

ORIENTAMENTI

MARIA BEATRICE MAGRO

Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale **Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa**

SOMMARIO: 1. Una premessa generale. - 2. Normativizzazione del principio di tenuità dell'offesa come causa di non punibilità. - 3. L'attuazione dell'offensività nella giurisprudenza della Corte costituzionale e di legittimità. - 4. Concezione gradualistica del reato e illecito bagatellare. - 5. L'art. 131-bis codifica l'esiguità dell'offesa in senso qualitativo (illecito tenue in astratto) e in senso quantitativo (illecito tenue in concreto). - 6. Irrelevanza, tenuità dell'offesa e inoffensività. - 7. Indici oggettivi e soggettivi di tenuità dell'offesa. In particolare: "non occasionalità del comportamento" e colpevolezza - 8. Le ripercussioni dogmatiche della codificazione del principio di tenuità dell'offesa. Considerazioni e osservazioni. **a)** La prima osservazione: la codificazione del principio di tenuità dell'offesa prescinde dalla teorizzazione del bene giuridico. - **b)** La seconda considerazione: residua uno spazio di applicazione per l'art. 49, co. 2, c.p. solo in caso di "inesistenza dell'oggetto"? - **c)** La terza considerazione: *quid iuris* in caso di errore sulla tenuità dell'offesa?

1. Una premessa generale¹

Il reato non è un'entità giuridica astratta, ma un fatto umano, un comportamento dell'uomo che, come tale, è refrattario a rigide e deterministiche classificazioni o inquadramenti. Ogni azione umana ha un che di insopprimibile unicità, nelle sue modalità di realizzazione, nei suoi significati, nel contesto in cui si inserisce, nel grado di offesa arrecata, ed anche nella sua eziologia e scaturigine. Ecco perché anche gli studi criminologici più recenti sono ormai lontani da una prospettiva di ricerca delle "cause" del crimine, per evidenziare fattori favorevoli che possono influenzare, ma non determinare, il processo criminogenetico.

Queste osservazioni hanno dell'ovvio; altrettanto ovvie sono le istanze che sono alla base del potere punitivo statale, chiamato a giudicare il comportamento umano secondo una prospettiva rigidamente deontologica, con finalità repressive-preventive.

La legge penale - almeno nella sua versione classica illuministica - ruota attorno all'idea ambiziosa di poter raffigurare le condotte umane imprimendo loro delle connotazioni indelebili, che ne scolpiscono la tipicità, la ripetitività, la riconducibilità ad uno schema astratto predeterminato.

Quest'ambiziosa idea si sviluppa storicamente in *favor rei*: la mente razionale del legislatore è in grado di elevare il comportamento umano ad ente astratto

¹ Il presente scritto verrà inserito nella raccolta degli atti del convegno svolto presso l'Università degli Studi Roma Tre intitolato «Dall'emergenza alla "deflazione": il sistema sanzionatorio dopo la l. 28 aprile 2014, n. 67», 26 e il 27 marzo 2015, Roma.

- l'ente giuridico - e questo processo di astrazione-razionalizzazione avviene nell'interesse e a garanzia dell'uomo-reo, che sarebbe altrimenti in balia dell'arbitrio (*rectius*: emozioni) di un altro uomo.

L'idea di una stretta legalità reca in sé qualcosa di metafisico: suppone l'esistenza di un soggetto superiore, razionale, lontano dalle passioni, che riesce a guardare le azioni umane con un certo distacco, e quindi ad imprimere loro una valutazione normativa infallibile, coerente con gli scopi perseguiti.

In questa teorizzazione la legge penale esprime l'archetipo della razionalità strumentale.

Anche il principio di offensività, così come declinato dalla Corte costituzionale, costituisce esso stesso, nelle sue teorizzazioni più fiduciose, uno dei canoni di controllo di costituzionalità della razionalità politico-criminale dei contenuti della legge penale, qualora questa non sia espressione della razionalità degli scopi e dei valori coinvolti.

Questa entusiastica illusione deve fare i conti con due considerazioni: già sul versante teorico, il principio di offensività si è rivelato inconsistente, privo di contenuti predeterminati una volta per tutte, incapace di svolgere un reale controllo sulla razionalità delle scelte operate dal legislatore, in quanto privo, a sua volta, di un saldo parametro di riferimento (l'interesse meritevole di tutela). E' questo il c.d. paradosso del principio di offensività: da un lato principio contenutistico, di controllo sui contenuti e valori della legge penale, dall'altro privo di contenuto prescrittivo realmente predeterminato al giudizio di costituzionalità; non vi sono strumenti saldi per sindacare la carenza di razionalità del sistema penale².

L'altra constatazione è ancora più deludente: c'è da prendere atto che quest'idea di Legge, espressione della razionalità strumentale, non appartiene alla realtà di una democrazia fatta di molti uomini e di molte politiche; men che meno appartiene alla nostra attuale realtà storica. Il legislatore moderno è, più di ogni singolo individuo, esposto all'onda delle emozioni, sedotto dalle pressioni e dai bisogni di sicurezza, e non sempre agisce nell'interesse del reo, ma talora lo strumentalizza, per fini politici, simbolici.

Anche il giudice non è la bocca impersonale e asettica di una legge altrettanto asettica ed impersonale, ma un uomo che giudica un altro uomo, talora in modo troppo prevedibile (se si attiene a standard giurisprudenziali consolidati, tanto da essere stereotipati), talora in modo troppo imprevedibile (se rispecchia le istanze di bisogni di sicurezza dell'ultima ora, se si appiattisce agli

² PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 355; ID., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e principi costituzionali*, 1996.

indirizzi o di governo o di partito).

L'operazione decisoria che il giudice è chiamato ad esprimere, in quanto giudizio umano in condizioni di incertezza cognitiva, è il risultato di una sottile interazione tra mente razionale e mente emozionale, ove la parte emozionale ha una forte incidenza³. Queste variabili soggettive ed emozionali fanno sì che il meccanismo della decisione sia un tipico esempio di fenomeno caratterizzato da un elevato grado di entropia - vale a dire di distorsione, e quindi di imprevedibilità - derivante dalla molteplicità e varietà di possibili cause di interferenza.

Prendiamo dunque atto che il sistema "giustizia penale" rientra nella categoria dei "sistemi complessi", ovvero un sistema i cui elementi subiscono modifiche singolarmente prevedibili, ma di cui non è possibile, o è molto difficile, prevedere lo stato futuro; i sistemi complessi seguono un comportamento paradossale, non lineare e contro-intuitivo, che non soggiace a regole causali e che è il risultato della interazione caotica di vari fattori.

