cost.

L'art. 131 *bis* c.p. consente, infatti, nei 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 abituale¹⁰. La norma, cioè, fissa degli indici-criteri che permettono all'interprete 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 di danno o di pericolo effettivamente cagionato (c.d. indici-requisiti).

Come tutti gli interventi riformistici «di sistema»¹¹, tale opzione politico-criminale, diretta a perseguire obiettivi di c.d. 'sussidiarietà secon-

⁹ PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 4 aprile 2015, 1, al contrario, rileva che in questo caso non si realizza un'autentica depenalizzazione, poiché i reati non subiscono una trasformazione per mano del giudice in illeciti amministrativi, fatta eccezione per i casi in cui il fatto (come ad es. in materia tributaria) sia sanzionato sia a livello amministrativo, sia a livello penale, a seconda se superi o meno una certa soglia di punibilità.

¹⁰ La nuova causa di non punibilità è analizzata da GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 517; PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., 1; CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, in Cadoppi - Canestrari - Manna - Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino 2015, p. 112 ss.; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 658 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in Quattrococo (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino 2015, p. 3 ss.; BORSARI, *Commento al decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, co. 1 lettera m), della legge 29 aprile 2014, n. 67 (in G.U. 18.3.2015, n. 64)*, in www.laegislazionepenale.eu, 1 ss.

¹¹ Distingue a proposito delle novità introdotte nel panorama penalistico nell'ultimo biennio tra «riforme aritmetiche» e «riforme di sistema» PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 1696 s.: le prime sarebbero «provvedimenti d'urgenza aventi un carattere puntuale e circoscritto», come quelle inerenti all'innalzamento «del massimo di pena cui è applicabile l'affidamento in prova o il numero di giorni delle riduzioni di pena»; le seconde sarebbero, invece, 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».

daria' e di pragmatico alleggerimento del carico di lavoro giudiziario, ha sollevato incertezze interpretative¹² legate tanto ad aspetti pratico-applicativi (si pensi per tutti ai dubbi circa l'applicabilità ai reati con soglie di punibilità¹³), quanto a profili teorici generali. In particolare, sotto questo secondo versante, l'art. 131 *bis* c.p. ha posto problemi di coordinamento con l'art. 49, co. 2 c.p. e di sovrapposizione tra i concetti di offensività ed esiguità¹⁴.

II. Collocazione sistematica e inquadramento dommatico dell'art. 131 *bis* c.p.

Per quanto attiene ai rapporti con il reato impossibile, la linea di demarcazione è abbastanza netta, avendo il nuovo istituto una collocazione sistematica e dommatica marcatamente distinta dall'altro, così come da ulteriori ipotesi di non punibilità.

Sotto il primo profilo, quello della *sedes materiae*, a differenza del-

¹² Sui problemi applicativi posti dall'art. 131 *bis* c.p. in relazione ad altre tipologie delittuose v. il nostro *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1105 ss.

¹³ Per approfondimenti su questo specifico problema cfr. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, in *www.lexambiente.it*, 5 s.; PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., 3; *Prime linee guida emanate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, in *Dir. pen. cont.*, 28; *Linee guida della Procura di Palermo*, ivi, 24; sia consentito, inoltre, rinviare al nostro *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, in *Giur. it.* 2016, 709 ss.

¹⁴ Sul reato impossibile per inidoneità della azione, inteso quale fondamento normativo codicistico del principio di offensività e della concezione realistica del reato, si rinvia, tra i tanti, a C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, *passim*; ID., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.* 1994, 275 ss.; FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli 2003, p. 141 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, p. 750 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano 1965, *passim*; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività in una teoria del reato costituzionalmente orientata*, in GIOSTRA-INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano 1998, p. 133 ss. Da ultimo, per una completa ricostruzione del principio di offensività, si rinvia a MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005; CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli 2004. Nella manualistica cfr., *ex multis*, C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Torino 2016, p. 292 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2011, p. 201 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano 2001, p. 525 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Torino 2016, pp. 61 ss. e 84 ss.; ALEO, *Il sistema penale*, Milano 2004, p. 70; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino 2004, p. 118 ss.

