



5/2018

## PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO: LA CORTE COSTITUZIONALE SALVA L'INDICE-REQUISITO DELLA NON ABITUALITÀ

Nota a [Corte cost., ord. 10 ottobre 2017 \(dep. 21 dicembre 2017\), n. 279, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi](#)

di Grazia Ballo

**Abstract.** *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131 bis c.p., è prevista per i soli comportamenti che non risultino abituali. Da ciò deriva l'inapplicabilità dell'esimente a condotte che, pur cagionando un danno patrimoniale di particolare tenuità (tale da legittimare il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4 c.p.), vengono poste in essere da soggetti gravati da precedenti penali. La Corte costituzionale, con l'ordinanza in epigrafe, ha escluso che tale limitazione sia irragionevole, sostenendone la compatibilità con i principi costituzionali asseritamente violati e chiarendone la ratio ispiratrice. Il presente contributo intende dimostrare come i dubbi sulla costituzionalità dei parametri utilizzati dall'art. 131 bis c.p. siano spesso più paventati che reali, pur residuando profili la cui ambiguità non può essere sottaciuta.*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. La non abitualità quale presupposto applicativo dell'esimente. – 2.1. Surretizia apertura ad un diritto penale dell'autore? – 2.2. Compatibilità con il dettato costituzionale. – 3. Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 4. Questioni di legittimità connesse. – 4.1. Esclusione del giudizio di bilanciamento delle circostanze. – 4.2. Irrilevanza delle circostanze attenuanti comuni; rapporto tra tenuità 'attenuante' e tenuità esimente. – 5. Profili problematici. Conclusioni.

### 1. La questione.

Con l'ordinanza in commento la Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale ordinario di Padova relative all'art. 1, comma 1, lettera m), della legge n. 67/2014 (*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*) e, per effetto derivato, all'art. 131 bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*).

L'art. 131 bis c.p. subordina, com'è noto, la non punibilità di un fatto di reato alla presenza di indici consistenti nell'esiguità del danno e nella non abitualità del



5/2018

comportamento, oltre all'assenza di altri fattori ostativi alla concessione dell'esimente che nella pronuncia in esame non vengono in rilievo (pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena). Il legislatore ha introdotto, mediante il riferimento alla non abitudine, un sindacato di meritevolezza soggettiva quale presupposto generale di non punibilità, anche rispetto a fatti che, alla luce di una valutazione in concreto, risultano connotati da una tenue portata lesiva, confermando così l'irriducibilità della nuova causa di non punibilità al solo piano oggettivo dell'offensività ed il suo aggancio ad una valutazione complessiva del fatto di reato e della condotta anteatta del suo autore.

In siffatta tensione si inserisce la vicenda in contestazione nel giudizio *a quo*, nell'ambito del quale l'imputata G.F. era stata citata a giudizio per rispondere del reato di cui agli artt. 624 e 625, numeri 5) e 7), c.p. per essersi impossessata, al fine di trarne profitto per sé o per altri, di uno spolverino del valore di euro 45,00 con l'aggravante di aver agito su cose esposte alla pubblica fede ed in concorso con due soggetti ignoti, con recidiva reiterata specifica ed infraquinquennale. All'esito dell'istruttoria dibattimentale il reato contestato era stato ritenuto integrato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi ed aggravato come in contestazione (per la pluralità degli agenti *ex art. 625, co. 5, c.p.*) ma, in considerazione dell'esiguo valore del bene sottratto, veniva ritenuto dal Tribunale rimettente quale fatto di particolare tenuità. E tuttavia ostavano ad una pronuncia di non punibilità il riconoscimento della contestata recidiva aggravata (sintomo di un'abitudine del comportamento), nonché l'esclusione del bilanciamento delle aggravanti con l'attenuante riconoscibile nel caso di specie (art. 62, n. 4 c.p.), il che comportava il superamento dei limiti edittali previsti dall'art. 131 *bis* c.p.

La vicenda rivelerebbe, ad avviso del Tribunale di Padova, vari profili di incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, lettera m) della legge 67/2014 e dell'art. 131 *bis* c.p. che di detta delega è il prodotto. Ciò in quanto il requisito della non abitudine si porrebbe in aperto contrasto con più disposizioni costituzionali, violando i principi di uguaglianza e di offensività (artt. 3 e 25 Cost.), letti in complementarietà teleologica rispetto alla finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

La Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata la suddetta censura ed ha rigettato, per l'effetto, le due ulteriori questioni di legittimità costituzionale alla prima connesse, perché manifestamente inammissibili.

## **2. La non abitudine quale presupposto applicativo dell'esimente.**

Le censure mosse dal Tribunale rimettente con ordinanza del 6 aprile 2016 (r.o. n. 106 del 2016) riguardano, in via principale, i commi 1 e 3 dell'art. 131 *bis* c.p., nella parte in cui prevedono quale requisito applicativo dell'esimente la non abitudine della condotta.

In particolare, il primo comma incardina il giudizio della particolare tenuità del fatto su due indici-criteri, costituiti dalla non abitudine del comportamento e dalla particolare tenuità dell'offesa, da apprezzare alla luce delle modalità della condotta e della esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133 c.p. Tale rinvio

chiarisce l'ampiezza del giudizio richiesto ai fini dell'operatività dell'istituto in questione: un giudizio che prenda in considerazione il fatto di reato nella sua interezza, tenendo conto della condotta, del danno/pericolo e dell'elemento soggettivo.

Siffatto indice-criterio viene, nella formulazione legislativa, preferito a quello più selettivo della "occasionalità" della condotta, impiegato nelle omologhe ipotesi di particolare tenuità del fatto di cui agli art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 d. lg. n. 274 del 2000. Tale scelta terminologica è pregna di significato, nella misura in cui sembra essere rivolta a che *"la presenza di un precedente giudiziario non sia di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto"*<sup>1</sup>.

