



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

“CESARE BECCARIA”

CURRICULUM DIRITTO PENALE

XXXV CICLO

Tesi di dottorato di ricerca

*Le cause di non punibilità in senso stretto:
fondamento politico-criminale,
caratteristiche e disciplina*

DIRITTO PENALE (IUS/17)

Candidata: Carla Cataneo

Matricola: R12604

Tutor: Prof.ssa Angela Paola Anna Della Bella

Coordinatrice del dottorato: Prof.ssa Francesca Poggi

a.a. 2021/2022

Alla mia amata nonna Carla

INDICE

INTRODUZIONE	9
CAPITOLO I – IL MARE MAGNUM DELLA NON PUNIBILITÀ	12
1. INTRODUZIONE.....	12
2. CAUSE DI ESCLUSIONE DELLA TIPICITÀ, CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE, SCUSANTI, CAUSE DI NON PUNIBILITÀ, CAUSE DI ESTINZIONE: ISTITUTI CON <i>RATIO</i> E DISCIPLINA DIFFERENTI.....	14
2.1. <i>Cause di esclusione del fatto tipico</i>	15
2.2. <i>Cause di giustificazione</i>	18
2.3. <i>Scusanti</i>	20
2.4. <i>Cause di non punibilità in senso stretto</i>	22
2.5. <i>Cause di estinzione del reato</i>	25
3. LA DIFFICILE INDIVIDUAZIONE DEI TRATTI PECULIARI DELLE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ.....	28
3.1. <i>Art. 393-bis: causa di giustificazione o causa di non punibilità?</i>	28
3.2. <i>Art. 384 co. 1: scusante o causa di non punibilità?</i>	30
3.3. <i>Art.162-ter: causa di non punibilità sopravvenuta o causa di estinzione del reato?</i>	34
3.4. <i>Art. 648ter.1 co. 4: causa di atipicità o causa di non punibilità?</i>	39
CAPITOLO II – LE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ IN SENSO STRETTO: EVOLUZIONE STORICA E DIBATTITO DOTTRINALE.....	42
1. LA (NON) PUNIBILITÀ: ELEMENTO DEL REATO O SUA MERA CONSEGUENZA APPLICATIVA?.....	42

1.1. <i>L'impostazione storica del codice penale: il principio del nullum crimen sine poena e l'inscindibilità tra precetto e sanzione.....</i>	42
1.2. <i>L'antigiuridicità oggettiva e il riconoscimento autonomo delle cause di non punibilità.....</i>	50
2. IL PROBLEMA DELLA RICONDUCEBILITÀ O MENO DELLA PUNIBILITÀ-NON PUNIBILITÀ NELL'AMBITO DELLA TEORIA DEL REATO.....	58
2.1. <i>La (non) punibilità non è elemento del reato e va intesa come mancanza del "bisogno di pena".....</i>	60
2.2. <i>La punibilità non è elemento del reato e va intesa come giudizio che coinvolge lo scopo della punizione.....</i>	62
2.3. <i>La punibilità non è elemento del reato ma una categoria disomogenea frutto di una qualificazione formale.....</i>	65
2.4. <i>La punibilità è elemento del reato e riguarda le condizioni che fondano o escludono l'opportunità di punirlo.....</i>	67
2.5. <i>La punibilità è elemento del reato ed è espressione del principio di sussidiarietà.....</i>	69
CAPITOLO III – LE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ IN SENSO STRETTO.....	72
1. MAPPATURA DELLE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ IN SENSO STRETTO IN BASE ALLA LORO STRUTTURA E INDIVIDUAZIONE DELLA LORO RATIO.....	72
2. CAUSE PERSONALI CONCOMITANTI DI NON PUNIBILITÀ.....	75
2.1. <i>Le immunità.....</i>	77
2.2. <i>La non punibilità per i delitti patrimoniali commessi a danno di stretti congiunti.....</i>	80
3. CAUSE PERSONALI SOPRAVVENUTE DI NON PUNIBILITÀ.....	87
3.1 <i>Desistenza volontaria e recesso attivo.....</i>	93

