



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

di GIUSEPPE AMARELLI

**SOMMARIO:** 1. Dal diritto penale minimo alla riforma (parziale) del sistema sanzionatorio: la legge delega n. 67/2014 e il d. legisl. n. 28/2015 sulla particolare tenuità del fatto. – 1.1. I formanti interni ed esterni della riforma. – 2. Il fondamento politico-criminale del nuovo istituto. – 3. La collocazione sistematica e l'inquadramento dommatico dell'art. 131-bis c.p. – 3.1. Il rapporto con gli artt. 49, comma 2, e 61, n. 4, c.p. e le altre ipotesi di particolare tenuità. – 4. La natura giuridica e il problema dell'estensibilità ai concorrenti.

1. DAL DIRITTO PENALE MINIMO ALLA RIFORMA (PARZIALE) DEL SISTEMA SANZIONATORIO: LA LEGGE DELEGA N. 67/2014 E IL D. LEGISL. N. 28/2015 SULLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

Il manifesto giuridico-culturale del diritto penale minimo<sup>1</sup>, ispirato al perseguimento del principio fondamentale dell'*extrema ratio* e al criterio della frammentarietà dell'intervento punitivo, prevedeva una profonda razionalizzazione della materia penale da attuare, prima di tutto, tramite una vasta depenalizzazione. Perno centrale di quel progetto era un drastico sfoltimento dello sproporzionato numero delle fattispecie incriminatrici bagatellari cc.dd. in

senso proprio o autonome, in modo da concentrare l'area di incidenza della sanzione criminale sul *Kernstrafrecht*; corollario secondario, ma altrettanto rilevante, era l'inserimento nel codice penale di una clausola generale di esiguità, utile a garantire la non punibilità dei reati bagatellari cc.dd. in senso improprio o non autonomi<sup>2</sup>. Combinando questi due interventi complementari si sarebbe potuto finalmente costruire un diritto penale realmente selettivo, in sintonia con la Costituzione, ispirato ad una moderna concezione gradualistica dell'illecito penale e funzionale a perseguire, tramite un processo pienamente cognitivo, solo i fatti connotati da maggior disvalore sociale.

<sup>1</sup> Per una più ampia definizione del significato del concetto di "diritto penale minimo" si rinvia per tutti a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 1998, p. 473 ss.; ID., *Sul diritto penale minimo*, in *F. it.* 2000, V, p. 125 ss.; A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene* 1985, p. 443 ss. Per taluni rilievi critici nei confronti di tale progetto cfr. E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *R. it. d. proc. pen.* 1999, p. 817.

<sup>2</sup> Sulla categoria dommatica dei reati bagatellari e sulla loro suddivisione nelle due *species* dei reati bagatellari propri o autonomi e impropri o non autonomi si rinvia a J. KRÜPPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin 1966, che l'ha elaborata per primo, con Mayer, nella dottrina tedesca; segnatamente, 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; gli altri, invece, 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. In argomento, nella dottrina italiana, si vedano C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, spec. p. 627 ss.; S. MOCCIA, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 97 ss.; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in AA.VV., *Il giudice di pace, Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. SCALFATI, Padova 2001, p. 336 ss.; S. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.* 1998, p. 274 ss.

La politica criminale negli ultimi tre decenni, però, si è mossa in direzione “ostinata e contraria”, continuando ad alimentare la deleteria tendenza alla “nomorrea legislativa” già stigmatizzata da Carrara<sup>3</sup> e von Liszt<sup>4</sup> e finendo con l’impinguare senza soluzione di continuità un sistema penale sempre più ipertrofico e irrazionale<sup>5</sup>. L’esito prodotto è stato quello inverso: dilatare ancor di più il raggio di azione del diritto punitivo, per un verso, tramite la creazione di sempre nuove figure criminose, sovente di natura meramente bagatellare o emergenziale; per altro verso, rinunciando alla previsione di istituti “trasversali” di degradazione dell’illecito penale ispirati al principio di esiguità. L’unica “valvola di sfogo” è stata costituita dall’af-

fermazione della concezione realistica del reato e dalla (faticosa) valorizzazione del principio di offensività nella sua dimensione c.d. “in concreto”, vale a dire quale criterio ermeneutico a disposizione del giudice per restringere selettivamente l’area del penalmente rilevante delle fattispecie incriminatrici, non a livello generale e astratto, ma concreto e applicativo<sup>6</sup>.

Nondimeno, la riforma organica del diritto penale olisticamente inteso è stata, e continua ad essere, additata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come l’obiettivo primario cui tendere per restituire alla materia criminale i connotati smarriti di un sistema unitario, razionale e teleologicamente orientato al perseguimento delle finalità scandite dalla Costituzione repubblicana<sup>7</sup>. Ben noti sono anche gli strumenti da utilizzare contestualmente sul piano sostanziale e processuale per attuarla e per consentire che l’ordinamento torni effettivamente a focalizzarsi solo su fatti lesivi in maniera particolarmente significativa di interessi giuridici fondamentali, vale a dire: la riduzione dell’eccessivo numero delle fattispecie incriminatrici, la ridefinizione delle sproporzionate cornici edittali di pena, l’eliminazione di figure delittuose indeterminate, l’introduzione di razionali ipotesi di non punibilità sopravvenuta e la restituzione di funzione cognitiva al processo penale.

Ciò che sinora è mancata del tutto è stata la volontà di muoversi verso tale direzione da parte della democrazia politica cui competono nel nostro ordinamento giuridico di Stato sociale di diritto le scelte valoriali sul terreno della politica criminale. Le sue decisioni, difatti, si sono rivelate l’esito di valutazioni compromissorie delle varie *dòxai* veicolate dai diversi rappresentanti politici, piuttosto che il frutto di un’autentica *epistème* costruita oggettivamente sui solidi principi costituzionali della materia penale. Ergo, quasi sempre nelle opzioni del legislatore repubblicano in ambito penale hanno finito con il prevalere le contingenti valutazioni di natura simbolico-emergenziale orientate verso strategie di *law enforcement* tanto care alla politica in cerca di facili consensi, su quelle ponderate e lungimiranti mirate a costruire interventi di ampio respiro e di stampo garantista.

