ISSN 1125-856X

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVI - febbraio 20**16**, n° **02**

02 2016

| estratto

LA NON PUNIBILITÀ PER LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

di **Roberto Rampioni**

MVLTA PAVCIS AG GIUFFRÈ EDITORE

64.3 LA NON PUNIBILITÀ PER LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO *

Punishment Exemption in the Case of Trifling Criminal Offence

Più ombre che luci nel nuovo istituto della non punibilità per la particolare tenuità del fatto.

More shadows than lights in the regulation of the punishment exemption in the case of trifling criminal offence.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Roberto Rampioni**
Ordinario di Diritto penale - Facoltà di Giurisprudenza "Tor Vergata" Roma

Sommario **1.** L'attesa novella perde consensi. — **2.** La più ampia riforma auspicata dalla legge delega (n. 67 del 2014). — **3.** La lunga e travagliata gestazione del nuovo istituto. — **4.** La (non) disciplina processuale: criticità. — **5.** La natura "sostanziale" del nuovo istituto. — **6.** Gli "indici-criteri" del giudizio di particolare tenuità del fatto. — **7.** Giudizio di irrilevanza ed accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico. — **8.** La probabile marginalità dell'auspicato effetto deflattivo. — **9.** Offensività «marginale», offensività "tenue": critica della tesi di Carlo Federico Grosso. — **10.** Conclusioni.

1. L'ATTESA NOVELLA PERDE CONSENSI

Ciò che è malfermo sul piano sistematico e teorico-generale non dà mai buoni frutti. Così, l'introduzione nel nostro ordinamento della causa di esclusione della punibilità per la «particolare tenuità del fatto», salutata da entusiastiche acclamazioni, dopo pochi mesi, registra una sensibile perdita di *followers*.

Il nuovo istituto, infatti, già solo in sede applicativa sembra porre una serie articolata di problematiche, di carattere sia sostanziale che processuale, ben superiore agli effetti favorevoli che (forse troppo ottimisticamente) nell'immediato ci si attendeva. Sfumata la opportunità di avviare la revisione del sistema sanzionatorio, messa in dubbio la possibilità di razionalizzare tale sistema coll'informarlo al principio di proporzione attraverso l'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., la stessa finalità residuale di deflazione del 'carico giudiziario' si manifesta di non facile realizzazione.

2. LA PIÙ AMPIA RIFORMA AUSPICATA DALLA LEGGE DELEGA (N. 67 DEL 2014)

Per vero, la delega conferita dal Parlamento con la legge n. 67 del 2014 invitava ad una riforma ben più ampia. Oltre a prevedere l'introduzione di una causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto e l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, la

———

(*) Il presente lavoro costituisce la rielaborazione, dotata di note, della Relazione tenuta il 22 settembre 2015 alla Scuola di II livello della Camera penale di Roma.

delega mirava a disciplinare le nuove pene principali della reclusione e dell'arresto domiciliare, nonché a depenalizzare alcuni reati, convertendoli o nel tradizionale illecito sanzionatorio amministrativo ovvero nell'innovativo illecito sanzionatorio civile. Mentre la delega relativa alle nuove pene principali è da tempo scaduta, quella riguardante la depenalizzazione in astratto è prossima a spirare col sopraggiungere del novembre 2015.

Per una volta il legislatore intendeva delineare una riforma sensibilmente innovativa e sufficientemente organica. Attorno al nucleo centrale delle nuove pene principali sopra richiamate, evidentemente ispirate all'idea della pena detentiva carceraria quale *extrema ratio*, avrebbero ruotato i due istituti da applicare in sede processuale (la sospensione del procedimento, la non punibilità delle offese di particolare tenuità) e la depenalizzazione cd. in astratto. Così facendo, da un lato, il carattere carcero-centrico del sistema sanzionatorio vigente avrebbe perso la sua assolutezza; dall'altro, il sistema medesimo avrebbe visto diminuita la propria intrinseca afflittività per il convergente operare degli altri strumenti approntati. Come fondatamente si rileva, si coglie una sorta di discrasia tra gli obiettivi, tutto sommato armonici, di politica criminale perseguiti dal legislatore e quelli in concreto recepiti dal Governo; legislatore che, per una volta, con coraggio, "invece di cavalcare l'onda populistica e *mass* mediatica repressiva", intendeva andare controcorrente, orientandosi "verso un sistema meno afflittivo e con ogni probabilità destinato ad essere anche più effettivo" [1].

Ora, una volta non esercitata la delega per l'introduzione di nuove pene principali, né al fine di depenalizzare alcune fattispecie, i due soli istituti che hanno trovato attuazione vengono ad offrire una diversa portata alla scelta di politica criminale espressa dal legislatore con la legge delega: la deflazione del carico giudiziario, originariamente vista come effetto solo secondario di una riforma essenzialmente ispirata ad un miglior allineamento ai principi di *extrema ratio* e proporzione, appare ora l'unico, quanto clemenziale, risultato dell'operatività in sede processuale di due istituti applicati in concreto dal giudice.

Come rileva Spangher, il "respiro" della legge delega è venuto meno e, non potendo il sistema giudiziario-sanzionatorio fondarsi su un ordito normativo privo di coerenza sistematica, urge "per il rito 'ordinario' una prospettazione organica della disciplina sanzionatoria e dei percorsi processuali chiamati a realizzarla" [2].

3. LA LUNGA E TRAVAGLIATA GESTAZIONE DEL NUOVO ISTITUTO

Con il d.lg. 16 marzo 2015, n. 28 si materializza uno strumento normativo che vanta una lunga e travagliata gestazione [3].