È il declino dell'idea di una razionalità onnipotente, garantita dal processo di formazione costituzionale e democratica della legge penale. È il declino dell'idea di una mente superiore, immune da passioni ed emozioni, espressione di una razionalità che è criterio di misurazione e valutazione dell'esistente.

L'idea del limite, coesistente in qualunque esperienza umana, si affaccia nell'ordinamento giuridico, a salvataggio di una giustizia penale alle prese con contesti sociali complessi, multiculturali, con la scarsità delle risorse economiche, con aspettative molto elevate di realizzazione dei diritti umani, pressata dalla politica contingente e dai bisogni collettivi di sicurezza.

2. Normativizzazione del principio di tenuità dell'offesa come causa di esclusione della punibilità

La recente introduzione dell'art. 131-bis c.p. pone al centro della riflessione un tema di teoria generale del reato tanto antico quanto controverso: quello della quantificazione dell'offesa in misura talmente lieve o esigua da non meritare una risposta sanzionatoria.

Invero, non si tratta di un'idea inedita del legislatore post-moderno, alle prese con un complesso "sistema giustizia" che non riesce più a governare, ma

³ RUMIATI, *Decidere: con quali informazioni?*, in *L'operazione decisoria da emanazione divina alla prova scientifica*, a cura di De Cataldo Neuburger, 2014, Milano, 55; BERTOLINO, *Prove neuropsicologiche di verità penale*, in www.penalecontemporaneo.it; FAIGMANN, *Implicit biases in court*, in *Ucla Law Review*, n. 59, 2012, 1124; GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in *Cass. pen.*, 2009, 4040.

l'aspirazione più elevata di tutti i pensatori della teoria della pena, da quelli "classici" (Beccaria, Stuart Mill, Feuerbach, Binding, Birnbaum, etc.), fino ad arrivare alle moderne teorie di matrice anglosassone (Joel Feinberg).

La clausola di non punibilità introdotta dall'art. 131-*bis* c.p. si riferisce alla particolare tenuità del fatto. Questa tenuità attiene - lo dichiara la rubrica - alla dimensione minima dell'offesa del fatto tipico, da quantificarsi in virtù dei principi di ragionevolezza, proporzione ed economia processuale⁴.

L'art.131-*bis* c.p., pur animato da una pratica e contingente esigenza deflattiva, presenta una portata teorica di elevatissimo livello, con conseguenti, altrettanto notevoli, ripercussioni dogmatiche: esso codifica il principio di offensività, enuncia la nozione di offesa ed il relativo principio che la sostiene, riconoscendo ad esso una dignità normativa espressa, fino ad oggi non sempre ammessa⁵. Attraverso il recupero della valenza normativa del principio di offensività (e implicitamente del suo converso: l'inoffensività) la scena penalistica apre a nuove tecniche di tutela che riconoscono al giudice un ampio spazio discrezionale per definizioni alternative del processo, che consentono una degradazione e deflazione dei reati di minima rilevanza⁶.

Ma si badi: tale normativizzazione non avviene attraverso una enunciazione generale del principio di "necessaria offensività", i cui tentativi nel tempo si sono mostrati fallimentari⁷, ma *a contrario*, mediante la previsione, nella parte generale del codice penale, di una norma di chiusura che prevede la esclusione della punibilità non nei casi di carenza totale di offesa, ma qualora l'offesa vi sia, anche se lieve, tenue o esigua.

⁴ CORBO - FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, rel. n.3/02/2015 in *Corte di Cassazione Ufficio del Massimario - Settore penale*.

⁵ Sul tema la bibliografia è amplissima. Si richiamano a titolo esemplificativo, CATENACCI, *Brevi osservazioni in merito al principio di offensività nello schema di legge delega per l'emaneazione della parte generale di un nuovo codice penale predisposto dalla Commissione Pisapia*, Siracusa, 2007; CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra, G. Insolera, Milano, 1998; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 279; FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, 1987, 804; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; MONGILLO, *Il principio di offensività tra costituzionalizzazione e ricodificazione*, in *Giur. mer.*, 2002, 1144; RICCARDI, *I confini mobili del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, 711.

⁶ BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473.

⁷ Sui tentativi di codificazione del principio di offensività sia a livello codicistico, nel progetto di riforma del codice penale (progetto Pagliaro e progetto Grosso) che di riforma della Costituzione, DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale" prima che "giurisprudenziale" dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica dir.*, 1998, 95; FIANDACA, *Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale. Interventi*, in *Critica dir.*, 1998, 140.

3. L'attuazione dell'offensività nella giurisprudenza della Corte costituzionale e di legittimità

Il principio di offensività è un prodotto concettuale tipicamente riferibile all'elaborazione penalistica italiana, che non trova, in altri contesti dottrinali europei, alcuna teorizzazione teorica corrispondente: non esistono principi europei o sovranazionali che gli corrispondano pienamente. Tuttavia, malgrado questa valenza smaccatamente nazionalistica, l'ordinamento penale italiano non prevede alcuna esplicita disposizione che ne consacri l'esistenza, cosicché da più parti l'offensività veniva intesa come criterio implicito o immanente nel nostro sistema penale, ricavabile in via ermeneutica a livello di normazione ordinaria e costituzionale⁸.

In particolare, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha valorizzato l'idea-principio del carattere necessariamente lesivo del reato, e ciò in una duplice direzione: innanzitutto quale teoria *prescrittiva* del reato, quindi a base costituzionale, che riguarda in prima battuta il legislatore (offensività in astratto o qualitativa); in un secondo momento, l'attuazione di tale idea-principio assume le sembianze di canone operativo, e funziona in chiave ermeneutica, che si rivolge all'interprete (offensività in concreto o quantitativa). Nel primo caso l'idea di offensività è accolta come criterio prescrittivo, e concerne il momento della normazione (in astratto); nel secondo è un canone ermeneutico, e concerne la giurisdizione (in concreto).

Tuttavia, mentre nel primo senso l'idea dell'offensività ha svolto, già sul piano teorico, un ruolo molto ridimensionato rispetto le aspettative, salvo qualche *rara vis*⁹, sotto quest'ultima chiave interpretativa-ermeneutica, con risvolti più pratici, l'offensività si è maggiormente sviluppata, sebbene nei limiti angustissimi della legalità ordinaria cui il giudice deve soggiacere nell'operazione decisoria da un lato, e dall'altra stretta dall'imperativo categorico della obbligatorietà dell'azione penale¹⁰.

