

QUESITI

PIETRO POMANTI

La clausola di particolare tenuità del fatto

SOMMARIO: 1. la legge delega ed il riconoscimento normativo dell'offesa. - 2. La "particolare tenuità del fatto" come causa di non punibilità. - 3. I limiti di applicazione della clausola. - 4. I rapporti con la circostanza attenuante della speciale tenuità. - 5. Le esclusioni oggettive. - 6. Gli istituti affini. - 7. Il momento applicativo. - 8. Gli effetti pregiudizievoli. - 9. La critica di eccessiva discrezionalità.

1. La L. 28 aprile 2014, n. 67 e, nello specifico, gli artt. 1 e 2 inerenti alle deleghe in materia di diritto penale sostanziale, hanno anticipato l'introduzione nell'ordinamento di un istituto "reclamato ormai da decenni e proposto praticamente in moltissimi progetti di riforma"¹.

La stessa magistratura² aveva manifestato piena adesione all'inserimento di uno strumento normativo capace di sottrarre alla sanzione penale situazioni connotate da un disvalore palesemente "minimo" ma, tuttavia, sussumibili in astratto in fattispecie incriminatrici tipiche.

Si evidenziava, al riguardo, come l'istituto non comportasse "la depenalizzazione di alcuna categoria di illecito penale, essendo rimesso comunque al magistrato, attraverso un procedimento interamente giurisdizionalizzato, l'apprezzamento, caso per caso e in concreto, della non punibilità".

Nel pensiero dell'interprete, infatti, l'introduzione di una clausola di tenuità risultava dettata da esigenze di giustizia quotidianamente sperimentate nelle aule giudiziarie, dove "la stridente contraddizione di un'applicazione di sanzioni formalmente ineccepibili ma obiettivamente sproporzionate alle reali dimensioni dei fatti oggetto dei giudizi, costituisce una delle principali disfunzioni del sistema (rispetto ai valori costituzionali, alle logiche normative ed al comune sentire dei cittadini), fonte di tensione del principio dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e a volte anche di forzature interpretative"³.

La clausola di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, dunque, lungi dal doversi ricondurre alla "inoffensività" del fatto⁴, attiene piuttosto ad una dimensione minima dell'offesa nel quadro di un fatto tipico, antiguridico e colpevole nonché ai principi generalissimi di proporzione e di economia processuale che, come si evince nella relazione illustrativa che accompagna la bozza del decreto legislativo istitutivo, hanno piena ed effettiva "dignità costituzionale".

¹ PALAZZO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Padova, 2014, 149 ss.

² Si veda lo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati*, 27 gennaio 2015.

³ *Ibidem*.

⁴ Cfr. sul tema, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 448 ss.

Sulla necessità dell'intervento normativo si è espressa anche la Corte costituzionale che, dopo aver evidenziato come il legislatore "ben" possa "introdurre una causa di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto strutturata diversamente senza richiedere tutte le condizioni previste dall'art. 34 d.lgs. n. 272 del 2000", ha accolto con favore le finalità della legge n. 67, del 28 aprile 2014. Si tratta, sempre a detta della Corte, di una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 sopra citato, poiché "configura la particolare tenuità dell'offesa come una causa di non punibilità, invece che con una causa di non procedibilità, con una formulazione che, tra l'altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla «non abitualità del comportamento»), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato"⁵.

Alla delega di cui all'art. 1, co. 1, lett. m) legge n. 67 del 2014 è così seguita l'introduzione, da parte del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, dell'art. 131-*bis* c.p., intitolato "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"⁶.

Malgrado la denominazione della rubrica, l'istituto non sembra limitarsi ad una valutazione oggettiva del "fatto" ma viene a prendere in considerazione più parametri (quali la particolare tenuità dell'offesa, le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo e la non abitualità del comportamento) che investono, si ritiene, anche il profilo soggettivo del reato, non solo con il riferi-

⁵Così Corte cost., n. 25 del 2015.

⁶ Art.131-*bis* c.p.: "Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, 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, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante".

mento alla non abitudine del comportamento, ma soprattutto con il riferimento all'art. 133, co. 1, c.p. inserito nella norma a seguito dei lavori in sede di Commissione giustizia della Camera⁷. Si può sostenere, dunque, che il legislatore, con il termine fatto richiamato nell'intitolazione della disposizione, abbia inteso riferirsi non solo al fatto offensivo tipico, ma anche alla dimensione soggettiva del reato richiamata implicitamente nel criterio delle modalità della condotta ("il parametro della modalità della condotta consente valutazioni anche di natura soggettiva riguardo il grado della colpa e l'intensità del dolo"⁸) ed esplicitamente nel riferimento all'intero co. 1 dell'art. 133 c.p. comprensivo anche del n. 3 c.p. ("dalla intensità del dolo e dal grado della colpa").

Il legislatore, in fondo, sembra aver ripreso tutti gli indici della criminalità bagattellare richiamati dal modello di *Krumpelmann* (disvalore di evento, disvalore di azione e disvalore della colpevolezza)⁹ ed ancora di piena attualità.

Tuttavia, dalla formulazione della norma, risulta evidente come il legislatore abbia posto al centro della norma l'elemento dell'offesa nella sua dimensione gradualistica, considerando le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo non come parametri autonomi di valutazione (che si aggiungono al parametro della tenuità dell'offesa), bensì come indici rilevatori della stessa tenuità dell'offesa, nel senso che quest'ultima si ricaverebbe proprio da una valutazione dei predetti criteri.

Da come è strutturata la disposizione, infatti, sembrerebbe che la tenuità dell'offesa si possa ricavare "solo" dalle modalità della condotta e dalla esiguità del danno o del pericolo, e dunque con una vocazione fortemente oggettiva.

⁷ Cfr. parere 3 febbraio 2015 Commissione Giustizia della Camera con condizioni ed osservazioni, XVII legislatura, bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, in www.camera.it.

⁸ Cfr. parere 3 febbraio 2015 Commissione Giustizia della Camera con condizioni ed osservazioni, XVII legislatura, bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, in www.camera.it.

⁹ KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlino, 1966, 92 e 129; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 130 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 388. Secondo il c.d. "modello di Krumpelmann", la nozione di esiguità riguarderebbe ogni elemento del reato. Il tradizionale modello di tipicità bagattellare, infatti, risulta caratterizzato dalla contemporanea esiguità del disvalore di evento, disvalore di azione e grado di colpevolezza ("una triarchia paritaria dei reati bagattellari"). Il disvalore dell'evento si traduceva nell'offesa al bene giuridico, mentre il disvalore dell'azione si poneva come l'intensità dell'offesa. Il modello bagattellare tracciato da Mayer e successivamente da Krumpelmann distingue fra i reati bagattellari propri o autonomi ed i reati bagattellari impropri o non autonomi. I primi risultavano caratterizzati da una pena lieve e non dovevano essere sottospecie di delitti astrattamente gravi: possedevano dunque già in astratto, "agli occhi del legislatore" natura di micro violazioni e come tali venivano sanzionati.

In effetti il legislatore, ai fini del riconoscimento della tenuità dell'offesa, concentra l'attenzione sulla incidenza esterna della condotta del reo, sull'impatto oggettivo dell'azione nei confronti del bene giuridico. I riferimenti alla dimensione soggettiva del reato, dunque, vengono a completare il quadro di valutazione facendo così emergere, nella norma, anche finalità di prevenzione speciale.

In ogni caso, il grande merito della previsione in esame non è solo quello di aver introdotto un istituto in grado di selezionare le fattispecie bagatellari e di sottrarle alla pretesa punitiva nelle ipotesi più tenui, in modo da alleggerire il carico processuale con una evidente finalità deflattiva (che insieme alla finalità di razionalizzazione dell'intero sistema sanzionatorio¹⁰ caratterizzano la clausola *ex art. 131-bis c.p.*), quanto piuttosto quello di aver introdotto per la prima volta, in una disposizione di parte generale del codice, la nozione di offesa ed il relativo principio che la sostiene¹¹.

Non vi sono riusciti i numerosi progetti di riforma intervenuti negli ultimi decenni (sia a livello costituzionale che processuale e sostanziale¹²) mentre, ironia

¹⁰ Così, FIDELBO, relazione al Convegno Roma Tre, 27 marzo 2015, Dall'emergenza alla "deflazione": il sistema sanzionatorio dopo la L. 28 aprile 2014, n.67

¹¹ cfr. sul tema DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2013, 4 ss.; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.; VASSALLI *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 629 ss. Sulle attuali prospettive dottrinarie e politico-criminali del principio di offensività, v. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 103 ss.; GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, spec. 8 ss.; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 1973, 14 ss., 82 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 55 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 445 ss.