Frutto di non esigue mediazioni, il testo dell'attuale art. 131-*bis*, comma 1, c.p. è del seguente tenore: «(Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto). Nei reati per i

———

[1] Cfr. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 659 s.

[2] Cfr. Spangher, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 913 s.

[3] Dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso (d.m. 1° ottobre 1998) alla Commissione ministeriale per l'elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio (e per dare attuazione alla legge delega n. 67 del 2014 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione), presieduta dal prof. Francesco Palazzo, passando:

– per il progetto elaborato dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice di p.p., presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia (2005);

– per la bozza di legge delega presentata dalla Commissione ministeriale per la riforma del Codice di procedura penale, presieduta dal prof. Giuseppe Riccio (2008);

quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».

La Relazione allo Schema di decreto delegato (4) chiarisce che l'istituto della "irrilevanza per particolare tenuità" presuppone un fatto tipico, dunque, costitutivo di reato, tuttavia "non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale". Vengono espunti dall'area della punibilità quei fatti che ne appaiono "immeritevoli", così contribuendo alla realizzazione del sovraordinato principio dell'*extrema ratio* come, in particolare, di quello 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". Di qua, peraltro, la collocazione topografica della disciplina, che viene ad essere quella delle determinazioni (*rectius*, dell'esercizio del potere discrezionale) del giudice in ordine alla pena.

Si affida, dunque, al giudice, per dirla con termine atecnico, la "depenalizzazione in concreto" (5), valorizzando sensibilmente il fenomeno, non rassicurante, della cd. amministrazione giudiziale della pena (6).

Istituto, questo della "irrilevanza per particolare tenuità del fatto" da tenere distinto da forme di "irrilevanza" non dissimili, ma che, collocate all'interno di sistemi fortemente caratterizzati (il sistema penale minorile e quello del giudice di pace), perseguono finalità del tutto specifiche. Se l'istituto minorile (art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988), infatti, apprezza l'esiguità in relazione al "fatto" considerato nella sua interezza e mira alla "minima offensività del processo" rispetto alle esigenze educative del minore e, dunque, alla celere fuoriuscita del minore dal procedimento; l'irrilevanza del reato di competenza del giudice di pace (art. 32 d.lg. n. 274 del 2000) ne determina l'improcedibilità, essendo qui l'istituto funzionale a finalità conciliativo-riparatorie e proteso a scongiurare che il corso del procedimento possa pregiudicare esigenze di studio, lavoro, famiglia.

4. LA (NON) DISCIPLINA PROCESSUALE: CRITICITÀ

Oltre ai profili di diritto penale sostanziale, sui quali si dirà tra breve, non possono essere sottaciute, almeno per cenni, alcune criticità che la disciplina processuale della novella ha presto appalesato.

In realtà, delle problematiche processuali si è subito interessato l'Ufficio del Massimario

———

– per le proposte in materia di definizione del procedimento penale nei casi di particolare tenuità del fatto elaborate dalla Commissione ministeriale, presieduta dal dott. Gianni Canzio (2013);

– per il disegno di legge in materia di depenalizzazione e deflazione del sistema penale presentato dal Gruppo di studio ministeriale, presieduto dal prof. Antonio Fiorella (2013);

– per lo schema per la redazione di principi o criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale predisposto dalla Commissione ministeriale, presieduta dal prof. Francesco Palazzo (2014).

(4) Progetto e Relazione prof. Palazzo, dicembre 2014, in *www.senato.it.*

(5) Puntualizza al riguardo Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 19: "Privo di senso sarebbe richiamare una qualche forma di "depenalizzazione", perché il fatto dichiarato non punibile non assume alcuna diversa rilevanza (non diviene lecito, né si trasforma in illecito amministrativo): è reato, e tale resta, pur se non punibile".

(6) In argomento, più in generale, v. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 75 s.

della S.C., affrontando – fra l'altro – il tema della immediata applicabilità del nuovo istituto nel giudizio di legittimità ed ai ricorsi inammissibili [7].

La legge delega, per vero, sostanzialmente non delinea lo scenario processuale, limitandosi a prevedere che il nuovo istituto va introdotto "senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale". Attribuita all'istituto in discorso natura sostanziale – propria della causa di esclusione della punibilità – in difetto di disposizioni di "adeguamento", ci si sarebbe innanzitutto trovati nell'impossibilità di dichiarare la non punibilità in un momento antecedente all'esercizio dell'azione penale. Ragioni, plausibili, di deflazione giudiziaria hanno consigliato l'anticipazione dell'accertamento della "particolare tenuità" alla fase pre-processuale, col consentire la definizione del procedimento *ex* art. 131-*bis* c.p. già in sede di indagini preliminari con lo strumento dell'archiviazione, 'meccanismo' improprio, ma in grado di evitare che il processo 'giri' inutilmente a vuoto [8].

Nulla, in sostanza, viene stabilito per le successive fasi processuali (salvo gli 'aggiustamenti' apportati agli artt. 411, 469 e 651-*bis* c.p.p.), né è tracciata una disciplina transitoria; eccezion fatta per l'iscrizione al casellario del provvedimento di archiviazione come per il riconoscimento di efficacia di giudicato penale nel giudizio civile e amministrativo a detto provvedimento, 'novità' (anche queste) entrambe atipiche e discusse.