L'idea di un possibile scarto tra tipicità ed offensività è stata sviluppata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale con maggiore decisione sotto il se-

⁸ DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003.

⁹ Ad esempio, sotto il primo profilo, il rilievo costituzionale del principio di offensività è stato recentemente ribadito in occasione della dichiarazione di illegittimità della c.d. aggravante della clandestinità, ove la condotta punita non è offensiva di un bene protetto, «ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore», Corte cost., n. 24 del 2010.

¹⁰ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 538.

condo profilo, ovvero sul piano interpretativo. La Corte, pur riconoscendo il monopolio delle scelte politico-criminali in capo al legislatore, ha preso posizione a favore dell'operatività del principio di necessaria offensività del fatto tipico, quale canone dogmatico rilevante per l'attività interpretativa del giudice di merito, cui spetta il compito di vagliare in concreto l'offensività delle fattispecie penali, per sopperire ad una tipicità insufficiente in astratto¹¹.

Come sappiamo, anche nella giurisprudenza di legittimità, il canone dell'offensività ha trovato riconoscimento in diversi settori di parte speciale e in vaste aree della legislazione complementare. La chiave di volta è fornita dall'art. 49 c.p. e dalla sua interpretazione quale enunciazione della concezione realistica dell'illecito penale¹². Proprio in base a quest'interpretazione della norma si è esclusa la punibilità, ad esempio, del c.d. falso grossolano o innocuo¹³, dell'autocalunnia o della simulazione di reato, nell'ambito dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, con riferimento a fatti che, per le loro modalità, si rivelano *ictu oculi* assurdi, inverosimili¹⁴, o in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti¹⁵, o di dose di stupefacente talmente minimale da non produrre effetti psicogeni, o anche in tema di applicazione della circostanza aggravante¹⁶.

Talora, in qualche più rara occasione, la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione hanno preso più esplicitamente posizione a favore del principio di scarsa, innocua, minima lesività del fatto tipico, più che di

¹¹ In questo senso Corte cost., n. 172 del 2014.

¹² Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, il principio di offensività godrebbe già di cittadinanza nel nostro ordinamento, e sarebbe desumibile, a livello codicistico, da una lettura peculiare dell'art. 49, co. 2, c.p., che esclude la punibilità del c.d. reato impossibile quando, per l'inedoneità dell'azione o l'inesistenza dell'oggetto, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso. Questa lettura si propone di superare l'interpretazione tradizionale per la quale l'art. 49 avrebbe semplicemente la funzione di ribadire «in negativo» il requisito della idoneità richiesto, in termini positivi, dall'art. 56 c.p. ai fini della punibilità del delitto tentato. Sull'art. 49 c.p. fondamentale è il richiamo a NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965.

¹³ Cass., Sez. V, 21 aprile 2010, I.L., in *Foro it.*, 2010, voce *Falsità in atti*, n. 7; Id., Sez. II, 3 aprile 2008, D.M.L. in *Cass. pen.*, 2009, 3868. In proposito, FANELLI, *Brevi note in tema di falso ideologico e principio di offensività in sede di verbalizzazione di esami universitari*, in *Riv. pen.*, 1998, 585.

¹⁴ Ad es., nel caso di scuola della calunnia c.d. paradossale o inverosimile o nel caso di simulazione di reato ex art. 367 c.p., quando il fatto denunciato appaia sin da principio inverosimile e, quindi, del tutto inidoneo a determinare la semplice possibilità di inizio del procedimento penale. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 1999, 245.

¹⁵ Corte cost., n. 32 del 2014.

¹⁶ Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, P.G. in proc. Rico, in *Foro it.*, 2011, 6, II, 379, con cui la Suprema Corte ha affermato che la circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990 può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione).

totale carenza di offensività.

Ad esempio, proprio nella *leading decision* del 1986 in tema di armi e esplosivi il Giudice delle leggi ha evidenziato per la prima volta il ruolo dell'esiguità quantitativa come indice di inoffensività del fatto, rimettendo al giudice di merito l'individuazione all'interno dei reati di pericolo astratto della "soglia minima di lesività al di sotto della quale le classi comportamentali, per la loro oggettiva tenuità", divengono inidonee ad offendere il bene o i beni tutelati la Corte costituzionale (in caso di detenzione di polvere da sparo insufficiente per il caricamento di una sola cartuccia)¹⁷.

Allo stesso modo, la Cassazione, in una non risalente pronuncia, premettendo che «nel nostro ordinamento penale non vige alcuna norma che consacri il c.d. principio di offensività, alla stregua del quale non sussisterebbe il reato se la condotta sia insuscettibile di ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice», ha ritenuto che tutti «i casi di esigua offesa al bene giuridico - non potendo escludere la rilevanza penale del comportamento posto in essere - dovrebbero essere risolti con l'applicazione della sola attenuante della particolare tenuità, ex art. 62, n. 4, c.p., qualora una *deminutio patrimonii*, sia pure tenue, si sia nella specie verificata, non ricorrendo l'applicazione dell'art. 49, co. 2, c.p. e il richiamo al principio di non offensività, ma eventualmente solo il diverso principio "di irrilevanza del fatto" (*rectius*: di tenuità dell'offesa) nel caso in cui una lesione del bene giuridico tutelato dalla norma si sia verificata, ancorché di modesta entità»¹⁸.

4. Concezione gradualistica del reato e illecito bagatellare

Il concetto di esiguità dell'offesa, così come recepito e trasfuso dal nostro legislatore nell'art. 131-*bis* c.p., implica la possibilità di osservare l'illecito penale (ente giuridico e fatto umano illecito) come entità graduabile, misurabile, con una sua "consistenza", declinabile in un numero infinito di sotto-fattispecie. Lo stesso concetto di offesa (così come quello di antiggiuridicità e di colpevolezza) si presenta come concetto comparativo, quantitativamente graduabile, nel senso di denotare entità differenziabili secondo scale di diversa gravità.

¹⁷ Corte cost., n. 62 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, I, 408 ss.

¹⁸ Cass., Sez. II, 25 ottobre 2004, C.C., inedita. La Suprema Corte ha accolto il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Bologna contro una sentenza del Tribunale della stessa città che aveva dichiarato non punibile un posteggiatore che si era fatto dare 5 euro da un automobilista per "la modesta entità del fatto": anche se la somma pretesa come pagamento non è eccessivamente alta, l'abuso resta e quindi il reato sussiste. In senso contrario, Id., Sez. II, 24 febbraio 2006, N.I., inedita; Id., Sez. VI, 8 gennaio 2010, S.A.N. e altri, con nota di PANETTA, *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio. Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di peculato*, in *Cass. pen.*, 2010, 3864.