¹² Progetto Pagliaro 1992 (cfr. PAGLIARO, Schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori, in *Ind.Pen.*,1994,244 e ss.); Progetto Riz (disegno di legge alla Presidenza del Senato il 2 agosto 1995; RIZ, Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari , in *Ind.Pen.*,1994,207 e ss); Progetto preliminare di revisione della Costituzione approvato in data 4 novembre 1997 dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali (art.129, 1 e 2 co. : "Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale. Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività"; cfr. in tema RAMACCI, *Il progetto della "Bicamerale"*, in *Studi Senesi*,1998,vol.2,211 e ss.); Progetto Grosso 1998 (Commissione Grosso 1 ottobre 1998, Inoffensività e irrilevanza del fatto, allegato alla relazione del 15 luglio 1999); Progetto Nordio 2005 (cfr.PAGLIARO, Il progetto di codice penale della Commissione Nordio, in *Cass. Pen.*, 2005, 244 ss.); Progetto Pisapia 2007 (cfr. CATENACCI,, *Brevi osservazioni in merito al principio di offensività nello schema di legge delega per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale predisposto dalla Commissione Pisapia*, Siracusa,2007); Cfr. anche Commissione Fiorella in tema di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione.

della sorte, vi è riuscita una norma in materia di deflazione sostanziale, processuale e penitenziaria¹³: un principio fondante del diritto penale, di pacifica rilevanza costituzionale¹⁴, inserito per la prima volta in una disposizione che tratta il tema della *quantità* minima del reato¹⁵.

Peraltro, tale norma sembra seguire una consolidata linea di tendenza dell'attuale politica criminale nell'area "della parte generale" (per distinguerla dalla coesistente, quasi antinomica, linea di tendenza nell'area "della parte speciale" costituita dal continuo crescente rafforzamento della tutela mediante previsioni di nuove fattispecie ed inasprimento sanzionatorio) volta all'alleggerimento dell'intervento punitivo penale, specialmente al fine di ridurre la popolazione carceraria ma anche, più in generale, al fine di avvicinare il sistema complessivo al canone dell'*ultima ratio*¹⁶.

Ciò a riprova dell'importanza del tema dell'"esiguità" – ormai definitivamente "penetrata nelle arterie e nelle vene del sistema penale per riformarlo e per dargli una dimensione più conforme alle mutate condizioni e ai nuovi assetti dello Stato di diritto"¹⁷ – fondata sulla concezione gradualistica del reato, quale canone di riferimento per la configurazione di possibili soluzioni processuali alternative¹⁸ e nuovi modelli sanzionatori in " un quadro sanzionatorio decisamente più ricco e flessibile e pertanto maggiormente rispondente all'istanza

¹³ PISANI, *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in *Emergenza carceri – radici remote e recenti soluzioni normative*, a cura di Del Coco, Marafioti, Pisani, Torino, 2014, 75 ss.; si veda pure MARAFIOTI, *Deflazione carceraria e tutela giurisdizionale penitenziaria: nuovi propositi e illusioni normative*, in *Emergenza carceri – radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., 5 ss.

¹⁴ DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 11: "Il fondamento positivo dei principi sopra indicati viene oggi ricondotto pacificamente (a parte la laicità riconducibile agli artt. 3, 19, 21 Cost.) agli artt. 3, 13 e 25 cpv., 27, co. 1 e 3 Cost., a una rilettura della legalità penale attraverso i principi di eguaglianza, al vincolo e al rango del bene giuridico più importante e tipico colpito dal diritto penale costituito dalla libertà personale, e al complesso delle garanzie che compongono lo statuto dell'intervento penale, a cominciare dalla distinzione tra pene (art. 25 cpv. e 27, co. 1 e 3, Cost.) e misure di sicurezza (art. 25, co. 3, Cost.), e dall'esigenza che il "fatto" punibile esprima un disvalore tale da giustificare un'esigenza non solo di personalizzazione della responsabilità (che un fatto di inosservanza formale neppure implicherebbe), ma anche di rieducazione-risocializzazione".

¹⁵ Moro, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 2 ss.

¹⁶ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture* (a proposito della legge n.67/2014) in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 1694 ss.

¹⁷ MUSCO, *Dalla dogmatica, quella "raffinata" alla politica, quella "criminale"*, in *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, a cura di Sgubbi, Fondaroli, Padova, 2011, 3 ss.

¹⁸ Risoluzione XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema "diversion e mediation" (Cairo, 1-7 ottobre 1984), in *Cass. pen.*, 1985, 533 ss.; CAMPANINI, *Alternative al giudizio penale nell'ordinamento*

dell' *ultima ratio*"¹⁹.

Secondo la concezione gradualistica del reato, quest'ultimo si presenta come una entità graduata²⁰ e graduabile²¹ e si fonda su una dimensione graduabile dell'illecito penale considerato nella sua interezza ed in tutti i suoi elementi costitutivi: fatto offensivo tipico, antigiuridicità, colpevolezza sino a giungere alla punibilità²² e, più in generale, alla commisurazione della pena²³.

Tale graduazione, peraltro, può intendersi sia in senso qualitativo (concernente le caratteristiche intrinseche ed astratte del reato o dei suoi elementi costitutivi) che quantitativo (relativa alla dimensione in concreto dell'illecito o delle sue componenti).

Così mentre il modo di essere qualitativo del reato, considerato nella sua interezza, "fissa il significato etico sociale del reato medesimo", la sua dimensione quantitativa evidenzia il relativo grado "di rilevanza giuridica" ovvero il quantitativo di "disordine giuridico cristallizzato nella forma propria di una singola specie delittuosa"²⁴.

È difatti il reato inteso come entità a scalare, in ogni sua componente, a regolare l'applicazione della clausola di non punibilità *ex art.131-bis c.p.*, rispondendo sempre ai principi di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale.

Esaltata la dimensione gradualistica del reato ed in essa dell'offesa, il legislatore ha inteso così sottrarre alla punibilità quei fatti caratterizzati dalla speciale esiguità sempre in una ottica di "riscrittura del sistema sanzionatorio" in chiave deflattiva, di depenalizzazione o quanto meno di decarcerizzazione²⁵ delle fattispecie più lievi.

americano: le tecniche di "diversion", in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, 131 ss.; GREVI, Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation" nel sistema penale italiano, in Rass. penit. e criminologica, 1983, 47 ss.;
¹⁹ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture* (a proposito della legge n. 67 del 2014), cit., 1697 ss.; "le maggiori possibilità sanzionatorie diverse dal carcere, offerte al giudice della cognizione, potranno seppure indirettamente reagire sugli istituti della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova, liberandoli dalla loro impropria funzione di decarcerazione e reimpostandone la concreta utilizzazione su più reali ed effettive finalità risocializzazione. Così che alla fine il sistema ne guadagnerà anche sotto il profilo della effettività e della coerenza, non risultando più caratterizzato dalla secca alternativa tra carcere e decarcerazione".

²⁰ PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, 695 ss.; CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra tipicità classificatoria e tipologie ordinate*, Padova, 2009, vol. XII, 49 ss.

²¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, 506.

²² Sulla teoria quadripartita, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001

²³ DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 356; GATTA, *Abolition criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008.

²⁴ Così, MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 3.

²⁵ COCO, *Punibilità e pene*, Padova, 2009, 62.

A tal proposito, non stupisce che tale clausola figuri nell'ambito di deleghe legislative aventi ad oggetto anche l'emanazione di nuove pene alternative, la previsione di criteri di sostituzione delle pene carcerarie tradizionali, di criteri di depenalizzazione e la previsione di una nuova disciplina sanzionatoria.

Così l'art. 131-*bis* c.p., nell'escludere la punibilità di condotte sanzionate con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero con la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, viene a riaffermare non solo il principio di offensività ma l'intera dimensione gradualistica dell'illecito penale tanto che tra gli indici rilevatori della tenuità rientrano, come si è detto, sia il grado dell'offesa e con essa la dimensione del danno o del pericolo e le modalità esecutive della condotta, che il grado della colpa o l'intensità del dolo.

L'applicazione della clausola di speciale tenuità dipende in ogni caso da una valutazione del caso concreto. Tale disposizione, infatti, "vive" interamente nel concreto. Si tratta, in sintesi, di valutare, in termini di quantità, la dimensione del fatto offensivo tipico nell'area circoscritta tra l'inoffensività e la dimensione "ordinaria" (non tenue) del fatto illecito. Non è un caso, difatti, che il criterio dell'esiguità sia legato - almeno sul piano storico - al dibattito sviluppatosi attorno al principio di offensività²⁶ ed in particolare al c.d. fatto inoffensivo conforme al tipo²⁷.

È questa l'ipotesi della c.d. offensività di confine, in cui senz'altro il fatto appare tipico, antiggiuridico e colpevole, ma la misura dell'offesa che ne consegue risulta tanto contenuta da far apparire sproporzionata, e in definitiva non giustificata, la sanzione penale²⁸.