L'elasticità e vaghezza di questo parametro sono state bilanciate dalla precisazione, in positivo, di cui al comma 3 dell'art. 131 *bis* c.p., ove sono elencate tre tipologie di situazioni presuntivamente abituali e, dunque, ostative alla declaratoria di non punibilità per tenuità e, cioè, casi di delinquenza abituale, professionale o per tendenza dell'autore o quando questi abbia commesso più reati della stessa indole (come nel caso in cui sia dichiarato recidivo reiterato e specifico), anche quando ciascun fatto singolarmente considerato sia di particolare tenuità, e qualora le condotte siano plurime, abituali e reiterate<sup>2</sup>.

Nelle prime significative pronunce sul punto si è precisato che ai fini dell'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. il concetto di abitualità debba essere considerato indipendente dalle categorie classiche della condanna e della recidiva e debba essere, altresì, ricostruito alla luce della *ratio* della riforma di escludere dall'ambito della particolare tenuità le cosiddette condotte "seriali" a prescindere da precedenti sentenze definitive.

### 2.1. Surrettizia apertura ad un diritto penale dell'autore?

Ebbene, il requisito della non abitualità della condotta così delineato confliggerebbe, ad avviso del rimettente, con tre disposizioni costituzionali, della cui trattazione l'ordinanza si occupa separatamente.

---

<sup>1</sup> Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs n. 28 del 2015.

<sup>2</sup> Quanto all'operatività della norma rispetto al reato permanente e al concorso formale di reati, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 47039/2015, distinguendo l'ipotesi del reato permanente da quella del reato continuato, ha ritenuto abituale la condotta unicamente nell'ipotesi della continuazione; tale conclusione non è tuttavia unanimemente condivisa, registrandosi un opposto orientamento della giurisprudenza di merito che valorizza l'autonomia dei diversi reati avvinti dal vincolo della continuazione. Nel diverso caso di reato permanente, invece, vi è maggiore condivisione della tesi secondo la quale la condotta persistente, caratterizzata dalla protrazione nel tempo dell'offesa al bene giuridico protetto, non è di per sé ostativa alla concessione del beneficio qualora sia soddisfatto il criterio della particolare tenuità dell'offesa. Nella medesima pronuncia, la Suprema Corte ha chiarito che la preclusione dell'abitualità del comportamento non opera nel concorso formale di reati, caratterizzato da una unicità di azione od omissione, che in quanto tale si pone in termini strutturalmente antitetici rispetto alla nozione di "condotte plurime, abituali e reiterate", mentre potrebbe rilevare rispetto ai "reati della stessa indole".

Viene in rilievo, in primo luogo, la violazione dell'art. 3 Cost. Le norme censurate, invero, subordinando l'esclusione della punibilità ad un elemento squisitamente soggettivo di valenza paritetica rispetto al requisito patrimoniale, sarebbero idonee ad ingenerare irragionevoli disparità di trattamento, nella misura in cui a parità di disvalore della condotta, si legittima una *"sensibilità punitiva diversa a seconda del tipo di autore"*<sup>3</sup>.

Se è vero che l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. è ancorata al mediocre valore del danno da reato, nessuno spazio dovrebbe pertanto residuare a favore di valutazioni di meritevolezza soggettiva che assumerebbero un carattere premiale inevitabilmente disparitario. Le censure del rimettente si fondano sull'inammissibilità di un diritto penale a geometrie variabili, che escluda la punibilità del fatto su basi che trascendono dall'effettiva lesività dell'evento di danno.

Per siffatta via il Giudice *a quo* paventa un surrettizio riconoscimento di un sistema imperniato sul tipo di autore, così segnando una regressione rispetto alle conquiste di un diritto penale moderno di matrice liberale. Ciò conseguirebbe all'introduzione di ciò che il Tribunale definisce una *"presunzione assoluta di maggiore pericolosità del reo"* basata sul suo *status* di recidivo, conferendo una più intensa carica di disvalore sulla sola base del casellario giudiziale dell'autore.

A conforto della suddetta argomentazione è richiamata la giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva la quale, con tre rilevanti pronunce<sup>4</sup>, ha sancito l'illegittimità degli automatismi sanzionatori in grado di inasprire sensibilmente il trattamento del reo, in ragione del solo *status* di recidivo reiterato. Il richiamo è soprattutto a quanto affermato nella sentenza del 2012 resa in merito all'illegittimità del divieto di bilanciamento tra l'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/90 (oggi non più circostanza attenuante, ma autonoma ipotesi delittuosa) e l'art. 99, co. 4 c.p., laddove indirizzava la commisurazione della pena verso *"un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato"*<sup>5</sup>. Lo scrutinio circa la tenuità del fatto verrebbe, pertanto, assorbito nella mera valutazione della componente autoriale dell'illecito, con le relative ricadute in punto di uguaglianza del trattamento sanzionatorio.

Al contempo le norme tacciate di incostituzionalità entrerebbero in contrasto con l'espresso richiamo di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. al *"fatto commesso"* quale fondamento dell'incriminazione, che attribuisce rilievo fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore e non solo in quanto manifestazione sintomatologica di pericolosità sociale.

Tale conclusione è, ad avviso del Giudice di *prima curae*, obbligata alla luce dell'ormai compiuto processo di costituzionalizzazione del principio di offensività, in questa sede inteso nella sua dimensione astratta, quale canone di incriminazione che presiede alle scelte politico-criminali del legislatore. A tal fine viene espressamente richiamata una delle (in verità sporadiche) ipotesi in cui la Corte ha condiviso la prospettata questione di costituzionalità dichiarando l'illegittimità della norma per

<sup>3</sup> Tribunale ordinario di Padova, ordinanza del 6 aprile 2016 (r.o. n. 106 del 2016).

<sup>4</sup> Corte cost., sentenze n. 251/2012 e nn. 105 e 106/2014.

<sup>5</sup> Corte cost., sent. 5 novembre 2012, n. 251.

rilevato contrasto con il principio di offensività. In quella sede il Giudice aveva rilevato il contrasto della cd. aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11 *bis*, c.p.) con il principio di offensività oltre che con quello di eguaglianza, in quanto *“il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l’illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali del soggetto che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto di reato”*<sup>6</sup>.