l'art. 49, co. 2 c.p., la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p., infatti, è stata esplicitamente modellata come una causa di non punibilità in senso stretto di carattere sostanziale¹⁵, trovando sistemazione nell'ambito del rinnovato Titolo V della Parte generale del codice rinominato «*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena*»¹⁶. Com'è noto, le cause di esclusione degli elementi costitutivi del reato sono, invece, contenute tutte in altro comparto del codice penale, il Titolo III del Libro I intitolato *Del reato*, che raccoglie sia le ipotesi che incidono sulla tipicità (artt. 45-49 c.p.), sia quelle che incidono sull'antigiuridicità (artt. 50-54 c.p.) e sulla colpevolezza (artt. 54, co. 3, 59, co. 4 e 88 ss.).

Tale soluzione topografica, peraltro, lungi dall'aver una mera funzione sistematico-classificatoria, segnala anche l'inquadramento dommatico del nuovo istituto nel novero delle cause di non punibilità in senso stretto¹⁷ che si considerano mere cause di esclusione della pena se si parte dal presupposto a livello di teoria generale del reato che la punibilità sia un aspetto esterno alla struttura dell'illecito penale ed inerente solo all'irrogazione in concreto delle sanzioni edittalmente minacciate, o vere e proprie cause di 'esclusione del reato' se si muove da una teoria tetrapartita che considera la punibilità un quarto elemento costitutivo dell'illecito penale¹⁸.

La collocazione sistematica, inoltre, unitamente al mancato impiego all'interno del testo che disciplina la nuova ipotesi di non punibilità di locuzioni del tipo «il reato è estinto» ecc., conferma l'autonomia della particolare tenuità del fatto anche rispetto alla categoria delle cause estintive del reato. Queste, a differenza di tutte le altre cause di non punibilità, sono le uniche espressamente individuate dal legislatore con una precisa definizione nominalistica; quindi, per poter essere considerata come

¹⁵ Di analogo avviso GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 517; POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *www.archiviopenale.it*, 2, 2015, 1 ss.

¹⁶ Evidenzia l'importanza della collocazione sistematica ai fini del corretto inquadramento della particolare tenuità del fatto GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 518.

¹⁷ Sulla genericità di questa categoria ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, p. 111.

¹⁸ A sostegno di questa tesi cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano 2015, 5ª ed., p. 375 ss.; COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ss. In argomento, cfr. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in Grosso - Padovani - Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, tomo II, Milano 2014, p. 291 ss.

tale un'ipotesi di non punibilità di nuova formulazione o deve essere inserita formalmente nel Titolo VII del Libro I del codice denominato *Cause di estinzione del reato e della pena*, oppure anche altrove purché, però, sia definita esplicitamente come causa di estinzione reato o della pena¹⁹.

Infine, sempre la dislocazione prescelta, unita alla mancanza di un'esplicita denominazione normativa di diverso tenore, induce con altrettanta sicurezza a scartare l'ipotesi di reputare la particolare tenuità del fatto come una condizione di improcedibilità: laddove il legislatore ha voluto modellarla con tali caratteristiche lo ha espressamente fatto, come nel caso dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 in materia di processo dinanzi al giudice di pace in cui la non punibilità è denominata come causa di «esclusione della procedibilità» già nella rubrica.

Peraltro ciò è desumibile anche dalla nuova rubrica del Titolo V che antepone espressamente la valutazione della particolare tenuità rispetto all'applicazione della pena in sede processuale e, soprattutto, dalla recente decisione della Corte costituzionale n. 25 del 2015 che, prima ancora dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2015, ha preso posizione sulla sua natura giuridica, qualificandola come causa di non punibilità e distinguendola dalla causa di non procedibilità di cui all'analogo art. 34 d.lgs. n. 274/2000.