Pertanto, mentre la nozione di "inoffensività" trova la sua ragion d'essere nella necessità di risolvere la "sfasatura" tra la corrispondenza al modello legale e la reale lesività degli interessi tutelati, viceversa, si ricorre a clausole di esiguità e tra queste all'art.131-*bis* c.p. quando, pur in presenza di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, esso risulti contrassegnato da una dimensione quantitativa di consistenza talmente lieve che l'applicazione della pena potrebbe addirittura apparire irragionevole e sproporzionata.

La speciale tenuità quale espressione del più generale concetto di esiguità si

²⁶ CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 193 ss.

²⁷ STELLA, *la teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.

²⁸ DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 40 ss.

mostra, dunque, come espressione del principio di *extrema ratio* del diritto penale, principio che dovrebbe trovare attuazione sia nel momento della formulazione della norma in astratto, sia nel momento dell'irrogazione della sanzione in concreto²⁹.

2. Da un punto di vista dogmatico, mentre la dottrina si era divisa sulla natura sostanziale o processuale delle clausole affini previste dal legislatore nel processo minorile (art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) ed avanti al giudice di pace (art. 34, d.lgs. n. 274 del 2000), non sembra vi siano dubbi sulla natura sostanziale di tale istituto³⁰ che opera, per espressa indicazione del legislatore, come causa di non punibilità³¹. Di conseguenza, quale norma più favorevole, può applicarsi anche ai processi in corso e pure per reati commessi prima della sua entrata in vigore³².

Si ritiene che l'inquadramento dell'istituto tra le cause di non punibilità³³, anziché tra le condizioni di improcedibilità, sia più corretto "poiché le condizioni di procedibilità sono costituite solitamente da atti o fatti che operano come tali, nella loro realtà fattuale senza implicare valutazioni come invece impone l'accertamento della tenuità dell'offesa ovvero della non abitualità del comportamento"³⁴.

L'art. 131-*bis* c.p., peraltro, poiché prende in considerazione anche una determinata situazione inerente alla posizione personale dell'agente ovvero la non abitualità del comportamento (oltre al requisito di natura oggettiva costituito dalla tenuità dell'offesa), potrebbe ritenersi operante come causa personale di

²⁹ BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 2000, 102 ss.

³⁰ Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GATTA.

³¹ In tal senso Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in www.cortedicassazione.it, cit.

³² SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, 20. In argomento, v. CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, rel. N.III/02/2015 in *Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario - Settore penale*.

³³ Sul tema, VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 609; ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, 2009; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55; ID., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Scritti in onore di Marinucci*, II, Milano, 2006, 1736; STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 397; ID., *Profili costituzionali della non punibilità*, *ivi*, 1984, 626.

³⁴ PALAZZO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 149.

esclusione della punibilità con la conseguenza che, nel caso di concorso di persone nel reato, troverebbe applicazione l'art. 119, co. 1, c.p., secondo il quale le circostanze soggettive che escludono la pena per taluno di coloro che hanno concorso nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. Si pensi ad una ipotesi di concorso di persone in un reato caratterizzato da una particolare tenuità dell'offesa, con taluno dei concorrenti gravato da precedenti specifici della stessa indole: nei confronti di quest'ultimo la causa di non punibilità non potrebbe trovare applicazione.

A ritenere, invero, la tenuità dell'offesa come principale parametro di valutazione della causa di non punibilità (come si crede) e la non abitualità del comportamento solo quale condizione di operatività dell'istituto o criterio sussidiario dettato più per esigenze di prevenzione speciale, tale clausola sembra ricondursi ad una tipologia di cause di non punibilità già sperimentata in tema di falso in bilancio, che si aggiunge alle tipologie tradizionali previste dalla manualistica³⁵. Le cause di non punibilità, così, non riguarderebbero solo alcune situazioni inerenti alla posizione personale dell'agente (cause personali di non punibilità) ovvero alcuni comportamenti dell'agente susseguenti alla commissione del fatto antigiuridico e colpevole (cause sopravvenute di non punibilità o di risoluzione della punibilità) o alcuni fatti naturali o giuridici successivi alla commissione del fatto antigiuridico e colpevole che sono indipendenti dal comportamento dell'agente o comunque non si esauriscono in un comportamento dell'agente (cause di estinzione del reato), ma – come a proposito dell'art. 131-*bis* c.p. – prenderebbero in considerazione anche una particolare caratterizzazione o quantificazione del fatto tipico, antigiuridico e colpevole (nel caso di specie, la dimensione minima dell'offesa; la c.d. tenuità dell'offesa), che viene a determinare una sottrazione del *fatto* dalla punibilità, con una sostanziale rinuncia alla pretesa punitiva³⁶ e dunque con effetti pari a quelli estintivi della punibilità in astratto³⁷.

La clausola *ex art. 131-bis* c.p., dunque, specie a considerare la punibilità come

³⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 499 ss.

³⁶ Sulla estinzione della pretesa punitiva, cfr. VASSALLI, *La pretesa punitiva*, Torino, 1942; PECORARO-ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967.

³⁷ SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Nss. Dig. It.*, II, Torino, 1960, 991; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003; Sull'inserimento, tra le cause di esclusione della punibilità, dei fatti estintivi, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 499 ss.

un autonomo elemento (“da aggiungersi alla tipicità, antigiuridicità e colpevolezza”) nella teoria generale del reato³⁸, si verrebbe a configurare come una causa di non punibilità che si verifica allorquando la tenuità dell’offesa, considerata unitamente alla non abitualità del comportamento, “impedisca che si realizzi” o meglio “comporti che venga meno”³⁹ la punibilità del fatto illecito. Peraltro, la formula “causa di non punibilità” è di creazione dottrinale e descrive figure - variamente definite dal legislatore che in particolare predilige il riferimento alla estinzione del reato, per essere già adottata nel codice penale⁴⁰ - comunemente consistenti in condotte antagoniste (es. recesso nel tentativo), condotte risarcitorie, restitutorie o reintegratorie rispetto a reati di danno in determinati settori quali la tutela del patrimonio⁴¹. Nel caso di specie, invero, la non punibilità deriva da una connotazione della struttura del reato legata essenzialmente alla esiguità dell’offesa.

Certamente tale istituto viene ad inserirsi “nell’ingresso prepotente sulla scena penalistica di nuove tecniche di tutela” con attribuzione di ampio spazio per definizioni alternative e degradazione delle sanzioni anche in chiave risarcitoria e restitutoria, con un recupero di significato dell’elemento della punibilità⁴².

In ogni caso, disquisire ulteriormente sulla natura sostanziale e processuale della clausola di speciale tenuità e più in generale sulla categoria delle cause di non punibilità in relazione a tale previsione⁴³, potrebbe apparire come un fuor d’opera.

In dottrina si è addirittura osservato come la non punibilità “abbia smesso di essere una categoria dogmatica astratta” ed abbia mutato sostanzialmente funzione, ora costituendo un vero e proprio surrogato della mancanza di tipicità, ora divenendo oggetto di un baratto addirittura dal contenuto monetizzabile⁴⁴. Secondo tale indirizzo, occorre interrogarsi piuttosto “sulle ragioni della non

³⁸ Cfr. in tema di cause di non punibilità COCO., *Punibilità e pene*, cit. 60.

³⁹ COCO, *Punibilità e pene*, cit. 60.

⁴⁰ Secondo alcuni Autori, la natura delle cause di non punibilità differirebbe sensibilmente da quella delle cause di estinzione. In tal senso v. COCO., *Punibilità e pene*, cit., 58 ss.

⁴¹ COCO, *Punibilità e pene*, cit. 59.

⁴² COCO, *Punibilità e pene*, cit. 59.

⁴³ MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, cit., 499 ss.

⁴⁴ MUSCO, *Dalla dogmatica, quella “raffinata”*, cit. 9: «È troppo chiaro che a questo punto la non punibilità diventa un oggetto di facile uso e consumo per le classi dominanti che attraverso di essa possono, come dire, guadagnare su due fronti: guadagnare sul fronte degli oltranzisti, dicendo, guarda, la legge te l’ho fatta tant’è che ho fatto una legislazione durissima sull’ambiente che non è più cosa astratta e, addirittura una tutela della vita anticipata; e guadagnare sul fronte della impunità (che nessuno prende in considerazione), perché spesso viene inserita una clausola di non punibilità che tutto risolve tutto aggiusta».

punibilità all'interno di un quadro di riferimento costituito dalle scelte di valore espressamente o implicitamente contenute nella costituzione repubblicana e fatte ormai proprie e metabolizzate da una scienza penalistica, che ha sostanzialmente cambiato volto⁴⁵.

Certamente la non punibilità conserva una duplice dimensione, sostanziale e processuale. Tuttavia, laddove la valutazione rimessa al giudice, come a proposito dell'art.131-*bis* c.p., riguardi non solo la dimensione dell'offesa e la sua collocazione nell'area della esiguità, ma anche le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo con i criteri di cui all'art. 133, co. 1, c.p. si ritiene che tale accertamento abbia ad oggetto parametri di valutazione di natura marcatamente sostanziale.

