

# La particolare tenuità del fatto: dubbi interpretativi e prospettive di riforma



*di Angelo Salerno*

GIP/GUP presso il Tribunale di Bari

**It**

La causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto è destinata ad essere interessata da un ennesimo intervento legislativo, con la c.d. riforma Cartabia, che segue nel tempo le modifiche apportate con i Decreti Legge 14 giugno 2019, n. 53 e 21 ottobre 2020, n. 130, nonché la declaratoria di incostituzionalità pronunciata con sentenza n. 156 del 2020; attraverso la presente analisi si procede a ricostruire il quadro normativo attuale, anticipando le imminenti novità normative e dando atto, nel contempo, delle principali questioni che l'art. 131 bis ha posto e continua a porre nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

 **Non punibilità – Riforma Cartabia – reati minori**

**Eng**

The exemption from punishment for minor offences will be once again modified by the so called Cartabia reform, which follows the legislative amendment made by Decree-law 14th of June 2019, n. 53 and 21st of October 2020, n. 130, together with the declaration of unconstitutionality pronounced by judgement n. 156 of 2020; the present analysis will rebuild the actual regulatory framework, anticipating the upcoming regulatory novelty and reporting the main problems that article 131 bis c.p. raised and still poses for the Courts

 **Punishment - Cartabia reform - minor offences**

**Sommario**

1. Inquadramento generale; 2. L'ambito operativo dell'art. 131 bis c.p.; 3. L'intervento della Corte Costituzionale e le prospettive di riforma; 4. La particolare tenuità dell'offesa: le condotte susseguenti; 5. La non abitualità del comportamento: recidiva e continuazione; 6. Il c.d. tempo silente; 7. I risvolti processuali: particolare tenuità e impugnazioni; 8. In conclusione; 9. Approfondimenti bibliografici

## 1. Inquadramento generale

La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è stata introdotta con il Decreto Legislativo 16 marzo 2015, n. 28, mediante l'inserimento nel testo del Codice penale dell'art. 131 *bis*.

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

Come è stato in più occasioni precisato dalla giurisprudenza di legittimità, a differenza degli analoghi istituti previsti per il processo minorile e nel processo innanzi al Giudice di pace, la disciplina dell'art. 131 *bis* c.p. presenta natura sostanziale, introducendo, come anticipato, una causa di non punibilità in senso stretto (Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449).

Ferma la natura sostanziale dell'istituto, la Corte di Cassazione ne ha tuttavia evidenziato i risvolti processuali, con particolare riferimento alle disposizioni del Codice di rito interessate dal Decreto Legislativo n. 28 del 2015.

È stato infatti rilevato che la novella ha introdotto, nel testo dell'art. 469 c.p.p., il nuovo comma 1 *bis*, c.p.p., ai sensi del quale *"la sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'art. 131 bis c.p., previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare"*.

I giudici di legittimità, con sentenza 11 febbraio 2016, n. 5800, hanno dunque osservato che *"la particolare tenuità del fatto viene dunque, apertis verbis, ricollegata ad ipotesi di improcedibilità"*.

Nel contempo, la riforma del 2015 ha introdotto l'art. 651 bis c.p.p., sancendo *"l'efficacia di giudicato – nei limiti sopra evidenziati – della sentenza irrevocabile di "proscioglimento" (non già di assoluzione) emessa a seguito di dibattimento o di opzione dell'imputato per il rito abbreviato"*.

A fronte delle disposizioni processuali richiamate, la Corte ha pertanto sostenuto che appare *"dunque innegabile che le formule contemplate dalla novella con riguardo alle sentenze emesse in applicazione della norma in esame (di "non doversi procedere", con riferimento alle ipotesi predibattimentali, ovvero di "proscioglimento" nei casi di pronunce dibattimentali od ex art. 442 c.p.p.) evocano la dimensione processuale dell'istituto, come a rivelare il disegno del legislatore delegato di conferire ad un istituto di taglio dichiaratamente sostanziale una più ampia portata applicativa sul piano processuale, per finalità di maggior deflazione"*.

Viene pertanto riconosciuta la natura "ibrida" della causa di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., confermando, da un lato, la natura sostanziale di causa di esclusione della punibilità, senza tuttavia sottacere che l'istituto opera, nel contempo, come di causa di improcedibilità: in tal senso la Corte afferma espressamente che *"la tenuità del fatto è una causa di non punibilità, che tuttavia – a scopo deflattivo – viene disciplinata nelle sue implicazioni in rito come causa di improcedibilità, salva la necessità in ipotesi peculiari del non dissenso dell'imputato"*.

Difatti, l'art. 131 *bis* c.p. è destinato a trovare applicazione quale causa di assoluzione, ex art. 530 c.p.p., nella fase dibattimentale, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, o dell'udienza preliminare, in caso di rito abbreviato o anche come causa di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p.

Nel contempo, tuttavia, solo in relazione alla fase predibattimentale, è possibile che le parti concordino l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. quale causa di non procedibilità dell'azione penale, con conseguente sentenza di non doversi procedere.

Nel caso di specie, dunque, la decisione precede il giudizio e il giudice è chiamato ad operare una valutazione allo stato degli atti, sulla base degli elementi a disposizione prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale.

La collocazione temporale di tale decisione pone invero un problema relativo agli atti che il magistrato è autorizzato a consultare e valorizzare nella motivazione della sentenza di improcedibilità per particolare tenuità del fatto.

Secondo una tesi più restrittiva, infatti, la decisione dovrebbe essere assunta sulla scorta dei soli atti irripetibili eventualmente a disposizione del giudice, nonché in base alla descrizione dei capi di imputazione, sentita la persona offesa, ove compaia.

Un orientamento meno rigoroso ammette invece l'esibizione, con il consenso delle parti, degli atti di indagine utili ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa, che il giudice ben potrebbe pertanto richiamare in motivazione, unitamente alla documentazione di cui le parti dovessero concordare l'acquisizione.

Nella fase in questione, assume un ruolo imprescindibile e assoluto il consenso delle parti in ordine all'adozione della sentenza di non doversi procedere ex art. 469, comma 1 *bis* c.p.p.

Occorre tuttavia precisare che, mentre il consenso del Pubblico Ministero e quello dell'imputato sono necessari, alla persona offesa dal reato è invece riconosciuto esclusivamente il diritto di essere sentita, ove compaia, in camera di consiglio.

La giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. IV, 23 maggio 2017, n. 25539; Sez. II, 23 marzo 2016, n. 12305), ha affermato, al riguardo, che *"La sentenza emessa ai sensi dell'art. 469, comma 1-bis cod. proc. pen., nell'ipotesi di non punibilità dell'imputato per la particolare tenuità del fatto, presuppone che l'imputato medesimo ed il PM non si oppongano alla dichiarazione di improcedibilità, rinunciando alla verifica dibattimentale"*, senza che possa assumere carattere ostativo l'omesso specifico avviso alla persona offesa (adempimento processuale peraltro privo di alcun fondamento normativo) ovvero il suo dissenso.