Le suddette incongruenze si riflettono, sul piano sanzionatorio, sulla violazione del principio di proporzionalità della pena *ex art. 27, co. 3, Cost.* nella sua duplice valenza di principio fondativo dell’incriminazione e di suo limite invalicabile. Le plurime funzioni assolute dalla pena nella fase dell’apposizione legislativa della norma<sup>7</sup>, verrebbero infatti frustrate tanto in un’ottica proporzionale, quanto soprattutto rieducativa. La punizione discendente da un fatto oggettivamente privo di offensività esporrebbe il condannato ad una pena da un lato *“sproporzionata ex se alla gravità del reato commesso”*, dall’altro inidonea al perseguimento del tendenziale fine della risocializzazione del reo. Essa sarebbe non solo inefficace ma anche controproducente, in quanto irrogata in risposta ad una condotta il cui disvalore resta sconosciuto al suo autore, rendendo pressoché impossibile un’effettiva resipiscenza dello stesso.

I suddetti rilievi ostano, ad avviso del Tribunale rimettente, a qualsivoglia interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata delle norme in questione, così giustificandosi la necessità dello scrutinio incidentale ad opera del Giudice delle leggi.

## 2.2. *Compatibilità con il dettato costituzionale.*

Riconosciuta la rilevanza e l’ammissibilità della questione sollevata in via prioritaria dal Tribunale di Padova, la Corte ne dichiara tuttavia la manifesta infondatezza. Ciò sulla base di un’argomentazione che, muovendo da una stringata ricostruzione del fondamento della causa di non punibilità introdotta dall’art. 131 *bis* c.p., ripercorre gli snodi argomentativi dell’ordinanza di remissione, respingendone puntualmente le censure.

Infondata è, in primo luogo, l’asserita violazione dell’art. 3 Cost. derivante dal diverso trattamento sanzionatorio riservato a fatti materialmente uguali. Ed invero, a fondamento di siffatta scelta legislativa vi è, ad avviso della Corte, l’assunto che il trattamento diverso corrisponde a situazioni giuridiche diverse, proprio in ragione delle ineguali condizioni soggettive. A fronte, cioè, di dati soggettivi diversi è giustificato (se non addirittura dovuto) un trattamento sanzionatorio differente di fatti analoghi.

A tal proposito la Consulta non ritiene pertinente il richiamo del Tribunale rimettente alle già menzionate declaratorie di incostituzionalità in tema di bilanciamento tra la recidiva reiterata (art. 99, co. 4 c.p.) e singole circostanze attenuanti. Ciò in quanto tali sentenze riguardavano particolari ipotesi nelle quali il suddetto divieto di

<sup>6</sup> Corte cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249.

<sup>7</sup> Il riferimento è alle teorie cd. eclettico-dialettiche della pena che, muovendo dalla cd. polifunzionalità della pena, costruiscono relazioni funzionali tra le varie fasi dell’articolazione dinamica della sanzione penale.

bilanciamento incideva su circostanze attenuanti “*indicative di una diversità materiale del fatto*”, rispetto alla quale risultava del tutto ingiustificata la previsione di un pari trattamento sanzionatorio. A fronte della parità di un trattamento sanzionatorio per fatti oggettivamente diversi, la violazione del principio di uguaglianza è evidente. In siffatte ipotesi si assisteva, infatti, ad un totale annichilimento dell’offensività del fatto a favore di un’indebita enfaticizzazione della componente soggettiva.

Vero non è, tuttavia, il contrario: ben può esservi una differente dosimetria sanzionatoria calibrata sul profilo soggettivo del reo. Ciò in quanto la valorizzazione della condotta del reo non implica una corrispondente mortificazione della materialità ed offensività del *fatto commesso*, in un’ottica che integra (e non oblitera) lo scrutinio imposto dall’art. 25, co. 2, Cost. Inconsistente è dunque l’argomentazione dell’ordinanza di remissione riguardo la paventata “dissoluzione” del disvalore penale del fatto in una valutazione unicamente psicologica, con conseguente insussistenza di una violazione della relativa disposizione costituzionale.

Del resto alla stessa *ratio* risultano ispirati vari istituti vigenti nel nostro ordinamento, sulla cui legittimità non si dubita. Tali sono il requisito dell’occasionalità del fatto previsto in simili fattispecie nel giudizio davanti al giudice di pace (art. 34, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) ed in quello davanti al tribunale per i minorenni (art. 27, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448); la disciplina della sospensione condizionale della pena, la cui concessione è subordinata ad una prognosi positiva circa la futura condotta del reo, e non concedibile ove l’imputato sia gravato da “precedente condanna a pena detentiva per delitto” (art. 164 c.p.). Allo stesso modo, conclude la Corte, se la condotta del reo assume rilievo centrale nella determinazione della pena (alla luce degli indici di commisurazione di cui all’art. 133 c.p.) e nella contestazione di una circostanza aggravante (recidiva), analogamente può rilevare per determinare la punibilità di un fatto costituente reato, seppur di particolare tenuità.

Parimenti priva di fondamento risulta la censura mossa in punto di idoneità della pena ad assolvere al tendenziale fine di cui all’art. 27, co. 3, Cost. Ed invero, la Corte afferma gli esiti paradossali che conseguirebbero all’applicazione della causa di non punibilità in esame anche quando il comportamento illecito dell’agente risulti connotato da abitualità. Da un lato, verrebbe infatti a determinarsi una “zona franca” idonea a garantire l’impunità per tutte le analoghe condotte eventualmente commesse in futuro, dall’altro, si neutralizzerebbero le esigenze di prevenzione speciale immanenti alla pena. Alcun deterrente verso la commissione di nuovi reati può, infatti, derivare dall’applicazione di una causa di non punibilità a soggetti dalla evidente proclività a delinquere. Al contempo tale abitualità, sintomatica di un profilo soggettivo dedito a devianza criminale, comporta la consapevolezza del disvalore penale delle condotte tenute, con conseguente efficacia (quantomeno potenziale) del processo di risocializzazione cui la pena è preordinata.