Le rare volte in cui si è iniziata a prendere in considerazione seriamente l’introduzione di singoli istituti utili a razionalizzare l’intero sistema penale, come ad esempio nel caso della speciale tenuità del fatto, non si è mai andati oltre l’elaborazione e la discussione preliminare di interessanti disegni di legge, rimasti sempre lettera morta<sup>8</sup>.



<sup>3</sup> F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3<sup>a</sup> ed., Prato 1889, vol. IV, p. 522.

<sup>4</sup> F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12<sup>a</sup> ed., Berlin 1902, p. 76, già oltre un secolo fa aveva rilevato che «la nostra attuale legislazione fa un uso eccessivo dell’arma della pena. Ci sarebbe da riflettere, se non meriti di trovare di nuovo accoglimento il vecchio principio “*minima non curat praetor*”, o come regola di diritto processuale (...), o come norma di diritto sostanziale (esenzione da pena per le violazioni di minore entità)».

<sup>5</sup> Sull’ipertrofia del diritto penale si rinvia a C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor*, cit., p. 3 ss. Per un distinguo tra dimensione “orizzontale” e “verticale” del fenomeno, la prima consistente nell’allargamento per mano del legislatore del numero di reati, la seconda nella diffusione statistica di reati che si contraddistinguono per la particolare tenuità del fatto concreto, cfr. R. BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in *R. it. d. proc. pen.* 2000, p. 1476. Il problema dell’ipertrofia è da ultimo affrontato nell’ambito di un discorso generale sui rapporti tra politica criminale e diritto penale da M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, in C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Torino 2013, p. 43 ss., spec. p. 72 ss.

<sup>6</sup> Sul punto, non essendo possibile soffermarsi in questa sede, si rinvia per approfondimenti a C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 91 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it).

<sup>7</sup> In tal senso cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1993.

<sup>8</sup> Tale aspetto è evidenziato da C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *D. pen. proc.* 2015, p. 517. Sui progetti di riforma volti ad introdurre una clausola di esiguità si veda A.R. CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, p. 112 ss.; E. APRILE, *Il principio di irrilevanza penale del fatto nel d.d.l. 4625-bis/C: si profila un ritorno all’*equitas* medievale?*, in *Doc. giust.* 1998, p. 1809 ss.; A. DIDI, *Irrilevanza penale del fatto. Inconfigurabilità del reato o autore non punibile?*, in *Giust. pen.* 1998, c. 267 ss.; C. TAORMINA, *L’irrelevanza penale del fatto tra diritto e processo*, ivi, p.

In questo desolante quadro politico e legislativo che rispecchia sul versante penalistico la crisi dell'odierna democrazia, si innesta come elemento di assoluta novità e originalità la scelta compiuta di recente dal legislatore con la l. 28 aprile 2014, n. 67 di avviare, quanto meno, una significativa riforma del sistema sanzionatorio nel segno della decarcerizzazione.

Con tale provvedimento normativo è stata posta la prima pietra per realizzare un ambizioso programma di ammodernamento del nostro "disgregato" sistema sanzionatorio<sup>9</sup> facendo ricorso ad una strategia politico-criminale differenziata nel *quando* e nel *quomodo*, oramai divenuta una prassi diffusa nel recente panorama delle novelle normative in materia penale a partire dalle leggi n. 300 del 2000 e n. 123 del 2007<sup>10</sup>. Nella stessa legge l'intervento riformistico è stato scisso in due tronconi, uno definito prontamente e compiutamente dal Parlamento e subito entrato in vigore; l'altro solo "abbozzato", bisognoso di essere completato dall'Esecutivo, teoricamente entro i termini indicati nella delega. Più precisamente, nella legge n. 67/2014 si è fatto contestualmente ricorso, in parte, a disposizioni immediatamente precettive allo scopo di rendere subito operativi istituti innovativi dalla forza deflattiva come la messa alla prova (che già da un anno sta muovendo i suoi passi nelle aule di giustizia con esiti ancora non ben definiti) e, per altra parte, a deleghe legislative che hanno tracciato i caratteri essenziali di istituti la cui rifinitura è stata attribuita al Governo. E così, mentre con taluni articoli di quella legge è stato plasmato direttamente dalle Camere l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova in tutti i suoi profili sostanziali e processuali, con altri articoli dello stesso testo normativo è stata conferita la delega all'Esecutivo per procedere alla riforma dell'arsenale punitivo lungo quattro diverse direttrici: l'arricchimento del catalogo delle pene principali con l'arresto e la detenzione domiciliare; la depenalizzazione di alcuni illeciti minori; la depenalizzazione con contestuale previsione di sanzioni civili; la degradazione degli illeciti penali in concreto meno gravi tramite la clausola generale di non punibilità per particolare tenuità del fatto<sup>11</sup>.

In attesa di vedere se mai saranno attuate dalla maggioranza politica anche le altre deleghe e, quindi, se mai sarà effettivamente esaudita la volontà democraticamente espressa dal Parlamento, la prima innovazione che per ora è passata dalla potenza all'atto è stata quella relativa alla non punibilità per particolare tenuità del fatto introdotta nell'art. 131-bis c.p. con il d. legisl. 16 marzo

2015, n. 28, entrato in vigore lo scorso 2 aprile. Con questo decreto legislativo, infatti, si è data attuazione all'art. 1, comma 1, lett. m), legge delega n. 67/2014, il quale attribuiva al Consiglio dei Ministri il compito di "escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale".