Nel linguaggio normativo, numerosi sono i riferimenti che, sia pure in modo atecnico e promiscuo, implicano l'idea di una "misurazione del reato" che viene talora rapportata all'offensività propria della fattispecie astratta, talora a quella concreta del fatto tipico, talaltra al danno patrimoniale arrecato o all'evento¹⁹.

Accade spesso infatti che il legislatore penale scelga di "ritagliare" livelli di offesa (artt. 648-ter, 630, 311, 609-bis, 323-bis, 626, n. 2, c.p., 219, ult. co., l. fall.) o che i fatti presi in considerazione assumano rilevanza (o una *particolare* rilevanza) solo ove si registri il superamento di una determinata soglia di punibilità, quantitativa o qualitativa, generale ed elastica o più rigida, talvolta di natura percentuale. Queste scelte sono sintomatiche della necessità di realizzare l'effetto pratico di un "ritaglio verso il basso" della costruzione della fattispecie, in modo da mettere in discussione, in certi casi, l'assolutezza della sua applicazione, implicitamente ammettendo la fallibilità e perfettibilità della sua costruzione.

La concezione gradualistica del fatto illecito poggia sull'idea secondo cui l'illecito penale, in sé considerato, nelle sue componenti oggettive e soggettive, possa essere misurato, e che tale misurazione incida sul *quantum* di risposta sanzionatoria e persino sulla punibilità in concreto che ne consegue.

Secondo tale teorica, l'illecito penale presenta una struttura e una dimensione "graduabile", che concerne tutte le sue componenti costitutive: fatto offensivo, anti giuridicità, colpevolezza, sino a giungere alla punibilità e, a cascata, alla commisurazione della pena²⁰.

E' pertanto possibile tratteggiare un *minimum* di reato punibile fino ad un *maximum*, costituito dalla fattispecie nella sua massima gravità lesiva (sotto il profilo del disvalore dell'azione, per la presenza di circostanze, sotto il profilo della maggiore pregnanza dell'elemento psicologico, etc.).

Il *minimum* di reato punibile (illecito bagattellare) sottende un concetto di quantità minima di fatto conforme al tipo, ove la soglia minima riguarda tutte le componenti, sia oggettive (il fatto, le modalità dell'azione, il danno, le esimenti) che soggettive (l'intensità del dolo, il grado della colpa). Il tradizionale modello di fattispecie lieve è quindi caratterizzato dalla contemporanea presenza di una esiguità di disvalore di azione, di una esiguità di disvalore di evento e da un minor grado di colpevolezza.

¹⁹ SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di Bertolino, Forti, Eusebi, Napoli, 2011.

²⁰ Sulla concezione gradualistica del reato, POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *questa Rivista* online; ID., *Esiguità e irrilevanza nella concezione gradualistica del reato*, Roma, 2012, e bibliografia ivi richiamata.

Questo modello di illecito bagatellare può riflettere una graduazione qualitativa, concernente le caratteristiche intrinseche ed astratte del fatto di reato, caratterizzato da pena lieve e connotato dal legislatore come micro-violazione; ma può riguardare anche una graduazione quantitativa, qualora le componenti della tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, assumano solo in concreto una scarsa consistenza. La quantificazione di questa dimensione minima viene affidata all'interpretazione del giudice²¹. Mentre il modo di essere qualitativo del reato fissa il significato etico sociale del disvalore così come scolpito dalla fattispecie tipica astratta, la dimensione quantitativa evidenzia il quantitativo di disordine giuridico provocato dalla singola fattispecie delittuosa²².

Ebbene, l'art. 131-*bis* c.p. introduce nel nostro sistema una ipotesi di illecito bagatellare di tipo misto: gli indici normativi indentificano la tenuità in concreto, mentre la cornice edittale definisce la tenuità in astratto.

5. L'art. 131-*bis* codifica la tenuità dell'offesa in senso qualitativo (illecito tenue in astratto) e in senso quantitativo (illecito tenue in concreto)

Alla luce di queste nozioni, può constatarsi che l'art. 131-*bis* c.p. fa riferimento ad una esiguità di tipo qualitativo che di tipo quantitativo.

La prima è data dalla misura astratta della tenuità del tipo legale, ovvero dalla cornice che ne definisce l'ambito di operatività per quelle fattispecie astratte punite con la pena della reclusione fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. Il limite sanzionatorio di cinque anni di pena detentiva e della pena pecuniaria qualifica la fattispecie bagatellare in astratto, in senso qualitativo, e fissa il limite della tipicità di offesa bagatellare. Inoltre, anche l'indice della "non abitudine del comportamento", nell'escludere i reati a condotta plurima abituale, in quanto espressive di una pericolosità sociale in astratto del reato, concorre a definire le fattispecie bagatellari suscettibili di applicazione.

Tuttavia, proprio in astratto il modello bagatellare rivela qualche aspetto di incongruità: l'elevatezza del limite edittale di cinque anni da un lato allarga il cono di luce dell'istituto a violazioni qualitativamente connotate da un certo grado di offesa che rende poco comprensibile l'esclusione dei reati abituali, anche di natura contravvenzionale (si pensi alle molestie punite dall'art. 660 c.p.).

²¹ Sulla graduazione dell'offesa in senso qualitativo e in senso quantitativo, in relazione alla clausola di tenuità *ex art. 131-bis*, si rinvia alla monografia di POMANTI, *Esiguità e irrilevanza nella concezione gradualistica del reato*, cit.

²² Sul tema, PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

Per converso, il legislatore nega, sotto il profilo qualitativo e in astratto, a prescindere da qualunque valutazione in concreto, la tenuità dell'offesa «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».

Nella formulazione dell'art.131-*bis* c.p. la nozione di “tenuità del fatto” non è solo indice di caratterizzazione di un modello di reato qualitativamente tenue (in quanto caratterizzato da una certa cornice sanzionatoria o da condotte che non siano plurime o reiterate), ma anche canone di esclusione della punibilità che opera in concreto, in ragione della carenza quantitativa del grado di offesa del fatto tipico, il cui accertamento è affidato alla discrezionalità del giudice.

L'operatività della clausola di non punibilità per speciale tenuità dipende invece da una valutazione del fatto in termini di quantità minima (*rectius*: esigua) dell'offesa, e risponde ad esigenze di proporzione e meritevolezza della pena.