### 3. Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

L'argomentazione della Corte muove dalla premessa, ormai pacifica sia in giurisprudenza che in dottrina, della duplice *ratio* ispiratrice della riforma del 2015<sup>8</sup>. L'obiettivo perseguito dal legislatore è, al contempo, di natura sostanziale e processuale<sup>9</sup>. Sotto il primo profilo la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. ha la funzione precipua di rafforzare la natura di *extrema ratio*<sup>10</sup> del diritto penale facendo leva sul tasso di offensività marginale e residuale di fatti costituenti reato, fornendo una risposta alle istanze di riduzione del penalmente rilevante emerse in considerazione della continua espansione ipertrofica della legislazione penale<sup>11</sup>. Il nuovo istituto risponde, difatti, alla necessità di garantire il carattere frammentario del diritto penale, circoscrivendo l'area del penalmente rilevante attraverso una valutazione complessa, operata dal giudice, avente ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo. L'istituto in esame attua, altresì, il principio di proporzionalità e ragionevolezza delle pene nella misura in cui inibisce la punibilità di condotte che, per le loro caratteristiche storico/personali, sono caratterizzate da un disvalore così esiguo da far apparire sproporzionata, e perciò irragionevole, l'irrogazione della pena<sup>12</sup>. Così inteso, l'art. 131 *bis* c.p. risulta allora funzionale a garantire una più efficace implementazione della funzione rieducativa della pena, dal punto di vista tanto general- quanto special-preventivo.

Ciò si traduce, sul versante processuale, in una finalità di deflazione dell'ingente contenzioso gravante sul ruolo dei giudici di merito, la quale dovrebbe favorire l'ottimizzazione delle risorse dell'apparato giudiziario con concentrazione di quest'ultimo sui fatti di maggiore allarme sociale e con la riduzione dei tempi e dei costi dei processi penali, nonché con l'attenuazione dell'impatto psicologico di questi ultimi sugli autori dei reati<sup>13</sup>. Siffatta funzione deflattiva, per quanto rilevante, non va tuttavia enfatizzata, costituendo una conseguenza solo riflessa e secondaria della causa di non punibilità in esame, i cui obiettivi principali e presupposti teorici di legittimazione risiedono pur sempre sul piano sostanziale. A voler considerare altrimenti, non si

---

<sup>8</sup> Gli obiettivi della riforma sono ben ricostruiti da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1693 ss.

<sup>9</sup> V. MAIELLO parla a tal proposito di connotazione "incipiente" dell'istituto (in *La particolare tenuità del fatto. Intervento*, in *Diritti & Giurisprudenza*, 2015, n. 3, p. 22).

<sup>10</sup> Sulla sussidiarietà secondaria e sulla opportunità di attuare la riduzione del sistema penale attraverso meccanismi di degradazione giudiziale, v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

<sup>11</sup> Sul punto, ampiamente, C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 3 ss. In particolare, sulla distinzione tra dimensione "orizzontale" e "verticale" dell'ipertrofia, la prima consistente nell'allargamento per mano del legislatore del numero di reati, la seconda - quella presa in considerazione in questa sede - nella diffusione statistica di reati che si contraddistinguono per la particolare tenuità del fatto concreto, v. R. 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.*, 2000, p. 1476.

<sup>12</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, pp. 23 ss.

<sup>13</sup> Così Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 28 del 2015.

comprenderebbe la scelta del legislatore di costruire l'istituto in chiave sostanzialistica e non di condizione di procedibilità.

Infine, nelle intenzioni del legislatore, la nuova causa di non punibilità dovrebbe soddisfare anche istanze connesse al sovraffollamento carcerario segnalati dalla nota sentenza cd. Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup>, che ha visto l'Italia condannata per violazione dell'art. 3 CEDU a causa delle inumane condizioni in cui si trovavano i detenuti negli istituti penitenziari. Tale obiettivo, al contempo, sembra rilevare solo sul piano programmatico, piuttosto che sulle reali capacità di incidenza sulla popolazione detenuta, in considerazione della fascia di reati nei cui confronti opera l'art. 131 *bis* c.p. rispetto alla quale i tanti istituti premiali preesistenti già inibiscono, di fatto, l'effettiva applicazione delle pene detentive comminate<sup>15</sup>.

Le indicate esigenze sottese all'introduzione della causa di non punibilità, unitamente ad argomenti sistematici e strutturali, hanno contribuito a risolvere la questione circa la sua natura giuridica ed a definire i rapporti con la diversa figura del reato impossibile (art. 49, co. 2, c.p.).

A deporre per una ricostruzione dell'art. 131 *bis* c.p. in termini sostanziali è, in primo luogo, la sua collocazione sistematica nel rinnovato Titolo V rinomato "*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed estinzione della pena*"<sup>16</sup>. In una diversa sede, cioè, rispetto alle cause di esclusione degli elementi costitutivi e di quelle estintive del reato. È, inoltre, da escludere che la tenuità del fatto costituisca una condizione di improcedibilità, stante, da un lato, l'assenza di un'opzione legislativa in tal senso e, dall'altro, le notevoli differenze in punto di disciplina tra i due istituti. Ed invero, la distanza dalla categoria delle condizioni di procedibilità è evidenziata dalla complessiva disciplina del nuovo istituto e, soprattutto, dalle disposizioni relative al contesto entro cui è possibile fare luogo al proscioglimento; la nuova causa di non punibilità non è, infatti, connessa alla mancanza di interesse della persona offesa alla persecuzione del reato, né è in grado di impedire il regolare instaurarsi del processo e l'adozione di qualsiasi pronuncia di merito sulla regiudicanda, imponendo già nella fase delle indagini preliminari l'adozione del decreto di archiviazione, oppure in qualsiasi stato e grado del procedimento la pronuncia di una sentenza ai sensi dell'art. 129, co. 1, c.p.p. che costati la situazione di improcedibilità. Al

---

<sup>14</sup> C. eur. dir. uomo, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorsi n. 43517/09 e altri; F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013.

<sup>15</sup> Per ridurre immediatamente il numero dei detenuti ed il problema del sovraffollamento, prima della l. n. 67 del 2014, si è provveduto all'adozione di tre decreti-legge emanati tra il luglio 2013 ed il giugno 2014: il d.l. 1° luglio 2013, n. 78 (convertito con modificazioni con l. 9 agosto 2013, n. 94) sulla liberazione anticipata e sui limiti per la concessione dei benefici penitenziari; il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito con modificazioni con l. 21 febbraio 2014, n. 10) sui limiti alla concessione dell'affidamento in prova e sull'esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi non superiori ai diciotto mesi; il d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (convertito con modificazioni con l. 11 agosto 2014, n. 117) sulla custodia cautelare in carcere e sui rimedi compensativi per la detenzione inumana.