È come se, nelle more di realizzare l'intera ed articolata riforma, tesa ad attuare il principio di sussidiarietà e necessità del controllo penale tramite l'eliminazione dei reati bagatellari propri, il legislatore abbia deciso di procedere per un'altra e più breve via al perseguimento (parziale) degli stessi fini: quella della degradazione in concreto delle fattispecie bagatellari improprie e della attua-

257 ss.; G. DIOTALLEVI, *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *C. pen.* 1998, p. 2806 ss.; S. FIORE, *La teoria del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007, p. 53 ss.; ID., *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare*, cit., p. 274 ss.; M. RONCO, *L'irrilevanza penale del fatto. Verso la depenalizzazione per mano del giudice*, in *Crit. pen.* 1998, p. 13 ss. Per un'analisi delle proposte volte ad inserire una clausola generale di esiguità penale in taluni dei recenti progetti di riforma del codice penale cfr. AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. STILE, Napoli 2003; A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della Commissione Nordio*, in *C. pen.* 2005, p. 4 ss.; T. PADOVANI, *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, ivi, p. 2843 ss.

<sup>9</sup> La suggestiva definizione è di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *R. it. d. proc. pen.* 1992, p. 419 ss.

<sup>10</sup> Sempre più spesso il legislatore quando si tratta di procedere ad importanti riforme della materia penale fa ricorso a testi normativi in parte immediatamente precettivi in parte deleghe all'Esecutivo, probabilmente perché non riponendo grande fiducia nella successiva opera del Governo cerca di definire *ex se* alcuni importanti tasselli, per garantire almeno una sicura concretizzazione dei suoi progetti. Sul punto, cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli 2012; nonché, sia consentito, il nostro *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche": la legge 123/2007*, in questa *Rivista* 2008, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Sul punto, per una completa analisi degli articolati obiettivi che si prefigge la riforma si rinvia a F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *R. it. d. proc. pen.* 2014, p. 1693 ss., in cui il presidente della Commissione ministeriale di studio per l'elaborazione delle proposte per dare attuazione alle deleghe contenute nella legge n. 67/2014 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione fornisce utili e interessanti chiarimenti.



zione della sussidiarietà secondaria, affidata all'apprezzamento discrezionale del giudice del caso concreto, piuttosto che alle valutazioni mirate, generali e astratte del legislatore<sup>12</sup>.

### 1.1. I FORMANTI INTERNI ED ESTERNI DELLA RIFORMA

Ad incidere sull'introduzione di questa nuova causa di non punibilità di carattere generale hanno inciso una pluralità di fattori, sia di carattere interno o endogeno, sia, soprattutto, – come sempre più spesso accade – di carattere esterno o esogeno.

Sotto il primo versante, l'art. 131-bis c.p. scaturisce, innanzi tutto, dall'esigenza, poc'anzi descritta e avvertita oramai come improcrastinabile, di ridurre l'area del penalmente rilevante, escludendo la possibilità di attrarre al suo interno fatti dotati di scarso disvalore sociale, come i cc.dd. reati bagatellari o micro-violazioni improprie o non autonome.

In secondo luogo, ad orientare il legislatore verso tale scelta hanno sicuramente influito le precedenti esperienze positive maturate con istituti analoghi nel c.d. "laboratorio sperimentale" del diritto penale minorile, prima, e nel contesto dei reati di competenza del giudice di pace, poi. Entrambi gli istituti, sia la speciale causa di non punibilità per irrilevanza penale del fatto disciplinata dall'art. 27, d.p.r. n. 448/1988 sul processo penale minorile, sia la peculiare condizione di procedibilità per particolare tenuità regolamentata dall'art. 34, d. legisl. n. 274/2000 in materia di processo penale dinan-

zi al giudice penale, hanno invero fornito risultati apprezzabili tanto sotto il profilo della "depenalizzazione in concreto" di fatti privi di significativo disvalore, quanto sotto quello utilitaristico della deflazione del carico di lavoro dell'attività giudiziaria, costituendo dunque un buon esempio cui informare (con talune significative differenze come si vedrà meglio *infra*) strategie politico-criminale di analogo tenore sul terreno più ampio del diritto penale ordinario.

Sotto il secondo versante, la nuova causa di non punibilità costituisce un esito indiretto della nota sentenza della Corte EDU, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia sul sovraffollamento carcerario che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, a causa delle inumane condizioni in cui si trovano i detenuti all'interno delle carceri italiane in ragione dell'eccessivo numero della popolazione carceraria<sup>13</sup>. Il legislatore, dopo essere stato "costretto" a fare tempestivamente ricorso a provvedimenti d'urgenza diretti a perseguire l'immediata riduzione del numero dei detenuti all'interno delle strutture penitenziarie con tre decreti legge emanati nel giro di un anno tra il luglio 2013 e il giugno 2014 (il d.l. n. 78/2013 sulla liberazione anticipata e sui limiti per la concessione dei benefici penitenziari; il d.l. n. 10/2014 sui limiti alla concessione dell'affidamento in prova e sull'esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi non superiori ai diciotto mesi; il d.l. n. 92/2014 sulla custodia cautelare in carcere e sui rimedi compensativi per la detenzione inumana), ha ritenuto necessario definire anche un progetto di lungo periodo di carattere più generale, in grado di incidere in maniera mediata ma significativa su tale problema stigmatizzato dai giudici di Strasburgo<sup>14</sup>.

Come sovente è accaduto nella recente esperienza legislativa italiana (basti pensare, ad esempio, ad un'altra delle più importanti riforme del nostro sistema penale degli ultimi decenni, l'introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche avvenuta con il d. legisl. n. 231/2001, attuativo della legge delega n. 300/2000, a sua volta recante ratifica ed esecuzione di diverse convenzioni sovranazionali), i primi fattori, quelli cc.dd. interni, non sono riusciti da soli ad indirizzare il legislatore verso l'introduzione di una causa di non punibilità incentrata sulla particolare tenuità del fatto, finendo con il soccombere – in un implicito giudizio di bilanciamento – al cospetto delle diverse remore manifestate in maniera, più o meno esplicita, dall'opinione pubblica e dalla

<sup>12</sup> In argomento, sulla c.d. sussidiarietà secondaria e sulla opportunità di ricercare la riduzione del sistema penale attraverso meccanismi di degradazione giudiziale, si rinvia ai diversi e interessanti lavori di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice pen.* 2003, p. 408 ss., nonché in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, p. 377 ss.; ID., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.* 2001, p. 1035 ss.