3.2 <i>La ritrattazione</i>	101
3.3. <i>Il pagamento del debito tributario di cui all'art. 13 d.lgs. 74 del 2000</i>	112
3.4. <i>La collaborazione processuale</i>	116
3.5. <i>I "moderni" condoni</i>	123
4. CAUSE OGGETTIVE DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ: LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO.....	134
 CAPITOLO IV – IL FONDAMENTO POLITICO-CRIMINALE DELLE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ IN SENSO STRETTO: RIFLESSIONI CONCLUSIVE	
1. PREMessa	156
2. FUNZIONE DI PREVENZIONE GENERALE E PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ O <i>EXTREMA RATIO</i> : LA <i>RATIO</i> DELLA PREVISIONE DI CAUSE DI NON PUNIBILITÀ SOPRAVVENUTE.....	158
2.1. <i>La classificazione delle cause di non punibilità sopravvenute attuative del principio di sussidiarietà, basate sull'eliminazione del pericolo o sulla riparazione del danno per il bene giuridico tutelato</i>	167
2.2. <i>Gli elementi che caratterizzano le cause di non punibilità sopravvenuta: i limiti temporali e la volontarietà della condotta</i>	169
2.3 <i>La disciplina delle cause di non punibilità sopravvenuta: l'estensibilità nei confronti dei concorrenti e l'irrilevanza dell'errore putativo</i>	171
3. FUNZIONE DI PREVENZIONE GENERALE E SPECIALE E FINALITÀ DELLA PENA: LA <i>RATIO</i> DELLA PREVISIONE DELL'ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO.....	176
4. RAGIONI DI OPPORTUNITÀ POLITICO-CRIMINALE E PERSISTENTI DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: LA <i>RATIO</i> DELLA PREVISIONE DI CAUSE DI NON PUNIBILITÀ CONCOMITANTI.....	181

5. IL "PUNTO DI CRISI" DELLA NON PUNIBILITÀ: LA PREMIALITÀ SGANCIATA DAL RAVVEDIMENTO PERSONALE O DALLA TUTELA DI UN BENE GIURIDICO	184
BIBLIOGRAFIA	187
RINGRAZIAMENTI.....	200

INTRODUZIONE

Il tema oggetto del presente lavoro di tesi riguarda le “cause di non punibilità in senso stretto”.

Si tratta di una categoria che è stata ed è tuttora oggetto di un ampio e significativo dibattito dottrinale, per i diversi dubbi interpretativi che si pongono in relazione ai singoli istituti ad essa riconducibili.

L’interesse per il tema discende dal fatto che la legislazione penale più recente si caratterizza per un ampio utilizzo delle cause di non punibilità, tanto nella parte speciale del codice penale, quanto nella normativa complementare e ciò anche allo scopo di “bilanciare” l’inarrestabile fenomeno di espansione del diritto penale.

Si tratta in ogni caso di istituti problematici perché, comportando la rinuncia alla pena di fatti antiggiuridici e colpevoli, si pongono “in fortissima tensione con il principio di tutela penale della società che incombe costituzionalmente al legislatore e allo Stato in generale”¹.

L’obiettivo del presente lavoro è innanzitutto quello di operare una “mappatura” delle cause di non punibilità in senso stretto presenti nel codice penale e nella legislazione complementare, cercando di individuare la *ratio* ad esse sottese.

In secondo luogo, si è tentato di individuare le caratteristiche che tali istituti dovrebbero avere per poter essere considerati legittime.

A tal fine, la presente trattazione è suddivisa in quattro capitoli.

Nel primo capitolo, ci si pone un problema di individuazione dei “confini esterni” della categoria, ripercorrendo i vari istituti che determinano l’esclusione dell’applicazione della pena, ovvero le cause di giustificazione, le scusanti, le cause di estinzione del reato e cause di esclusione della tipicità, al fine di mettere in evidenza le loro differenti *rationes*.

Da tale preliminare panoramica, emerge che la distinzione in base alla *ratio* tra le varie ipotesi che sono riconducibili nella “punibilità in senso lato” non

¹ F. PALAZZO, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019.

corrisponde ad un mero esercizio teorico, ma ha importanti ricadute pratiche in termini di disciplina.

Il secondo capitolo è dedicato all'evoluzione storica della categoria delle cause di non punibilità e al relativo dibattito dottrinale che ha riguardato la collocazione della punibilità nell'ambito della teoria del reato.

La mancanza di autonomia concettuale della categoria delle "cause di non punibilità in senso stretto" nell'impianto del codice Rocco, dovuta alla pretesa inscindibilità tra precetto e sanzione, dà ragione dell'assenza di una loro espressa regolamentazione ed è alla base delle attuali difficoltà interpretative.

Nel terzo capitolo viene proposta una mappatura delle varie cause di non punibilità in senso stretto, distinguendole sulla base della loro struttura e della loro *ratio*.