<sup>16</sup> Sull'importanza della collocazione sistematica ai fini del corretto inquadramento della particolare tenuità del fatto C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 518.

contrario, presuppone un apprezzamento sulla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato, nonché di quelli della speciale causa di non punibilità e produce, inoltre, effetti sul versante delle conseguenze civilistiche e del casellario giudiziale<sup>17</sup>.

Tale conclusione sembra corroborata dal raffronto con entrambi i precedenti a cui esso si ispira, vale a dire l'ibrido istituto dell'irrelevanza penale del fatto di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e, soprattutto, la causa di non punibilità per particolare tenuità contemplata dall'art. 34 d. lg. n. 274 del 2000, espressamente denominata dal legislatore causa di esclusione della procedibilità e subordinata alla mancata opposizione della persona offesa e dell'imputato<sup>18</sup>. Ove il legislatore avesse inteso introdurre anche in questa occasione una nuova condizione di procedibilità, lo avrebbe fatto così qualificandola esplicitamente<sup>19</sup>. Tale soluzione topografica, lungi dallo svolgere una mera funzione sistematico-classificatoria, segnala l'inquadramento dogmatico dell'istituto nel novero delle cause di non punibilità in senso stretto, che accede ad un reato già perfetto nei suoi elementi costitutivi.

Da ultimo, la conferma della natura sostanziale della nuova ipotesi di non punibilità si ricava da una fondamentale sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2016, che ne ha sancito l'applicabilità retroattiva ai sensi dell'art. 2, co 4, c.p.<sup>20</sup>. Esclusa la soggezione alla regola prevista in materia processuale del *tempus regit actum*, la Suprema Corte ha ribadito che *"il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale"*<sup>21</sup>.

A ben vedere, resta tuttavia aperta la questione dell'inquadramento dell'istituto in esame in una delle categorie in cui si articola l'amplissima macro-area della non punibilità<sup>22</sup>. Tale questione, lungi dall'esaurire la propria rilevanza sul piano meramente dogmatico, è foriera di importanti conseguenze in punto di disciplina in tema di analogia, errore, concorso di persone. Anche a quest'ultimo riguardo, sembra profilarsi una tendenziale uniformità di analisi. Esclusa la riconducibilità dell'art. 131 *bis* c.p. sia alle cause di esclusione della tipicità e dell'antigiuridicità - tutte, com'è noto, ubicate nella ben diversa *sedes* del titolo III del libro I del codice penale intitolato "Del reato" negli art. 45 e ss. e caratterizzate dall'assenza di un elemento costitutivo essenziale del reato -, sia alle cause estintive del reato - che costituiscono l'unico sotto-gruppo delle ipotesi di non punibilità individuate espressamente e tassativamente dal legislatore con un criterio nominalistico-formale (la collocazione nel titolo VII del libro I del codice penale denominato "Cause di estinzione del reato e della pena", oppure l'esplicita denominazione di causa estintiva in casi diversi come quello dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del

<sup>17</sup> C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, pp. 14 ss.

<sup>18</sup> C. SANTORIELLO, *op. cit.*, pp. 19 ss.

<sup>19</sup> Corte costituzionale, sent. 3 marzo 2015, n. 25.

<sup>20</sup> Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, cit.; nonché Cass. 22 settembre 2016, n. 43854.

<sup>21</sup> R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. proc.*, 2015.

<sup>22</sup> Sulla genericità di questa categoria v. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1997, § 23.6, 897; ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di Moccia, Napoli, 1996, p. 111.

1988<sup>23</sup>) - si sostiene l'appartenenza alle cosiddette cause di non punibilità in senso stretto, vale a dire a quelle ipotesi di esclusione della pena riferibili a reati completi degli elementi costitutivi ed incentrate su mere valutazioni legali di opportunità politico-criminale. Questa impostazione trova riscontro nell'art. 651bis c.p.p. ai sensi del quale la "sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale", nonché nell'art. 3, co. 1, lett. f del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, che prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale del decreto di archiviazione e delle sentenze di proscioglimento ex art. 131 bis c.p.<sup>24</sup>. Solo un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, rispetto al quale si è svolta una verifica di responsabilità, seppur non approfondita, può generare conseguenze sul piano civilistico e su quello della sua "tracciabilità" giudiziaria tramite la menzione nel casellario giudiziale. In caso di proscioglimento per mancanza di tipicità o di antiggiuridicità il fatto non potrebbe determinare quel genere di effetti giuridici. Si tratta, dunque, di una speciale causa di non punibilità per quelle condotte che, pur integrando gli estremi del fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, appaiono non meritevoli di tutela per ragioni di opportunità politico-criminale<sup>25</sup>.

Risulta, allora, evidente la distanza tanto strutturale che concettuale rispetto all'istituto di cui all'art. 49, co. 2, c.p. che, invece, postula la mancanza *ab origine* di una portata lesiva del bene giuridico protetto, per inidoneità dell'azione o per inesistenza dell'oggetto. A difettare è, nel reato impossibile, un elemento costitutivo del reato (la tipicità cd. reale<sup>26</sup>), mentre l'operatività della causa di non punibilità ex art. 131 bis presuppone che lo stesso sia già perfettamente integrato in tutti i suoi elementi essenziali<sup>27</sup>. Il rapporto tra le due norme può essere ricostruito in termini di progressione piuttosto che di alterità, alla luce del quale la formula di proscioglimento "perché il fatto non sussiste" fondata sull'art. 49, co. 2, c.p., più favorevole al reo, dovrebbe essere

---

<sup>23</sup> In argomento v. G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dogmatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p.*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 968 ss.

<sup>24</sup> Sul punto G. AMARELLI, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Annali X – 2017, p. 561.

<sup>25</sup> Cass., Sezioni Unite, 6 aprile 2016, n. 13681, Tushaj, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 894 ss., con nota di G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità e Sez. un.*, 6 aprile 2016, n. 13682, Coccimiglio.