Al contrario, come osservato dalla Corte di Cassazione, Sezione III, con sentenza 27 novembre 2015, n. 47039, *"Il potere di opposizione alla definizione del procedimento con sentenza predibattimentale ai sensi dell'art. 469, comma 1-bis cod. proc. pen. trova, peraltro, giustificazione nel possibile interesse delle parti ad un diverso esito del procedimento. L'imputato, in particolare, potrebbe mirare all'assoluzione nel merito o ad una diversa formula di proscioglimento, considerato anche che la dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto comporta, quale conseguenza, l'iscrizione del relativo provvedimento nel casellario giudiziale."*

*Quanto al Pubblico Ministero, [...] le finalità deflattive non sono le uniche che hanno ispirato l'emanazione delle disposizioni in esame, dovendosi considerare, evidentemente, anche quella di «attuare il principio di proporzionalità e meritevolezza della sanzione penale, nel senso che le condotte ritenute in concreto 'non gravi' non giustificano il dispendio di risorse e l'applicazione della pena»;* pertanto *"[...] la sentenza di non doversi procedere, prevista dall'art. 469, comma 1-bis cod. proc. pen., perché l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale, presume che l'imputato medesimo ed il Pubblico Ministero consensualmente non si oppongano alla declaratoria di improcedibilità, rinunciando alla verifica dibattimentale"*.

Con riguardo invece alla persona offesa, occorre che la stessa sia messa in condizione di partecipare alla camera di consiglio predibattimentale e di essere quindi ascoltata.

In alcune iniziali pronunce, tra cui la sopra richiamata sentenza del 2015, la Corte di Cassazione ha invero ritenuto necessario procedere ad *"avviso della fissazione dell'udienza in camera di consiglio contenente espresso riferimento alla specifica procedura di cui all'art. 469 cod. proc. pen."*

Si tratta tuttavia di un principio di diritto che necessita di essere contestualizzato sul piano temporale, dal momento che è stato affermato nell'immediatezza dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., in relazione a procedimenti incardinati in epoca antecedente (con fissazione dell'udienza prima dell'entrata in vigore della norma): in siffatte ipotesi, pertanto, non era possibile per la persona offesa, in mancanza di un espresso avvertimento, prevedere la pronuncia ex art. 469, comma 1 *bis* c.p.p. quale esito del procedimento.

Non a caso, la massima della sentenza del 2015 precisa che trattavasi di *"Fattispecie in cui la Corte ha giudicato non sufficiente la notifica del decreto di citazione a giudizio, perché effettuata quando tale particolare esito del procedimento non era neppure prevedibile"*.

Superata la fase transitoria e con riferimento ai fatti successivi, per i quali il dibattimento abbia avuto inizio dopo l'entrata in vigore dell'art. 131 *bis* c.p. e quindi del comma 1 *bis* dell'art. 469 c.p.p., non residua alcun onere in tal senso in favore della persona offesa, la cui assenza consente di emettere sentenza di improcedibilità, su congiunta richiesta del Pubblico Ministero e dell'imputato, senza procedere all'audizione della vittima.

A quest'ultima spetta invece espressamente un avviso in caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto, come previsto dall'art. 411, comma 1 *bis* c.p.p., ai sensi del quale, col predetto avviso il Pubblico Ministero è tenuto a precisare che, nel termine di dieci giorni, è possibile prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta.

## **2. L'ambito operativo dell'art. 131 bis c.p.**

Come si è avuto modo di anticipare, l'attuale formulazione dell'art. 131 *bis* c.p. consente di applicare la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ai reati *"per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena"*.

L'ambito operativo della disposizione in esame è dunque limitato in ragione del trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore, escludendo la possibilità di applicare la norma con riferimento ai reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo ai cinque anni.

Nel determinare se tale limite edittale risulti superato, occorre fare applicazione del disposto del comma quarto dell'art. 131 *bis* c.p., che detta le regole per stabilire la pena del reato, prevedendo che *"Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale"*.

Il legislatore prevede inoltre che, in caso di circostanze ad effetto speciale, *"ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69"*, con la conseguenza che deve comunque prendersi in considerazione l'aumento di pena, anche nell'eventualità in cui l'aggravante dovesse essere ritenuta equivalente o recessiva rispetto alle attenuanti.

La Corte di Cassazione ha inoltre precisato, in merito alle limitazioni dell'operatività della norma, che *"L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, essendo prevista dall'art. 131-bis cod. pen. con riferimento generico ai "reati", non ulteriormente qualificati, sanzionati con pena non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, si applica anche ai delitti tentati, quando la loro autonoma cornice edittale, determinata alla stregua del massimo previsto per il reato consumato ridotto di un terzo ai sensi dell'art. 56 cod. pen., risulti ricompresa entro la soglia di legge"* (Cass., Sez. V, 19 aprile 2019, n. 17348).

Infine, l'ultimo comma dell'art. 131 *bis* c.p. precisa che la disposizione trova applicazione *"anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante"*.

La portata applicativa dell'istituto ha di recente registrato una serie di limitazioni, dapprima per effetto del Decreto Legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con legge 8 agosto 2019, n. 77, c.d. Decreto Sicurezza *Bis*, mediante l'introduzione di un nuovo periodo alla fine del comma secondo dell'art. 131 *bis* c.p., ai sensi del quale: *"L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341 bis, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni"*.

Il legislatore è intervenuto dunque non già direttamente sul requisito edittale generale di cui al comma primo bensì attraverso l'introduzione di eccezioni all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., legate al titolo del reato ovvero al contesto in cui sia stato commesso il fatto (con abbassamento della predetta soglia edittale, che scende a due anni e sei mesi di reclusione, per i fatti posti in essere nel corso di manifestazioni sportive).

La formulazione della novella ha sollevato fin da principio perplessità, legate innanzitutto alla discriminazione tra la figura del pubblico ufficiale e quella dell'incaricato di un pubblico servizio, in quanto la limitazione è destinata ad operare solo in caso di reati delitti commessi ai danni del primo.

Nel contempo, si è rilevato che il riferimento all'esercizio delle funzioni proprie del pubblico ufficiale costituisce un elemento ridondante, in quanto trattasi del presupposto delle fattispecie di resistenza e oltraggio richiamate dalla novella del 2019.

In merito a tali restrizioni dell'ambito operativo dell'art. 131 *bis* c.p., irretroattive in quanto sfavorevoli, il Tribunale di Torino, con ordinanza n. 89 del 2020, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 49, par. 3 CDFUE, ritenendo le limitazioni introdotte prive di un ragionevole fondamento e causative di una disparità di trattamento con lesione, nel contempo, il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria. Nel contempo, il Tribunale di Torre Annunziata ha sollevato analoga questione, ritenendo altresì violato l'art. 77 Cost., con riferimento all'utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza. La Corte Costituzionale, con sentenza 5 marzo 2021, n. 30, ha tuttavia dichiarato inammissibili parte delle questioni: sono sati, in particolare, ritenuti inconferenti i riferimenti alla Carta di Nizza, essendo l'art. 131 *bis* c.p. estraneo all'ambito di applicazione dei Trattati europei.

Del pari, è stato evidenziato che non sussiste una completa estraneità delle disposizioni impugnate rispetto all'oggetto del decreto legge: si evidenzia infatti che una violazione dell'art. 77 Cost. (come quella ravvisata con sentenza n. 32 del 2014, in materia di stupefacenti) si determina solo se la disposizione aggiunta in sede di conversione sia completamente estranea all'oggetto del decreto-legge, sì da interrompere ogni nesso di correlazione tra quest'ultimo e la legge di conversione: nel caso di decreti legge a contenuto eterogeneo, è tuttavia necessario tenere conto delle finalità perseguite dall'Esecutivo, che con riferimento al decreto n. 53 del 2019 spaziavano dal contrasto all'immigrazione illegale (Capo I), al potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza (Capo II), fino al contrasto alla violenza occasionata da eventi sportivi (Capo III).