Tornando ai rapporti con l'art. 49, co. 2 c.p., che sono quelli più problematici e che in questa sede più interessano, occorre rilevare che oltre al dato formale della sistemazione codicistica, contribuisce in modo dirimente a far ritenere l'art. 131 *bis* c.p. una causa di non punibilità in senso stretto anche l'aspetto sostanziale, vale a dire i suoi presupposti applicativi ed il suo fondamento politico-criminale. Essa, infatti, si basa, piuttosto che sull'assenza di un elemento costitutivo essenziale della fattispecie incriminatrice e sulla carenza di offensività rispetto al bene giuridico tutelato, su una pluralità di requisiti oggettivi e soggettivi da cui potersi desumere, all'esito di un giudizio complessivo sul reato completo di tutti i suoi elementi, l'opportunità della non punibilità per ragioni politico-criminali di sussidiarietà secondaria. Mentre nelle cause di esclusione della tipicità oggettiva la rinuncia alla pena deriva, cioè, dall'accertamento della mancanza di uno degli elementi essenziali del fatto tipico e rinviene la sua *ratio* nel principio di offensività, in questo caso, al contrario, essa presuppone un comportamento perfettamente conforme a

¹⁹ Per approfondimenti circa i criteri distintivi tra le varie ipotesi di non punibilità sia consentito rinviare al nostro *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli 2008, p. 23 ss.

quello descritto dalla norma generale ed astratta sia sul versante della c.d. tipicità apparente, che di quella sostanziale, e discende da una valutazione di un fatto già tipico, anti-giuridico e colpevole alla luce dei principi di *extrema ratio* e della funzione rieducativa della pena.

III. *Il rapporto con l'art. 49, co. 2 c.p.*

Sulla scorta di quanto detto sinora, e tenendo conto anche delle precise puntualizzazioni formulate sul punto nella Relazione ministeriale, si evince che l'art. 131 *bis* c.p. non rappresenta un mero doppione concettuale e funzionale dell'art. 49, co. 2 c.p., il quale, com'è noto, fissa la regola della non punibilità per il reato impossibile senza introdurre limiti di sorta né oggettivi, né soggettivi (oltre che per l'inesistenza dell'oggetto, anche e soprattutto) per l'inedoneità dell'azione. Ed invero, questa ipotesi di non punibilità generale, com'è stato chiarito dalla dottrina e, successivamente, dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, riguarda i fatti del tutto privi di idoneità offensiva rispetto all'interesse tutelato, o al più dotati di carica lesiva assolutamente marginale (si pensi, in tal senso, alle recenti decisioni giurisprudenziali in materia di reati contro la p.a. che hanno escluso la rilevanza penale *ex art.* 314 c.p. di fatti recanti un danno patrimoniale marginalissimo), mentre la nuova figura inserita nel codice concerne i fatti che già sono tipici e offensivi non in modo del tutto marginale, ma particolarmente tenue²⁰.

Breve: il reato impossibile descrive un fatto (qualunque esso sia) che non sussiste perché è inoffensivo in quanto privo di capacità lesiva e di disvalore sociale, non producendo alcun danno o pericolo al bene giuridico tutelato dalla fattispecie astrattamente configurata (o al più un danno o un pericolo 'marginale'); la particolare tenuità del fatto, invece, presuppone un reato completo in tutti i suoi elementi (tipicità, anti-giuridicità e colpevolezza), compresa l'offensività non del tutto marginale, ma che in concreto risulta complessivamente tenue in quanto dotato – sussistendo gli altri requisiti – di una portata lesiva attenuata e, dunque, non bisognoso di pena sulla base di una valutazione più ampia, inclusiva dei precedenti penali dell'agente (fermi, naturalmente, gli altri limiti legali del 131 *bis* c.p.). Peraltro, mentre nel primo caso la non punibilità è tutta polarizzata sul versante oggettivo della lesione al bene giuridico e, quindi, del disvalore d'evento, nel secondo caso è ancorata anche all'apprezza-

²⁰ Questo distinguo è descritto da GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 522.

mento del disvalore d'azione, dovendo considerarsi particolarmente tenue quel fatto non solo punito con pene detentive infra-quinquennali e dotato di scarsa lesività, ma anche espressivo di una condotta tenue e di un comportamento non abituale²¹.