Quale norma sostanziale di favore ha efficacia retroattiva e, dunque, può trovare applicazione nei processi in corso e, tra questi, pure nel giudizio di legittimità innanzi alla S.C. Sennonché, a non considerare le difficoltà che incontra il giudice pre-dibattimentale nell'emettere sentenza di proscioglimento *ex* art. 131-*bis* c.p. (audizione delle parti in camera di consiglio, disponibilità del solo fascicolo del dibattimento, profili di incompatibilità del giudice che non riconosca l'irrilevanza del fatto), maggiori dubbi solleva – appunto – l'applicabilità del nuovo istituto nel giudizio di legittimità in assenza di una disposizione che preveda il proscioglimento a tale titolo.

Come segnala la richiamata Relazione dell'Ufficio del Massimario, lo stesso giudice di legittimità ha accolto la soluzione favorevole all'immediata applicabilità del nuovo istituto in simile grado di giudizio: il combinato disposto degli artt. 2, comma 4, c.p. e 609, comma 2, c.p.p. determina l'applicabilità della causa di non punibilità sopravvenuta quale legge più favorevole non invocabile in grado di appello. E scartata l'idea di ricorrere all'art. 129 c.p.p., estensivamente interpretato, la norma attributiva del potere di declaratoria della non punibilità viene ravvisata nell'art. 620, comma 1, lett. *1*) c.p.p. che ricomprende tra i casi di annullamento senza rinvio l'ipotesi in cui la Corte lo ritenga superfluo [9].

Sennonché, più che la compatibilità "normativa" è quella "strutturale" a sollevare le maggiori perplessità dal momento che, come la stessa S.C. osserva, "l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. presuppone valutazioni di merito oltre che la necessaria interlocuzione dei soggetti interessati".

———

[7] Relazione Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, a cura di Corbo e Fidelbo, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, n. III/02/2015 del 23 aprile 2015, in *www.cortedicassazione.it.*

[8] In argomento v. Marandola, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 791 s.

[9] Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in *Guida dir.*, n. 20, 2015, p. 78; in termini, Sez. III, 20 maggio 2015, n. 21014, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 982.

Ora, in ordine a questo secondo profilo – in linea colla Relazione sopra richiamata – si ritiene che nel giudizio di Cassazione si instaura un contraddittorio pieno con l'imputato, pur se mediato dal difensore, mentre alla persona offesa è consentito il deposito di memorie (art. 90 c.p.p.) e, comunque, l'interlocuzione con essa (diversamente dall'ipotesi di cui all'art. 34, comma 3, d.lg. n. 274 del 2000) non è prevista come condizione necessaria alla pronuncia di non punibilità [10].

Sul primo profilo, invece, si giunge ad affermare che in sede di giudizio di legittimità "dovrà preventivamente verificarsi la sussistenza, in astratto, delle condizioni di inapplicabilità del nuovo istituto, procedendo poi, in caso di valutazione positiva, all'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice del merito affinché valuti se dichiarare il fatto non punibile". E l'apprezzamento della ricorrenza dell'"indice-criterio" della particolare tenuità dell'offesa – prosegue la S.C. – "non potrà che basarsi su quanto emerso nel corso del giudizio di merito tenendo conto, in modo particolare, della eventuale presenza, nella motivazione del provvedimento impugnato, di giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto, riguardando, la non punibilità, soltanto quei comportamenti (non abituali) che, sebbene non inoffensivi, in presenza dei presupposti normativamente indicati risultino di così modesto rilievo da non ritenersi meritevoli di ulteriore considerazione in sede penale".

Contrasta il pur plausibile argomentare della S.C. il rilievo che "quanto emerso nel corso del giudizio di merito" non è stato parametrato agli indici della particolare tenuità del fatto e, dunque, il giudice di legittimità, in specie per ciò che concerne le modalità della condotta, non disporrà di adeguati elementi per riconoscere ovvero negare, seppure in astratto, l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.

Lo *ius superveniens* più favorevole risulterebbe, invece, non rilevabile – secondo l'univoco indirizzo giurisprudenziale – nel caso in cui il ricorso sia inammissibile e, dunque, inidoneo a costituire il rapporto giuridico processuale di impugnazione [11].

Osserva al riguardo, con fondamento, la Relazione dell'Ufficio del Massimario che tale "limite potrebbe essere superato ove si assuma che il nuovo istituto introduce una forma di *abolitio criminis*, come tale rilevabile anche davanti al giudice dell'esecuzione *ex* art. 673 c.p.p."; si segnala, tuttavia, che la giurisprudenza non risulta aver mai affermato esplicitamente che una disposizione recante una nuova causa di non punibilità operi una, sia pur parziale, *abolitio criminis*.

La questione, rimessa con ordinanza [12] alle Sezioni unite, è stata respinta dal Primo Presidente della suprema Corte [13], il quale ha ritenuto insussistenti le condizioni per la rimessione.

5. LA NATURA "SOSTANZIALE" DEL NUOVO ISTITUTO

Come anticipato, unanimità di vedute in ordine alla natura "sostanziale" del nuovo istituto:

———

[10] V. in argomento, Sez. fer., 6 agosto 2015, n. 34672, *inedita*.

[11] Cfr. Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 567 s.

[12] Sez. III, 7 maggio 2015, in *Dir. pen. contemporaneo*, 11 maggio 2015.