Tutti gli interventi risultano accomunati dal fine di *"garantire più efficaci livelli di tutela della sicurezza pubblica"* e *"rafforzare le norme a garanzia del regolare e pacifico svolgimento di manifestazioni in luogo pubblico e aperto al pubblico"*. È stata pertanto ritenuta in linea con tali obiettivi la modifica apportata al testo dell'art. 131 *bis* c.p., volta ad offrire maggiore tutela ai pubblici ufficiali.

La Corte, nel rigettare le ulteriori questioni, ha altresì escluso, nel merito, la manifesta irragionevolezza delle norme introdotte, in quanto destinate a tutelare interessi

meritevoli di tutela, senza incorrere tantomeno in una violazione del principio di proporzionalità o del finalismo rieducativo della pena.

Le modifiche apportate con il Decreto *Sicurezza-bis* del 2019, sono state seguite da alcuni ritocchi, apportati con il Decreto Legge 21 ottobre 2020, n. 130, recante *“Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131 bis, 391 bis, 391 ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”*, convertito con modifiche, con Legge 18 dicembre 2020, n. 173.

L'art. 7 del Decreto ha infatti previsto una *“Modifica dell'articolo 131 bis del codice penale”* e, in specie, la sostituzione del riferimento al *“pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni”* con le parole *“di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ipotesi di cui all'articolo 343”*.

Il testo della norma, a seguito della novella, prevede oggi che *“L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, [...] nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-bis, quando il reato è commesso nei confronti [PARTE ABROGATA] di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ipotesi di cui all'articolo 343”*.

La riduzione dell'operatività dell'art. 131 bis c.p. derivata dalla novella del 2019 è stata così limitata alle sole condotte di resistenza e oltraggio ai danni del personale di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria, nell'esercizio delle proprie funzioni, e non già di qualsiasi pubblico ufficiale.

Permangono tuttavia le perplessità in merito al riferimento all'esercizio delle proprie funzioni, di per sé presupposto dei reati predetti, cui si affianca oggi l'oltraggio al magistrato in udienza ex art. 343 c.p.

La novella è destinata a produrre effetti retroattivi, nella prima parte, favorevole, e irretroattivi in relazione alla seconda parte, che estende la limitazione della clausola di non punibilità al delitto ex art. 343 c.p.

Anche la disciplina vigente, frutto dell'avvicinarsi degli interventi legislativi del 2019 e del 2020, è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Lecco, con ordinanza 12 febbraio 2021, n. 72.

In particolare, il Tribunale dubita della legittimità costituzionale della novella, nella parte in cui vieta di riconoscere tale causa di non punibilità per alcune fattispecie di reato tassativamente elencate, per violazione del principio di uguaglianza, ex art. 3 Cost.

L'ordinanza precede di poco più di un mese l'intervento della Corte Costituzionale che, con la sopra esaminata sentenza n. 30 del 2021, ha escluso profili di irragionevolezza e disuguaglianza nelle modifiche apportate all'art. 131 bis c.p., ed è stata dichiarata inammissibile, per manifesta infondatezza, con l'ordinanza 31 marzo 2022, n. 82, in cui si evidenzia che il giudice *a quo* non ha addotto elementi ulteriori rispetto a quelli già vagliati dalla Corte con la sentenza del 2021.

### **3. L'intervento della Corte Costituzionale e le prospettive di riforma**

La Corte Costituzionale, con sentenza 21 luglio 2020, n. 156, ha invece accolto la questione di legittimità costituzionale relativa alla impossibilità di applicare l'art. 131 bis c.p. alle fattispecie di ricettazione di lieve entità, di cui all'art. 648, comma secondo (oggi comma quarto) c.p., in ragione del limite edittale massimo di sei anni di reclusione

previsto per tale reato.

Una prima questione di legittimità in tal senso, sollevata con ordinanza del 2016, dal Tribunale di Nola, era stata dichiarata non fondata, in prima battuta, dalla Corte Costituzionale, con sentenza del 17 luglio 2017, n. 207, in cui il giudice delle leggi ha rilevato che *"tra l'attenuante del fatto di particolare tenuità, prevista per il reato di ricettazione, e la causa di non punibilità dell'art. 131-bis cod. pen. non può stabilirsi alcun collegamento che possa comportarne l'applicabilità"*.

Nello stesso senso si era espressa poco tempo prima anche la Corte di Cassazione, con sentenza del 12 maggio 2017, n. 23419, in cui i giudici di legittimità hanno osservato che *"Il riconoscimento quindi di ipotesi c.d. lievi da parte del legislatore (art. 648 cpv. c.p., art. 609 bis c.p., u.c., art. 323 bis c.p.) non determina automaticamente l'applicabilità astratta a tutti i predetti reati della ipotesi di cui all'art. 131 bis c.p., ma, soltanto, nei casi in cui per effetto dell'applicazione della circostanza speciale il limite di pena sia inferiore ad anni 5"*, così ribadendo l'assenza di alcun automatismo tra la previsione di un'attenuante di tale tenore e l'applicazione della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p.

Pur escludendo che i limiti di applicazione dell'art. 131 bis c.p., rientranti nella discrezionalità del legislatore, presentassero profili di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, la Consulta ha manifestato nel 2017 alcune perplessità in merito alla questione, suggerendo una modifica dell'attuale disciplina dell'art. 131 bis c.p.

In particolare, in chiusura della motivazione, è stato affermato che *"se si fa riferimento alla pena minima di quindici giorni di reclusione, prevista per la ricettazione di particolare tenuità, non è difficile immaginare casi concreti in cui rispetto a tale fattispecie potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità (impedita dalla comminatoria di sei anni), specie se si considera che, invece, per reati (come, ad esempio, il furto o la truffa) che di tale causa consentono l'applicazione, è prevista la pena minima, non particolarmente lieve, di sei mesi di reclusione. Pena che, secondo la valutazione del legislatore, dovrebbe essere indicativa di fatti di ben maggiore offensività"*.

È stato pertanto rilevato che *"Per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità"*.

In ogni caso, la Corte Costituzionale, nel 2017, ha ribadito che *"Interventi del genere (come anche altri, sollecitati attraverso questioni di legittimità costituzionale che non hanno potuto trovare accoglimento) esulano, per costante giurisprudenza, dai poteri di questa Corte. Di tali interventi però, una volta che ne sia stata rilevata l'esigenza, non può non farsi carico il legislatore, per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui"*.

A fronte della consueta inerzia del legislatore, la medesima questione è stata riproposta nel 2020, con ordinanza n. 25 del Tribunale di Taranto, su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 156 dello stesso anno, dichiarando questa volta *"l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis del codice penale, inserito dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67», nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva"*.

Il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 bis c.p., per contrasto con l'art. 3 Cost. e con l'art. 27, comma terzo, Cost., senza contestare tuttavia - a differenza dell'ordinanza del 2016 - il limite edittale in sé previsto dal legislatore, bensì la disparità di trattamento che deriva nell'applicazione dell'art. 131 bis c.p. rispetto a fattispecie omogenee ma con limiti edittali differenti.