<sup>26</sup> Il riferimento è al recente arresto del 2016 in cui le Sezioni Unite hanno affermato che la tipicità è un aspetto interno alla tipicità, legato ad un giudizio relazionale e dinamico tra la condotta formalmente coincidente con quella descritta dalla fattispecie incriminatrice ed il bene giuridico da questa tutelato. Perciò ove si riscontri che il comportamento del reo è, in concreto, del tutto privo di una portata lesiva per l'interesse protetto, il fatto il fatto tipico non è integrato, registrandosi uno scarto incolmabile tra tipicità *apparente* e tipicità *reale* (così Cass., SS.UU., 6 aprile 2016, n. 13681, imp. Tushaj, cit.).

<sup>27</sup> Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2017, n. 9072, ove la Suprema Corte ribadisce (in tema di responsabilità da reato degli enti) che la decisione ex art. 131 bis esprime pur sempre un'affermazione di responsabilità, pur senza condanna, lasciando intatto il reato nella sua esistenza, tanto da definire detta pronuncia una "cripto condanna".

considerata prioritaria e prevalente rispetto a quella incentrata sull'art. 131 *bis* c.p. ("perché l'autore non è punibile"), la quale produce gli effetti di cui all'art. 651*bis* c.p.<sup>28</sup>. La particolare tenuità rappresenta, quindi, una figura sussidiaria da adoperare una volta ravvisata la sussistenza di un fatto già tipico ed offensivo, ma riscontrata l'inopportunità della sua punizione all'esito di un giudizio olistico ed onnicomprensivo, che non si limita al disvalore dell'evento (come lo scrutinio sotteso all'applicazione dell'art. 49, co. 2), ma include anche il disvalore dell'azione e le componenti soggettive legate alla non abitudine del comportamento.

#### 4. Questioni di legittimità subordinate.

Nel rigettare le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale avverso l'art. 1, co. 1, lettera m), l. 67/2014 e l'art. 131 *bis*, co. 1 e 3, c.p., la Corte ha ritenuto "assorbite" le due ulteriori censure mosse dal Tribunale rimettente, logicamente connesse alla prima e perciò manifestamente inammissibili. Al contempo, l'analisi di tali questioni è utile non solo ai fini di completezza espositiva, ma soprattutto nell'ottica di un'anticipazione di tematiche che, con ogni probabilità (vista la giovinezza dell'istituto), potranno destare ulteriori perplessità dinanzi al Giudice delle leggi.

##### 4.1. Esclusione del giudizio di bilanciamento delle circostanze.

Il Tribunale rimettente ha, in primo luogo, sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis*, co. 4, c.p. in riferimento all'art. 76 Cost., per eccesso della delega contenuta nell'art. 1, co. 1, lettera m), l. 67/2014. La violazione dell'art. 76 Cost. (disciplinante i limiti di esercizio del potere legislativo delegato al Governo), sarebbe consistita nell'aver il legislatore delegato creato *ex novo* un criterio di calcolo della pena prescindendo dalle indicazioni della legge delega. Più nello specifico questa, alla lettera m), ha previsto che la causa di non punibilità da introdurre fosse applicabile alle sole condotte sanzionate con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, senza indicare alcun criterio di calcolo. Sicché il legislatore delegato nell'elaborare la nuova disposizione codicistica avrebbe dovuto, in mancanza di un'espressa indicazione della legge delega, fare ricorso agli ordinari canoni di cui agli artt. 4 e 278 c.p.p. La differenza è sostanziale: in via generale opera la disposizione *ex art.* 69 c.p. in tema di concorso di circostanze aggravanti e attenuanti, così ammettendo il possibile bilanciamento tra le stesse, a differenza di quanto espressamente previsto nella seconda parte dell'art. 131*bis*, co. 4 c.p. Tale disposizione esclude l'operatività del meccanismo di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. in presenza di circostanze speciali o ad effetto speciale.

---

<sup>28</sup> La disposizione, parimenti introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2015, attribuisce alla sentenza di proscioglimento (pronunciata per particolare tenuità del fatto) 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.

Ciò spiega anche la rilevanza della questione sollevata in quanto, qualora la Corte avesse accolto la censura mossa in via principale (elidendo il requisito della non abitudine della condotta), il Tribunale avrebbe potuto impiegare i criteri di individuazione ordinari bilanciando la circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 4), c.p. in misura prevalente rispetto alle contestate aggravanti, così rientrando nella cornice edittale entro cui l'art. 131*bis* è applicabile.

L'inibizione al ricorso del bilanciamento tra circostanze, unitamente all'irrelevanza di qualsivoglia circostanza comune, comporta ad avviso del Giudice di primo grado un esercizio della delega al di fuori "del perimetro imposto da una piana interpretazione della norma penalistica in stretto favor rei". Una prima evidenza dell'asserito eccesso di delega si evincerebbe dal raffronto della lettera m) dell'art. 1, con le lettere c) e g) della stessa legge delega, le quali richiamano espressamente l'operatività dei criteri di cui all'art. 278 c.p.p. Sicché il legislatore avrebbe chiarito, nella prima disposizione utile, le modalità di calcolo dei termini edittali, lasciando tale riferimento sottinteso nella successiva disposizione di cui alla lettera m). Al contempo, anche laddove si escluda siffatto implicito richiamo ai criteri precedentemente enunciati, il silenzio della legge delega dovrebbe in ogni caso essere interpretato quale rimando al criterio previsto in via generale dalla disciplina codicistica. Questa disciplina potrebbe, invero, essere derogata solo in presenza di una norma che autorizzi espressamente l'elaborazione di un criterio di calcolo con "effetti abrogativi delle regole ordinarie", autorizzazione che qui manca.

Decisiva in tal senso è, conclude l'ordinanza di rimessione, la circostanza che l'art. 131*bis* vigente contrasterebbe con la stessa *ratio* ispiratrice della legge delega, rendendo punibili condotte innocue e bagatellari per la mera ricorrenza di circostanze esterne alla condotta (es. la pluralità di soggetti di cui all'art. 625 n. 5 c.p., comporta già un aumento di pena cui consegue l'inoperatività dell'art. 131*bis* c.p.).