<sup>13</sup> La sentenza e un commento di F. 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*, sono pubblicati in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). La correlazione tra tale sentenza della Corte EDU e l'introduzione della clausola di esiguità del fatto è evidenziata da V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto. Intervento*, in *Diritti & Giurisprudenza* 2015, 3, p. 24.

<sup>14</sup> La duplice strategia, di urgenza e di lungo periodo, attuata dal legislatore italiano per ottemperare alle indicazioni promananti dalla Corte EDU in materia di sovraffollamento carcerario è ben ricostruita da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1695 s.



dottrina nei confronti di una soluzione di questo segno.

In particolare, si era ritenuto che ostasse al suo accoglimento sia il rischio di vulnerare il principio di legalità penale, poiché una simile ipotesi di esenzione dalla pena avrebbe attribuito al potere giudiziario un eccessivo margine di discrezionalità in un'area dell'ordinamento giuridico sottoposta al dominio della legge dall'art. 25, comma 2, Cost.; sia il pericolo di introdurre una deroga ad un altro principio identitario fondamentale del nostro sistema penale quale quello dell'obbligatorietà dell'azione penale sancito nell'art. 112 Cost., dal momento che in tal modo sarebbe stata demandata al p.m. o al giudice la decisione circa la persecuzione di determinati fatti; sia, infine, il timore di inserire nel sistema penale un istituto di natura esasperatamente indulgenziale, che non sarebbe stato in grado di soddisfare adeguatamente gli interessi contrapposti delle vittime dei reati<sup>15</sup>. A ciò, si erano aggiunte sul piano teorico-generale le incertezze che avevano caratterizzato il dibattito sul punto nella dottrina penalistica, continuando ad alternarsi proposte volte ad introdurre un istituto di diritto penale sostanziale modellato come una nuova causa generale di non punibilità, a progetti diretti a costruire meccanismi simili però di diritto processuale, strutturati cioè come causa d'improcedibilità<sup>16</sup>.

## 2. IL FONDAMENTO POLITICO-CRIMINALE DEL NUOVO ISTITUTO

Anche il fondamento politico-criminale dell'istituto deve essere individuato in una molteplicità di aspetti.

Come si è accennato in precedenza, la *ratio* della particolare tenuità del fatto deve essere rinvenuta in primo luogo nel principio dell'*extrema ratio* del diritto penale<sup>17</sup> e della sussidiarietà-necessarietà "secondaria". L'art. 131-bis c.p. contribuisce innanzi tutto a restringere l'area del penalmente rilevante ai soli comportamenti meritevoli e bisognosi di pena sul versante secondario e dinamico dell'applicazione in concreto delle norme incriminatrici generali e astratte. Questa nuova ipotesi di non punibilità consente in buona sostanza di realizzare una sorta di "depenalizzazione in concreto" di carattere trasversale, operata dal giudice in maniera discrezionale sulla base delle peculiarità del singolo caso oggetto del suo apprezzamento, anziché dal legislatore in modo generale e astratto sulla scorta della valutazione dello scarso disvalore del comportamento descritto<sup>18</sup>.

In secondo luogo, l'art. 131-bis c.p. risulta orientato anche al soddisfacimento di altre rilevanti esigenze fondamentali sia di carattere sostanziale, sia di carattere processuale<sup>19</sup>.

Sotto il primo versante, risponde al principio di proporzionalità e ragionevolezza tra la gravità dei fatti commessi e l'entità della risposta punitiva statale commisurata edittalmente<sup>20</sup>, impedendo l'applicazione di sanzioni penali concepite per fatti considerati potenzialmente meritevoli e bisognosi di pena<sup>21</sup>, ma in concreto rivelatisi dotati di una ca-

<sup>15</sup> Le remore espresse in passato nei confronti di una clausola generale di non punibilità per esiguità del fatto sono compendiate da A.R. CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., p. 112; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 517. In argomento, si vedano anche G. INSOLERA, *Deflazione penalistica e meccanismi di degradazione dell'illecito penale*, in AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, p. 139 ss.; R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., p. 1473 ss.

<sup>16</sup> C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 517.

<sup>17</sup> Questo aspetto è esplicitamente evidenziato nella *Relazione ministeriale*, p. 5 s., di accompagnamento al d. legisl. n. 28/2015, consultabile in [http://www.ilssole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/\\_Oggetti\\_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2015/03/relazione-illustrativa.pdf](http://www.ilssole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2015/03/relazione-illustrativa.pdf), in cui si legge testualmente che «in primo luogo, sotto il profilo sostanziale, l'istituto espunge dall'area della punibilità quei fatti storici che ne appaiano "immeritevoli". Sotto questo profilo, pertanto, l'irrelevanza del fatto contribuisce chiaramente a realizzare il sovraordinato principio dell'*ultima ratio* e, ancora più fondamentalmente, il principio di proporzione senza la cui ottemperanza la risposta sanzionatoria perde la sua stessa base di legittimazione. In questa prospettiva solidamente costituzionale, il decreto delegato non ha previsto in capo alla persona offesa un "potere di veto" alla dichiarazione di non punibilità per irrilevanza del fatto». In argomento si veda il già citato lavoro di F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1706. Sulla necessità di improntare la riforma del diritto penale al canone dell'*extrema ratio* cfr. anche G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *R. it. d. proc. pen.* 2013, p. 1654 ss.

<sup>18</sup> Com'è stato rilevato da T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al dir.* 4 aprile 2015, p. 1, 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 esempio in materia tributaria) sia sanzionato sia a livello amministrativo, sia a livello penale, a seconda se superi o meno una certa soglia di punibilità.

<sup>19</sup> Sottolinea la connotazione ancipite, sostanziale e processuale, dell'istituto V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 22.

<sup>20</sup> Cfr. sul punto F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1707.

<sup>21</sup> Il valore di categorie euristiche della politica criminale assolto dai concetti di meritevolezza e bisogno di pena è descritto da M. ROMANO, *Meritevolezza di pena*, "bisogno di pena" e teoria del reato, in *R. it. d. proc. pen.* 1992, p. 39 ss. Per quanto attiene al

rica offensiva talmente lieve rispetto ai beni giuridici tutelati da far apparire sproporzionata non solo l'irrogazione del minimo di pena, ma addirittura la stessa reazione punitiva di natura criminale<sup>22</sup>.

