

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di esaminare l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, come da rubrica dell'articolo 131-bis del Codice penale, introdotto con il D.lgs. del 16 marzo 2015 n. 28 con l'intento di deflazionare il carico giudiziario, in attuazione della legge delega del 28 aprile 2014 n. 67.

Nel primo capitolo si delineano quelli che sono gli aspetti fondamentali della trattazione in tema di non punibilità, con particolare riferimento a questioni specifiche, in particolare verrà esaminato il tema della soglia di punibilità, la quale come si dirà, nel corso dell'elaborato assume le forme delle mitiche colonne d'Ercole, un vero e proprio spartiacque che delimita l'agire penale e mera sanzione amministrativa, sempre in relazione al tema delle soglie sarà fatto espresso riferimento anche agli illeciti di natura tributaria.

Nel secondo capitolo, entrando più nel dettaglio, viene svolta una disamina del dettato normativo e dei presupposti attuativi dell'istituto, per poi passare all'analisi delle sue condizioni ostative.

Nel terzo ed ultimo capitolo vengono affrontate le modifiche apportate all'istituto dalla cd. riforma Cartabia, per poi prendere in esame le più significative applicazioni giurisprudenziali.

1. Il concetto di non punibilità

L'ipertrofia del sistema penale e le cause del "non punire"

L'ambito della punibilità, e per quanto ci riguarda nello specifico il suo corrispondente negativo della "non punibilità", nella recente legislazione si è arricchito di un istituto di particolare rilevanza, ovvero la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, introdotto dal D.lgs. 28/2015 in attuazione dell'art 1 co.1 lett m) della legge n.67/2014, recante «Deleghe al governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio».

L'istituzione di tale istituto all' interno del nostro ordinamento è volto a deflazionare il carico giudiziario ed a diminuire il dispendio di risorse economiche e sociali a carico degli istituti penitenziari nei confronti di quei reati dotati di una scarsa offensività, cercando anche di ridurre quanto più possibile il fenomeno della «nomorrea legislativa», da rinvenirsi nell' emanazione di provvedimenti di natura emergenziale.

L'incontrollata produzione normativa in materia penale, la quale è stata definita già da tempo in dottrina come ipertrofia del diritto penale¹, sebbene tale problema era già conosciuto a fine ottocento da F.Von Liszt, il quale affermava che «l'attuale legislazione fa un uso eccessivo dell'arma della pena», non riguarda soltanto il panorama legislativo italiano ma coinvolge l' intero panorama dell' occidente europeo.

Il legislatore, pertanto, di fronte a tale crisi innescata dall'eccessiva produzione normativa in ambito penale, anziché, abrogare determinate fattispecie scarsamente offensive con lo strumento della depenalizzazione ha preferito introdurre nel nostro sistema la causa di non punibilità per particolare del fatto.

Autorevole dottrina (Ferrando Mantovani in particolare) si è occupata di ripercorrere le tappe storico-evolutive del diritto penale evidenziando l'esigenza di ogni società di salvaguardare le condizioni essenziali della vita comune, distinguendo anche tra diritto penale dell'oppressione, diritto penale del privilegio e diritto penale a stampo liberal-democratico.

Tuttavia l'attuale sistema penale appare ancora incapace di fronteggiare adeguatamente le necessità (spesso presunte) di difesa sociale, ricorrendo spesso alla cd. penalizzazione a "tappeto" fino al raggiungimento di un'asfissia del nostro sistema giudiziario penale, con riferimento al trattamento dei fatti dotati di scarsa dannosità sociale.

A fronte della proliferazione della legislazione, ed in particolare della legislazione speciale, sono stati via via previsti strumenti volti a circoscrivere, se non negare del tutto, la punibilità, basti pensare a cause estintive del reato o della pena di varia natura come la prescrizione, l'amnistia, l'oblazione, strumenti che consentono di evitare l' effettiva irrogazione della pena stessa, meccanismi utili a fronteggiare il «profluvio ipertrofico del vigente catalogo delle incriminazioni²»

¹ Cfr. Carlo E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Collana Studi di scienze giuridiche Università di Pavia, 1985.

² V.MAIELLO, *la legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi in sist.pen.*, 2020,3p.139

2. La punibilità quale elemento costitutivo del reato secondo la concezione cd. quadripartita

Esaurita questa breve introduzione della materia di cui si tratterà è utile fare qualche cenno alla struttura del reato, posto che in dottrina esistono diverse teorie in merito ai suoi elementi costitutivi.