Si fa in particolare riferimento ai reati di furto, danneggiamento e truffa, tutti lesivi del bene giuridico tutelato del patrimonio, al pari della ricettazione, rispetto ai quali

tuttavia l'art. 131 bis c.p. è operante per via del massimo edittale inferiore ai cinque anni di reclusione, nonostante presentino un minimo edittale (sei mesi) più alto di quello previsto per la ricettazione di lieve entità (quindici giorni). Tale disparità di trattamento è considerata lesiva altresì della funzione rieducativa della pena, in quanto percepita come ingiusta da parte del reo.

La Corte Costituzionale, nella sentenza del 2020, conferma gli assunti da cui muove il giudice *a quo*, rilevando che in assenza di un limite edittale minimo per la pena detentiva del reato di ricettazione lieve, questo vada individuato in quindici giorni di reclusione, ex art. 23 c.p.

Tanto premesso, la Consulta ha ravvisato questa volta il carattere manifestamente irragionevole della esclusione aprioristica dell'operatività dell'art. 131 bis c.p. a fronte di fatti che, pur puniti con una pena superiore nel massimo edittale a cinque anni, presentino una offensività minima, dimostrata dall'entità della sanzione minima irrogabile, di soli quindici giorni.

Dichiarata dunque la fondatezza della questione, la Corte rileva che non è dato individuare un limite minimo generale, al di sotto del quale l'art. 131 bis c.p. debba trovare applicazione anche a prescindere dalla pena detentiva massima. Si evidenzia infatti che *"Ben potrà il legislatore, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità in tema di estensione delle cause di non punibilità, fissare un minimo relativo di portata generale, al di sotto del quale l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen. non potrebbe essere preclusa dall'entità del massimo edittale"*.

In mancanza di un siffatto intervento legislativo, la disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto quando la fattispecie penale superi il limite massimo edittale di cinque anni di reclusione e tuttavia non sia stato individuato dal legislatore un limite minimo edittale (si pensi a tutte le fattispecie punite, ad esempio, *"fino a"* una pena detentiva superiore ai cinque anni, priva di un minimo edittale esplicito).

Non sono per vero mancate voci critiche in dottrina in merito alla decisione adottata dalla Consulta che, pur preceduta dalla sentenza monito del 2017, è stata considerata per certi versi invasiva della sfera di attribuzioni del potere legislativo.

Si è osservato, in particolare, che la decisione esaminata implica, a fronte di fatti puniti con una pena edittale minima stabilita per legge e che tuttavia presentino un massimo edittale superiore ai cinque anni, l'impossibilità di applicare l'art. 131 bis c.p., laddove, a fronte di fattispecie punite con il medesimo minimo edittale delle precedenti ma contenute nel massimo entro i cinque anni, sarà possibile escluderne la punibilità.

In siffatte evenienze, dunque, a parità di minimo edittale, pari ad esempio a tre mesi di reclusione, la non punibilità della condotta (che nel minimo sarà in entrambi i casi punita con tre mesi di reclusione) dipenderà dal massimo edittale.

Quando invece il minimo edittale non sia previsto espressamente e operi dunque la norma dell'art. 23 c.p. a stabilirlo in quindici giorni di detenzione, a prescindere da quale sia la pena massima edittale, potrà trovare applicazione l'art. 131 bis c.p.

Secondo questa parte della dottrina, sarebbe stato invece più coerente stabilire (da parte del legislatore e non già della Corte Costituzionale) che il giudice possa applicare l'art. 131 bis c.p. ogni qual volta è orientato a punire il fatto con una pena detentiva che in concreto non superi un determinato valore, a prescindere dalla cornice edittale della pena.

La scelta legislativa, nell'introdurre l'art. 131 bis c.p., è stata invece quella di ancorare l'ambito operativo dell'esimente al massimo edittale ma di tale scelta la Corte Costituzionale non ha tenuto debitamente conto, con buona pace delle *"rime obbligate"* predicate da CRISAFULLI.

Recependo la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza impugnata, nel testo della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, c.d. Riforma Cartabia, tra i criteri direttivi per la delega al Governo è previsto quello di ancorare l'ambito operativo dell'istituto non più al limite edittale massimo bensì alla pena detentiva minima, individuata in quella *"non*



*superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria*".

È stato per vero osservato, nei primi pareri aventi ad oggetto la riforma, che sarebbe stato più efficace e coerente assegnare rilevanza non già al limite edittale della pena bensì alla sanzione destinata a trovare concreta applicazione, come avviene ad esempio in caso di c.d. patteggiamento, così consentendo una effettiva valutazione della particolare tenuità dell'offesa.

La riforma esclude in ogni caso dalla portata applicativa della causa di non punibilità tutti i reati riferibili alla c.d. violenza di genere, oggetto della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul l'11 maggio 2011 e ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77.

## **4. La particolare tenuità dell'offesa: le condotte susseguenti**

Come si è avuto modo di osservare, il legislatore del 2015, al comma primo dell'art. 131 *bis* c.p., ha espressamente assegnato rilevanza alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o del pericolo che ne siano derivati.

A tali criteri utili per determinare la particolare tenuità dell'offesa si aggiungono, inoltre, le indicazioni contenute nel comma secondo dell'art. 131 *bis* c.p., in forza del quale *"L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona"*.

Si tratta di circostanze che escludono la particolare tenuità dell'offesa, legate in parte alle modalità della condotta, nonché alla gravità intrinseca delle conseguenze del reato, come in caso di morte o di lesioni gravissime della persona offesa.

Al riguardo occorre evidenziare la sostanziale corrispondenza che la disciplina del secondo comma presenta con alcune delle circostanze aggravanti comuni, previste dall'art. 61 c.p.; l'aver agito per motivi abietti o futili rileva infatti ai sensi del n. 1 dell'art. 61, comma primo, c.p., quale circostanza aggravante del reato; inoltre l'aver adoperato sevizie o agito con crudeltà integra la circostanza aggravante di cui al n. 4 della citata disposizione, con la precisazione che l'art. 131 *bis*, comma secondo, c.p. assegna rilevanza anche alla crudeltà nei confronti di animali. Infine l'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età, evoca il disposto del n. 5 dell'art. 61 c.p., che prevede un aumento della pena quando il reo abbia *"profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa"*.

Può dunque ritenersi che, nonostante il legislatore non abbia operato un espresso rinvio alla disciplina dell'art. 61 c.p., in presenza delle summenzionate circostanze aggravanti non potrà trovare applicazione il disposto dell'art. 131 *bis* c.p., anche a prescindere dalla relativa contestazione all'imputato.

L'aver infatti riprodotto nella sostanza il contenuto delle circostanze aggravanti, senza richiamare le corrispondenti disposizioni di legge, consente di ritenere non necessaria la formale contestazione della singola circostanza, rimettendo all'accertamento in concreto, operato dal giudice, la verifica della sussistenza di situazioni ostative.