6. Irrilevanza, tenuità dell'offesa e inoffensività

L'art. 131-*bis* c.p. trae la sua origine dall'esperienza degli affini istituti della “irrelevanza del fatto” propria del processo minorile e della “tenuità del fatto” concernente illeciti bagatellari propri di competenza del giudice di pace penale²³. L'uso di questa varia terminologia impone di fare alcuni distinguo. Ed infatti, i primi commentatori hanno immediatamente evidenziato che una cosa è l'esiguità, altra è l'inoffensività, altra ancora è l'inesistenza del reato o irrilevanza²⁴.

È pacifico che la tenuità o esiguità presuppone l'esistenza, la rilevanza penale

²³ 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 quasi identici 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.

L'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, 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 ma anche la dimensione soggettiva del reato, ovvero il grado della colpevolezza ed il possibile pregiudizio per le esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute per l'indagato o imputato.

²⁴ GROSSO, PALAZZO, SICILIANO, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, in *Per un nuovo codice penale, Relazione della Commissione Grosso* (1999), a cura di Grosso, Padova, 2000, 103.

di un fatto perfettamente riconducibile ad un tipo legale in tutti i suoi elementi. Se anche uno solo degli elementi costitutivi del reato non attinge a quella soglia minima di consistenza, tale da farlo ritenere sussistente, deve ritenersi che il reato è inesistente (e il fatto irrilevante in senso propriamente penalistico).

In breve, l'irrilevanza (in senso proprio) descrive un fatto che non raggiunge la soglia della consumazione, che è atipico; esprime il grado di inconsistenza del fatto nel suo complesso, o anche di uno solo dei suoi elementi costitutivi (modalità dell'azione, grado di anti giuridicità, grado di legame psicologico) che non raggiunge quella soglia minima necessaria per la sua esistenza²⁵.

Tuttavia il nostro legislatore non sembra fare uso della nozione di rilevanza in senso propriamente penale, come sinonimo di inesistenza del reato o di atipicità del fatto; assai più spesso, la nozione di irrilevanza ricorre nel lessico normativo in senso improprio, piuttosto che come sinonimo di inesistenza del reato, in chiave di risposta sanzionatoria e in ossequio ai principi di meritevolezza e proporzione della pena (c.d. irrilevanza impropria)²⁶.

In questa accezione, l'irrilevanza per particolare tenuità descrive un fatto tipico, perfetto in tutte le sue componenti, e, pertanto, costitutivo di reato, ma non punibile in ragione dei principi di ragionevolezza, proporzione e economia processuale. In questa accezione, l'irrilevanza penale del fatto è espressione del principio di *extrema ratio*, e sortisce un effetto pratico di depenalizzazione in concreto per quei fatti per i quali non si manifesta un bisogno di pena. Sotto questo profilo, l'irrilevanza richiama l'idea della offensività, ovvero di un controllo secondo canoni di ragionevolezza e di proporzione²⁷.

In termini di graduazione del reato, si possono quindi distinguere:

- a) condotte inconsistenti, atipiche e quindi inoffensive per carenza di tipicità (irrilevanti in senso proprio);
- b) condotte tipiche, ma scarsamente offensive, la cui soglia di offesa è minima (di particolare tenuità o irrilevanti in senso improprio, ovvero per ragioni di economia processuale o sotto il profilo della meritevolezza della pena);

²⁵ VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

²⁶ GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale del fatto?*, in *Cass. pen.*, 2001, 2535.

²⁷ BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di De Francesco, Venafro, Torino, 2002, 101; VENAFRO, *Una introduzione*, in *Meritevolezza di pena*, cit., 9; CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 325; GIUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Stud. iur.*, 2001, 400; DE FRANCESCO, *Commento all'art. 34 decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*, in *Leg. pen.*, 2001, 193; DIOTALLEVI, *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cass. pen.*, 1998, 2806.

c) condotte tipiche ma totalmente inoffensive, quando vi è una totale discrasia tra fatto tipico e offensività.

L'inoffensività, così come recepita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, attiene alla totale mancanza di offensività del fatto, che risulta pertanto privo di un suo elemento costitutivo (è quindi riconducibile sub c). 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 o di irrilevanza in senso improprio quando, il fatto, pur essendo tipico, antigiuridico e colpevole, è contrassegnato da una dimensione quantitativa di offesa talmente lieve che l'applicazione della pena potrebbe addirittura apparire irragionevole e sproporzionata (riconducibili sub b)²⁸.

L'esiguità descrive quindi una offensività e tipicità di confine, in cui la condotta appare tipica, antigiuridica, colpevole e offensiva, ma la misura dell'offesa che ne consegue risulta tanto contenuta da far apparire sproporzionata, e in definitiva non giustificata, la sanzione penale. La clausola di esiguità rappresenta la soglia minima delimitativa del *Tatbestand*, suppone un *minimum* di offesa, senza la quale non si potrebbe neppure parlare di fatto tipico.

7. Indici oggettivi e soggettivi di tenuità dell'offesa. In particolare: "non occasionalità del comportamento" e colpevolezza

Ai fini della valutazione della tenuità dell'offesa, il legislatore ha riconosciuto un ruolo centrale alle modalità della condotta, all'esiguità del danno o del pericolo, da valutare *ex art. 133 c.p.*, quali "indici rilevatori" della tenuità dell'offesa, nel senso che quest'ultima si ricaverebbe proprio da una valutazione dei predetti elementi²⁹.

Tali indici di valutazione della tenuità dell'offesa investono il profilo oggettivo del reato (quali le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo), nonché, ma in subordine, quello soggettivo, costituito dalla "non abitualità della condotta", quale condizione di operatività dell'istituto o come criterio sussidiario e sono specificati nel secondo e terzo comma dell'art. 131-bis c.p..

²⁸ In effetti, vi è chi nega la possibilità di scindere tipicità formale di un determinato fatto e la sua offensività concreta, poiché la tipicità non può essere concepita come una categoria puramente formale, in quanto di per sé già inclusiva dell'offensività. Questo orientamento esclude in radice la possibilità teorica di scindere la tipicità dall'offesa: il fatto è tipico ogni qualvolta integri gli estremi di una fattispecie incriminatrice e abbia una valenza offensiva, in quanto la offensività, quale componente esplicita o implicita, deve ritenersi parte della più ampia nozione di tipicità, senza la quale il concetto di offesa verrebbe ricostruito sulla base di criteri extra-legislativi.

²⁹ Linee guida della Procura della Repubblica di Lanciano.