Sembra chiaro che, seppur introdotta in un progetto deflattivo, tale clausola rappresenta un limite di tipicità del reato, al di sotto del quale "il fatto non costituisce più delitto" specialmente se si considera la punibilità del fatto anti-giuridico e colpevole - con una valutazione in termini di opportunità o inopportunità dell'applicazione della pena⁴⁶ - come parte della sistematica quadripartita del reato.

Le cause di non punibilità sarebbero dunque l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne al fatto anti-giuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo⁴⁷.

In questo senso la non punibilità non si fonderebbe su una valutazione di meritevolezza e/o sul bisogno di pena⁴⁸, quanto piuttosto su ragioni di opportunità che determinano una rinuncia alla pena stessa⁴⁹.

Difatti, è compito del giudice circoscrivere l'area della tipicità della condotta penalmente rilevante, sulla base dei consueti criteri ermeneutici ed in particolare nel rispetto del principio di offensività che, per giurisprudenza costante della Corte costituzionale, costituisce canone interpretativo unanimemente accertato⁵⁰.

Inoltre, nell'art. 131-*bis* c.p., che è norma di chiusura di parte generale ed impedisce la punibilità dei fatti tipici caratterizzati da una offesa di speciale tenuità,

⁴⁵ MUSCO, *Dalla dogmatica, quella "raffinata"*, cit. 8.

⁴⁶ Sulla teoria quadripartita, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, cit., 468.

⁴⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. 496.

⁴⁸ ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 64 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 497.

⁴⁹ ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

⁵⁰ In questo senso Corte cost., n. 172 del 2014.

può ravvisarsi non solo una conferma del riconoscimento del principio di offensività, ma anche un espresso riconoscimento al c.d. principio di esiguità inteso quale canone di selezione del modello bagatellare ed indice di confine inferiore della tipicità, con un ruolo di vero e proprio limite tacito della norma penale⁵¹ (in termini di sufficienza qualitativo-quantitativa⁵²), una soglia delimitativa del *Tatbestand* imperniata sull'esiguità dell'offesa⁵³.

Tale clausola, invero, si fonda su una valutazione di opportunità della pena e tende ad evitare che la sanzione di microlesioni - immeritevoli di essere perseguite - possa scuotere il senso giuridico dei consociati e scatenare il sensazionalismo a corrente alternata dei mass media⁵⁴.

Non solo; una pena irrogata per fatti così tenui non potrebbe mai spiegare la sua funzione costituzionale, accentuando di certo la frattura tra il reo ed il tessuto sociale. Una pena irrogata per un fatto che nel comune sentire - ed a giudizio del reo - è sintomatica di un disvalore minimo (e tollerabile) se non addirittura inesistente, non potrebbe mai rieducare.

È così che l'istituto contribuisce a tracciare quel modello graduato di *Tatbestand* richiamato dalla dottrina⁵⁵, nel tentativo di enucleare un modello di reato bagatellare, che offra accettabili chances di inquadramento per i reati caratterizzati da una obiettiva esiguità al fine di individuare definizioni alternative, deflative o riparatorie, già presenti in altri ordinamenti, in particolare in quello tedesco⁵⁶ ed austriaco⁵⁷.

⁵¹ NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, 1947, Padova.

⁵² ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit*, cit., 377 secondo il quale "la percepibilità dell'aggressione al bene è infatti considerata come un requisito implicito del reato, in assenza del quale, nel caso concreto, la pena non si legittima né sotto il profilo sostanziale né sotto il profilo teologico", in nota n. 21, PALIERO, *Minima*, cit., 659.

⁵³ In tema, MORO, *Unità e pluralità*, cit.; GALLO, *Il dolo. Oggetto di accertamento*, cit.; PALIERO, *Minima*, cit., 656.

⁵⁴ PALIERO, *Minima*, cit. 742.

⁵⁵ Così, sia pure limitatamente ai reati bagatellari impropri, ancora PALIERO, *Minima*, cit., 742.

⁵⁶ L'istituto archiviatorio previsto dal § 153 StPO denominato appunto "*abbandono dell'azione penale per tenuità*", previsto nel sistema tedesco sui reati minori (i c.d. delitti, *Vergehen*), prende in considerazione non solo l'offesa nella duplice direzione della importanza del bene giuridico leso e del grado e intensità dell'offesa arrecata⁵⁶ (c.d. disvalore di evento) - es. l'ammontare del danno nei reati contro il patrimonio -, ma anche il disvalore dell'azione rappresentato dalle concrete modalità attuative della condotta nonché il grado della volontà colpevole, la c.d. colpa minima ovvero la più lieve volontà colpevole.

⁵⁷ Nell'ordinamento austriaco un analogo istituto fondato sulla esiguità della colpevolezza è previsto dal § 42 StGB del codice sostanziale rubricato: "assenza di meritevolezza di pena del fatto" richiamato anche nella relazione 15 luglio 1999 della Commissione Grosso dal titolo "Inoffensività e irrilevanza del fatto". Esiste anche un similare istituto della archiviazione condizionata previsto dall'art. 163 del codice di procedura penale sloveno, cfr. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., 1485 ss.

3. L'art. 131-*bis* c.p. prevede dei limiti alla operatività della causa di non punibilità.

Un primo limite è costituito dalla soglia sanzionatoria massima prevista dalla norma per l'operatività della clausola ovvero dal limite dei cinque anni di reclusione. Tale soglia, predeterminata dal legislatore, circoscrive l'area della esiguità qualitativa, con una esclusione oggettiva di tutte le fattispecie non ricomprese entro tale limite e dunque con una presunzione assoluta di non particolare tenuità dei reati eccedenti detta soglia, a prescindere da ogni valutazione nel caso concreto.

Tutti i reati la cui pena edittale superi tale limite, perciò, debbono intendersi comunque non particolarmente tenui, a prescindere da ogni indagine sulla reale dimensione quantitativa dei suoi elementi. In sostanza, un delitto recante un'offesa particolarmente tenue astrattamente sanzionato con una pena superiore ai cinque anni di reclusione, per espressa disposizione del legislatore, non potrebbe mai configurarsi come fatto di particolare tenuità *ex art 131-bis c.p.*. Inutile rilevare come tale limite sollevi alcune perplessità in ordine alla *ratio* di una siffatta previsione che, non solo sembra porsi in contrasto con la natura dell'istituto ma, soprattutto, evidenzia profili di irragionevolezza laddove non prevede una possibile applicazione della clausola in presenza di un'offesa assolutamente tenue, pur cagionata in fattispecie con pena edittale eccedente i limiti imposti dalla norma.

D'altra parte, se l'offesa si pone "al centro" del reato, è difficile comprendere come una sua dimensione "eccezionalmente tenue" non possa comportare una non punibilità del fatto anche in reati sanzionati astrattamente con pene superiori. Si pensi all'ipotesi della micro-ricettazione, rientrante nello schema tipico dell'art. 648, co. 2, c.p. che prevede una pena edittale sino a sei anni di reclusione⁵⁸ ovvero a determinate ipotesi di peculato o di furto aggravato che, non sembrano rientrare nei limiti di operatività della clausola.

A tal proposito, in sede di formulazione della norma, si era anche ipotizzato di mantenere il richiamo al criterio di cui all'art. 4 c.p.p., consentendo il bilanciamento o la rilevanza della sola circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p. (danno patrimoniale di speciale tenuità), soluzione che sarebbe stata "coerente

⁵⁸ A meno che, naturalmente, non si scelga di eludere il limite di operatività della norma attraverso l'*escamotage* della inoffensività proprio al fine di non sanzionare le ipotesi oggettivamente esigue, in tal modo avvalendosi della natura indeterminata e incerta del confine interpretativo che si sforza di distinguere il concetto della particolare tenuità da quello dell'inoffensività.

con la *ratio* dell'istituto" ed avrebbe consentito l'applicazione della clausola anche ai reati con una pena edittale superiore all'attuale limite, limitatamente ai casi più modesti⁵⁹.

Non v'è dubbio che il confine superiore del perimetro applicativo della clausola, costituito dal limite dei cinque anni di reclusione, debba essere determinato in astratto e non in concreto.

Il quarto comma dell'art. 131-*bis* c.p., che in parte richiama il testo dell'art. 157 c.p. ed adotta il criterio di computo – tendenzialmente generale – di cui all'art. 4 c.p.p.⁶⁰, conferma tale interpretazione, specificando come ai fini della determinazione della pena detentiva prevista dal primo comma non debba tenersi conto delle circostanze (sia attenuanti che aggravanti⁶¹), 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, casi in cui, rispettivamente, dovrà considerarsi il massimo della pena di specie diversa e l'entità della pena aumentata oltre i criteri ordinari.