Queste ultime potrebbero peraltro essere integrate dalla c.d. Riforma Cartabia, posto che la legge delega prevede la possibilità di ampliare *"se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica, il novero delle*

*ipotesi in cui, ai sensi del secondo comma dell'articolo 131-bis del codice penale, l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità". Il criterio direttivo è stato tacciato di incostituzionalità per carenza di precisione e tuttavia rappresenta un potenziale argine all'ampliamento della portata operativa dell'istituto che la prima parte della riforma è destinata a comportare.*

In ordine invece all'accertamento in positivo della particolare tenuità dell'offesa, la Corte di Cassazione ha precisato che il giudice penale è chiamato ad una *"valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, in base ai criteri indicati dall'art. 133, primo comma, cod. pen."* (Cass. Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37834).

Tra tali elementi rientrano, secondo i giudici di legittimità, *"anche le precarie condizioni economiche dell'agente al momento della commissione del reato qualora incidano sull'intensità del dolo"*, come nel caso in cui il fatto sia stato a causa della grave difficoltà economica in cui versasse il reo.

La giurisprudenza ha invece costantemente escluso che possa assumere rilievo, ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, *"il comportamento tenuto dall'agente "post delictum", atteso che la norma [...] correla l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133, comma primo, cod. pen., e non invece con riguardo a quelli, indicativi di capacità a delinquere, di cui al secondo comma, includenti la condotta susseguente al reato"* (Cass. Sez. V, 10 gennaio 2020, n. 660).

Rispetto a tale orientamento, deve tuttavia registrarsi un'inversione di rotta da parte del legislatore, che nella legge delega n. 134 del 2021 prevede espressamente, all'attuale lettera b) del comma 21 dell'art. 1, che il legislatore delegato debba *"dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa"*.

Non si tratta dunque di un'estensione *tout court* ai criteri di cui al comma secondo dell'art. 133 c.p. bensì della specifica previsione della rilevanza della condotta susseguente, che ratifica così una cospicua parte della giurisprudenza di merito che, pur implicitamente, ha spesso assegnato rilevanza alla condotta successiva al reato, come nel caso di demolizione dei manufatti abusivi, della riconciliazione delle parti o del risarcimento dei danni con eliminazione delle conseguenze dannose.

## **5. La non abitualità del comportamento: recidiva e continuazione**

Ai sensi del comma primo dell'art. 131 bis c.p., alla particolare tenuità dell'offesa deve accompagnarsi la non abitualità del comportamento del reo.

Il legislatore ha offerto al comma terzo della disposizione una definizione di comportamento abituale, con riferimento ai casi in cui *"l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"*.

Il requisito di non abitualità del comportamento è quindi precluso in presenza di due situazioni: la prima riguarda la persona del reo, impedendo di escluderne la punibilità per particolare tenuità del fatto quando questi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza (ai sensi degli artt. 102 ss. c.p.) ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se alcuni di questi presentino carattere di particolare tenuità.

Ai sensi dell'art. 101 c.p., *"Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse,*

nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti caratteri fondamentali comuni"; anche in questo caso, nonostante l'assenza di un espresso richiamo, occorre coordinare la nuova disposizione con la pregressa disciplina codicistica.

La prima parte del comma terzo ha sollevato un problema interpretativo in merito alla compatibilità dell'istituto con la recidiva eventualmente contestata al reo.

Manca infatti alcun riferimento alla recidiva tra i limiti di cui al comma terzo, che prende invece in considerazione le figure tipiche del delinquente abituale, professionale o per tendenza.

È prevalsa, al riguardo, la tesi secondo cui il legislatore non ha inteso assegnare carattere ostativo alla contestata recidiva, fatta tuttavia eccezione per quella particolare forma di recidiva c.d. reiterata specifica, in quanto espressiva dell'abitudine del comportamento penalmente rilevante (Cass., Sez. V, 14 gennaio 2021, n. 1489).

Difatti, il riferimento all'aver *"commesso più reati della stessa indole"*, consente di limitare a tale forma di recidiva l'effetto preclusivo della non punibilità per particolare tenuità del fatto, ammettendo, *a contrario*, la piena operatività dell'istituto in tutti gli altri casi, ivi compresa la recidiva reiterata.

In tal senso si è recentemente espressa la Corte di Cassazione, con sentenza 8 febbraio 2021, n. 4800, con cui i giudici di legittimità hanno evidenziato che è sbagliato confondere l'abitudine con la mera recidiva: *"il comportamento è abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello preso in esame. Sicché la nozione di comportamento abituale non può essere assimilata a quella della recidiva, che opera in ambito diverso ed è fondata su un distinto apprezzamento, con la conseguenza che assumono rilievo anche reati commessi successivamente a quello per cui si procede"*.

Deve inoltre trattarsi di *"più reati"* già commessi, con conseguente insufficienza di un unico precedente specifico ad escludere l'applicazione della norma.

Invero, sul punto, la Corte di Cassazione, con sentenza 17 marzo 2021, sentenza n. 10305 (che conferma, *in parte qua*, Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 6551 e nella più recente sentenza 12 maggio 2022, n. 18891 delle Sezioni Unite), ha sostenuto che il presupposto ostativo del comportamento abituale ricorre quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, abbia commesso almeno altri due reati della stessa indole; la sentenza citata afferma inoltre che al giudice penale è consentito procedere ad un accertamento incidentale in ordine alla commissione di tali ulteriori reati, al fine di escludere l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

Tale soluzione è stata tuttavia criticata da una parte della dottrina, la quale ha ritenuto invece più rispondente con la *ratio* della limitazione e, nel contempo, necessario a garanzia dell'imputato (che dovrebbe altrimenti difendersi, nel medesimo processo, per fatti ulteriori) che sugli altri *"reati della stessa indole"* sia intervenuto un giudicato di condanna.

Nonostante l'apprezzabile vocazione garantista della soluzione più rigorosa, la giurisprudenza di legittimità ha assegnato rilevanza finanche ai precedenti di polizia esistenti a carico dell'imputato, che *"possono essere ritenuti sintomatici dell'abitudine del reato, ostativa alla concessione del beneficio, a condizione che siano verificati gli elementi fattuali da essi emergenti, le eventuali allegazioni difensive relative alla sussistenza di cause di giustificazione o di non punibilità della condotta e gli esiti delle segnalazioni, ossia la loro eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato e l'avvio di un procedimento penale"* (Cass., Sez. VI, 19 marzo 2021, n. 10796).

La Corte di Cassazione ha invece affermato che deve escludersi che possano assumere rilievo reati estinti (Cass., Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 11732, in relazione ai reati estinti a seguito di decreto penale di condanna, per decorso di cinque anni ex art. 460, comma quinto, c.p.p.), entrando tuttavia così in contraddizione rispetto all'approccio sostanziale ed estensivo sopra descritto: non si comprende infatti come possa il giudice tenere in

considerazione fatti ancora *sub iudice* al momento della decisione, anche successivi al reato per cui è invocata la causa di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., laddove è preclusa analoga valutazione in caso di estinzione del reato; fino alla formazione del giudicato, infatti, potrebbe perfezionarsi una causa di estinzione del reato o finanche il proscioglimento dell'imputato, con conseguenze paradossali sull'esito del giudizio in ordine alla abitudine del comportamento.

La seconda parte del comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p. prende invece in considerazione, qualificandole come comportamenti abituali, le ipotesi *"in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"*.