Secondo la dottrina più recente gli elementi costitutivi del reato sono disposti secondo una sistematica quadripartita che vede come elementi costitutivi del reato il fatto, l'antigiuridicità, la colpevolezza e la punibilità.

Secondo tale sistematica³ la commissione di un fatto, pur *tipico*, dotato di *antigiuridicità*, quale rapporto di contraddizione tra il fatto e la legge, e *colpevole* non è sufficiente a configurare il reato dovendosi tener conto anche di un altro elemento costitutivo rappresentato dalla *punibilità*, con la quale si intende «l'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole che fondano o escludono la possibilità di punirlo⁴, ovvero quelle circostanze della vita umana per le quali il legislatore opta per una rinuncia alla pena.

La sistematica quadripartita, pur non essendo prevista da alcun dato normativo specifico, si può desumere da più fattispecie, a partire dall'ipotesi della desistenza volontaria ex art. 56 comma 3 C.p. che comporta la non applicabilità della pena in quei casi in cui il reo, dopo aver iniziato l'azione delittuosa, rinunci successivamente di portarla a compimento. Tale istituto trova la sua *ratio* nel disincentivare il reo dal portare a termine il disegno criminoso consentendogli di tornare indietro sui suoi passi e di evitare la condanna.

Tra gli istituti afferenti alla categoria della "non punibilità" troviamo poi, a tutela dell'unità familiare, l'istituto della non punibilità per fatti commessi a danno di familiari, previsto dall'art. 649 c.p. e volto ad evitare il sorgere di conflitti in ambito familiare,

In altre parole, se la legge stabilisce che un reato è commesso solo se si verificano determinate circostanze o condizioni, e queste circostanze o condizioni non si verificano, il fatto non sarà penalmente rilevante.

³ Tale teoria, differisce dalle diverse interpretazioni dottrinali in merito agli elementi costitutivi della fattispecie di reato, includendo, nello specifico, l'elemento della punibilità

⁴ Dolcini E., Gatta G.L., Marinucci G., *Manuale di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, 2022, Milano, p. 493.

3. Le diverse tipologie delle cause di non punibilità

L'esclusione dalla pena può riguardare da un lato cause concomitanti, ovvero quelle cause presenti alla commissione del fatto *antigiuridico* e *colpevole* che si riferiscono alla posizione personale dell'agente o ai suoi rapporti con la vittima, dall'altro cause sopraggiunte di non punibilità, ovvero quei comportamenti dell'agente che susseguono la commissione del fatto.

A tali condizioni di esclusione "personali", si aggiungono altre due categorie: le cause oggettive di esclusione della punibilità, che riguardano l'entità dell'offesa, e le cause di estinzione del reato, ovvero quei fatti naturali o giuridici successivi alla commissione del fatto che si presentano del tutto indipendenti da comportamenti dell'agente o non si esauriscono in essi.

Le cause di esclusione della punibilità hanno effetto soltanto nell'ambito del diritto penale, escludendo in questo modo l'applicabilità di qualsiasi sanzione penale, anche accessoria, e potendo mantenere invece, conseguenze civili o amministrative.

Le cause concomitanti di esclusione della punibilità, al pari delle condizioni obiettive di punibilità, sono svincolate dal dolo e dalla colpa: operano a favore dell'agente se obiettivamente esistenti, rendendo così il fatto non punibile.

Tra le cause personali sopravvenute di non punibilità figurano tutta quella serie di disposizioni volte a premiare con l'impunità l'agente del reato che, successivamente ad esso, realizzi una condotta tale da impedirne la traduzione in lesione del bene giuridico o reintegri il bene offeso.

A queste si aggiungono ulteriori cause previste in relazione alla criminalità organizzata con finalità di eversione politica o di terrorismo, ad alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia (dalla falsa testimonianza all'ipotesi colposa di procurata evasione), alle falsità in monete, all'insolvenza fraudolenta, all'oltraggio a pubblico ufficiale, ai reati tributari, nonché alla corruzione e ad altri reati contro la pubblica amministrazione.

Nello specifico delle cause di non punibilità in relazione alla criminalità organizzata, si considerino gli artt. 308 co.1 n.1 e 309 co.1 n.1 C. p che prevedono la non punibilità, rispettivamente, del membro di un'associazione finalizzata a commettere un delitto contro la

personalità dello Stato o del partecipe di una banda armata che determinino lo scioglimento dell'associazione o della banda.