In secondo luogo, sempre in tale ottica, la particolare tenuità sembra anche funzionale a garantire una più efficace implementazione della funzione rieducativa della pena descritta dall'art. 27, comma 3, Cost.<sup>23</sup>: come potrebbe, invero, tendere a soddisfare questa finalità una pena irrogata nei confronti di un soggetto che ha commesso un fatto tipico dotato di una portata lesiva talmente esigua da far apparire irragionevole e sproporzionata l'applicazione nei suoi confronti delle sanzioni minacciate dal legislatore? Non ci sarebbe, forse, il rischio che, così operando, si finisca con applicare pene percepite come ingiuste tanto dal singolo destinatario, quanto dall'intera collettività, generando così un diffuso senso di disorientamento nei confronti delle valutazioni politico-criminali

campo specifico della particolare tenuità, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 1, ha precisato che la non punibilità non discende dalla meritevolezza di pena, perché tale profilo sicuramente sussiste in qualsiasi fatto anche esiguo (ad esempio in un furto di una mela, poiché la condotta di sottrazione della res è sempre meritevole di sanzione), bensì dal bisogno o necessità di pena, dal momento che è questo che viene meno quando il fatto in concreto si riveli scarsamente disvalorato.

<sup>22</sup> L'importanza del requisito della proporzionalità tra reato e pena, sia in astratto che in concreto, nell'odierno sistema penale dal volto costituzionale è desunta da un'attenta lettura in combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. da F. PALAZZO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2006, p. 23 s.

<sup>23</sup> Circa la necessità di rileggere in chiave teleologicamente orientata agli scopi della pena l'intero sistema penale e, dunque, anche ogni riforma legislativa che lo interessa, soprattutto quando è così significativa e concerne il sistema sanzionatorio, per poterne così delineare un volto armonico e razionale, si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli 2007, p. 353 ss.

<sup>24</sup> Sul punto cfr. *Relazione ministeriale*, 6, dove si legge che «in secondo luogo, sotto il profilo processuale, l'istituto dell'irrilevanza contribuisce a realizzare l'esigenza di alleggerimento del carico giudiziario nella misura in cui la definizione del procedimento tenda a collocarsi nelle sue prime fasi. Peraltro, la definizione anticipata per irrilevanza del fatto, oltre a soddisfare esigenze di deflazione processuale, risulta del tutto consentanea anche al principio di proporzione, essendo il dispendio di energie processuali per fatti bagatellari sproporzionato sia per l'ordinamento sia per l'autore, costretto a sopportare il peso anche psicologico del processo a suo carico».

<sup>25</sup> La Suprema Corte si è per ora pronunciata in maniera discordante sul punto, oscillando tra un orientamento che riconosce la natura penale del *novum* legislativo e, quindi, ammette la sua applicabilità retroattiva ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p. in quanto disposizione più favorevole e un altro contrapposto e più rigoroso che considera la messa alla prova come un istituto processuale, escludendo così la sua applicabilità retroattiva poiché sottoposta alla diversa regola del *tempus regit actum*. Per approfondimenti si rinvia alle decisioni e ai relativi commenti pubblicati in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

dell'ordinamento giuridico ed intaccando anche la funzione general-preventiva positiva della pena?

Sotto il secondo versante, quello processuale, invece, l'art. 131-bis c.p. persegue non secondarie finalità di deflazione del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria. L'istituto è, difatti, concepito per essere applicato anche e soprattutto nelle primissime fasi del procedimento penale, preferibilmente le indagini preliminari, proprio allo scopo di evitare di congestionare i ruoli dei tribunali con la celebrazione di riti finalizzati ad accertare la commissione di fatti di scarso disvalore penale. Tramite la sua diffusa e pronta applicazione si mira a focalizzare l'attenzione e gli sforzi della magistratura inquirente e requirente, piuttosto che su una gamma frastagliatissima e numerosissima di fatti secondari e bagatellari, su una più circoscritta e selezionata di comportamenti lesivi in modo significativo di beni giuridici fondamentali.

In seconda istanza, la particolare tenuità del fatto risponde anche al principio di economicità processuale<sup>24</sup>, poiché il risparmio di spesa scaturente dalla riduzione delle attività di lavoro della polizia giudiziaria e dell'autorità giudiziaria compensa la riduzione delle entrate derivanti dalle sanzioni pecuniarie non incassate per la mancata condanna degli autori degli illeciti in ragione dell'applicazione di questa causa di non punibilità.

Peraltro, sotto il versante processuale non si può non considerare che, sovente, il reale svolgimento di un processo penale per fatti particolarmente tenui che si celebra, di norma, ad una considerevole distanza di tempo rispetto alla loro consumazione, finisce con il costituire un problema ed un "fastidio" per la stessa vittima. Non è infrequente che questa, decorso un certo periodo, perda interesse al perseguimento del fatto e viva le fasi in cui è chiamata a partecipare al rito come una perdita di tempo e di denaro, soprattutto nel caso in cui il processo si celebri in un luogo lontano da quello della sua residenza (ad esempio come capita per truffe *on line* di modesta rilevanza).

### 3. LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA E L'INQUADRAMENTO DOMMATICO DELL'ART. 131-BIS C.P.

Il legislatore sul versante dell'inquadramento dommatico e della natura giuridica della nuova causa di non punibilità ha superato gli indugi del passato che avevano connotato i precedenti progetti di riforma finalizzati ad introdurre un istituto analogo e che hanno influenzato il pressoché coevo istituto della messa alla prova di cui agli artt. 168-bis ss. c.p., rispetto al quale – dopo le prime immediate discrasie emerse nella giurisprudenza di legittimità<sup>25</sup> – si è già





in attesa di una decisione delle sezioni unite che faccia luce sulla sua natura giuridica sostanziale o processuale<sup>26</sup>.