Il rapporto tra le due norme, a ben vedere, più che di alterità o di sovrapposizione sembra essere di progressione: mentre il 49 co. 2 c.p. stabilisce l'esclusione della tipicità di qualsiasi fatto in concreto inoffensivo, a prescindere da sbarramenti edittali, il 131 *bis* c.p. prevede per ragioni di opportunità politico-criminale l'esclusione della sola punibilità in senso stretto di taluni fatti astrattamente meno gravi (puniti fino a cinque anni di pena detentiva) e dotati in concreto di un'offensività tenue e di un disvalore di azione, anche soggettivo, esiguo.

In un'ideale scala gerarchica delle formule di proscioglimento favorevoli al reo, quindi, quella fondata sull'art. 49, co. 2 c.p., in quanto scaturita dall'apprezzamento della mancanza o assoluta marginalità dell'offesa al bene tutelato, dovrebbe essere considerata prioritaria e prevalente rispetto a quella incentrata sul 131 *bis* c.p. che, invece, presuppone un fatto tipico, antigiuridico e colpevole ma ne esclude la punibilità per ragioni di opportunità. Più precisamente, nel primo caso si dovrebbe far ricorso alla formula «perché il fatto non sussiste», mentre nel secondo a quella «perché l'autore non è punibile».

IV. I dubbi sulla ragionevolezza dell'art. 49, co. 4 c.p.

Tuttavia, non si può non rilevare come la scelta effettuata dal legislatore con il 131 *bis* c.p. sollevi qualche dubbio proprio se raffrontata con la disciplina preesistente di cui all'art. 49 c.p.

In primo luogo, comparando le due cause di non punibilità sembra emergere qualche problema sul terreno della ragionevolezza della loro disciplina, poiché un fatto considerato tipico ed offensivo in maniera tenue ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. non produce alcuna conseguenza san-

²¹ Tale aspetto è sottolineato anche nella *Relazione*, cit., 3. La differenza tra i due concetti di inoffensività ed esiguità era già stata messa in evidenza prima della riforma da G. DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., 894; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p. 246; nonché dalla Commissione Grosso e dalla Sottocommissione Grosso - Palazzo - Siciliano, nelle rispettive Relazioni, in GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, II, *Relazione della Commissione Grosso* (1999), in *Quaderni dell'Indice penale*, Padova 2000, p. 31 ss. Diversamente, MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 569 ss., consideravano i due fenomeni sostanzialmente coincidenti.

zionatoria sul versante penale, oltre a quella dell'iscrizione nel casellario giudiziario interno, mentre un fatto sostanzialmente atipico come quello descritto dall'art. 49 co. 2 c.p. riconosce al giudice, ai sensi del successivo co. 4, la possibilità di applicare nei confronti del suo autore una misura di sicurezza che comunque incide sulla sua libertà personale²².

Se si valuta la conformità costituzionale dell'art. 49, co. 4 c.p. agli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. utilizzando come *tertium comparationis* il nuovo articolo 131 *bis* c.p. la disciplina in esso contenuta sembra palesare profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza, nonché di proporzionalità della risposta punitiva e della finalità rieducativa della pena: come si giustificherebbe, infatti, la possibile applicazione di una misura di sicurezza per un fatto inoffensivo, quando per un fatto offensivo ma particolarmente tenue non può essere disposta? Se il 49, co. 2 c.p. è una causa di esenzione della pena per un c.d. 'quasi reato', come è possibile che generi conseguenze sanzionatorie più afflittive del 131 *bis* c.p. che è invece una causa di non punibilità per un reato completo di tutti i suoi requisiti? Davvero può ritenersi che sussista un livello di pericolosità sociale più elevato nel soggetto che realizzi un fatto inoffensivo, rispetto a quello che si può ravvisare in un individuo che tenga un comportamento offensivo, ma particolarmente tenue? È ragionevole che un istituto concepito per stabilire la non punibilità di tutti i reati, senza sbarramenti di carattere oggettivo o soggettivo, generi conseguenze meno favorevoli rispetto al 131 *bis* c.p. immaginato per escludere la sola punibilità di taluni reati non particolarmente gravi in astratto che non siano l'esito di comportamenti abituali? Può forse sostenersi che l'ancoraggio fissato dall'art. 131 *bis* c.p. alla 'occasionalità' del comportamento escluda la sussistenza del requisito della pericolosità sociale che legittima l'applicazione della misura di sicurezza?