La precisazione della seconda parte del quarto comma, che prevede che nei casi da ultimo citati ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69 c.p., interviene a sottolineare come in nessun caso i possibili effetti inibitori del ricorso a tale clausola possano essere eliminati attraverso la concessione di circostanze attenuanti o attraverso un eventuale giudizio di equivalenza o prevalenza delle circostanze medesime.

Pertanto, da come è formulata la norma, anche eventuali circostanze attenuanti che comportino una riduzione di pena superiore a quella ordinaria, sembrano potersi considerare ai fini della applicazione della clausola. Si pensi al caso dell'attenuante speciale del recesso attivo di cui al co. IV dell'art. 56 c.p..

Naturalmente l'operatività dell'art. 131-*bis* c.p. si estende anche alle contravvenzioni ed ai delitti tentati i cui limiti edittali debbono quantificarsi ai sensi dell'art. 56 c.p., sempre che il fatto concretamente contestato e rimasto allo

⁵⁹ V. *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati*, 27 gennaio 2015, cit.

⁶⁰ Si noti come tale disciplina, dettata in materia di determinazione della competenza, abbia trovato ampia estensione anche ad altri fini, come ad esempio in tema di misure cautelari personali e di attività di intercettazione.

⁶¹ L'art. 157 c.p. più diffusamente precisa "senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti".

stato di tentativo permetta l'individuazione, in concreto, della particolare tenuità dell'offesa che la consumazione del reato avrebbe determinato⁶².

Ulteriore limite alla operatività della clausola è rappresentato da un requisito di carattere soggettivo costituito dalla non abitualità del comportamento del reo, nozione che richiama gli istituti di cui agli artt. 102 e 103 c.p. con riferimento al termine "abituale".

Tale limite si mostra, in realtà, come un ulteriore requisito (che si aggiunge alla tenuità dell'offesa) richiesto dalla norma per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto.

Nonostante nella legge delega si fosse evidenziato come "non possa escludersi in via di principio l'applicabilità dell'istituto a un reato occasionale, che faccia seguito a distanza di molti anni ad una abitualità dichiarata a fronte di condotte disomogenee"⁶³, il co. 3 dell'art. 131-*bis* c.p. non sembra lasciare spazio ad una siffatta interpretazione.

Secondo il co. 3, infatti, un comportamento deve ritenersi abituale "quando vi sia stata una dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza" (occorre dunque una declaratoria da parte del giudice e non solo la sussistenza dei requisiti per la dichiarazione) ovvero "quando il reo abbia commesso più reati della stessa indole (sostanzialmente in presenza di una recidiva specifica pur non contestata o ritenuta) anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità" (considerando dunque anche le ipotesi non punibili *ex art. 131-bis* c.p.) nonché "nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate" (ad esempio le condotte plurime o abituali nella relazione incestuosa⁶⁴ o nel delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi⁶⁵ e le condotte reiterate negli atti persecutori).

⁶² Così Cass., Sez. un., 28 marzo 2013 n. 28243, in *Cass. pen.*, 2013, 3828.

⁶³ *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati*, 27 gennaio 2015, cit.

⁶⁴ Peraltro è rimasta nel tempo irrisolta la questione relativa alla sua natura di circostanza aggravante ovvero, piuttosto, di autonomo titolo di reato. Sul tema cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Codice penale Commentato*, p. s., Milano, 1999, sub art. 564 c.p., 2839.

⁶⁵ Trattandosi di una fattispecie che si perfeziona con il compimento di una pluralità di atti costituenti o meno autonomi reati legati tra loro dal vincolo della abitualità, cioè della continuità e ripetitività del tempo. V. MARINUCCI, DOLCINI, *Comm. c.p.*, Milano, 1999, sub art. 572 c.p., 2875. Sulla natura di reato necessariamente abituale che si caratterizza per la sussistenza di una serie di fatti per lo più commissivi ma anche omissivi i quali isolatamente considerati possono anche essere non punibili o non perseguibili

Poiché le condotte plurime, abituali o reiterate possono configurarsi anche nell'ambito di un singolo reato, non è chiaro se il legislatore utilizzando il termine "reati" - ai fini della qualificazione di una abitudine del comportamento - abbia richiesto la presenza di una pluralità di reati ovvero di un singolo reato, caratterizzato sempre da condotte plurime, abituali o reiterate.

Recita infatti la norma «il comportamento è abituale...nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate».

Nonostante l'utilizzo del termine "reati" al plurale, si ritiene che il legislatore abbia inteso riferirsi all'ipotesi del singolo reato. Diversamente, avrebbe richiesto la presenza di più reati in modo esplicito come peraltro disposto in materia di reati della stessa indole attraverso la formula "quando il reo abbia commesso più reati della stessa indole".

D'altra parte, sono proprio le connotazioni delle condotte - plurime, abituali e reiterate - ad evidenziare la tendenza dell'autore a commettere fatti illeciti anche attraverso la commissione di un singolo reato.

L'utilizzo di tale formula, comunque, non può dirsi perfetta. Seguendo la lettera della norma, infatti, la causa di non punibilità non sarebbe applicabile al reato di molestie - illecito dalla possibile dimensione bagatellare - che ben può risultare integrato da condotte reiterate⁶⁶.

Anche la distinzione, prevista nella disposizione, tra condotte plurime e reiterate appare superflua, atteso che queste ultime dovrebbero rientrare nel più ampio concetto di pluralità delle condotte.

Considerazioni a parte debbono svolgersi, invero, a proposito del reato continuato. In quest'ultimo certamente si trovano una pluralità di condotte nell'ambito del "medesimo" reato; tuttavia, in tale ipotesi, si ritiene che ai fini della applicazione dell'art.131-*bis* c.p. possa farsi riferimento non al "reato continuato" ma ai singoli reati che lo compongono senza che l'istituto della continuazione, per la sua natura a favore del reo, possa pregiudicare l'applicazione di un istituto più favorevole.

Il requisito soggettivo della non abitudine del comportamento, invero, appare più esteso ed i suoi confini ermeneutici meno rigorosi rispetto al requisito

ma acquistano rilevanza penale per effetto della loro reiterazione nel tempo, cfr. RONCO, *Il reato, Commentario sistematico al codice penale*, I, Torino, 2007, 130.

⁶⁶ Anche se il reato di molestia è un reato eventualmente abituale, cfr. RONCO, *Il reato, Commentario sistematico al codice penale*, Torino, 2007 140. Nel senso di ritenere tale delitto non necessariamente abituale con conseguente ammissibilità di una consumazione tramite una sola azione, cfr. Cass., Sez. I, 24 marzo 2005, n. 19718.

dell'occasionalità del fatto previsto dall'istituto affine di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, in tema di particolare tenuità avanti al giudice di pace.

Concettualmente la nozione di occasionalità – che lascia intendere qualcosa di realmente isolato nel tempo – è ben più ristretta della nozione di non abitualità. In linea astratta, potrebbe non considerarsi abituale anche una pluralità di comportamenti. In effetti, il legislatore avrebbe dovuto lasciare un'estensione applicativa più estesa alla clausola di improcedibilità avanti al giudice di pace penale che giudica reati bagatellari propri affidati ad una competenza per materia di rango inferiore.

La maggior ampiezza di operatività della clausola di cui all'art. 13-*bis* c.p., rispetto all'istituto affine, è il frutto dello spirito deflattivo della legge delega che ne ha disposto l'introduzione. L'istituto avanti al giudice di pace, invero, si preoccupa non tanto di alleggerire il carico giudiziario, quanto piuttosto di offrire una pluralità di soluzioni alternative per reati qualitativamente tenui nell'ambito di una giustizia riparativa⁶⁷.

4. Il quinto co. dell'articolo 131-*bis* c.p. fissa i rapporti tra la causa di non punibilità e la circostanza attenuante della speciale tenuità del danno o del pericolo con un evidente riferimento alla circostanza attenuante *ex art. 62, n. 4, c.p.*, disponendo che la causa di non punibilità in esame possa trovare applicazione anche nel caso in cui sia lo stesso interprete a stabilire che il fatto sia caratterizzato da una particolare esiguità.

In effetti, entrambe le norme rientrano nell'area della esiguità.

Tuttavia, mentre la circostanza attenuante generica *ex art. 62, n. 4, c.p.* ha quale parametro di valutazione la sola dimensione del danno o del pericolo, l'applicazione della clausola di particolare tenuità del fatto è subordinata ad una valutazione circa la tenuità dell'offesa ricavabile, oltre che dalla esiguità del danno o del pericolo, anche dalle modalità della condotta, sempre che sussista la non abitualità del comportamento.

In altri termini, la clausola in esame considera principalmente il tema della esiguità dell'offesa la quale deve potersi ricavare non solo dalla dimensione quantitativa del danno o del pericolo, ma anche dalle modalità della condotta (disvalore di evento e disvalore di azione).