Si è pertanto sostenuto che il legislatore abbia inteso escludere dall'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. i c.d. reati abituali, che richiedono la ripetizione nel tempo di condotte idonee e indirizzate a offendere il bene giuridico protetto: in questi casi, infatti, il reato ha ad oggetto, per definizione, condotte plurime, abituali e reiterate. È stata invece più dibattuta la questione dell'abitudine dei comportamenti avvinati dal vincolo della continuazione, ai sensi dell'art. 81, cpv., c.p., che prevede un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo quando questi abbia commesso una pluralità di reati, in esecuzione di un unico disegno criminoso.

Interpretando il comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p. nel senso dell'autonoma rilevanza del carattere plurimo, abituale e reiterato delle condotte criminose, la disposizione in esame non potrebbe trovare applicazione in caso di reato continuato, proprio in ragione della pluralità delle condotte che caratterizza l'istituto.

Tale preclusione, frutto di una interpretazione restrittiva dell'art. 131 *bis* c.p., finirebbe così per impedire l'applicazione di una norma di favore con riferimento ad un istituto che risponde invece ad una *ratio* del *favor rei* (come confermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 115 del 1987, in cui si precisa che il reato continuato costituisce un istituto di favore per il reo).

Qualora si accedesse invece ad un'interpretazione congiunta della disposizione del comma terzo dell'art. 131 *bis* c.p., secondo cui il comportamento è abituale solo quando il reato abbia ad oggetto condotte che cumulativamente presentino i caratteri di pluralità, abitudine e reiterazione, non sussisterebbe alcuna preclusione all'applicazione della norma ai casi di reato continuato.

La Corte di Cassazione ha inizialmente aderito all'opposto orientamento, secondo cui è sufficiente il carattere plurimo delle condotte per escludere l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.: i giudici di legittimità hanno infatti affermato l'incompatibilità tra reato continuato e la non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., ritenendo abituale la condotta del reo in caso di continuazione (Cass., Sez. III, 13 luglio 2015, n. 29897).

La successiva giurisprudenza ha tuttavia manifestato una prima apertura nel senso dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. anche in caso di continuazione, riconoscendo che *"La volontà criminosa quando regge singola azione od anche più azioni, ma poste in essere nel medesimo contesto spazio-temporale, non appare incompatibile con il concetto di estemporaneità dell'azione illecita rispetto alla positiva personalità del reo, posto alla base della disciplina della causa di non punibilità, ex art. 131-bis c.p."* (Cass., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 35590).

Tale soluzione ha fatto così breccia nell'orientamento contrario, e più di recente la Corte di Cassazione ha riconosciuto espressamente che *"Il vincolo della continuazione nel reato non è incompatibile con l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, nel caso in cui si tratti di più azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo e nei confronti della stessa persona"* (Cass., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 16502).

L'incompatibilità tra reato continuato e particolare tenuità del fatto è stata tuttavia esclusa con riferimento ai soli fatti caratterizzati da contestualità spazio-temporale, tali da lasciar apprezzare il carattere occasionale del fatto; a fronte invece di fatti, avvinati dal vincolo della continuazione ma consumati in tempi e luoghi diversi, è stata riconosciuta l'abitudine della condotta, ostativa all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

La successiva giurisprudenza ha però visto progressivamente erodere gli argini all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nei casi di reato continuato, con il progressivo affermarsi, negli ultimi anni, di un orientamento estensivo, che ha abbandonato il requisito di contestualità spazio-temporale, sostituendolo con quello della natura episodica del fatto, complessivamente inteso, e quindi della sua occasionalità.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che l'art. 131 bis c.p. è applicabile anche in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, purché non espressivi di una tendenza o inclinazione al crimine (Cass. 31 dicembre 2020, n. 37913); più nello specifico, si è ritenuto che *"il fatto che il reato per il quale si chieda il riconoscimento della causa di non punibilità sia stato posto in continuazione con altri non osta, in astratto, alla operatività dell'istituto dovendosi tuttavia valutare, anche alla luce del suo inserimento in un contesto più articolato, se la condotta in esame sia espressione di una situazione episodica, se la lesione all'interesse tutelato sia comunque minimale e, in definitiva, se il "fatto" nella sua complessità, sia meritevole di un apprezzamento in termini di speciale tenuità"*. Tale soluzione ha trovato conferma nel recente intervento delle Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi sulla questione, che con sentenza 12 maggio 2022, n. 18891, hanno escluso la incompatibilità in astratto tra il reato continuato e il riconoscimento della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p., facendo *"salve le ipotesi in cui il giudice la ritenga idonea, in concreto, ad integrare una o più delle condizioni tassativamente previste dalla suddetta disposizione per escludere la particolare tenuità dell'offesa o per qualificare il comportamento come abituale"*. Le Sezioni Unite hanno altresì esplicitato nei principi di diritto affermati con la su richiamata sentenza, che il giudice è chiamato ad una valutazione complessiva, che tenga conto, in concreto, *"di una serie di indicatori rappresentati, in particolare, dalla natura e dalla gravità degli illeciti in continuazione, dalla tipologia dei beni giuridici protetti, dall'entità delle disposizioni di legge violate, dalle finalità e dalle modalità esecutive delle condotte, dalle loro motivazioni e dalle conseguenze che ne sono derivate, dal periodo di tempo e dal contesto in cui le diverse violazioni si collocano, dall'intensità del dolo e dalla rilevanza attribuibile ai comportamenti successivi ai fatti"*.

È dunque prevalsa una interpretazione restrittiva dei limiti al riconoscimento della particolare tenuità dell'offesa, con particolare riferimento all'abitudine della condotta, richiedendo al giudice un accertamento in concreto e di natura complessiva, volto a verificare che il reato commesso nell'esecuzione di un medesimo disegno criminoso, insieme agli altri fatti uniti dal vincolo della continuazione, non lasci emergere la serialità delle condotte del reo e presenti, nel contempo, carattere occasionale e, nel suo complesso, una modesta carica offensiva.

I giudici di legittimità hanno affrontato altresì la questione della compatibilità dell'istituto con le ipotesi di concorso formale di reato, risolvendola *a fortiori* in senso positivo.

È stata infatti disattesa la tesi secondo cui il comportamento del reo debba ritenersi abituale, sul presupposto che la pluralità delle violazioni penali corrisponda ad una pluralità di condotte, ostative all'applicazione dell'art. 131 bis c.p., ai sensi del terzo comma della disposizione.

Fin dalle prime applicazioni della norma, con sentenza della Sezione III, 27 novembre 2015, n. 47039, la Corte di Cassazione ha infatti escluso che in caso di concorso formale di reati possa ravvisarsi il carattere plurimo o reiterato della condotta, dal momento che l'azione od omissione posta in essere dal reo è per definizione unica, pur se violativa di più disposizioni penali.

Con la medesima sentenza la Corte ha altresì escluso il carattere abituale del comportamento del reo con riferimento ai reati permanenti, in cui non è riscontrabile una pluralità di condotte ma un'unica azione che si protrae nel tempo, comprimendo il bene giuridico protetto. Al riguardo i giudici di legittimità sottolineano tuttavia che la particolare tenuità dell'offesa difficilmente può coniugarsi con il carattere permanente della condotta, pur non potendo escludersi la compatibilità in astratto degli istituti.