La particolare tenuità del fatto, infatti, è stata esplicitamente concepita e forgiata come una causa di non punibilità di carattere sostanziale, discostandosi in questo modo da entrambi i precedenti a cui si è ispirata, l'irrelevanza penale del fatto di cui all'art. 27, d.p.r. n. 448/1988 e la non procedibilità per particolare tenuità di cui all'art. 34, d. legisl. n. 274/2000, essendo il primo istituto non definito dal legislatore e considerato un ibrido tra la non punibilità e la improcedibilità e il secondo, invece, denominato chiaramente "condizione di improcedibilità".

In primo luogo, tale inequivoca opzione politico-criminale è facilmente desumibile da un dato formale: la collocazione sistematica conferita all'art. 131-bis c.p. 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", specificamente nel Capo I "Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena"<sup>27</sup>. La *sedes materiae* prescelta dal legislatore del 2015 per l'innesto nel telaio del codice penale di questa ipotesi di non punibilità è, invero, chiaramente sintomatica della volontà di considerarla come un fattore che incide sulla mera punibilità di un fatto già costituente reato pur non essendo però un'autentica causa di estinzione del reato<sup>28</sup>. Naturalmente, a seconda delle diverse opzioni esercitate nel campo della teoria generale del reato, il 131-bis c.p. sarà considerato come mera causa di esclusione della pena da chi reputa la punibilità un aspetto esterno alla struttura del reato e inerente solo all'irrogazione in concreto delle sanzioni edittalmente minacciate, mentre sarà annoverato tra le cause di esclusione del reato da chi, sposando un teoria tetrapartita, considera la punibilità un quarto elemento costitutivo dell'illecito penale<sup>29</sup>.

Peraltro, tale soluzione topografica fornisce anche un aiuto determinante per ricostruire il corretto inquadramento dommatico di questa nuova ipotesi di esenzione dalla pena nell'ambito di una delle categorie più ambigue del diritto penale, quella della non punibilità<sup>30</sup>.

E infatti, non pare riconducibile al *genus* delle cause generali di esclusione del reato latamente intese, ovvero quelle che incidono, escludendolo, su taluno degli elementi costitutivi essenziali del reato (la tipicità, l'antigiuridicità o la colpevolezza se si aderisce ad una concezione tripartita dell'il-

lecito penale), poiché queste sono tutte collocate nell'ambito del Titolo III del Libro I del codice penale intitolato *Del reato*. Pur in assenza di indicatori normativi espliciti che possano aiutare l'interprete, secondo i giudizi convenzionali di astrazione e classificazione operati dalla dommatica penale, negli artt. dal 45 al 49 c.p. sono descritte le cause di esclusione del fatto tipico oggettivo o soggettivo (oppure, per chi opta per una diversa suddivisione dell'illecito penale, della colpevolezza); negli artt. dal 50 al 54 c.p. le cause di esclusione dell'antigiuridicità; negli artt. 54, comma 3, 59, comma 4, e 88 ss. le cause di esclusione della colpevolezza e dell'imputabilità. Se, dunque, il legislatore avesse inteso affiancare la nuova ipotesi di esenzione di pena alle altre, poiché accomunata da *ratio* e caratteristiche analoghe, lo avrebbe fatto innanzi tutto optando per una sua collocazione sistematica differente, privilegiando uno dei sottogruppi appena descritti.

Che non si tratti, poi, di una causa estintiva del reato, ma di *aliquid aliud* e, cioè, di una mera circostanza di esclusione della sola punibilità lo si evince dalla mancata definizione del 131-bis c.p. come tale, nonché dal mancato impiego all'interno del testo che disciplina la nuova ipotesi di non punibilità di locuzioni del tipo "il reato è estinto" ecc. Com'è noto, a differenza di tutte le altre cause di non punibilità, quelle estintive del reato e della pena sono le uniche espressamente individuate dal legislatore con una precisa definizione nominalistica; quindi, per poter essere considerata co-

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2014, n. 30559 ha, infatti, rimesso la questione alle sez. un.

<sup>27</sup> Evidenzia l'importanza della collocazione sistematica ai fini del corretto inquadramento della particolare tenuità del fatto C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 518.

<sup>28</sup> Di analogo avviso circa la natura giuridica dell'art. 131-bis c.p. è C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *D. pen. proc.* 2015, p. 517 s., il quale afferma che «la formulazione del d. legisl. n. 28/2015 non lascia adito ad incertezze: si tratta di una "mera" circostanza di non punibilità, che esclude l'applicabilità della pena, ma non impedisce l'esistenza del reato e non esclude l'antigiuridicità penale del fatto»; nello stesso senso cfr. P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *www.archiviopenale.it* 2015, 2, p. 1 ss.

<sup>29</sup> In argomento, si veda a sostegno di questa tesi G. MARIUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano 2012, 4ª ed., p. 375 ss.; G. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>30</sup> Sulla genericità di questa categoria si veda C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, III ed., München 1997, § 23.6, p. 897; Id., *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di S. MOCCIA, Napoli 1996, p. 111.

me tale una ipotesi di non punibilità o deve essere collocata nell'ambito del Titolo VII del Libro I del codice penale denominato *Cause di estinzione del reato e della pena*, oppure anche altrove purchè, però, sia definita esplicitamente come causa di estinzione reato o della pena con una locuzione analoga a quella appena riferita<sup>31</sup>.

Infine, sempre la collocazione sistematica e la mancanza di un'esplicita denominazione normativa di diverso tenore inducono 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. legisl. 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. legisl. n. 28/2015, ha preso posizione sulla sua natura giuridica, qualificando la particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità e distinguendola, quindi, dall'art. 34, d. legisl. n. 274/2000 recante invece una causa di non procedibilità.

Oltre al dato formale della collocazione sistematica, 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 e il suo fondamento politico-criminale. Osservando tali profili si può certamente escludere che essa sia una causa di giustificazione che incide sull'antigiuridicità. A differenza di queste, essa non si fonda su un giudizio di bilanciamento tra gli interessi in conflitto,

attribuendo rilevanza preminente a quello tutelato tramite la commissione del reato rispetto a quello sacrificato; anzi, la logica del bilanciamento è del tutto estranea a questa causa di non punibilità che risponde, come si è visto, a ben altre esigenze di carattere sostanziale e processuale.