⁶⁷ La giustizia ripartiva e i centri di servizio sociale per adulti, in *Documenti, primo monitoraggio, Commissione di studio sulla mediazione penale e la giustizia ripartiva* in www.giustizia.it.

Il riferimento al danno o al pericolo contenuto nell'art. 131-*bis* c.p., da intendersi strettamente connesso al bene giuridico protetto, mantiene dunque una connotazione che va ben oltre il mero dato patrimoniale. Il riferimento alle modalità della condotta, invero, impone la valutazione concreta delle modalità di aggressione al bene giuridico. D'altronde, trattandosi dell'offesa, tale valutazione non potrebbe limitarsi al dato quantitativo patrimoniale ovvero alle mere modalità esecutive della condotta stessa.

Peraltro il quinto comma dell'articolo 131-*bis* c.p. non fa espresso riferimento all'art. 62, n. 4, c.p., limitandosi a prevedere la configurabilità dell'ipotesi di cui al primo comma "anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante".

A prescindere dalle differenti dizioni utilizzate dal legislatore, si ritiene che la norma possa far riferimento anche all'ipotesi di cui all'art. 323-*bis* c.p., che riguarda la speciale tenuità del "fatto" (e non del danno o del pericolo) nei reati contro la pubblica amministrazione, ovvero all'ultimo co. dell'art. 219 L.F., nel caso in cui i fatti di bancarotta abbiano cagionato un danno di speciale tenuità. In effetti, non vi sarebbero motivi per escludere dalla possibile operatività della clausola di non punibilità, ipotesi che sono già qualificate dal titolare dell'azione penale come esigue in sede di contestazione.

Anche il co. 5 dell'articolo 73 D.P.R. n. 309 del 1990 fa riferimento a casi di "lieve entità" e dunque potrebbe ritenersi richiamato astrattamente dal co. 5 dell'art. 131-*bis* c.p., anche se tale norma introduce una figura di reato autonoma - in base al criterio testuale, a quello sistematico ed all'*intentio legis*⁶⁸ - con una pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni di reclusione e dunque perfettamente rientrante nei limiti di operatività della clausola di non punibilità.

In fondo, il co. 5 dell'art. 131-*bis* c.p. conferma come la particolare tenuità operi solo all'interno della tipicità, sottraendo dalla punibilità esclusivamente quei fatti che rientrano nei parametri della disposizione e nel contempo delineando il confine inferiore della tipicità medesima.

Difatti, la tenuità del fatto presuppone l'esistenza di una offesa, sia pure esigua ovvero nella sua graduazione minima. Il fatto inoffensivo, invero, si colloca al di fuori della tipicità.

⁶⁸ Cass., Sez. VI, 26 marzo 2014 n. 14288, in *Guida dir.*, 2014, 17, 86.

5. L'art. 131-*bis* c.p. contiene anche ulteriori limiti di carattere oggettivo alla operatività della causa di non punibilità.

Sussistono infatti delle esclusioni oggettive inserite dal legislatore ad evitare che determinati reati, ritenuti particolarmente odiosi o carichi di disvalore, a prescindere dalla dimensione dell'offesa, possano essere considerati non punibili. Valgono per l'esclusione di tali reati le medesime considerazioni espresse a proposito del limite dei cinque anni di reclusione previsto dalla norma per l'operatività dell'istituto.

Tali esclusioni - di carattere oggettivo - mal si conciliano con una visione dell'istituto basata sulla valutazione del caso concreto e sulla considerazione del reato fondato sull'offesa. Le ragioni di una siffatta esclusione - che prescinde da ogni valutazione sul caso concreto - risultano di difficile comprensione specie in presenza di un'offesa assolutamente tenue.

È come se il legislatore avesse inserito nel secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p. delle presunzioni assolute di non particolare tenuità.

Tale elencazione appare di difficile lettura anche perché si limita a richiamare ipotesi talvolta scontate ("l'evento morte è incompatibile con il concetto di tenuità dell'offesa"⁶⁹), altre volte assolutamente particolari o marginali; sembrerebbe, infatti, che tali ipotesi siano state inserite più per ragioni contingenti legate alle reazioni dei media e delle associazioni di categoria⁷⁰ a fronte di tale innovazione legislativa (prospettata all'inizio, fortemente, quale strumento di depenalizzazione in concreto), che per considerazioni di ordine sostanziale.

Molto probabilmente anche la presenza di più deleghe nell'ambito della medesima legge (una delle quali era in effetti diretta alla depenalizzazione ed altra alla introduzione di tale clausola di esiguità) ha contribuito a determinare una simile situazione di incertezza interpretativa.

Viene così oggettivamente esclusa la particolare tenuità del fatto, a prescindere da ogni valutazione sul caso concreto, sia quando l'autore ha agito per motivi abietti e futili (con una sostanziale riproduzione della circostanza aggravante *ex* art. 61, n. 1, c.p.) o con crudeltà, anche in danno di animali o ha adoperato sevizie (con chiaro richiamo al contenuto della circostanza aggravante *ex* art. 61, n. 4, c.p., integrata dalla figura degli animali⁷¹) o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della

⁶⁹ Cfr. parere Commissione Giustizia della Camera, cit.

⁷⁰ Cfr. Osservazioni ANIA, Confindustria Cultura, ENPA, LAV formulate alla Commissione Giustizia della Camera in sede di parere.

⁷¹ Art. 61, n. 4, c.p.: "l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone".

stessa (con un collegamento sostanziale al contenuto della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p., sia pure limitato alla difesa privata) ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona (così riproducendo, sostanzialmente, i caratteri tipici del delitto preterintenzionale).

Si tratta, come si è già detto, di presunzioni assolute di non particolare tenuità ancorate al testo normativo.

Il fatto che gran parte di tali condizioni siano già previste nell'ordinamento come circostanze aggravanti comuni lascia chiaramente intendere l'intenzione del legislatore di dar maggior risalto a tali particolari situazioni. Non sembra chiara, però, la ragione per cui non sia stata considerata ad esempio "la violenza" quale indice di esclusione ovvero siano state considerate solo talune circostanze aggravanti comuni, con evidente disparità di trattamento rispetto alle ulteriori circostanze, come se la crudeltà esercitata nei confronti degli animali possa esprimere un maggior disvalore rispetto, ad esempio, alle situazioni di cui all'art. 61, n. 11-*quater* (l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere).

6. Come già evidenziato, l'art. 131-*bis* c.p. trae la sua origine dalla esperienza degli affini istituti della irrilevanza del fatto nel processo minorile e della tenuità del fatto nel processo avanti al giudice di pace penale.

Si tratta sempre di istituti che muovono nell'area della esiguità.

In particolare, l'istituto della irrilevanza del fatto nel processo minorile previsto ex art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, si basa su parametri simili a quelli dell'art.131-*bis* c.p. (tenuità del fatto ed occasionalità del comportamento) senza fare espressa menzione all'offesa e con l'ulteriore parametro specializzante del possibile pregiudizio per le esigenze educative del minore. Non compare la connotazione della "particolare" tenuità come se fosse sufficiente una più elastica esiguità proprio in ragione della primaria finalità di recupero del minore.

In effetti, anche nell'istituto di cui all'art. 27 cit. con il termine fatto già s'intendeva il fatto offensivo tipico.

Risulta evidente come il legislatore, questa volta senza indugio, abbia voluto richiamare espressamente il principio di offensività nella parte generale del codice penale: il grande assente tra tutti i principi sino a tale disposizione.

L'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, invero, nel processo avanti al giudice di pace

penale, dispone la esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità ovvero quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità ed il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato.

Ben più articolati sono i parametri di tale causa di improcedibilità, che riguardano non solo la esiguità del danno o del pericolo rispetto all'interesse tutelato e la sua occasionalità (parametri affini a quelli di cui all'art. 131-*bis* c.p.), ma anche il grado della colpevolezza ed il possibile pregiudizio per le esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute per l'indagato o imputato.

Si tratta di parametri più complessi ed eterogenei rispetto a quelli dettati per la causa di non punibilità *ex art. 131-bis* c.p., molto probabilmente in ragione della tipologia dei reati attribuiti alla competenza del giudice di pace (bagatellari propri), della semplificazione del rito e della tenuità delle sanzioni penali che possono intervenire nel relativo giudizio cosicché solo in ultima ipotesi ed in presenza di tali parametri può essere dichiarata la improcedibilità dell'azione penale.

Ciò a sottolineare come avanti al giudice di pace – e dunque per i reati bagatellari propri – il rito tenda alla riconciliazione o riparazione e solo in ultima ipotesi, valutati tutti i parametri richiesti dal legislatore, alla improcedibilità dell'azione penale per i fatti caratterizzati dalla particolare tenuità.