## 6. L'abitudine e il c.d. tempo silente

Un ulteriore profilo che è di recente emerso nella giurisprudenza di legittimità e che presenta particolare importanza, confermando l'approccio sostanziale e funzionale al tema dell'abitudine (che non richiede pertanto la formale contestazione della recidiva ovvero il formarsi di un giudicato sui reati ostativi al riconoscimento dell'esimente), riguarda la questione della rilevanza del c.d. tempo silente tra il reato *sub iudice* e gli ulteriori fatti commessi dal reo.

In particolare, la Corte di Cassazione è stata chiamata a stabilire se il c.d. "tempo silente" trascorso dalla commissione dei precedenti reati debba essere oggetto di valutazione, a norma dell'art. 131 *bis* c.p., ai fini della sussistenza dell'abitudine del comportamento.

Nell'affrontare la questione, con sentenza della Sezione V, 7 dicembre 2020, n. 34830, la Corte ha affermato che *"il decorso di un lasso temporale rispetto ai precedenti reati commessi, cd. "tempo silente", può assumere rilevanza, sotto il profilo della occasionalità della condotta, nella complessiva ed unitaria valutazione di tenuità del fatto svolta alla stregua delle circostanze della fattispecie concreta"*.

Nel pervenire a tale conclusione, i giudici di legittimità hanno preso le mosse dalla nozione di comportamento abituale, così come delineata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 25 febbraio 2016, n. 13681, secondo cui è necessaria la commissione di *"almeno due illeciti, oltre quello preso in esame"* e, nel contempo, occorre avere riguardo non solo alle categorie tradizionali, come quelle della condanna e della recidiva, dovendosi invece ritenere che *"la serialità ostativa si realizza quando l'autore faccia seguire a due reati della stessa indole un'ulteriore, analoga condotta illecita"*, in termini di una *"successione di reati caratterizzati dalla medesima oggettività giuridica"*.

Anche in questo caso, la Corte ammette che, sotto il versante cronologico, i reati possano essere successivi a quello in esame, perché *"si verte in un ambito diverso da quello della disciplina legale della recidiva; ed è in questione un distinto apprezzamento in ordine, appunto, alla serialità dei comportamenti"*, donde pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza, ai soli fini della verifica dell'abitudine del comportamento. Con riferimento specifico, invece, al tema del c.d. "tempo silente", la Corte ne riconosce la rilevanza, nell'ambito delle predette valutazioni, ma non già in via autonoma.

Viene infatti osservato che l'art. 131 *bis* c.p. richiede la *"non occasionalità"* della condotta, da accertare all'esito di una valutazione da compiersi *"alla stregua di una complessiva valutazione del fatto rispetto alle ulteriori condotte omogenee, precedenti ed anche successive, non necessariamente irrevocabilmente accertate, estinte o improcedibili, e financo già dichiarate particolarmente tenui"* (Sezioni Unite cit.).

Ebbene, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, *"se il nesso temporale tra le condotte viene a sdrammatizzarsi, il medesimo profilo cronologico può rilevare in quella complessiva ed unitaria valutazione di tenuità, svolta alla stregua delle circostanze del concreto contesto, che costituisce il fondamento di ragione dell'istituto. In altri termini, viene ad assumere precipuo rilievo ogni indicatore in concreto della "non occasionalità" della condotta, desunta da elementi fattuali dotati della necessaria attitudine dimostrativa"*.

Ne deriva pertanto che, pur a fronte di una pluralità di fatti della stessa indole imputabili al reo, il giudice sarà chiamato a verificare se la condotta per cui si procede presenti o meno carattere abituale, nell'accezione di seriale, non occasionale, e nell'operare tale valutazione, potrà tenere in considerazione il fattore temporale, valorizzando il lasso di tempo trascorso dal reato precedentemente commesso (c.d. tempo silente).

Emerge così, sebbene si tratti di una pronuncia isolata, una relativizzazione della nozione di abitudine, con riferimento alla commissione di più reati della stessa indole, che consente di escludere un'automatica efficacia ostativa, sottoponendo al giudice

una valutazione di merito in ordine alla non occasionalità delle condotte accertate.

## 7. I risvolti processuali: particolare tenuità e impugnazioni

La peculiare natura e disciplina della particolare tenuità del fatto ha richiesto in più occasioni l'intervento della giurisprudenza di legittimità per chiarire in quali fasi e con quali modalità la causa di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p. potesse essere invocata dall'imputato e applicata dal giudice.

Un primo ordine di questioni ha riguardato i profili intertemporali della novella del 2015, onde stabilire se e in che termini la norma potesse trovare applicazione nei giudizi pendenti.

Il Decreto legislativo n. 28 del 2015 non ha infatti dettato alcuna disposizione di diritto intertemporale, con conseguente necessità di individuare il regime successorio della nuova causa di esclusione della punibilità.

La natura sostanziale che, come anticipato, è stata riconosciuta all'istituto da dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità ha consentito di affermare che, trattandosi indubbiamente di una norma penale di favore, essa fosse destinata a retroagire in forza del principio di retroattività favorevole; deve tuttavia precisarsi che, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, c.p., la norma non può trovare applicazione con riferimento ai reati decisi con sentenza passata in giudicato.

Con riferimento, invece, ai giudizi pendenti davanti alla Corte di Cassazione al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, con la già richiamata sentenza n. 15449 del 2015, è stata riconosciuta la possibilità, per i giudici di legittimità, di rilevare di ufficio, ai sensi dell'art. 609, comma secondo, c.p.p., la sussistenza delle condizioni di applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., avvalendosi delle risultanze processuali e della motivazione della sentenza impugnata; la Corte ha tuttavia ritenuto che, in tal caso, occorra annullare la sentenza e rinviare la causa al giudice di merito perché proceda ad applicare la causa di non punibilità.

Tale orientamento ha registrato tuttavia posizioni di segno contrario nella giurisprudenza della Corte (Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2020, n. 36518; Cass., Sez. IV, 1° ottobre 2020, n. 27241) che, di recente, ha ritenuto possibile riconoscere la particolare tenuità del fatto nel giudizio di legittimità, senza procedere al rinvio al giudice di merito, *"a condizione che i presupposti di applicabilità siano immediatamente rilevabili dagli atti e non siano necessari ulteriori accertamenti fattuali"* (in tal senso Cass., Sez. II, 9 dicembre 2020, n. 35033, intervenuta con riferimento agli effetti della sopra esaminata sentenza n. 156 del 2020, in relazione all'estensione dell'ambito operativo dell'art. 131 *bis* c.p. ai fatti per i quali non sia previsto un minimo edittale, ivi compresa la ricettazione di lieve entità).

Diversamente, nel giudizio di rinvio seguito ad annullamento della Corte di cassazione, ne è preclusa la deduzione qualora non rilevata nel giudizio rescindente, essendosi formato il giudicato sulla insussistenza della causa di non punibilità (Cass. Sez. Feriale, 17 novembre 2020, n. 32175).

Con riferimento invece al giudizio di appello, ferma la possibilità dell'imputato di proporre impugnazione avverso la sentenza applicativa dell'art. 131 *bis* c.p. (riconosciuta, tra le altre, da Cass., Sez. III, 30 agosto 2019, n. 36687, secondo cui *"anche laddove non siano dedotti possibili profili di efficacia della pronuncia nel giudizio civile o amministrativo di danno, sussiste[...] l'interesse dello stesso a rimuovere il pregiudizio derivante dall'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale"*), la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile la deduzione della causa di non punibilità per la prima volta in appello, escludendo che risulti necessario averne invocato l'applicazione nel giudizio di primo grado (Cass. Sez. IV, 20 febbraio 2019, n. 7675).