In secondo luogo, sempre su tale versante si corre il rischio di invertire il rapporto tra le due ipotesi simili ma non coincidenti di non punibilità, non essendo impossibile immaginare casi in cui venga applicato già in fase di indagini preliminari l'art. 131 *bis* c.p. al reo per fatti del tutto inoffensivi che rientrino nei limiti oggettivi e soggettivi da questo fissati: un fatto privo di offensività può, infatti, essere (ove sussistano anche gli altri requisiti) anche un fatto dotato di particolare tenuità. Ciò eroderebbe l'ambito di operatività dell'art. 49, co. 2 c.p. che finirebbe con il trovare applicazione residuale solo rispetto a quei reati che non presentino i requisiti ulteriori del 131 *bis* c.p., oppure a quei reati che,

²² Sul punto cfr. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità*, cit., 518; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità*, cit., 663.

pur presentandoli, non siano stati considerati particolarmente tenui in ragione di un dissenso motivato del reo: l'imputato, invero, potrebbe avere interesse a proseguire il processo per ottenere un proscioglimento ai sensi dell'art. 49, co. 2 c.p. perché questo – quando sia presumibile che non dia luogo all'applicazione di una misura di sicurezza – non lascia tracce sul casellario giudiziale e non preclude, quindi, per il futuro l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p.

V. *La condivisibile soluzione delle SS.UU. sul distinguo tra tenuità e offensività*

Il distinguo tra la particolare tenuità del fatto ed il reato impossibile e, prima ancora, quello correlato tra i concetti di tenuità ed offensività, è stato da ultimo affrontato e chiarito da un'interessante decisione delle Sezioni Unite relativa alla controversa e complessa questione dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. al reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, lett. b) cod. str.²³.

In questa pronuncia i giudici del massimo organo nomofilattico – dopo aver ribadito l'orientamento granitico già formatosi sulla natura penale sostanziale e non processuale del nuovo istituto che consente la sua applicazione retroattiva in qualità di *lex mitior* ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p.²⁴ – hanno confermato la tesi che riconduce l'art. 131 *bis* c.p. nella categoria dommatica delle cause di non punibilità in senso stretto²⁵, ben distinta rispetto a quella delle cause di esclusione della tipicità oggettiva come il 49, co. 2 c.p.

Secondo il condivisibile ragionamento delle S.U., tale conclusione è la logica conseguenza della palese differenza tra i concetti che sono sullo sfondo: l'offensività, infatti, è un aspetto interno alla tipicità, legato ad un giudizio relazionale e dinamico tra la condotta formalmente coincidente con quella descritta dalla fattispecie incriminatrice ed il bene giuridico da questa tutelato, per cui laddove si riscontri in concreto che il comportamento del reo è del tutto privo di una portata lesiva per l'in-

²³ Cass., SS.UU., 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 894 ss., con nota di AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*.

²⁴ 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 *Dir. pen. cont.*

²⁵ Per una ricognizione delle molteplici ragioni, sistematiche, dommatiche e di disciplina, che militano a sostegno di questo inquadramento sia consentito rinviare al nostro *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità*, cit., 972 ss.

teresse protetto il fatto tipico non è integrato, registrandosi uno scarto incolmabile tra 'tipicità apparente' e 'tipicità reale'. Al contrario, la tenuità è un aspetto esterno al fatto tipico che, anzi, presuppone un previo scrutinio tanto della corrispondenza formale tra la condotta tenuta e la norma incriminatrice, quanto della sua capacità offensiva in termini di danno o pericolo rilevante per il bene giuridico protetto.