[13] Le ragioni del diniego di convocare il supremo Consesso sono state ravvisate nell'assenza di un contrasto giurisprudenziale, anche solo potenziale, e nella carenza di rilevanza in concreto delle questioni prospettate, in *www.penalecontemporaneo.it/3956 – particolare tenuità del fatto – le sezioni unite non si pronunceranno per ora*. Oltre l'ordinanza richiamata nel testo la Sezione III aveva adottato nella medesima udienza altre due ordinanze di rimessione: n. 21014 e n. 21016.

l'art. 131-*bis* c.p. individua una causa di esclusione della punibilità in senso stretto. È prevalsa, dunque, l'opzione 'sostanzialistica', suscettiva di differenziare in modo marcato l'istituto in esame dalle pur simili figure sopra ricordate, che si inquadrano nell'area della "non procedibilità".

Communis opinio, come correttamente si osserva, confortata da numerosi argomenti: "la configurazione dell'istituto incentrata su categorie di diritto sostanziale; la definizione in termini di 'punibilità' (e non di 'procedibilità'); l'adozione del decreto delegato sulla base dell'art. 1 della legge delega, articolo puntualmente rubricato "delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie". Ed *opinio* non contrastata dalla formula di proscioglimento prevista nel caso di sentenza pre-dibattimentale ("sentenza di non doversi procedere"), dal momento che l'art. 469, comma 1-*bis*, c.p.p. richiama espressamente la categoria della punibilità e la relativa pronuncia, a differenza delle decisioni adottate a seguito di dibattimento o di giudizio abbreviato, secondo i dettami dell'art. 651-*bis* c.p.p. non presenta l'efficacia giuridica del giudicato nei giudizi civili e amministrativi [14].

Quale pura e semplice circostanza di non punibilità esclude l'applicabilità della pena, ma non l'antigiuridicità penale del fatto. Il fondamento della previsione normativa – al pari di tutte le cause di non punibilità – si coglie, infatti, sul piano della "necessità di pena" (opportunità in concreto di non ricorrere alla applicazione della sanzione criminale), non su quello della "meritevolezza di pena" (esigenza di tutela di determinati interessi); come osserva Padovani, "il possesso deve essere protetto anche se si tratta di una mela, ma punirne il furto può risultare in concreto incongruo e controproducente" [15].

Non a caso la nuova fattispecie di non punibilità non è stata inserita nel titolo III, capo I tra le cause di giustificazione, ma nel titolo V, capo I, titolo e capo di cui sono state modificate le originarie rubriche (titolo V. *Della non punibilità per particolare tenuità del fatto*. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena; capo I: *Della non punibilità per particolare tenuità del fatto*. Della modificazione e applicazione della pena). E ciò, peraltro, fa dubitare circa la rilevanza, ai fini della non punibilità dell'agente, di una "tenuità" ritenuta, ma oggettivamente inesistente, rilevanza derivante dall'applicazione dell'art. 59, ultimo comma, c.p. [16] Diversamente, se – come detto – la natura sostanziale del nuovo istituto ne garantisce la retroattività, il carattere essenzialmente oggettivo della causa di esclusione della punibilità in discorso consente di estenderne l'operatività nei riguardi di tutti i concorrenti alla realizzazione del fatto-reato.

Quale comportamento illecito, benché non punibile, risulterà in ogni caso impedibile da parte del soggetto passivo, seppure nei limiti stabiliti dall'art. 52 c.p.

———

[14] *Relazione Ufficio del Massimario della Corte di cassazione*, cit.

[15] Così Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 19. In argomento cfr. Gaeta - Macchia, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, in *questa rivista*, 2015, p. 2595.

[16] Secondo Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 518, "dovrebbe essere in ogni caso rilevante, agli effetti della non punibilità del soggetto, la supposizione erronea, dovuta ad errore di fatto, di una 'marginalità' oggettivamente inesistente (si tratterrebbe, al più, di stabilire se questa rilevanza discenda dall'applicazione dell'art. 59 ult. cpv. c.p., previsto nel diverso Titolo del codice penale concernente "Il reato", ovvero dell'applicazione di un principio di logica generale)".

6. GLI "INDICI-CRITERI" DEL GIUDIZIO DI PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

Come precisa la stessa Relazione della Commissione presieduta dal prof. Francesco Palazzo, lo schema di decreto delegato – pur accogliendo talune specifiche condizioni espresse dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati – si è sostanzialmente attenuto alle indicazioni già contenute nella direttiva di legge delega ed in tal senso "incardina il giudizio di "particolare tenuità del fatto" su due *indici-criteri*, che sono la particolare tenuità dell'*offesa* e la *non abitualità* del comportamento". Si precisa, tuttavia, che il primo indice si articola in due ulteriori *indici-requisiti*, costituiti dalle *modalità della condotta* e dall'*esiguità del danno o del pericolo*.

Parametri questi – si è inteso affermare – suscettivi di "ricondurre l'inevitabile discrezionalità giudiziale entro confini fisiologici" e tali da scongiurare che la declaratoria di tenuità entri in conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale [17].

Va, tuttavia, preliminarmente chiarito in argomento che, sebbene in linea di principio qualsivoglia reato sia suscettibile di una valutazione in termini di particolare tenuità, l'ambito applicativo del nuovo istituto è delimitato da un *criterio negativo*, da un indice esterno: l'esclusione della punibilità potrà riguardare solamente i "reati puniti con la pena pecuniaria, sola o congiunta a pena detentiva, ovvero con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni".