In materia di terrorismo, invece una causa sopravvenuta di non punibilità si configura nell'art. 5 legge 6 febbraio 1980 n.15 per chi, avendo commesso il tentativo di un delitto finalizzato al terrorismo o all'eversione dell'ordine democratico, volontariamente ne impedisce il verificarsi e fornisce elementi di prova determinanti per la ricostruzione del fatto e per l'individuazione di eventuali concorrenti: in questo modo, il legislatore rinuncia a punire l'autore in vista di un preciso obiettivo politico-criminale, ovvero motivare il soggetto ad impedire che il reato si verifichi e a fornire all'autorità giudiziaria una concentra collaborazione.

Tornando sul piano delle cause personali di non punibilità, la legge dà rilievo anche a condotte riparatorie⁵ nell'ambito di vere e proprie cause di estinzione del reato, come previsto ad esempio dell'art. 168-*bis* c. p , secondo il quale, ai fini della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, si richiedono “condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato”; anche tale istituto svolge un intervento deflattivo, riducendo il carico di lavoro degli uffici giudiziari, rimandando la agli uffici preposti, la gestione della controversia.

4. Le condizioni obiettive di punibilità e il principio di colpevolezza

Le condizioni obiettive di punibilità sono disciplinate nell'ambito dell'art. 44 c.p. e, secondo la dottrina prevalente, si riferiscono ad eventi estranei alla condotta illecita, a questa concomitanti o successivi, ma che non necessariamente debbono essere voluti dall'agente, per quanto da essi dipenda la punibilità del reato commesso.

Le condizioni obbiettive di punibilità possono essere sia estrinseche, qualora la condizione risulti essere un elemento estraneo all'offesa (a titolo di mero esempio citiamo il pubblico scandalo in relazione al reato di incesto previsto dall' art 564 c.p), che intrinseche. Queste ultime sono condizioni particolari che concernono l'offensività intrinseca del reato, unendo il loro disvalore alla condotta realizzata dall'agente. In molte situazioni, possono sembrare inizialmente sovrapporsi agli elementi costitutivi del reato e, di conseguenza, contribuire all'offesa al bene giuridico protetto.

⁵Tali condotte, possono essere definite come delle attività, accessorie rispetto alla pena principale, consistente nella riparazione del danno effettuata tramite delle restituzioni ovvero di un risarcimento, volto ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

In merito a tale ultima categoria sono sorti numerosi dubbi derivanti dalla somiglianza con gli elementi costitutivi del fatto, i quali necessitano però sempre di volontà da parte del colpevole, realizzandosi altrimenti un *vulnus* al principio di responsabilità personale della pena.

Per poter distinguere la condizione obiettiva di punibilità da un elemento costitutivo bisogna dapprima valutare attentamente se l'elemento o la condizione incida significativamente sulla capacità lesiva di un bene giuridico; se questa si verifica saremo in presenza di un elemento costitutivo e sarà perciò indispensabile la volontà del soggetto in ordine al verificarsi di tale condizione.

Il divieto di responsabilità oggettiva relativa al principio di responsabilità penale porta ad affermare di conseguenza che le condizioni cd. *intrinseche* rispetterebbero il principio di colpevolezza solo ove soggettivamente riconducibili all'agente almeno in termini di colpa. Inoltre, la Consulta ha successivamente specificato che tale esigenza riguarda «tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie», i quali, oltre ad essere soggettivamente collegati all'agente, dovranno anche essere a lui «rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati» secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale.⁶

Infatti, come noto, la Consulta ha pronunciato la sentenza n. 364/88, che riguarda l'interpretazione dell'articolo 27 della Costituzione, in particolare per quanto concerne la responsabilità penale, stabilendo che l'articolo 27 Cost., pur non contenendo un divieto esplicito di responsabilità, implica che debba sussistere almeno la colpa dell'agente per attribuire la responsabilità penale.

Ciò significa che per applicare la responsabilità penale è essenziale che almeno gli elementi più significativi dell'azione criminosa siano associati alla colpa dell'agente, in altre parole, il disvalore dell'azione deve almeno in parte essere attribuibile alla colpa personale dell'agente.

La Corte ha sottolineato che questa esigenza si applica a tutti gli elementi che contribuiscono a caratterizzare il reato e che devono essere personalmente collegati all'agente e anche soggettivamente disapprovati da lui.

La sentenza 1085/88 ha ulteriormente chiarito che questa condizione riguarda "tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie". In sostanza,

⁶ Corte costituzionale, Sent n°364-23 marzo 1988, relativamente all' divieto di responsabilità oggettiva previsto dall' art 27 Cost.

affinché un individuo sia ritenuto penalmente responsabile, non è sufficiente che gli elementi oggettivi del reato siano presenti; essi devono anche essere riconducibili alla colpa personale dell'agente e disapprovati soggettivamente da lui.