La prima questione è capire se questi enunciati normativi contenuti nel secondo e terzo comma della norma in esame non siano da ritenersi tassativi, ovvero se non si sia di fronte ad una tecnica di tipizzazione normativa di tipo casistico cui è vincolato l'apprezzamento giudiziale: ricorrendo le ipotesi contemplate nella norma (ad esempio, in presenza di una condotta ispirata da un motivo abietto o futile ovvero di una condotta pure tenue ma realizzata da un recidivo specifico, ancorché non dichiarato tale), sarebbe fatto divieto al giudice di ritenere, rispettivamente, l'offesa di particolare tenuità o il comportamento non abituale.

L'opinione maggioritaria è che - in ossequio alla natura meramente elencativa e casistica riconosciuta a tali criteri dalla relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo - tale formalizzazione normativa, volta a definire in astratto la fattispecie bagatellare, non impedisca al giudice di poter rinvenire in altre circostanze sintomatiche ulteriori elementi di non tenuità dell'offesa o di abitualità del comportamento. Dall'analisi della disposizione sembra di poter dedurre che la tenuità dell'offesa si debba ricavare principalmente da una valutazione delle modalità della condotta e dalla esiguità del danno o del pericolo, ma non esclusivamente da tali elementi.

Si può quindi ritenere che, pur in assenza di una espressa menzione legislativa, anche indici di altra natura possano confluire nel giudizio di tenuità. Vengono in proposito in considerazione indici di natura soggettiva inerenti alla dimensione psicologica del reato, che il legislatore, nel riferirsi all'incidenza esterna della condotta del reo, all'impatto oggettivo dell'azione, ovvero a elementi oggettivi, sembra abbia voluto evitare.

Proprio in merito all'elemento soggettivo, occorre evidenziare come il legislatore non abbia voluto riconoscere alla graduazione della colpevolezza (grado della colpa e intensità del dolo) nessuna espressa rilevanza, ponendosi così in contrasto con la tradizione dogmatica propria dell'illecito bagatellare, che prende in considerazione indici sia oggettivi che soggettivi: disvalore di evento, disvalore di azione e disvalore della colpevolezza.

La causa di non punibilità introdotta dall'art. 131-*bis* - come anche il reato impossibile disciplinato dall'art. 49, co. 2, c.p. - sembra ruotare intorno a criteri ed indicatori di natura oggettiva e personale, ma non psicologica. L'elemento della colpevolezza è estraneo a questo giudizio di graduazione, per scelta legislativa. Gravità della colpa o intensità del dolo non costituiscono indicatori della tenuità dell'offesa del fatto tipico, che va valutata solo in termini oggettivi. Ne segue quindi che ogni valutazione della sfera psicologica parrebbe estranea all'applicazione della norma: ciò che conta è la gravità o tenuità dell'offesa in senso oggettivo, e non soggettivo.

Si potrebbe quindi concludere che la componente psichica della fattispecie concreta connotata da tenuità dell'offesa non occupi alcun spazio nell'ambito dell'art. 131-*bis* c.p.

Invero, l'unico riferimento in chiave, per così dire, soggettiva, è costituito dal requisito della "non abitualità del comportamento" - nozione che richiama gli istituti di cui agli artt. 102 e 103 c.p. - e ciò in ossequio a precise finalità di prevenzione generale e speciale e a una sorta di finalità "premierista", che valorizza la storia di vita dell'agente³⁰.

Ci si chiede a questo punto se il requisito della "non abitualità" costituisca davvero un indice di natura psicologica, o più limitatamente, un indice che inerisce alle condizioni personali del reo, concorrendo a definire la cornice astratta della fattispecie bagatellare lieve.

A prima lettura, è parso che la "non abitualità del comportamento" costituisca un requisito che operi in subordine, quale ulteriore indice selettivo della tenuità in senso qualitativo, escludendo tutti i casi di fatti che, se pur connotati da una graduazione quantitativa minima dell'offesa in concreto, siano estranei all'applicazione della clausola per scelta legislativa, escludendo le ipotesi di comportamenti criminali reiterati³¹.

In tal senso sembrano deporre le specificazioni previste nel comma terzo della norma in esame, che, come vedremo, circoscrivono *ab origine* la definizione di "non abitualità", escludendo proprio le condotte reiterate o abituali.

L'ipotesi che il requisito della "non occasionalità del comportamento" non costituisca un requisito autenticamente soggettivo-psicologico, è confermata dall'esclusione in astratto di tutti i reati aventi ad oggetto condotte abituali reiterate o plurime, requisito che certamente non presenta natura soggettiva³². In

³⁰ GAETA - MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, in *Cassazione Penale*, fasc. 7-8, 2015, 2595.

³¹ Certamente il requisito soggettivo della "non abitualità del comportamento" appare più esteso rispetto a quello 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 lascia intendere qualcosa di realmente isolato nel tempo, mentre la nozione di non abitualità, in linea astratta, potrebbe concernere anche una pluralità di comportamenti. Questa maggior ampiezza di operatività della clausola di cui all'art. 131-*bis* c.p. rispetto all'istituto affine è frutto dello spirito deflattivo della legge delega che ne ha disposto l'introduzione, mentre l'istituto di competenza del giudice di pace nasce piuttosto al fine di offrire una pluralità di soluzioni che si collocano nell'ambito di una giustizia riparativa per reati qualitativamente tenui.

³² Il terzo comma dell'art. 131-*bis* c.p. non lascia adito a dubbi: 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.); infine «nel

particolare, il caso di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate, inerisce a caratteristiche tipiche di fattispecie astratte che nulla hanno a che vedere con la dimensione psicologica dell'agente, se non da intendersi in termini di tendenza dell'autore a commettere futuri fatti illeciti, e quindi come condizione personale³³.

La suddetta previsione verrebbe quindi ulteriormente a circoscrivere la cornice qualitativa di offesa esigua, escludendo oltre ai reati puniti con un certo carico sanzionatorio, anche tutti i reati abituali, anche se tipicamente bagatelari, come ad esempio le molestie telefoniche³⁴.

8. Le ripercussioni dogmatiche della codificazione del principio di tenuità dell'offesa. Considerazioni e spunti di riflessione.

a) La prima osservazione: la codificazione del principio di tenuità dell'offesa prescinde dalla teorizzazione del bene giuridico
Tratteggiato così velocemente il volto della clausola di non punibilità introdotta nell'art. 131 bis c.p., è possibile a questo punto esaminare velocemente quali possano essere le possibili ripercussioni dogmatiche conseguenti alla codificazione del principio di tenuità dell'offesa, e trarre qualche spunto di riflessione.