7. La clausola di non punibilità *ex art. 131-bis* c.p. può trovare applicazione in ogni fase e grado del processo.

Nonostante il legislatore ne abbia prevista l'operatività anche nella fase delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 411, co. 1, (si tratta dell'ipotesi dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto) e co. 1-*bis* c.p.p., non può dirsi che tale istituto sia un istituto a carattere prettamente "archivatorio".

Anzi, la collocazione della causa di non punibilità all'interno del codice sembrerebbe deporre in senso contrario: se occorre individuare un momento "tipico", "naturale" per l'applicazione di tale istituto, questo sembra collocarsi nel momento processuale della decisione in seguito al dibattimento ovvero *ex art. 442* c.p.p.

Tale collocazione della norma evidenzia come la clausola di non punibilità

possa trovare applicazione solo previo accertamento positivo della responsabilità (anche sotto un profilo probatorio) e dunque principalmente nella fase della applicazione della sanzione: in quel preciso momento il giudice, anche di ufficio, verificato che il fatto rientra nei parametri di cui all'art. 131 *bis* c.p., deve applicare la causa di non punibilità anziché condannare l'imputato ad una pena, con una naturale (quanto mai ovvia) prevalenza della formula assolutoria. Difatti, non solo la stessa collocazione dell'istituto "prima dell'art. 132 c.p." ma soprattutto la modifica della denominazione del Titolo V (ora denominato "Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena") e del Capo I (ora intitolato "Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena") *ex art.* 1 d.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 sottolineano sia il particolare risalto che il legislatore ha voluto riconoscere a tale istituto, che la diretta incidenza della clausola nel momento applicativo della pena.

In ogni caso, l'istituto può trovare applicazione anche nella fase delle indagini preliminari *ex art.* 411 c.p.p., prima del dibattimento *ex art.* 469, co. 1-*bis*, c.p.p. (previa audizione della persona offesa, se compare), all'esito del dibattimento con sentenza di proscioglimento *ex art.* 530 c.p.p. come indica l'art. 651-*bis* c.p.p., ma anche nella fase di appello *ex art.* 598 c.p.p. ed anche oltre i limiti del devoluto⁷².

L'operatività della clausola, peraltro, seguendo il dato normativo non sembra poter rientrare nell'ambito dell'art. 129 c.p.p. (che prevede solo le cause di estinzione e di non procedibilità e non anche le cause di non punibilità⁷³), anche se la giurisprudenza ha più volte espressamente ammesso la rilevabilità di queste ultime, appunto, con sentenza *ex art.* 129 c.p.p.⁷⁴.

⁷² Costituisce, infatti, principio generale quello per cui "il giudice di appello...è obbligato per fini di legalità superiore della giurisdizione" a pronunciarsi non solo di ufficio, ma anche al di là dei punti oggetto dei motivi proposti, o comunque inscindibilmente connessi, nel caso di "applicazione di una legge penale più favorevole *ex art.* 2 c. p." Così, CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, rel. N. III/02/2015 in *Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario - Settore penale*.

⁷³ Poiché la causa di non punibilità può essere dichiarata solo a seguito dell'accertamento della penale rilevanza e dell'attribuibilità all'imputato del fatto per cui si procede. In questo senso cfr. MARZADURI, *sub art.* 129, in *Comm. al nuovo c.p.p.*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 117. Si veda pure CORBO-FIDELBO *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, rel. N.III/02/2015 in *Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario - Settore penale, cit.*

⁷⁴ Tra tutte, v. Cass., Sez. VI, 1 marzo 2001, Fiori, in *Mass. Uff.*, n. 218875. Sul tema, cfr. CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, rel. N.III/02/2015 in *Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario - Settore penale*. Si veda pure

Il consenso o la mancata opposizione della persona offesa non sono richiesti per l'operatività della clausola e ciò anche al fine di evitare una "sterilizzazione" delle capacità deflative dell'istituto⁷⁵; certamente il "pensiero" della persona offesa, espresso in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione ovvero in udienza camerale ma anche al dibattimento se costituito parte civile, potrà essere preso in considerazione dal giudice in sede di valutazione, nel rispetto dell'art. 111 Cost. il quale ammette che possono essere adottate forme semplificate di contraddittorio "in ragione della particolare e più lieve natura degli effetti prodotti dalla pronuncia in un ragionevole quadro di bilanciamento delle esigenze in gioco"⁷⁶.

Manca nella introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. una norma transitoria.

Problemi interpretativi, infatti, potrebbero porsi nei processi che si trovano pendenti in Corte di cassazione al momento di entrata in vigore della norma e per le sentenze irrevocabili.

Nel primo caso, la Corte potrebbe valutare su istanza della difesa (motivi nuovi o direttamente in udienza qualora l'entrata in vigore della causa di non punibilità dovesse risultare intervenuta oltre la scadenza dei relativi termini), ma anche di ufficio *ex artt.* 609, co. 2, c.p.p. e 2, co. 4, c.p. (trattandosi di questione che non si sarebbe potuta sollevare in grado di appello), la sussistenza in astratto dei presupposti per una applicazione della causa di non punibilità, rimettendone la decisione al giudice di merito in caso di disamina positiva, dichiarandola con immediatezza⁷⁷ qualora dal corpo della sentenza dovesse emergere con assoluta chiarezza la presenza della causa di non punibilità ovvero rigettando il ricorso qualora dovessero risultare nel provvedimento impugnato dati di segno contrario alla particolare tenuità del fatto.

In caso di irrevocabilità della sentenza, invero, occorre valutare se l'imputato possa rivolgersi al giudice dell'esecuzione per una decisione sul punto pur in

Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, *De Rosa*, in *Mass. Uff.*, n. 230529.

⁷⁵ PALAZZO, Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67 del 2014), cit., 1708 "eccessivo sarebbe, invece, conferire un vero e proprio diritto di veto a vittima ed indagato, con la conseguenza di impedire necessariamente l'archiviazione e di rendere applicabile l'istituto solo a seguito di contraddittorio in udienza. Una simile soluzione, che finirebbe per sterilizzare le capacità deflative dell'istituto, non sembra imposta, non già dalla delega che tace completamente in proposito, ma neppure da nessun principio pertinente".

⁷⁶ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67 del 2014)*, cit., 1709.

⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 26 aprile 2012, Cirillo, in *Mass. Uff.*, n. 252506, in tema di immediata applicazione di una causa di non punibilità intervenuta nelle more del giudizio di legittimità, con sentenza di annullamento senza rinvio.

manca di una espressa previsione legislativa. L'art. 2, co. 4, c.p. limita l'applicabilità dello *ius superveniens* alla fase anteriore al giudicato.

Tuttavia, occorre stabilire se l'introduzione di tale causa di non punibilità, di natura sostanziale, consenta al giudice dell'esecuzione di affrontare una siffatta questione tramite una interpretazione estensiva dell'art. 2, co. 2, c.p., considerando tale valutazione come una decisione rientrante tra i presupposti della revoca ex art. 673 c.p.p.; in fondo, venendo meno la punibilità, in una sistematica quadripartita dell'illecito penale, verrebbe meno anche il reato⁷⁸. A ciò si aggiunga l'orientamento della dottrina che qualifica tale istituto come uno strumento di depenalizzazione in concreto⁷⁹.

8. Tra gli effetti "pregiudizievole" dell'applicazione di tale clausola di esclusione della punibilità rientra certamente l'efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno, come stabilito dall'art. 651-*bis* c.p.p..

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 condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale.

La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'art. 442 c.p.p., salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato.

Prima dell'esercizio dell'azione penale, nessun effetto di giudicato potrebbe attribuirsi al decreto di archiviazione in ragione della natura procedimentale del provvedimento.

La causa di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p. può essere rilevata d'ufficio ("la punibilità è esclusa") e non è rinunciabile o "disponibile". Difatti, mentre per

⁷⁸ In tal senso, vedi anche le linee guida della Procura di Lanciano pubblicate su www.penalecontemporaneo.it; cfr. su tutti gli aspetti processuali, CORBO, FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, rel. N.III/02/2015 in *Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario - Settore penale*.

⁷⁹ DOLCINI, relazione al Convegno Roma Tre, 27 marzo 2015, *Dall'emergenza alla "deffazione": il sistema sanzionatorio dopo la L. 28 aprile 2014, n. 67*.

l'applicazione di altre cause di non punibilità può risultare necessaria una condotta processuale della parte che intende farla valere - ad esempio fornendo la prova del rapporto di parentela per la non punibilità *ex art. 649 c.p.* nei reati contro il patrimonio ovvero attraverso la prova della reciprocità delle offese nel delitto di ingiuria - per l'applicazione della causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* il giudice non ha bisogno di una condotta processuale "collaborativa" dell'imputato: è sufficiente la valutazione degli atti ed il controllo del casellario giudiziario per verificare la non abitualità della condotta per raggiungere la prova obiettiva del fatto.