La scelta di politica-criminale è chiara e plausibile: "oltre una determinata soglia di gravità l'osservanza scrupolosa della legge è imposta in termini indefettibili e non ammette contemperamenti in chiave di opportunità" [18]. È, tuttavia, la razionalità intrinseca a difettare in tale scelta, dal momento che si viene a parametrare la particolare tenuità al massimo edittale, non già al minimo. Come rileva Padovani, infatti, "nella comminatoria edittale, il minimo esprime la soglia di *indefettibilità* cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa...Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo". È ovvio allora – prosegue l'Autore – che, intendendosi escludere la punibilità nei casi di particolare tenuità del fatto, "si debba avere riguardo non già alla *massima gravità possibile*, ma alla *minima gravità necessaria* ... diversamente, si dischiude un vaso di pandora di *assurde sperequazioni*" [19].

Il quarto comma dell'art. 131-*bis* c.p. detta, peraltro, i criteri per la determinazione della pena detentiva ai fini del primo comma per il caso in cui la fattispecie concreta evidenzi la presenza di circostanze: «...non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p.».

———

[17] Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 luglio 2015.

[18] Così Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20.

[19] Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20, il quale rileva in via esemplificativa: «Così la sottrazione e trattenimento di minore all'estero rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 131-*bis*, perché la pena spazia da uno a quattro anni, mentre il sequestro di persona è escluso, perché la pena va da sei mesi a otto anni. Quale logica governi la discriminazione è davvero difficile dire, visto che il sequestro di persona, nella sua minima espressione offensiva, è *meno* grave del delitto di cui all'articolo 574-*bis* del codice penale».

Il quinto comma conchiude l'individuazione dell'ambito operativo della nuova disposizione, precisando che l'istituto può trovare applicazione «anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante», sempreché – precisa la Relazione – «la tenuità del fatto superi la soglia della circostanza e giunga ad integrare gli estremi di quella particolare 'irrilevanza' desumibile dai requisiti e criteri di cui al primo comma».

7. GIUDIZIO DI IRRILEVANZA ED ACCERTAMENTI DI TIPO PSICOLOGICO-SOGGETTIVISTICO

Ciò detto, tornando agli "indici" sopra indicati va evidenziato che la legge delega ed il testo preliminare approvato dal Governo – ricettivo, peraltro, del testo adottato dalla Commissione ministeriale – miravano a fissare criteri di stampo prettamente oggettivo, quali la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento; si intendeva, infatti, «sganciare il giudizio di irrilevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre ardui e decisamente tanto più problematici quanto più destinati ad essere effettuati nelle fasi prodromiche del procedimento» [20].

In tale ottica non solo ci si prefiggeva di rifuggire da criteri connessi ad "esigenze" esorbitanti dalla dimensione oggettivo-materiale del fatto-reato (criteri questi tipici dei ricordati processi minorili e di pace) e, in quanto tali, suscettivi di entrare in rotta di collisione con l'art. 112 Cost.; ma anche di far a meno del criterio del "grado di colpevolezza" presente in gran parte dei numerosi progetti succedutisi in materia (oltre che nel processo di giudice di pace).

Col recepire – come accennato – alcune delle osservazioni formulate, in particolare, dalla Commissione Giustizia della Camera, il quadro normativo risulta ora meno netto. Da un lato, infatti, le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo devono essere valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p. e, dunque, si pone il problema di stabilire se i parametri di cui al n. 3 di tale disposizione (intensità del dolo e grado della colpa) vengano a giuocare un ruolo in sede di accertamento della particolare tenuità [21]; dall'altro, si è dato spazio ad istanze generalpreventive, col prevedere alcune ipotesi presuntive di non tenuità (art. 131-*bis*, comma

———

[20] Progetto e Relazione prof. Palazzo, cit.

[21] Osserva al riguardo Grosso, *La non punibilità*, cit., p. 519: «... Il riferimento ai criteri di cui all'art. 133 c.p. consente d'altronde di osservare che, se pure tra gli indici forniti dal legislatore non compaia espressamente il grado e l'intensità del dolo o della colpa, tali profili potranno comunque essere considerati nella valutazione delle modalità della condotta". In tal senso, del resto, si afferma nella Relazione: "la formula adottata è ben lungi dall'escludere qualunque rilevanza dell'elemento soggettivo del reato. In effetti, appare del tutto ovvio che l'indice criterio delle "modalità della condotta" si presta benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della (tipicità della) condotta; sia dell'intensità del dolo, sul presupposto che assai spesso quest'ultima si riverbera e si traduce nell'adozione da parte dell'autore di determinate modalità esecutive della condotta».

Esclude che il giudizio sulle modalità della condotta includa anche l'intensità del dolo e il grado della colpa («... almeno finché il testo dell'art. 133 c.p. resta quello che è»), Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21. *Contra* Caprioli, *Prime considerazioni*, cit., il quale osserva «la conclusione pare affrettata, dal momento che ciò che deve essere valutato nel prisma dell'art. 133 c.p. restano pur sempre, e soltanto, le caratteristiche oggettive della condotta e la sua portata lesiva. Con riferimento al primo dei due indici-requisiti, l'inciso sembra dunque unicamente vincolare l'interprete ad attribuire rilievo primario alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo e al luogo dell'azione (art. 133, comma 1, n. 1, c.p.). Del resto, ove si ritenesse non casuale la scelta del legislatore delegante di omettere ogni riferimento al grado della colpevolezza, una simile opzione esegetica risulterebbe imposta dal canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata: anche se l'argomento, forse, prova troppo, perché a stretto rigore neppure le

2) [22], come ad istanze specialpreventive, col sancire limiti soggettivi all'applicazione del nuovo istituto connessi alla pericolosità sociale (art. 131-*bis*, comma 5).