L'affermazione dell'offensività è legata ad una vocazione critica del diritto vigente che passa per il tramite dell'ancoraggio dei beni giuridici alla carta costituzionale. Pur ambendo a grandi obiettivi, il principio di offensività solo in parte ha soddisfatto le aspettative in esso riposte. Da parametro forte nella selezione dei fatti che possono assurgere a illecito penale in vista di un progetto di ricodificazione del sistema penale, con valore e significato fondante dell'intervento penale, l'offensività ha finito per svolgere la funzione opposta, quale criterio meramente delimitativo dell'area penalmente rilevante che richiama una certa concezione di fondo del diritto penale ispirata all'idea dell'*extrema ratio*. Da principio dimostrativo, capace di offrire un criterio di controllo forte sulle scelte di criminalizzazione, sui contenuti della politica criminale, diviene principio a carattere argomentativo, se non di mero indirizzo politico che tratteggia i caratteri dell'illecito penale, al pari del principio di laicità, effettività, materialità. Nella dimensione attuale, il principio di offensività appare privo di uno statuto dimostrativo che possa guidare il sindacato

caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate».

³³ Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazarrotto, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GATTA.

³⁴ Poiché l'art. 131-bis prende in considerazione la situazione inerente la posizione personale dell'agente, si deve ritenere che la causa di esclusione di non punibilità sia di tipo personale (non soggettiva), e quindi non comunicabile ex art. 119, co. 1, c.p. in caso di concorso di persone nel reato.

della Corte costituzionale nelle scelte di criminalizzazione del legislatore, incompatibili con il principio stesso.

Le ragioni di questo forte ridimensionamento sono da ricondurre ai termini stessi in cui si è svolto il dibattito sull'offensività³⁵. In particolare, è stato l'aggancio alla teorica del bene giuridico a sancirne la morte cerebrale. La teorica del bene giuridico costituzionalmente orientato è stata minata alle fondamenta, trascinando, almeno in parte, il principio di offensività che, pur continuando a sopravvivere si è ridotto ad un simulacro senza un punto di riferimento cui parametrare l'offesa³⁶. Con la perdita della dimensione assiologica dell'approccio costituzionalistico legato al concetto di bene giuridico l'offensività è divenuto mero principio di indirizzo politico, criterio che si radica - al più - nel giudizio formale di ragionevolezza e di proporzione³⁷.

Alla luce di questa evoluzione, l'offensività non poteva che essere codificata dal legislatore quale strumento nelle mani del giudice di merito deputato ad accertare in concreto che il comportamento tipico in concreto raggiunga quel *minimum* di lesività soddisfacente.

La prima considerazione è che la quantificazione della dimensione minima dell'offesa viene rivelata dalla concreta realizzazione del fatto tipico saltando a piè pari la controversa questione relativa alla individuazione e alla funzione del bene giuridico protetto dalla fattispecie. Il recupero dell'idea di offensività come canone interpretativo in concreto di rango codicistico non "passa" attraverso l'enunciazione del bene giuridico protetto, anzi, la aggira³⁸. Il legislatore moderno, mosso da un innato senso realistico, poco attrezzato dal punto di vista teorico, ha fatto a meno di questa controversa categoria dogmatica, la quale ha riscosso scarso successo nella giurisprudenza italiana³⁹. Sono infatti

³⁵ FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 2.

³⁶ Sulla crisi del bene giuridico, nella letteratura tedesca DEHL, VON HIRSCH, WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden Baden, 2003.

³⁷ PALADIN, voce *Ragionevolezza (il principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 902; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 353; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacava, Pavarini, Zanotti, Torino, 1997, 264; DI GIOVINE, *Sul principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 159; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001. In senso critico, MANES, *Il principio di offensività*, cit.

³⁸ DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *www.penalecontemporaneo.it*. L'offensività senza bene giuridico è inconcepibile lessicalmente, anche come enunciazione di un principio immanente del nostro sistema penale. Senza il bene giuridico, il discorso sull'offesa non ha una base strutturale.

³⁹ Sul tema, si veda il bel saggio di FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

verosimilmente poche le ipotesi di fatti tipici del tutto inoffensivi, mentre il principio di offensività, se valorizzato in chiave interpretativa e modulato in funzione di finalità deflative del carico giudiziario, svolge una notevole ruolo nella selezione di reati bagatellari in concreto nei casi in cui l'offesa non sia totalmente mancante, ma si manifesta in forma esigua o scarsa.

Tuttavia la naturale vaghezza sostanziale e contenutistica del principio di offensività connessa all'assenza di un parametro di commisurazione si avverte in modo ancora più sensibile quando la valutazione tenuità dell'offesa concerne reati di pericolo, ove si tratta di valutare l'intensità o il grado di messa in pericolo del bene, e ciò tanto nei casi di pericolo astratto che di pericolo concreto. A quale parametro rapportare il giudizio sulla tenuità della messa in pericolo? Senza alcun riferimento al concetto di bene giuridico, quale è il criterio di commisurazione del *quantum* di messa in pericolo sufficiente/insufficiente per attivare la sanzione penale?

b) La seconda considerazione: residua uno spazio di applicazione per l'art. 49, co. 2, c.p. nel solo caso di inesistenza dell'oggetto (o di inoffensività *tout court*)?

La seconda considerazione rivela una preoccupazione di ordine pratico.

L'introduzione della clausola di non punibilità per tenuità del fatto pone la necessità di rimodulare e differenziare il linguaggio della giurisprudenza, che fino ad oggi, spesso ha fatto ricorso indifferentemente alla categoria dell'inoffensività anche per risolvere questioni di scarsa, tenue o lieve offensività del fatto concreto, posto che da tale distinzione non ne conseguiva alcuna differenziazione giuridica.

Ed infatti, sotto il profilo interpretativo, la distinzione concettuale tra esiguità dell'offesa e inoffensività pone il problema della sopravvivenza degli spazi di applicazione dell'art. 49 c.p., nel senso che la causa di non punibilità per esiguità dell'offesa potrebbe costituire, nella prassi, l'unico criterio normativo di valutazione di un'offesa carente o scarsa, e quindi l'unico spazio normativo di valutazione dell'offesa.

Ci si chiede quindi: la valutazione di inoffensività del fatto ex art. 49 c.p. mantiene inalterato uno spazio, almeno teorico, di applicazione nei casi in cui non vi sia un'offesa tenue, ma un'offesa mancante *tout court* ?

L'inoffensività conserva ancora una propria, residua, autonomia concettuale, da ricondurre nell'ambito dell'art. 49, co. 2, c.p. che esclude la punibilità nel caso di azioni astrattamente conformi al tipo inidonee a ledere il bene tutelato o di inesistenza dell'oggetto, tali da rendere impossibile l'offesa?