Tale conclusione porta con sé diverse conseguenze pratiche tutt'altro che marginali. Non trattandosi di una causa di giustificazione non sarà mai applicabile in via analogica; sarà sempre legittima la reazione nei confronti dei fatti da questa coperti; sarà controversa l'applicabilità della disciplina in materia di errore di cui all'art. 59, comma 4, c.p. riferita dalla dottrina, tendenzialmente<sup>32</sup>, alle sole esimenti, vale a dire alle sole cause di esclusione dell'antigiuridicità, scusanti e limiti istituzionali della punibilità<sup>33</sup>.

Analogamente, si può concludere che la particolare tenuità non possa essere annoverata tra le cause di esclusione della tipicità oggettiva, perché non si fonda sull'assenza di un elemento costitutivo essenziale della fattispecie incriminatrice o sulla sua carenza di offensività rispetto al bene giuridico tutelato: il fatto in questa circostanza, al contrario, è perfettamente conforme a quello descritto dalla norma generale e astratta non solo sul versante della c.d. tipicità apparente, ma anche di quella sostanziale, dal momento che è anche dotato di una carica lesiva non irrilevante nei confronti dell'interesse protetto dalla norma violata.

Infine, un ulteriore argomento a sostegno della sua natura di mera causa di non punibilità può essere desunto dalla disciplina dettata sull'attiguo versante processuale che, per ragioni di spazio, in questa sede non si può approfonditamente trattare<sup>34</sup>. In primo luogo, la scelta di sancire nell'art. 651-*bis* c.p.p. che "la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento 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 le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale" conferma come il fatto non punibile ex art. 131-*bis* c.p. resti sempre illecito, nonostante l'intervenuto proscioglimento. In secondo luogo, ciò sembra dimostrato anche dalla previsione dell'iscrizione nel casellario giudiziale del decreto di archiviazione che dichiara non punibile il reo ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.: non si spiegherebbe, infatti, come un fatto non accertato come illecito

<sup>31</sup> In generale, per approfondimenti circa i criteri distintivi tra le varie ipotesi di non punibilità sia consentito rinviare ai nostri *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli 2008, p. 23 ss.

<sup>32</sup> Per una disamina generale sulle cause di esclusione dell'antigiuridicità con particolare riguardo al tema dell'errore si rinvia ad A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Napoli 2000, *passim*.

<sup>33</sup> In argomento, per una simile interpretazione dell'art. 59, comma 4, c.p., si rinvia al lavoro di D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, (1961), qui citato nella versione contenuta in *Dario Santamaria. Scritti di diritto penale*, a cura di M. LA MONICA, Milano 1996, p. 142 ss.

<sup>34</sup> Sui profili processuali della riforma si rinvia al lavoro di G. SPANGHER, in questa *Rivista* 2015, fasc. 6, p. 638 ss.





rechi quale conseguenza la sua "tracciabilità" giuridiziarla.

3.1. IL RAPPORTO CON GLI ARTT. 49, COMMA 2, E 61, N. 4, C.P. E LE ALTRE IPOTESI DI PARTICOLARE TENUITÀ

Alla luce di quanto detto 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 doppiante concettuale e funzionale dell'art. 49, comma 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 il patrimonio individuale e della P.A. che hanno escluso la rilevanza penale di fatti punibili ai sensi degli artt. 624 ss. o 314 c.p. quando avessero prodotto un danno patrimoniale marginalissimo quantificabile in pochi euro), mentre la nuova figura inserita nel codice concerne i fatti che già sono tipici e offensivi non in modo del tutto marginale, ma particolarmente tenue<sup>35</sup>.

Sotto questo profilo, dunque, 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'); mentre la particolare tenuità del fatto presuppone un reato completo in tutti i suoi elementi (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza), compresa quindi 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 bisognosa 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 c.d. disvalore d'evento, nel secondo caso è ancorata anche all'apprez-

zamento 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 abituale<sup>36</sup>.

Il rapporto tra le due norme, a ben vedere, più che di alterità sembra essere di specialità: mentre 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 anche di un'offensività tenue, il 49, comma 2, c.p. stabilisce l'esclusione della tipicità di qualsiasi fatto in concreto inoffensivo, a prescindere da sbarramenti edittali.

In un'ideale scala gerarchica delle formule di proscioglimento favorevoli al reo, quindi, quella fondata sull'art. 49, comma 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.

Tuttavia, non si può non rilevare come la scelta effettuata dal legislatore con il 131-bis c.p. sollevi qualche dubbio proprio se raffrontata a quella preesistente contenuta nell'art. 49, commi 2 e 4, 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 sanzionatoria sul versante penale, mentre un fatto formalmente tipico, ma sostanzialmente inoffensivo come quello descritto dall'art. 49, comma 2, c.p. riconosce al giudice, ai sensi del successivo com-

<sup>35</sup> Questo distinguo è descritto da C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 522.

<sup>36</sup> Tale aspetto è evidenziato anche nella *Relazione*, cit., p. 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: profili generali introduttivi*, in *D. pen. proc.* 2002, p. 894; M. 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, G. MARINUCCI - M. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano 2001, p. 569 ss., considerano i due fenomeni sostanzialmente coincidenti.

ma 4, la possibilità di applicare nei confronti del suo autore una misura di sicurezza. In altre parole, dal raffronto tra le due fattispecie, la seconda risulta affetta da un vizio di manifesta irragionevolezza perché, pur descrivendo una rinuncia alla pena fondata su una valutazione di mancanza di tipicità, può eventualmente (a discrezione del giudice) generare un effetto sanzionatorio quale l'applicazione di misure sicurezza che comunque incidono sulla libertà personale del reo.

Se si valuta la conformità costituzionale dell'art. 49, comma 4, c.p. agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. utilizzando come *tertium comparationis* il nuovo art. 131-bis c.p. è difficile non ritenere la disciplina in esso contenuta costituzionalmente illegittima per violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza, nonché di proporzionalità della risposta punitiva e della finalità rieducativa della pena: all'esito di tale raffronto, come si giustificerebbe 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, comma 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?