A proposito del presupposto negativo della "non abitualità" si impone di chiarire se la definizione legale di "comportamento abituale" sia tassativa ovvero si limiti a fornire indicazioni in via esemplificativa, consentendo al giudice di individuare ulteriori ipotesi di abitualità non espressamente previste. Questa seconda possibilità, pur suggerita dalla Relazione [23], è contrastata da chi, oltre a rilevare l'ambiguità sul piano della determinatezza della casistica enucleata al comma 3 dell'art. 131-*bis* c.p. (in particolare, delle nozioni di "condotte plurime" e "condotte reiterate"), ritiene "più fondata" la prima soluzione, «sia per l'assenza di locuzioni idonee a esprimere un intento di esemplificazione, sia, soprattutto, per l'evidente esigenza di tassatività che si impone nella disciplina di una causa di non punibilità generale e comune» [24].

Concludendo sinteticamente in argomento. In ordine ai due "indici-criteri" si profilano due orientamenti: da un canto, chi ritiene che i due menzionati requisiti, «pur lasciando un certo margine di discrezionalità alla valutazione giudiziale, paiono sufficientemente determinati» [25]; d'altro canto, chi opina che attraverso il richiamo all'art. 133, comma 1, c.p. «si viene a determinare un giudizio (di bilanciamento/commisurazione) complesso e complessivo, dove possono essere valutati anche più indici aventi, per così dire, segni diversi» [26].

Resta in ogni caso il fatto che il termine "esiguità" (riferito al danno/pericolo) è vago sul piano lessicale ma, soprattutto, *manipolabile* in sede applicativa. Non soltanto, in effetti, il puro e semplice *indice-criterio* della «particolare tenuità dell'offesa» – criterio unitario e prettamente oggettivo, fissato dalla legge delega – è stato in concreto declinato attraverso il concorrere dei requisiti de "le modalità della condotta" e de "l'esiguità del danno o del pericolo", criterio binario ben più ampio che, oltre ai disvalori dell'azione, chiama in causa – come sopra detto – anche momenti di carattere psicologico-soggettivistico; ma, soprattutto, il nuovo istituto non fissa i parametri sulla scorta dei quali apprezzare la "esiguità" della portata lesiva del fatto, non potendo assolvere a tale scopo il primo comma dell'art. 133 c.p. che sancisce (sì) i parametri della gravità del reato commesso (ma) al fine della commisurazione della pena.

Come noto, le norme caratterizzate da elementi «valutativi» sono conformi al principio di determinatezza nel limite in cui, per un verso, la legge indichi chiaramente il parametro sulla scorta del quale deve essere formulato il giudizio, per l'altro, tale parametro inerisca a valori suscettivi di valutazione omogenea nel contesto sociale. Peraltro, nel caso di specie simile indice funge da filtro "selettivo", contrassegnando il limite a partire dal quale il legislatore non

———

modalità della condotta incidono sull'entità dell'offesa, che è solo indice-criterio – insieme con la non abitualità del comportamento – ad essere richiamato dalla direttiva di delega».

[22] Così Bartoli, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 663.

[23] Progetto e Relazione del prof. Palazzo *cit.*: «Il secondo indice-criterio di valutazione della particolare tenuità del fatto è costituito dalla non abitualità dello stesso. Anche in questo caso il legislatore delegato ha scrupolosamente osservato l'indicazione della delega, che in effetti ha utilizzato un concetto in certa misura diverso da quello più usuale di "occasionalità" del fatto. Toccherà naturalmente all'interprete dare tutte le opportune precisazioni contenutistiche al concetto. Tuttavia, si può ipotizzare che il concetto di "non abitualità" del comportamento implichi che la presenza di un "precedente" giudiziario non sia *di per sé sola* ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti».

[24] Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

[25] Così Grosso, *La non punibilità*, cit., p. 519, il quale soggiunge: «tanto più che la legge suggerisce di fare riferimento, sia nella valutazione della modalità della condotta, sia in quella dell'esiguità del danno o del pericolo, alle indicazioni desumibili dal comma 1 dell'art. 133 c.p.».

[26] Cfr. Bartoli, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 666.

reputa "opportuno" l'intervento punitivo. In mancanza del parametro sulla scorta del quale effettuare "l'apprezzamento di misura", ci si viene ad affidare a criteri di stima liberamente valutati dal giudice e, dunque, si corre il rischio di dar vita ad irragionevoli disparità di trattamento in sede di applicazione della causa di non punibilità (disuguaglianza in concreto).

8. LA PROBABILE MARGINALITÀ DELL'AUSPICATO EFFETTO DEFLATTIVO

Con la consueta acutezza critica Padovani rileva che l'intento deflattivo – che, in ogni caso, connota sul piano politico-criminale il nuovo istituto – «finirà col risultare probabilmente assai marginale, anche se verrà pagato a caro prezzo. Marginale, perché in presenza di reati in forma bagatellare sono attuate, e da tempo, almeno due soluzioni alternative: la prudente attesa che maturi la prescrizione ... ovvero il coraggioso utilizzo dell'archiviazione. Tutto a costo zero. Ora il prezzo si alza, perché l'applicazione della causa di non punibilità postula adempimenti processuali particolari» (27).

Le prime applicazioni giurisprudenziali dell'istituto in esame sembrano convalidare simile assunto, oltre che per gli adempimenti processuali legati al necessario avviso (all'indagato-imputato ed alla persona offesa) della richiesta formulata dal pubblico ministero, per l'articolata indagine che il giudice deve operare, sul piano sostanziale, in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 131-*bis* c.p. (particolare tenuità dell'offesa eventualmente estesa all'esame dell'elemento soggettivo del reato, *non abitualità* del comportamento quale concetto più ampio di quello di *occasionalità*) e, sul piano processuale, in ordine alla applicabilità dell'istituto ed al ruolo della persona offesa nelle diverse fasi processuali e, in particolare, nella fase pre-dibattimentale (art. 469, comma 1-*bis*, c.p.p.).