Dal punto di vista strutturale, esse vengono abitualmente distinte in cause di non punibilità personali cd. concomitanti, in cui la ragione per cui non si applica la pena è da rintracciare nella presenza di una determinata qualità soggettiva o in una relazione personale tra l'agente e la persona offesa; cause di non punibilità personali cd. sopravvenute, in cui l'esclusione della pena è determinata dalla contro condotta posta in essere dal soggetto agente successivamente rispetto all'azione criminosa commessa; cause oggettive di non punibilità, in cui la non punibilità è determinata dalla particolare tenuità del fatto.

Per quanto riguarda la giustificazione politico-criminale di tali previsioni, si è tentato di mettere in luce, nella diversità di opinioni presenti sul punto, le differenti ricadute in termini di disciplina che comporta l'individuazione della *ratio* delle diverse cause di non punibilità e della loro natura, oggettiva o soggettiva.

Uno dei profili più problematici in punto di disciplina è quello che riguarda l'estensione o meno della non punibilità nei confronti dei concorrenti nel reato.

Al fine di mettere in luce tali ricadute, vengono proposte alcune ipotesi esemplificative delle problematiche cui abbiamo accennato.

Infine, nel quarto capitolo vengono fatte delle considerazioni conclusive, per evidenziare le valide ragioni per cui il legislatore può legittimamente escludere l'applicazione di una norma incriminatrice e della relativa sanzione e

quali sono le conseguenze dell'adesione all'una o all'altra delle impostazioni analizzate nel capitolo precedente.

Come si vedrà, infatti, sebbene le previsioni che escludono la non punibilità siano tutte in qualche misura riconducibili al principio di sussidiarietà, esso si atteggia diversamente nell'ambito delle diverse cause di non punibilità in senso stretto, comportando differenti conseguenze in termini di disciplina.

In ogni caso, ciò che si è tentato di evidenziare in conclusione del presente lavoro è la circostanza che tanto più ci si allontana dalla prospettiva di tutela dei beni giuridici presidiati attraverso l'incriminazione, quanto più risulta difficile ritenere legittima l'esclusione dell'applicazione della pena a fronte di un fatto di reato.

CAPITOLO I

IL MARE MAGNUM DELLA NON PUNIBILITÀ

SOMMARIO: **1.** Introduzione – **2.** Cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità, cause di estinzione e cause di esclusione della tipicità: istituti con *ratio* e disciplina differenti – **2.1.** (*Segue*): Cause di esclusione del fatto tipico – **2.2.** (*Segue*): Cause di giustificazione – **2.3.** (*Segue*): Scusanti – **2.4.** (*Segue*): Cause di non punibilità in senso stretto – **2.5.** (*Segue*): Cause di estinzione del reato – **3.** La difficile individuazione dei tratti peculiari delle cause di non punibilità in senso stretto – **3.1.** (*Segue*): Art. 393-*bis*: causa di giustificazione o causa di non punibilità? – **3.2.** (*Segue*): Art. 384: scusante o causa di non punibilità? – **3.3.** (*Segue*): Art. 162-*ter*: causa di non punibilità o causa di estinzione del reato? – **3.4.** (*Segue*): Art. 648-*ter*.1 co. 4: causa di atipicità o causa di non punibilità?

1. Introduzione

“Il quadro che si presenta a chi voglia elaborare principi precisi e, per quanto possibile, unitari per le cosiddette cause di non punibilità in senso stretto o cause di esclusione della sola punibilità è quanto mai incerto e non sembra davvero fatto per confortare un’autonoma costruzione della categoria: la quale tuttavia fu chiaramente presente alla mente degli autori del codice vigente e trova, come si è visto, una innegabile ragion d’essere nella difficoltà di ricondurne le manifestazioni ad altre categorie tradizionali della dottrina del reato”².

Se queste erano le premesse da cui muoveva la dottrina che si è occupata dal tema a partire dagli anni '60, si può oggi pacificamente affermare, senza che ciò crei alcuno scandalo agli occhi degli interpreti, l’esistenza di una moltitudine di norme all’interno del codice penale e della normativa complementare che prevedono la non applicazione di una pena, pur a fronte della commissione di un reato, e che però non possono essere ricondotte né alle cause di giustificazione né alle scusanti e nemmeno alle cause di estinzione del reato.

² G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, in Enciclopedia del Diritto, vol. VI, Torino, 1960, pag. 622.