In assenza di queste condizioni oggettive di punibilità, il legislatore preferisce rinunciare all'applicazione della pena. In sintesi, questa sentenza stabilisce che la responsabilità penale non può essere basata esclusivamente su elementi oggettivi, ma deve essere accompagnata dalla colpa personale dell'agente e dal suo disapprovamento soggettivo degli elementi che contraddistinguono il reato.

Tali pronunce hanno portato alla negazione delle condizioni di punibilità cd. intrinseche, facendole confluire a pieno titolo nel fatto tipico. Dunque, l'art. 44 c.p. si riferirebbe alle sole condizioni estrinseche, che alcuni Autori propongono di far confluire nella categoria delle condizioni di procedibilità, poiché, ponendosi queste su di un piano esteriore rispetto all'offesa, la loro imputazione potrebbe effettuarsi prescindendo da criteri di tipo subiettivo.

Altra parte della dottrina ritiene di non dover accogliere tale proposta, supponendo che tali condizioni obiettive di punibilità non facciano riferimento alla non punibilità del fatto, ma alla conoscibilità dello stesso da parte del giudice (senza contare che, se avessero natura processuale, non si spiegherebbe perché il legislatore le abbia inserite nel capo relativo alla struttura del reato).

5. Non punibilità e tassi soglia: la guida in stato di ebbrezza

In premessa bisogna affermare che l'idea di soglia è funzionale a tracciare una linea di confine tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo, si vedano ad esempio le infrazioni del codice della strada relative alla guida in stato di ebbrezza, con particolare riguardo all'art. 186 c.d.s.

Pertanto prima di procedere, nel secondo capitolo, all'esame dell'ambito applicativo dell'istituto di cui all'art. 131 *bis* del Codice penale, è opportuno quindi esaminare, senza alcuna pretesa di esaustività, il tema delle soglie di non punibilità, le quali sembrerebbero essere di per sé ostative al giudizio sulla particolare tenuità.

Nello specifico, in riferimento ai profili sanzionatori della guida sotto l'effetto dell'alcool o di sostanze stupefacenti, è previsto che il superamento di una determinata soglia limite funga da linea di demarcazione tra la sanzione amministrativa e quella penale posto che, a norma dell'

art 186 del Codice della strada, rubricato *guida sotto l'influenza dell'alcool*, la soglia di rilevanza penale si attesta in un valore superiore allo 0,8 g/l di alcool nel sangue

Tale esempio porta in linea di principio a considerare inammissibile l'applicazione della causa di non punibilità ex art 131-bis c.p. dove è presente una determinata soglia quantitativa ed a seguito di accertamento immediatamente superiore a tale soglia.

Detta questione però è presto diventata dibattuta in giurisprudenza, tanto da essere rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto alla guida sotto l'effetto dell'alcool.

Al riguardo le Sezioni Unite, con la sentenza del 25 febbraio 2016, n. 13681, hanno affermato il principio secondo il quale la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., in quanto applicabile in relazione ad ogni fattispecie criminosa, è configurabile anche in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, non essendo, in astratto, incompatibile con il giudizio di particolare tenuità, la presenza di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica, rapportate ai valori dei tassi alcolemici accertati.

A tal proposito è utile affermare che, ai fini della configurabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all' art 131 bis cp., il percorso motivazionale della sentenza ha sottolineato tali aspetti: 1) il conducente, sebbene versasse in uno stato di lieve ebbrezza alcolica, assumeva una condotta di guida non pericolosa, 2) il comportamento dell'imputato risultava essere non abituale, 3) le risultanze probatorie assunte nel corso dell'istruttoria avevano comportato l'assunzione di circostanze attenuanti generiche e conseguentemente la pena in misura pari al minimo edittale, d) la conversione della pena detentiva in pena pecuniaria anche in ragione del fatto della non abitualità dell'imputato.

Più di recente la Suprema corte di Cassazione ha affermato che l'assenza dei presupposti per l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in relazione al reato di guida in stato d'ebbrezza dev'essere motivata con riferimento alle concrete modalità di estrinsecazione del fatto, tali da generare un contesto di pericolo significativo in termini di non esiguità, e non con riguardo alla mera integrazione degli elementi che compongono la condotta tipica ovvero la circostanza aggravante dell'averla tenuta dopo le ore 22 e prima delle ore 7.

6. La ricettazione di particolare tenuità