Ciò significa che la tenuità si riferisce ad un fatto perfettamente integrato in tutti i suoi elementi costitutivi essenziali – anche l'offensività – che, però, all'esito di un giudizio globale ed onnicomprensivo (che non si polarizza, cioè, unicamente sull'entità della lesione al bene protetto, bensì tiene conto anche di altri indici-criteri e indici-requisiti di carattere modale e soggettivo), risulta non punibile per ragioni di opportunità politico-criminale legate al soddisfacimento di esigenze di sussidiarietà secondaria e di deflazione processuale. L'offensività, al contrario, è un principio generale del sistema penale che rinviene un fondamento costituzionale in una pluralità di disposizioni della nostra Carta fondamentale e che ha un duplice livello di azione, uno in astratto come canone di politica criminale valido per il legislatore nell'individuazione dei comportamenti penalmente rilevanti in astratto, l'altro in concreto come criterio ermeneutico per il giudice. La sua funzione politico-criminale è di rendere non configurabili le fattispecie incriminatrici in presenza di comportamenti concretamente inoffensivi in misura apprezzabile dei beni giuridici tutelati, contribuendo a definire «l'essere o non essere di un reato o di una sua circostanza»²⁶ e, dunque, incidendo sulla c.d. pietra angolare della sistematica tripartita del reato: la tipicità²⁷.

Da una simile separazione, discende anche *a fortiori* la conferma di quanto detto in precedenza, vale a dire che l'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. è contiguo ma non sovrapposto rispetto a quello dell'art. 49, co. 2 c.p., affiancandosi anzi ad esso e potenziando gli strumenti di degradazione degli illeciti penali rimessi dal legislatore nelle mani del giudice penale.

Il reato impossibile diviene nel nuovo assetto sistematico della non punibilità l'ipotesi a cui ricorrere preliminarmente quando si riscontri l'assoluta inidoneità lesiva della condotta tenuta dall'autore del fatto e,

²⁶ Cass., SS.UU., 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, cit.

²⁷ Aveva anticipato questa lettura 'separata' dell'offensività e della tenuità, facendo leva sull'interpretazione teleologicamente orientata del tipo criminoso, BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità*, cit., 663; ID., *Il principio di offensività «in concreto» alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *St. iuris* 2007, 419 ss.

dunque, all'esito di un giudizio squisitamente oggettivo imperniato sul solo disvalore d'evento del reato.

La particolare tenuità, invece, rappresenta la figura sussidiaria da adoperare una volta ravvisata la sussistenza di un fatto già tipico ed offensivo, ma riscontrata l'inopportunità della sua punizione all'esito di un giudizio ad ampio spettro, inclusivo tanto del disvalore d'evento, quanto del disvalore d'azione, nonché di altre componenti ulteriori soggettive legate alla non abitudine del comportamento.

Nell'ottica corretta della Cassazione, mentre la valutazione da farsi ai fini dell'art. 49, co. 2 c.p. attiene al piano della tipicità e, segnatamente, a quello del disvalore dell'evento, dipendendo esclusivamente dall'accertamento del ridotto carico di portata lesiva della condotta rispetto al bene giuridico tutelato, il giudizio da condurre ai fini dell'art. 131 *bis* c.p. è molto più articolato ed esteso, incentrandosi tanto sull'apprezzamento a trecentosessanta gradi della particolare tenuità dell'offesa – desumibile cioè da una pluralità di indici-requisiti legati, oltre che al profilo della esiguità del danno o del pericolo, anche al profilo del disvalore della condotta e a quello del grado della colpevolezza –, quanto della non abitudine del comportamento. Ciò significa che affinché un fatto possa essere considerato particolarmente tenue occorre, quindi, «una equilibrata considerazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta; e non solo di quelle che attengono all'entità dell'aggressione del bene giuridico protetto (...) essendo in questione non la conformità al tipo, bensì l'entità del suo complessivo disvalore»²⁸.

Le S.U. ribadiscono, infine, un altro dato già accennato in precedenza, vale a dire che questa differenza dei piani di valutazione si riverbera anche sul versante processuale, conducendo, nel primo caso, a prosciogliere l'imputato con la formula «perché il fatto non sussiste» per mancanza di offesa al bene giuridico tutelato e, nel secondo caso, con la formula «perché l'autore non è punibile», presupponendo all'opposto il previo accertamento di un fatto già completo di tutti i suoi elementi costitutivi, offensività inclusa²⁹.