La stessa "estensione" delle motivazioni relative a tre diversi episodi di maltrattamento di animali, di tentato furto in supermercato e di truffa-sostituzione di persona è significativa al riguardo (28).

9. OFFENSIVITÀ "MARGINALE", OFFENSIVITÀ "TENUE": CRITICA DELLA TESI DI CARLO FEDERICO GROSSO

Proprio in tema di (possibile) "successo" del d.lg. n. 28 del 2015 osserva Grosso che esso «dipenderà dal coraggio e dalla determinazione con la quale la magistratura affronterà la gestione della nuova legge» ed al riguardo, preso atto della distinzione comunemente operata tra "minima offensività-irrilevanza" del fatto e "totale inoffensività" dello stesso, propone di (continuare a) considerare le offese dotate di "minima significatività" nella prospettiva dell'inoffensività, riservando l'operatività del nuovo istituto "ai casi in cui la soglia di offensività del fatto, pur tenue, superi comunque il livello della assoluta marginalità" (29).

———

(27) Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

(28) Le pronunce sono consultabili su *Diritto penale contemporaneo*, 11 maggio 2015.

(29) Grosso, *La non punibilità*, cit., p. 522 s. afferma in argomento: «In realtà, prima dell'approvazione della legge sulla non punibilità dei fatti di speciale tenuità sia in dottrina che in giurisprudenza si erano manifestati atteggiamenti favorevoli a considerare senza offesa fatti caratterizzati sì da una offesa, ma da una offesa dotata di una significatività minima, tanto minima da potere essere considerata come se mancasse (es., furto di una cosa di scarsissimo valore). La conseguenza era stata la pronuncia di numerose sentenze di assoluzione per difetto di offesa data la sostanziale inesistenza della stessa. Ebbene, non vorrei che l'entrata in vigore della legge sull'irrilevanza del fatto di speciale tenuità spingesse a non considerare più tali ipotesi nella prospettiva dell'inoffensività, ed a considerarle invece nella

Dunque, posti di fronte ad un fatto tipico, oggi si profilerebbero tre possibilità o, meglio, tre diverse fasce in tema di offesa: quella della *inoffensività assoluta*, quella della *offensività marginale* – da riportare sempre nella sfera del penalmente irrilevante – e quella ancora della *offensività tenue*.

Rileva in argomento la Relazione più volte richiamata che "lo schema di decreto delegato, nell'attuare l'indicazione del legislatore, muove dall'implicita ma ovvia premessa che la cd. "irrilevanza del fatto" sia istituto diverso da quello della cd. "inoffensività del fatto". Quest'ultimo, come recepito dalla giurisprudenza costituzionale e comune ormai largamente prevalente, attiene alla *totale mancanza di offensività del fatto* che risulta pertanto privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva atipico e insussistente come reato. Com'è noto, l'ipotesi della inoffensività del fatto è stata ricondotta normativamente all'art. 49, comma 2, c.p. Diversamente, l'istituto in questione della "irrilevanza" per particolare tenuità presuppone un fatto *tipico* e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale" [30]. In tale ottica, pertanto, l'offesa di particolare tenuità dovrebbe collocarsi tra l'assoluta inoffensività della condotta *ex* art. 49 c.p. e la sua minima adeguata punibilità [31].

Ora, pur non intendendo riproporre in questa sede i diversi ed insuperabili rilievi critici mossi da gran parte della dottrina alla cd. concezione realistica del reato [32], va tuttavia quanto meno ricordato che la mancanza del requisito dell'offesa determina la *non conformità al tipo* del fatto materiale. Il diritto penale individua un sistema di norme posto a tutela di beni giuridici (e, dunque, è a base oggettivistica, non già a base soggettivistica, quale diritto penale, vuoi, della volontà vuoi della pericolosità) e le singole fattispecie incriminatrici vanno interpretate così da limitare la punibilità ai soli fatti offensivi del bene giuridico. Già in via di prima approssimazione si può, pertanto, affermare che non è dato cogliere l'offesa *fuori, al di là* della norma – sull'incerto ed equivoco terreno della legalità sostanziale (azione tipica, ma socialmente non pericolosa in misura rilevante) – in quanto lungi dal poter costituire uno strumento suscettivo di minare la legalità e la certezza giuridica, assolve alla funzione di limitare ulteriormente l'area dell'illecito penale: evidente, dunque, lo *stretto legame* che corre tra tipicità ed offensività. Il momento dell'offesa si coniuga (*rectius*, si compenetra) nel principio di legalità e certezza giuridica secondo la concezione personalistico-garantista, propria dello Stato di diritto. Il reato è un fatto non soltanto previsto come tale dalla legge, ma altresì costruito dal legislatore in termini di necessaria 'aggressione' al bene tutelato. Di più: l'interesse offeso è un dato *interno* alla norma ed *elemento costitutivo* del reato accanto agli elementi strutturali della fattispecie legale, non già *esterno* rispetto ad essa e configurato dal singolo interprete sulla scorta di personali 'valori' ideologico-socioculturali.