Si tratta sostanzialmente di quelle che vengono individuate dalla dottrina quali “cause di non punibilità in senso stretto”, in cui vengono solitamente fatte rientrare sia le cause personali di esclusione della punibilità (concomitanti o sopravvenute) sia le cause oggettive di esclusione della punibilità, ovvero l’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, da distinguere quindi dai casi in cui l’esclusione della pena è determinata, quale effetto indiretto, dall’esercizio di un dovere o di una facoltà imposti dalla legge che rendono il fatto lecito, ovvero dai casi in cui essa non si applica per l’inesigibilità della condotta alternativa lecita a fronte di circostanze anormali che rendono la realizzazione del fatto scusabile, oppure infine dai casi in cui un avvenimento esterno al reato ne determini l’estinzione.

Quel che resta fortemente dibattuto ancora oggi, e che occorre quindi indagare, è piuttosto la funzione e la possibilità di individuare una *ratio* unificante delle cause di non punibilità in senso stretto, nonché la loro riconducibilità o meno nell’ambito della teoria del reato.

Questo secondo profilo è stato da sempre oggetto di “opposte visioni sistematiche”³ e nel prosieguo della trattazione si provvederà a mettere in luce le diverse voci che hanno contribuito all’evoluzione del dibattito in materia.

È opportuno quindi tenere ben distinti, da un lato, il problema relativo all’individuazione della *ratio* sottesa alle cause di non punibilità (ovvero, le ragioni per le quali il legislatore prevede la non punibilità e in che misura ciò sia legittimo) e, dall’altro, quello inerente alla possibilità o meno di costruire un’autonoma categoria – la punibilità – all’interno della teoria del reato (al cui interno devono collocarsi, oltre alle cause di non punibilità personali e sopravvenute, anche le condizioni obiettive di punibilità e le cause estintive del reato)⁴.

Prima di addentrarci all’interno della categoria delle cause di non punibilità in senso stretto e dei problemi ad essa connessi, non sarà forse inutile ripercorrere le differenze esistenti e già note, in punto di *ratio* e disciplina, tra le

³ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1986, pag. 398;

⁴ Cfr., G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, in Cocco-Ambrosetti, *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Wolters Kluwer, 2017, pag. 18;

cause di atipicità, le cause di giustificazione, le scusanti, le cause di non punibilità e le cause estintive.

2. Cause di esclusione della tipicità, cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità, cause di estinzione: istituti con *ratio* e disciplina differenti

Partiamo da una premessa imprescindibile: la distinzione tra cause di esclusione del fatto tipico, cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità e cause estintive non è sempre agevole ed intuitiva, ma anzi ha impegnato per lungo tempo l'elaborazione dottrinale e l'interpretazione giurisprudenziale.

Su ciascuna di tali categorie si è innestato, infatti, un dibattito teorico finalizzato ad individuarne i principi e la disciplina ad essa relativi, in parallelo al tentativo di costruire un'armoniosa teoria generale del reato che fosse adeguata alla corretta sistemazione dei diversi istituti di diritto sostanziale e il più possibile condivisa dagli interpreti.

Non si tratta quindi di un mero esercizio classificatorio teorico, ma di un'operazione che ha delle concrete ricadute pratiche in termini di disciplina, nella misura in cui l'inquadramento di un istituto all'interno dell'una o dell'altra categoria comporta l'applicazione di uno specifico regime giuridico.

Le difficoltà aumentano se si considera che l'introduzione di norme di favore da parte del legislatore spesso avviene in assenza di una riflessione dogmatica vera e propria sulla funzione dell'istituto che determina l'esenzione da pena.

Cerchiamo allora di rintracciare alcuni punti fermi, o comunque ampiamente condivisi, al limitato fine di individuare e isolare nel prosieguo del lavoro alcuni tratti peculiari delle cause di non punibilità in senso stretto, rispetto alle altre ipotesi in cui non si applica una pena, consapevoli del fatto che ci

muoviamo su un terreno in cui è possibile rinvenire “una assordante babele di concetti e soluzioni”⁵.

2.1. Cause di esclusione del fatto tipico

Non si può introdurre correttamente il tema delle cause di non punibilità in senso stretto senza distinguere, a monte, ciò che non viene punito perché si è al di fuori del perimetro del fatto tipico da ciò che non viene punito perché si è in presenza di un fatto lecito, ovvero scusabile, ovvero non punibile per altre ragioni o infine perché il reato è estinto.