²⁸ Così Cass., SS.UU., 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, cit.

²⁹ Sul punto v. Cass., Sez. IV, 11 marzo 2016, n. 10190, che osserva come «inintaccati restano, in vero, gli elementi oggettivo e soggettivo del reato e, pertanto, il proscioglimento non avverrà «perché il fatto non costituisce reato» ovvero «perché il fatto non sussiste» bensì «perché l'autore non è punibile».

VI. *La conferma del distinguo tra 49, co. 2 e 131 bis c.p. nelle decisioni coeve della S.C. in materia di coltivazione domestica*

La corretta separazione dei due piani dell'offensività e della tenuità e delle due connesse ipotesi di non punibilità operata dalle S.U. ha già rinvenuto una conferma in altre decisioni coeve della stessa Suprema Corte originate dalla questione della c.d. coltivazione domestica delle sostanze stupefacenti ed ispirate anch'esse da una valorizzazione della dimensione 'in concreto' del principio di offensività e dalla concezione gradualistica dell'illecito penale.

In alcuni recenti arresti la Cassazione ha, infatti, ribadito l'autonomia tra gli istituti in parola, ritenendo che la coltivazione domestica di sostanze stupefacenti può rientrare nella c.d. 'cintura protettiva' rispetto all'incidenza del diritto penale sulle condotte di mero uso personale di droghe che la giurisprudenza costituzionale ha costruito nel tempo a far data dalla sentenza n. 360/1995³⁰, sia facendo leva sull'art. 49, co. 2 c.p., sia, da ultimo, sull'art. 131 *bis* c.p.

In particolare, in tali casi, il proscioglimento «perché il fatto non sussiste» per inidoneità dell'azione, può essere pronunciato unicamente quando si accerti sul piano oggettivo la portata lesiva nulla o pressoché minima della condotta tenuta rispetto al bene tutelato che è la salute collettiva, quando quindi si riscontri che il principio attivo contenuto nell'unica pianta coltivata per uso esclusivamente personale sia estremamente basso, «*superando o potendo superare nel caso di futura maturazione, la soglia minima drogante prevista tabellarmente*».

Diversamente, il proscioglimento per particolare tenuità, non avendo le medesime caratteristiche ed investendo unicamente la punibilità, può essere pronunciato quando il fatto di coltivazione domestica venga preliminarmente considerato tipico e offensivo, ma sussunto nell'art. 73, co. 5 T.U. n. 309/1990 che descrive – dopo la riforma del 2013 – non più una mera figura circostanziale, bensì un titolo autonomo di reato punito con una pena edittale massima di quattro anni di reclusione e, dunque, inferiore al tetto fissato dall'art. 131 *bis* c.p.³¹. Una volta così qualificato è ben possibile che, all'esito di un giudizio complessivo che tenga conto tanto dell'entità del fatto e, dunque, del quantitativo di sostanza coltivato e della sua potenzialità ad alimentare il mercato illecito degli stupefacenti, quanto delle modalità realizzative, dell'elemento psicologico, nonché della non abitudine di questo comportamento, il giudice possa

³⁰ Cass., Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 5254.

³¹ Cass., Sez. III, 22 settembre 2015, n. 38364.

ravvisare nella condotta di coltivazione domestica un fatto penalmente rilevante perché non privo di portata offensiva, ma pur sempre non punibile in concreto perché particolarmente esiguo.

In conclusione, il chiarimento delle tante differenze concettuali, sostanziali e processuali esistenti tra i due istituti amplifica la portata innovativa della riforma del 2015, mettendo in evidenza come oggi il sistema penale, grazie ad una lettura integrata degli artt. 49, co. 2 e 131 *bis* c.p., vanti ben due strumenti teleologicamente complementari al perseguimento dei principî di *extrema ratio* e sussidiarietà secondaria. Al potere giudiziario, cui è delegata in concreto la loro applicazione, spetta il compito di valorizzarli adeguatamente, senza comprimerne gli spazi operativi in modo irragionevole.