Se così non fosse, all'introduzione dell'art. 131-*bis* corrisponderebbe il decli-

no applicativo (o un'abrogazione implicita) dell'art. 49, co. 2, c.p. Le conseguenze sul piano della punibilità sono evidenti: l'art. 49 esclude la punibilità e basta; l'art. 131-*bis* esclude la punibilità, ma prevede l'annotazione nel Casellario.

La c.d. concezione realistica dell'illecito, sia pure interpretata dalla giurisprudenza in termini ristretti nell'ambito dell'art. 49 c.p., ha comunque aperto un piccolo varco di affermazione del principio di necessaria offensività in caso di carenza totale di offesa, che rischia di essere travolto dalla pratica applicazione della clausola di non punibilità per tenuità dell'offesa.

Invero, l'inidoneità dell'azione potrebbe ben descrivere modalità della condotta tipica la cui offesa è ad una soglia minima, inferiore alla tenuità e dunque rimanere assorbita nella prassi giurisprudenziale dall'applicazione dell'art. 131-*bis*; diversamente le ipotesi di inesistenza dell'oggetto potrebbero essere considerate paradigmatiche di una carenza totale di offesa, ovvero di impossibilità di lesione, per caratteristiche intrinseche del fatto o dell'oggetto materiale della condotta.

Questa inoffensività non soggiace a rigidi ed astratti limiti edittali (fattispecie bagatellare in astratto), ma inerisce esclusivamente a elementi fattuali, oggettivi, che prescindono dalla qualificazione normativa del comportamento umano, e certamente non attengono a dimensioni soggettive e psicologiche.

c) La terza osservazione: *quid iuris* in caso di errore sulla tenuità dell'offesa?

La terza osservazione, partendo dalla considerazione della natura oggettiva della clausola personale di non punibilità, getta un ponte in favore dell'applicazione dell'art. 131-*bis*, quale circostanza che esclude la pena da applicare anche nel caso in cui il reo non sia consapevole della tenuità del danno o dell'offesa ex art. 59 co. 1, c.p.

L'art. 131-*bis* introduce una causa di non punibilità di tipo oggettivo, poiché gli elementi soggettivi presi in considerazione presentano una valenza assai ristretta, con esclusione della componente psichica⁴⁰.

Se così fosse, la causa di esclusione della punibilità dovrebbe operare oggettivamente, a prescindere dalla graduazione della componente soggettiva (che potrebbe avere massima o minima intensità) e a prescindere da qualunque

⁴⁰ Invero, la categoria delle cause di non punibilità - di creazione dottrina - racchiude l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne al fatto antigiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo. In questo senso dovremmo ritenere che la non punibilità si fonda, più che su una valutazione di meritevolezza o sul bisogno di pena, su ragioni di opportunità che determinano una rinuncia alla pena stessa.

stato soggettivo o convincimento dell'agente, similmente a quanto previsto a proposito delle cause di giustificazione dall'art. 59, co. 1, c.p.: quali circostanze che escludono la pena, sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti.

La clausola di tenuità dell'offesa codificata dall'art. 131-*bis*, in quanto poggia su dati oggettivi del fatto, e non soggettivi, potrebbe operare oggettivamente, a prescindere da qualunque convincimento soggettivo.

Proseguendo nel medesimo ordine di idee, si pone la questione se operi la disciplina della rilevanza del putativo in caso di erronea supposizione della tenuità dell'offesa di un fatto oggettivamente gravemente offensivo, similmente a quanto previsto dal legislatore per le circostanze che escludono la punibilità (art. 59, ult. co., c.p.), in ossequio alla natura prettamente oggettiva della causa di non punibilità, o se invece la coscienza dell'offesa minimale non debba entrare nel fuoco dell'oggetto del dolo.

Che rilevanza giuridica potrebbe assumere l'errore sulla tenuità del danno o del pericolo (e quindi dell'offesa)? La valutazione dell'elemento psicologico deve indirizzare l'interprete verso l'applicazione di altri istituti o, al contrario, l'autonomia della fattispecie bagatellare lieve in concreto impone una riflessione sul punto?

Se dovessimo ritenere che l'art. 131 bis, quale norma di parte generale, produce una produzione di autonome fattispecie bagatellari lievi nel nostro ordinamento, riemergerebbe un vecchio e discusso problema relativo alla rilevanza della coscienza della lieve (o grave) antigiuridicità della condotta. Sappiamo che la coscienza dell'antigiuridicità della condotta, anche qualora l'illiceità sia tenue o minima, non è una componente del dolo, per la cui sussistenza è necessario soltanto che l'agente abbia la coscienza e volontà di commettere una determinata azione (in tal senso *ex art. 5 c.p.*).

In proposito, si cita un minoritario ma autorevole indirizzo secondo cui la nozione di dolo comprende, oltre alla previsione e volontarietà dell'evento lesivo, la coscienza dell'antidoverosità, da intendersi come consapevolezza della lesione degli interessi. Se il requisito dell'offesa, già sul piano oggettivo, prima ancora che su quello psicologico, non può essere considerato necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di un reato, essendo necessario che nel caso concreto tale fatto si presenti carico di significato offensivo, deve ritenersi superata ogni esitazione a considerare l'evento, nei cui confronti è polarizzata la nozione del dolo nell'art. 43 c.p., come offesa all'interesse tutelato dalla norma. Ne deriva l'asserto secondo il quale nel dolo deve riflettersi l'offesa all'interesse tutelato, quale vero e pro-

prio requisito del dolo stesso⁴¹. Ciò significa che il soggetto deve essere consapevole di offendere - anche tenuamente - con la propria condotta quell'interesse alla cui tutela è preordinata la norma incriminatrice.

Si noti però che affermare che l'agente, affinché sia ravvisabile il dolo, debba essere conscio di ledere l'interesse obiettivamente protetto, non equivale a pretendere che egli debba rappresentarsi anche la tutela che l'ordinamento accorda all'interesse leso. La rappresentazione relativa all'offesa cade, infatti, su momenti di fatto e sulla loro valenza lesiva nei confronti degli interessi protetti, non sul valore giuridico e sulle qualifiche discendenti dalla norma incriminatrice. Vi sarebbe dunque una netta distinzione fra rappresentazione di arrecare una offesa, sia pur tenue, da concepire in termini di conoscenza "della parallela sfera laica", e rappresentazione dell'antigiuridicità penale, irrilevante ex art. 5 c.p.

⁴¹ GALLO, *Appunti di diritto penale*, II, pt. II, 2001, 100-101.