———

prospettiva della nuova legge, con un peggioramento del relativo trattamento penale. Auspicherei pertanto che i casi di totale inoffensività e di offensività assolutamente marginale della condotta continuassero ad essere trattati come ipotesi prive di ogni rilevanza penale, e che la nuova legge fosse applicata ai casi in cui la soglia di offensività del fatto, pur tenue, superi comunque il livello della assoluta marginalità. Ciò contribuirebbe, oltre tutto, a 'spingere verso l'alto' il limite della scarsa significatività della offesa considerata dal decreto delegato n. 28/2015, agevolando così il raggiungimento degli obiettivi perseguiti con la sua approvazione».

[30] Corsivi dell'autore.

[31] V., in argomento, le osservazioni critiche di Caprioli, *Prime considerazioni*, cit.

[32] Cfr. per tutti F. Stella, *La teoria del bene giuridico ed i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 3 s.

Pur intendendo prescindere da ciò (33), è noto ed è chiaro che la cd. concezione realistica del reato ha riguardo alla ipotesi di carenza totale di offensività, non anche a quella della scarsa significatività del danno o del pericolo, ipotesi questa – appunto – da tempo erroneamente inquadrata dalla giurisprudenza nello schema dell'art. 49, comma 2, c.p. (34). E, in realtà, lo stesso prof. Grosso in epoca precedente alla novella, col ritenere simile orientamento giurisprudenziale "allo stato attuale della normativa penale...l'unica via percorribile se si vuole dichiarare non punibili i fatti privi di una offensività significativa", ha inteso affermare che "*de jure condendo* il problema della non punibilità dei fatti caratterizzati da una offensività marginale dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice potrebbe trovare tuttavia soluzione nella differente prospettiva della irrilevanza penale del fatto" (35).

Quale che sia, poi, la "misura" dell'offesa è chiaro che essa è parametrata all'interesse protetto dalla norma incriminatrice, dunque, non appare scontata, anzi problematica (non foss'altro che sul piano dell'accertamento), l'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati di pericolo astratto o presunto come ai reati posti a tutela di beni immateriali e vaghi (quali, ad esempio l'economia pubblica, la fiducia nel corretto funzionamento del mercato finanziario, la fedeltà-non venalità del pubblico funzionario e così via); ed addirittura impraticabile là dove si ipotizzi l'esistenza di "reati di scopo senza offesa", privi cioè del necessario oggetto della tutela (si pensi ai cd. reati di possesso ovvero delitti-ostacolo) (36).

Nulla, di converso, sembra ostare a che il nuovo istituto trovi applicazione in relazione a reati che prevedono soglie di punibilità o di rilevanza penale dell'offesa. Alla tesi di chi sostiene che la cd. "soglia definisce di per sé una particolare tenuità del danno o del pericolo, confinandola, per l'appunto, al di là del limite normativo, nell'ambito del penalmente irrilevante" (37), sembra infatti, fondato opporre che nel momento in cui si riconosce che la soglia individua la misura dell'offesa rilevante, "non vi è motivo per escludere in via di principio una particolare tenuità dell'offesa, appunto in relazione ai fatti che si collocano *di poco* sopra le soglie stesse" (38). E ciò, del resto, è in linea colla giurisprudenza del giudice delle leggi secondo cui in caso di "eccedenza accertata di modesta entità" rispetto al limite-soglia il giudice può escludere la 'rilevanza penale' del fatto sulla scorta di una valutazione in concreto dei contenuti dell'offesa (39).

———

(33) Non può, tuttavia, non segnalarsi l'assurdo approdo cui si perverrebbe oggi – a seguito dell'introduzione del nuovo istituto – coll'accogliere la cd. concezione realistica del reato: per l'ipotesi di assoluta inoffensività della condotta, quale ipotesi di quasi-reato, potrebbe scattare l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata, per l'ipotesi di marginalità dell'offesa risulterebbe inapplicabile una qualunque misura penale; detto diversamente: nei casi in cui la condotta dell'agente non è suscettiva neppure di porre in pericolo l'interesse protetto si sottopone il soggetto riconosciuto *pericoloso* alla citata misura; nell'ipotesi in cui il fatto è tipico in quanto offensivo dell'interesse tutelato, seppure l'aggressione al bene sia 'marginale', l'agente non verrà in alcun modo sanzionato sul piano penalistico.

(34) Per tutte v. Trib. Roma, 2 maggio 2000, Ostensi, in *questa rivista*, 2001, p. 2532.

Critico rispetto all'orientamento giurisprudenziale Vinciguerra, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, 2006, vol. II, p. 2086 s.

(35) Così Grosso, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto*?, in *questa rivista*, 2001, p. 2535 s.

(36) Nel senso criticato nel testo v. Bartoli, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 666.

(37) Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21.

(38) 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. contemporaneo*, 22 aprile 2015.

(39) C. cost., sent. 26 marzo 1991 n. 333, in *questa rivista*, 1992, p. 1725.

10. CONCLUSIONI

Come con disincanto rileva Mantovani, solo «il tempo dimostrerà il *quantum* di effettiva incidenza della presente riforma (in sé anche condivisibile), ai fini della deflazione processuale e della riduzione della lentezza della giustizia». Ciò che preoccupa, è quanto con amarezza l'illustre penalista sottolinea ovvero il «rischio che la presa di coscienza collettiva della impunità delle microffese, della microcriminalità (che è poi quella che incide più negativamente sulla qualità della vita quotidiana di noi tutti) comporti la "licenza" delle stesse e il moltiplicarsi dei delitti di reazione: di autogiustizia» [40].

———

[40] Mantovani, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 321 s.

www.giuffre.it/riviste/penale