Difatti, la giurisprudenza è orientata nel senso che, *"per assimilazione alle altre cause di proscioglimento per le quali vi è l'obbligo di immediata declaratoria in ogni stato e grado del processo"*, la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. può essere rilevata finanche d'ufficio dal giudice d'appello (Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 2175) e in ogni caso non trova alcuna preclusione nella omessa richiesta in primo grado di assoluzione per

particolare tenuità del fatto.

Alle stesse conclusioni la Corte di Cassazione, come si è avuto modo di osservare, è giunta con riferimento al giudizio di legittimità (Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2020, n. 36518, che espressamente ammette la rilevabilità d'ufficio della causa di non punibilità in esame), e finanche nel giudizio di riesame, sostenendo che *"rientra nella valutazione del giudice del riesame relativa alla sussistenza del "fumus commissi delicti", il compito di valutare incidentalmente la configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131 bis c.p., ove la stessa emerga "ictu oculi" sulla base degli elementi indiziari raccolti"* (Cass., Sez. III, 5 marzo 2020, n. 8989, in relazione ad un giudizio di riesame reale).

Un'ultima questione, a cavallo con il diritto processuale in quanto relativa alla tipologia di sentenza da emettere, affrontata fin dalle prime applicazioni della norma dalla Corte di Cassazione, riguarda infine il rapporto della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. rispetto al verificarsi di una causa di estinzione del reato.

La Corte è infatti intervenuta sul punto con sentenza n. 27055 del 2015, evidenziando che l'effetto estintivo del reato è destinato a prevalere sull'applicazione dell'art. 131 bis c.p., poiché esclude a monte la punibilità del fatto, a prescindere da ogni valutazione in merito alla particolare tenuità dell'offesa.

## 8. In conclusione

Alla luce della ricostruzione dell'istituto e delle numerose pronunce con cui Corte Costituzionale e Corte di Cassazione sono intervenute, a più riprese, per risolvere i dubbi interpretativi che l'art. 131 bis c.p. ha sollevato nelle sue concrete applicazioni, non può che registrarsi il successo che la disposizione in esame ha ottenuto nelle aule di Giustizia.

Il legislatore ha infatti fornito al giudice penale uno strumento che, da un lato, si presta ad ottenere un effetto deflattivo e decongestionante rispetto al sovraccarico dei ruoli, senza rinunciare, dall'altro, ad una valutazione del fatto nella sua dimensione storico-fattuale, volta ad accertarne l'effettiva carica offensiva, senza trascurare – come si è avuto modo di osservare – la personalità del soggetto agente.

A riprova delle potenzialità che la causa di non punibilità ha dimostrato di possedere e dei risultati positivi già ampiamente raggiunti, si pone la scelta legislativa di estenderne la portata applicativa, guardando – come evidenziato – al minimo edittale della pena prevista per il reato come limite per l'operatività dell'art. 131 bis c.p.

Si tratta di un passo in avanti verso una Giustizia efficace e dedicata a vicende realmente meritevoli di un intervento della magistratura penale, in controtendenza rispetto alla c.d. ipertrofia giudiziaria che il diritto penale ha per decenni registrato nel nostro ordinamento.

Non può che auspicarsi, dunque, una maggiore fiducia nei confronti della magistratura requirente e giudicante, nella valutazione dell'offensività delle condotte integranti reato, che sposti il baricentro del giudizio sulla particolare tenuità del fatto non più sul piano formale e astratto della cornice edittale bensì sulla singola vicenda che si presenta innanzi al giudice penale, costruendo i confini di applicazione dell'istituto sulla pena che in concreto sarebbe irrogata.

In tal senso occorrerebbe, come anticipato, un più coraggioso intervento da parte del legislatore, che consentisse al giudice di applicare la norma in esame anche quando il superamento dei limiti di pena derivi dalla contestazione di circostanze aggravanti ad effetto speciale che in concreto risultino equivalenti o sub-valenti rispetto alle attenuanti concorrenti.

Si tratta di una soluzione che consentirebbe una piena ed effettiva adesione del giudizio penale alla realtà storico-fattuale e non priva, nel contempo, di precedenti normativi, tra cui ad esempio la disciplina del c.d. patteggiamento o della sospensione condizionale della pena.

Ulteriori profili di potenziamento, *de jure condendo*, dell'istituto riguardano la sfera processuale, implementando ad esempio le occasioni di applicazione dell'art. 131 bis c.p.



In particolare, si potrebbe estenderle ai casi di richiesta di un decreto penale di condanna, consentendo al G.I.P., in alternativa al rigetto, di pronunciare una sentenza di proscioglimento anche per particolare tenuità del fatto, integrando in tal senso il comma terzo dell'art. 459 c.p.p.

Ulteriore fase processuale meritevole di maggiore attenzione da parte del legislatore è quella predibattimentale, in relazione alla quale sarebbe auspicabile, come anticipato, il potenziamento degli strumenti del giudice nell'accertamento della particolare tenuità del fatto: a differenza infatti della fase G.U.P., non è possibile per il giudice del dibattimento accedere al contenuto del fascicolo del Pubblico Ministero, né acquisire documenti provenienti dalle parti, sì da dover incentrare la valutazione – pur prevista – circa la sussistenza della causa di non punibilità in esame sui soli atti irripetibili eventualmente esistenti e sulla mera lettura del capo di imputazione.

Sarebbe al contrario opportuna la previsione espressa quantomeno di una facoltà di esibizione degli atti di indagine e dei documenti, riconosciuta alle parti, al fine di mettere il giudice in condizione di addivenire già in fase predibattimentale, ai sensi dell'art. 469, comma 1 bis c.p.p. (norma invero ancora poco applicata) ad una sentenza di proscioglimento.

Solo in questo modo potrebbe ottenersi un autentico effetto deflattivo che non consegue invece dall'applicazione dell'art. 131 bis c.p.

Infine, proprio con riferimento alle ipotesi di proscioglimento predibattimentale o di archiviazione in fase di indagini, l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. ben potrebbe essere raccordata e coordinata con gli strumenti di giustizia riparativa, che proprio la tenuità del fatto per cui si procede rende particolarmente efficaci in questi casi, facendo sì che la persona offesa non percepisca la decisione come una forma di denegata giustizia.

## 9. Approfondimenti bibliografici

In argomento: ANDOLFATTO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo 131 bis c.p. alle contravvenzioni stradali*, in *Dir. Pen. cont.*, 2016; AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto* (diritto penale), in *Enc. Dir., Agg.*, XI, Milano, 2017; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659; CORSO, *La garanzia della "interlocuzione necessaria" nel procedimento di applicazione dell'art. 131 bis c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 533; DE FRANCESCO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Criminalia*, 2015, 199 ss.; DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *Cass. Pen.*, 2016, 807; MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giur. Pen.*, 2015, 6/2, 321; MARANDOLA, *Particolare tenuità del fatto* (dir. proc. pen.), in *Digesto pen., Agg.* 2016; PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15; ROMANO, *Le nuove disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 2015.