In termini indipendenti seppur collegati alla prospettata violazione dell'art. 76 Cost., il Tribunale rimettente ritiene che il divieto di bilanciamento delle circostanze sia confliggente con i principi di cui agli art. 3, 25 e 27 Cost. Ciò in virtù della duplice funzione assolta dal giudizio di bilanciamento: essenziale strumento di dosimetria sanzionatoria da un lato, baluardo del *favor rei* dall'altro, idoneo a "stemperare" gli effetti altrimenti incontrollabili del concorso di circostanze. In questa sede si ripropongono, com'è evidente, le censure mosse in via principale dal Giudice *a quo*, cui si aggiungono le specificità del meccanismo di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p.

Ed invero, l'incompatibilità con il principio di uguaglianza discenderebbe dall'automatica esclusione dei soggetti attinti da recidiva qualificata dalla fruizione della causa di non punibilità, in tal modo elidendo la possibilità che il giudice, vagliando le peculiarità del caso di specie, addivenga ad una diversa determinazione. A sostegno di questa impostazione è richiamata la giurisprudenza costituzionale<sup>29</sup> che, citando la già menzionata sent. n. 251/2012, afferma la centralità del principio di offensività non solo rispetto alla fattispecie base ed alle circostanze, ma anche rispetto a "tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale", tale dovendosi

---

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sent. n. 106/2014.

ritenere la recidiva reiterata. Ciò si tradurrebbe, sotto il profilo della materialità ed offensività della condotta, nella violazione dell'art. 25 Cost., in quanto si inibisce al giudice una valutazione del fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, giudizio indispensabile ai fini dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato. Deroghe al bilanciamento previsto dalla disciplina codicistica sono sì possibili, quale frutto di un'apposita scelta politico-criminale del legislatore, purché non trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, il che determinerebbe un'alterazione degli equilibri costituzionalmente sottesi al nostro sistema penale. Indebitamente "amputato" il vaglio giurisdizionale, la pena che ne consegue risulterebbe, inoltre, inevitabilmente sproporzionata rispetto alla effettiva portata lesiva della condotta tenuta, con evidente violazione del canone di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

In definitiva, l'eccessiva valorizzazione della recidiva e l'impraticabilità di qualsiasi bilanciamento di essa con altre circostanze concorrenti, proporrebbe un "modello di perseguibilità del tutto discrezionale" che lascerebbe, ancora una volta, trapelare un sistema penale modulato sul profilo soggettivo del prevenuto.

Siffatte argomentazioni si inseriscono nel più ampio contesto del controverso rapporto tra discrezionalità legislativa e giudiziale nell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, di cui l'istituto del bilanciamento delle circostanze è diretta espressione<sup>30</sup>. Il problema nasce a monte, nell'individuazione della funzione del bilanciamento di circostanze nel sistema penale: se ad esso si attribuisce una funzione "paranormativa", di rideterminazione delle cornici edittali, il legislatore, derogandovi, non farebbe altro che esercitare una discrezionalità a lui spettante in base all'assetto costituzionale; se, invece, si assegna al bilanciamento di circostanze una funzione di individualizzazione e personalizzazione del trattamento sanzionatorio, deroghe al libero apprezzamento del giudice potrebbero, se irragionevoli, impedire una corretta valutazione globale del fatto, presupposto indefettibile per una funzione rieducativa della pena<sup>31</sup>. La Corte costituzionale, già nella citata sentenza n. 251/2012, ha mostrato di aderire a questa seconda ricostruzione, definendo l'istituto del bilanciamento di circostanze come strumento che consente al giudice "di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la *quantitas delicti*, oppure soltanto di quelle che la *diminuiscono*", pur ammettendo la possibilità di deroghe ad opera del legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, purché queste non alterino la struttura della responsabilità penale, travalicando nella manifesta irragionevolezza. Al contempo siffatta impostazione non deve travalicare nell'eccesso opposto, vale a dire nell'indeterminatezza delle fattispecie sostanziali, lontane dal profilo della materialità ed offensività del fatto e soggette ad un'interpretazione spiritualizzante e spesso fortemente

---

<sup>30</sup> R. MUZZICA, *Giudizio di bilanciamento delle circostanze: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza degli artt. 609bis, terzo comma e 648, secondo comma, c.p. sulla recidiva reiterata*, in *Nel diritto.it*, 2013, in commento alle sentenze della Corte costituzionale nn. 105 e 106/2014.

<sup>31</sup> D. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, n. 11/2007, pp. 4116 ss.



5/2018

impregnata di simbolismo<sup>32</sup>. Norme di questo genere sono poco adatte ad essere implementate nel nostro sistema penale, finendo per ampliare eccessivamente la discrezionalità del giudice e condurre, paradossalmente, ad indebite “reazioni” del potere legislativo intrusive di una sfera, quella di individualizzazione della pena, squisitamente giudiziale. A questa tendenza potrebbe ascriversi il divieto di bilanciamento di cui al quarto comma dell’art. 131bis, con il quale il legislatore sembra aver tentato di limitare quella sfera di discrezionalità giudiziale che esso stesso ha alimentato con una legge delega priva di univoci criteri di riferimento.

L’impostazione prospettata dal Tribunale rimettente, sebbene abbia il pregio di rafforzare la tenuta del principio di riserva di legge, rischia di vanificare gli intenti del legislatore del 2015 che, come chiarito a più riprese, ha subordinato l’applicabilità dell’art. 131bis ad un giudizio olistico, nell’ambito del quale la componente soggettiva assume un ruolo pregnante. Questa considerazione non sembra, tuttavia, sufficiente ad esaurire lo scrutinio costituzionale della norma in esame, in quanto è la stessa Corte costituzionale a sancire che, pur non essendo *tout court* illegittimi trattamenti *lato sensu* sanzionatori differenziati per i recidivi, “la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per “un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l’insufficienza, in chiave dissuasiva, dell’esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale” (sentenza n. 249 del 2010), non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni”<sup>33</sup>.