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, comma 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, 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, comma 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 rendendo, tra le altre cose, inapplicabile in futuro il 131-bis c.p.

Qualche dubbio il nuovo 131-bis c.p. lo solleva anche quando lo si raffronta all'art. 61, n. 4 c.p. e con altre ipotesi autonome o circostanziali speciali incentrate sulla particolare tenuità, quali ad esempio gli artt. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990 e 323-bis c.p. Invero, il 131-bis c.p., pur essendo per espressa previsione di legge applicabile anche nei casi di particolare tenuità descritti da queste figure circostanziali e non, non ne erode del tutto gli spazi di operatività. La nuova ipotesi di non punibilità sarà applicabile ad esempio a tutti i delitti descritti dal 61, n. 4, c.p. che hanno causato un danno economico di particolare tenuità, purchè si rientri però negli stringenti limiti oggettivi e soggettivi espressamente fissati dalla legge. Ciò significa che questa circostanza attenuante comune sarà ancora tranquillamente applicabile in presenza di quei reati rispetto ai quali, per assenza di uno dei requisiti strutturali indicati dall'art. 131-bis c.p. (reato punito con pena ultra quinquennale; particolare tenuità dell'offesa; non abitudine del comportamento), il reo non potrà beneficiare dell'esenzione della pena da questo prevista.

Anche rispetto all'art. 61, comma 4, c.p., così come a tutte le altre circostanze speciali incentrate sulla particolare tenuità del danno, il nuovo istituto sembra porsi in un rapporto di specialità, facendo sì che, ove ne sussistano gli ulteriori e peculiari requisiti, i fatti particolarmente tenui sussumibili nelle diverse ipotesi circostanziali possano essere considerati addirittura non punibili.

#### 4. LA NATURA GIURIDICA E IL PROBLEMA DELL'ESTENSIBILITÀ AI CONCORRENTI

Un altro profilo problematico che merita di essere chiarito in via preliminare è quello relativo alla natura giuridica della particolare tenuità del fatto. Com'è noto, dalla soluzione di tale interrogativo, all'apparenza di carattere puramente teorico, discendono conseguenze concrete non secondarie sul piano dell'effettiva applicazione delle cause di esenzione dalla pena, *in primis* sul



terreno del concorso eventuale di persone nel reato: se si riconosce natura giuridica soggettiva, la causa di non punibilità si applica solo nei confronti dell'interessato e non si estende ai concorrenti in ossequio a quanto sancito dall'art. 119, comma 1, c.p.; diversamente, se si ritiene che essa abbia natura giuridica oggettiva, si estenderà sempre a tutti i compartecipi ai sensi di quanto stabilito dal successivo comma 2 del medesimo art. 119 c.p.; infine, se si reputa che sia una causa estintiva del reato, avrà valore soggettivo in forza di quanto disposto dall'art. 182 c.p.

Orbene, nonostante si possa immediatamente scartare l'ultima eventualità, poiché come si è visto in precedenza l'art. 131-bis c.p. non appartiene al novero delle cause di estinzione del reato bensì a quello delle ipotesi di non punibilità in senso stretto, la soluzione di tale quesito risulta comunque non agevole. La natura giuridica della speciale tenuità, difatti, si presenta ambigua, essendo questa incentrata tanto su elementi e aspetti di carattere oggettivo, segnatamente, la particolare tenuità offensiva del fatto, quanto su profili di carattere soggettivo, quale la non abitualità del comportamento.

Ad una valutazione complessiva, i profili soggettivi sembrano avere un peso e un ruolo secondario nell'equilibrio generale della fattispecie, risultando la non punibilità agganciata, prevalentemente, ad un giudizio oggettivo di scarsa carica offensiva del fatto rispetto al bene giuridico tutelato: ciò significa, quindi, che nei casi di concorso eventuale di persone nel reato dovrebbe trovare applicazione l'art. 119, comma 2, c.p. e la causa di non punibilità dovrebbe essere estesa sempre al concorrente nel reato "particolarmente tenue". Questa scelta presenterebbe il non trascurabile vantaggio di impedire il proseguimento di un procedimento penale nei confronti del solo con-

corrente eventuale volto all'accertamento della sua responsabilità in ordine ad un fatto che, però, è stato già reputato particolarmente tenue per l'autore dello stesso e, dunque, non bisognoso di pena.

Tuttavia, non si può negare che una simile soluzione, pur nella sua logicità, reca con sé il rischio di produrre in taluni casi effetti scarsamente ragionevoli, consentendo che possa beneficiare della non punibilità anche un soggetto rispetto al quale non sussistano tutti i requisiti normativamente richiesti come chi, ad esempio, abbia tenuto in precedenza lo stesso comportamento "abituale" ai sensi di quanto descritto dall'art. 131-bis, comma 3, c.p.

Molto probabilmente, come già fatto in altre occasioni<sup>37</sup>, la giurisprudenza troverà la quadratura del cerchio facendo ricorso a qualche espediente ermeneutico in modo da considerare il 131-bis c.p. come una causa di non punibilità di carattere soggettivo, la cui sussistenza deve essere accertata in relazione a ciascun singolo concorrente, sposando così una soluzione che, all'apparenza, garantirebbe esiti applicativi più ragionevoli, ma nella sostanza finirebbe con l'essere meno rispettosa della struttura della particolare tenuità, anteponendo ed esaltando al suo interno quei fattori soggettivi che, in realtà, sono decisamente secondari rispetto a quelli oggettivi<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Problemi analoghi sono sorti in ordine alla ritrattazione e sono stati affrontati in maniera tutt'altro che lineare dalla giurisprudenza con una molteplicità di decisioni tra loro anche manifestamente contrastanti; sul punto, sia consentito rinviare al nostro *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino 2006, p. 205 ss.

<sup>38</sup> In tale direzione sembra aver mosso i primi passi la giurisprudenza di merito. Propende per la natura soggettiva e per la non estensibilità Trib. Milano 16 aprile 2015, n. 4195, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