Se a ciò si aggiunge che la sentenza di proscioglimento non è appellabile sia *ex art. 469 c.p.p.* che ai sensi dell'*art. 593 c.p.p.* da parte dell'imputato, risulta di tutta evidenza il possibile pregiudizio in caso di proscioglimento *ex art. 131-bis c.p.*, specie per i possibili riflessi di natura civilistica, in ragione di un giudicato che investe l'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale, e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso.

Tuttavia, se uno dei presupposti per l'operatività della clausola è costituito dalla tenuità del danno e del pericolo, è evidente che l'eventuale "pregiudizio" non potrebbe che riguardare somme esigue di risarcimento. E' anche vero, però, che spesso nel giudizio penale il giudice non effettua una quantificazione del danno limitandosi a pronunciare una condanna generica *ex art. 539 c.p.p.*. Così, nel seguente giudizio civile per la quantificazione del danno, ben potrebbe emergere un danno certamente non lieve.

Medesime conseguenze nel giudizio abbreviato, tranne nel caso in cui la parte civile non lo abbia accettato, opponendosi espressamente *ex art. 651-bis, co. 2, c.p.p.*

Altro possibile effetto pregiudizievole in caso di proscioglimento per particolare tenuità del fatto è la iscrizione della relativa pronunzia, benché assolutoria, nel casellario giudiziale ai sensi dell'*art. 3, co. 1, lett. f) D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313.*

La motivazione di tale iscrizione è evidente: rendere conoscibile il proscioglimento anche al fine di evitare che il giudice possa applicare la clausola di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* più volte, senza considerare, appunto, la "abitualità" del comportamento.

In ogni caso, tale iscrizione non viene riportata nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale a richiesta dall'interessato *ex artt. 24, co. 1, lett. f) e 25, co. 1, lett. f) D.P.R. cit.*

L'iscrizione viene comunque eliminata *ex art. 5, co. 2, lett. d)*, decorso il termine di dieci anni dalla relativa pronuncia.

Sono proprio tali effetti pregiudizievoli che hanno determinato l'introduzione dell'art. 411, co. 1-*bis* c.p.p. che consente non solo alla persona offesa ma anche alla persona sottoposta alle indagini la facoltà di presentare opposizione indicando, a pena di inammissibilità, non "l'oggetto delle investigazioni suppletive e i relativi elementi di prova" come previsto nel caso di opposizione *ex art. 410 c.p.p.*, bensì le sole ragioni del dissenso rispetto alla richiesta⁸⁰.

9. La critica maggiore mossa alla clausola di specie è stata quella di "eccessiva discrezionalità" nel senso che risulterebbe offerto all'interprete uno strumento eccessivamente discrezionale, in grado di attenuare, se non addirittura minare, il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Anche l'inserimento dei numerosi parametri di valutazione, comprese le esclusioni e le presunzioni, contribuisce a rendere maggiormente complessa la valutazione del caso concreto, con il rischio di un ulteriore aumento di discrezionalità dell'istituto nella fase applicativa.

In effetti, attraverso tale clausola, il giudice può effettivamente sottrarre alla punibilità fatti assai diversi tra loro. Non è la prima volta che la valutazione dell'operatività di determinate circostanze di reato attenuanti o aggravanti (ad es. in tema di danno *ex artt. 62, n. 4, o 61, n. 7, c.p.*) ovvero di determinate fattispecie attenuate (si veda l'art. 648 co. 2 c.p. o il co. 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990) risulterebbe rimessa *in toto* all'interprete.

Invero sulla punibilità, o meglio sulla determinazione della soglia di punibilità, non vi sono precedenti specifici.

Di solito è il testo normativo a fissare in termini quantitativi le soglie di punibilità, come ad esempio in materia di reati contributivi, tributari, societari, ambientali, fiscali o nei reati di guida in stato di ebbrezza, con una sorta di presunzione legale di rilevanza penale dei fatti.

⁸⁰ Art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p. "se l'archiviazione richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso la persona sottoposta alle indagini alla persona offesa, precisando che, nel termine di 10 giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'art. 409, co. 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'art. 409, co. 4 o 5".

Peraltro, se così è, non vi sarebbe motivo per escludere l'applicabilità della clausola di particolare tenuità a quei fatti che si collocano di poco sopra le soglie di punibilità⁸¹ ovvero nell'area della esiguità, salvo non ritenere che, qualora sia lo stesso legislatore a fissare la soglia di punibilità, quest'ultimo nella determinazione delle stesse abbia già effettuato una valutazione di opportunità della sanzione penale.

A ritenere, comunque, le soglie di non punibilità (previste ad esempio nei reati tributari) come elementi costitutivi del reato e non come condizioni obiettive di punibilità⁸², si ritiene che la clausola della particolare tenuità possa comunque operare nell'area ricompresa tra la minima rilevanza del fatto e la particolare tenuità dello stesso⁸³.

Per limitare l'ampia facoltà discrezionale lasciata all'interprete si era anche ipotizzato di "integrare il testo normativo con indicazioni più o meno specificamente definite ed eventualmente ricavate dalle circostanze del reato ex art. 133 c.p. che indirizzassero l'interprete nella valutazione della tenuità", magari per categorie omogenee di reati. Una tale opzione, tuttavia, avrebbe rischiato "di irrigidire l'ambito del prudente apprezzamento del giudice, imbrigliandolo in una griglia di previsioni astratte" che avrebbero potuto risultare "irragionevoli, una volta calate nel caso concreto"⁸⁴.

Un parametro rigido, quantitativo e qualitativo, astrattamente predeterminato, potrebbe infatti risultare inidoneo ai fini di un apprezzamento efficace, giusto e rispettoso del principio dell'uguaglianza davanti alla legge e della varietà di casistica che l'esperienza giudiziaria deve affrontare. Si è detto in proposito come occorra "avere fiducia nella capacità della magistratura ordinaria di gestire al meglio il compito che il legislatore le affida"⁸⁵.

Si è già sottolineato, comunque, come i criteri oggettivi posti a fondamento dell'operatività della clausola di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p. siano "definiti

⁸¹ Cass., Sez. III, 8 aprile 2015 cit.

⁸² Cass., Sez. III, 18 ottobre 2013, n. 42868, in *www.giurisprudenzapenale.com*, secondo la quale le soglie di punibilità previste per i reati tributari dal d.lgs. n. 74 del 2000 hanno natura di elementi costitutivi del reato e non di condizioni obiettive di punibilità.

⁸³ Di differente avviso le linee guida della Procura di Lanciano, consultabili in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁸⁴ *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati*, 27 gennaio 2015, cit.

⁸⁵ *Ibidem*.

ma al tempo stesso dotati di opportuna flessibilità in modo da consentire un'applicazione dell'istituto compatibile con il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale⁸⁶.

Per tale via, la clausola di non punibilità non sembra porsi in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale "correttamente intesa quale divieto di valutazione improntata all'opportunità del caso per caso" posto che tale istituto "corre lungo binari fissati una volta per tutte dalla legge, seppure in forma di criteri valutativi"⁸⁷.

Peraltro, le esperienze delle clausole di esiguità già operative nell'ambito del processo minorile e del giudice di pace penale, sia pure con le rispettive peculiarità, non hanno mostrato particolari problemi interpretativi.

Questi istituti, difatti, appaiono indirizzati verso ragioni di giustizia sostanziale⁸⁸, in quanto rimettono al prudente apprezzamento del giudice ed alla sua discrezionalità ogni valutazione circa la opportunità o meno della pena, con un possibile affievolimento dello *ius puniendi* in ragione della minima lesività del fatto.

In tale prospettiva, l'ambito discrezionale lasciato al giudice non deve essere inteso come un difetto, quanto piuttosto come una *esigenza* del sistema penale posto che il principio di legalità, pur rappresentando il miglior argine contro ogni forma di abuso o di arbitrio, rischia di degenerare, ove inteso alla lettera, in un sistema casistico esasperato con tutti i disagi ad esso connessi⁸⁹.

Del pari, quanto più le formule della legge sono particolari, tanto meno si adattano a comprendere la infinita varietà dei casi che forgia ogni giorno la inesauribile inventiva della storia⁹⁰.

⁸⁶ Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015 cit.

⁸⁷ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67 del 2014)*, cit., 1706.

⁸⁸ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit. 1707; «Se poi si considera che la moderna legislazione, per una ragione o per l'altra, offre viepiù esempi di tipizzazioni criminose difettose, incapaci di operare selezioni sempre più difficili, ben si comprende che l'irrelevanza del fatto finisce per essere anziché un espediente efficientistico una vera e propria necessità di giustizia».

⁸⁹ ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008, 17 ss; CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale*, in *Giust. pen.* 1945, 118 ss.

⁹⁰ CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale*, cit.