#### 4.2. Irrilevanza delle circostanze attenuanti comuni; rapporto tra tenuità ‘attenuante’ e tenuità esimente.

L’ultima questione sollevata dalla difesa dell’imputata e recepita nell’ordinanza di remissione riguarda, come anticipato, il quarto comma dell’art. 131bis, secondo una duplice censura: sul versante del divieto di bilanciamento (affrontato nel paragrafo precedente) e su quello dell’irrelevanza della circostanza attenuante comune di cui all’art. 62, n. 4 c.p.

Sotto quest’ultimo profilo, se a confutare le paventate violazioni degli art. 25 e 27, co. 3, Cost. intervengono le già esposte argomentazioni della Corte riguardo la questione di legittimità avverso i commi primo e terzo dell’art. 131bis c.p., nuove perplessità prospetta il potenziale contrasto del quarto comma dello stesso articolo con il principio di cui all’art. 3 Cost. A tal proposito il Tribunale rimettente afferma l’incoerenza dei risultati applicativi derivanti dalla mancata considerazione di una circostanza, quella della tenuità del pericolo o del danno inflitto, che costituirebbe proprio il *Leitmotiv* della riforma del 2015. Ciò a maggior ragione in forza della disposizione di cui al quinto comma dell’art. 131bis c.p., a tenore del quale la causa di non punibilità opera anche in presenza di circostanze attenuanti relative alla “particolare

---

<sup>32</sup> S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, pp. 46 ss.

<sup>33</sup> Corte costituzionale, sent. n. 106/2014.

tenuità del danno o del pericolo". Il paradosso risiederebbe, dunque, nella rilevanza dell'attenuante quando si rientri nella soglia dei cinque anni di cui al primo comma, e nell'irrelevanza della stessa in punto di determinazione del limite edittale richiesto per la concedibilità dell'esimente.

Nel precisare i termini della questione, non può prescindersi dalle conclusioni di una recentissima pronuncia della Corte costituzionale<sup>34</sup> circa i rapporti intercorrenti tra esimente della particolare tenuità del fatto e figure circostanziate di tenuità. In estrema sintesi, la Corte ha chiarito che l'esistenza di una circostanza attenuante fondata sulla tenuità dell'offesa (quale quella di cui all'art. 62, co. 4, c.p.) "*di per sé non impedisce, ma neppure automaticamente comporta, l'applicazione della causa di non punibilità*". In tal modo è segnato un chiaro *discrimen* tra la causa di non punibilità in esame e le attenuanti in parola: queste ultime hanno la funzione di mitigare la risposta sanzionatoria in situazioni di marginale gravità del fatto, sulla base di una valutazione meno complessa e più circoscritta di quella richiesta dall'art. 131*bis*. Ne deriva, secondo la Consulta, che non esiste alcun invariabile collegamento tra esistenza/applicabilità di una circostanza attenuante (riferita alla particolare tenuità del fatto) ed operatività della nostra causa di non punibilità. Siffatta conclusione induce a ritenere che la mancata considerazione delle attenuanti comuni ai fini della determinazione della forbice edittale, attiene ad un piano affatto sovrapponibile a quello della non punibilità della condotta, coerentemente a quanto previsto all'ultimo comma del 131*bis*.

Alla luce della suddetta impostazione si impone, dunque, un ripensamento delle censure mosse nell'ordinanza di rimessione, cui consegue un notevole ridimensionamento dei rilievi critici in essa enunciati.

## 5. Profili problematici. Conclusioni.

Così ricostruiti i termini della questione, persuasive risultano le argomentazioni della Corte in merito alla ragionevolezza della scelta legislativa di ancorare la non punibilità alla non abitualità della condotta.

La stessa ordinanza in commento lascia, tuttavia, aperto lo spiraglio alla formulazione di eventuali nuove questioni, relative ai criteri di commisurazione della soglia edittale rilevante ai fini dell'operatività dell'art. 131*bis* c.p. Se è vero che tali censure non sono state affrontate nel merito dalla Consulta perché ormai irrilevanti per il giudizio *a quo*, tuttavia le posizioni assunte a sostegno dell'infondatezza della questione principale non sciolgono tutti i nodi interpretativi.

E segnatamente, non sono del tutto fugati i dubbi circa il divieto di bilanciamento e l'inibizione alla valutazione delle circostanze attenuanti comuni, la cui possibile deriva consiste nella legittimazione di automatismi sanzionatori in grado di inasprire sensibilmente il trattamento del reo, in ragione del solo *status* di recidivo reiterato.

---

<sup>34</sup> Corte cost., sent. 24 maggio 2017 n. 207, in tema di applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. alle ipotesi attenuate di ricettazione (art. 648 cpv c.p.).



5/2018

Meccanismo a fronte del quale nessun margine valutativo residuerebbe in capo al giudice, il solo in grado di prendere in debita considerazione le peculiarità dei singoli casi di specie.

Non è, pertanto, da escludere che la strada da percorrere sia quella del ripensamento dei criteri di calcolo della soglia edittale di cui all'art. 131 *bis* alla luce della consapevolezza maturata dalla Consulta (nelle già citate sentenze nn. 251/2012 e 105 e 106/2014) riguardo la cogenza, sia formale che sostanziale, del finalismo rieducativo della pena. Da questo punto di vista analogamente a quanto accaduto per il principio di offensività, che da timido *pendant* argomentativo è divenuto col tempo presupposto fondamentale di recenti declaratorie di incostituzionalità<sup>35</sup>, una maggiore consapevolezza della portata fondamentale che il finalismo rieducativo svolge in una sistematica teleologica del reato dovrebbe indurre la Corte a valorizzarlo non più soltanto come principio argomentativo di politica criminale ma come principio *tout court* dimostrativo<sup>36</sup>, in tutte le sue componenti, sì da evitare soluzioni disomogenee e profondamente distoniche rispetto ai principi costituzionali del diritto penale.

---

<sup>35</sup> Cfr., tra tutte, la sent. n. 249/2010 Corte Cost.

<sup>36</sup> Per una rinnovata lettura della tradizionale distinzione tra principi informativi e principi dimostrativi del diritto penale, cfr. M. DONINI, [Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, p. 4 ss.