Con “cause di esclusione del fatto tipico”, anche definite come “limiti esegetici della norma”, vengono generalmente individuate quelle disposizioni che escludono dall’ambito della fattispecie incriminatrice una serie di condotte che mancano del carattere di offensività⁶.

Esse si differenziano dagli elementi costitutivi del fatto poiché operano in seconda battuta rispetto alla disposizione principale che descrive l’incriminazione, rideterminando i confini dell’atipicità dopo una prima provvisoria descrizione del comportamento penalmente rilevante⁷.

Si pensi, ad esempio, alla formulazione dell’art. 361 c.p. che prevede il delitto di “omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale”.

Nel comma 1 viene descritta la condotta incriminata consistente nell’omissione o nel ritardo da parte di un pubblico ufficiale nel denunciare un

⁵ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, III ed., Giappichelli, 2019, pag. 316;

⁶ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 618; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1989, pag. 1519; M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Marinucci*, II, Milano, 2006, pag. 1721; A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, 2009, pag. 125; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., pag. 316; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, 2018, pag. 185;

⁷ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 632; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., pag. 1522;

reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio delle funzioni all'autorità giudiziaria o ad altra autorità cui abbia obbligo di riferire.

Così delimitato il perimetro del fatto tipico, il comma 3 dell'art. 361 c.p. prevede che la norma incriminatrice non trovi applicazione nel caso in cui il delitto di cui si è omessa o ritardata la denuncia fosse perseguibile a querela.

Da tale formulazione si desume che l'omissione della denuncia di un delitto perseguibile a querela è ritenuto *a priori* inoffensivo, poiché l'interesse alla persecuzione del fatto non denunciato può essere tempestivamente salvaguardato dalla proposizione della querela. Se quest'ultima non venisse presentata, la mancata denuncia risulta priva di interesse per l'amministrazione della giustizia.

Al contempo, per rispondere del reato di cui all'art. 361 c.p., non è necessario che l'agente si fosse rappresentato nello specifico il regime di procedibilità del reato di cui abbia omesso la denuncia.

Talvolta, in particolari settori, il legislatore individua i contorni del fatto tipico attraverso la previsione di soglie di punibilità: tutto ciò che sta al di sotto della soglia è atipico.

Si pensi, ad esempio, ai reati societari e in particolare alle disposizioni di cui agli artt. 2621 co. 3 e 2622 co. 5, introdotte dal d.lgs. 61 del 2002 e successivamente eliminate con la l. n. 69 del 2015⁸.

In tali previsioni, infatti, il tipo d'illecito risultava descritto dalla prima parte delle rispettive norme, mentre nei successivi commi si ricavava un'ipotesi di esclusione del tipo, prevedendo la non punibilità delle condotte di cui agli artt.

⁸ La l. 69 del 2015, oltre ad eliminare le soglie di rilevanza previste negli artt. 2621 e 2622 e a riscrivere il contenuto di tali norme, ha provveduto inoltre ad introdurre nel codice civile gli artt. 2621-bis relativo a "fatti di lieve entità", 2621-ter relativo alla "non punibilità per particolare tenuità del fatto". Si noti che, mentre la previsione di soglie di rilevanza penale escludeva la tipicità di alcune falsità nelle comunicazioni sociali, gli attuali artt. 2621-bis e 2621-ter trovano applicazione a fronte di fatti tipici o offensivi. Per un approfondimento delle modifiche normative apportate dalla riforma e per i riferimenti bibliografici essenziali in materia, si rinvia a V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2016;

2621 co. 3 e 2622 co. 5, nel caso in cui l'alterazione risultasse "non sensibile" o non superiore alle soglie previste⁹.

La ragione politico-criminale per cui il legislatore fa ricorso a siffatte disposizioni viene solitamente individuata nella necessità di escludere quanto previsto dalla disposizione secondaria dall'oggetto del dolo, e quindi dalla rappresentazione dell'agente.

Pur non rientrando nell'oggetto del dolo, la causa di esclusione del tipo rileva comunque rispetto all'elemento soggettivo, poiché la sua erronea supposizione esclude la possibilità di un rimprovero ai sensi dell'art. 59 co. 4 ovvero ai sensi dell'art. 47 c.p.

Prendendo sempre come esempio il delitto di cui all'art. 361 c.p., affinché il pubblico ufficiale risponda dell'omissione, non è necessario che si fosse rappresentato nello specifico il regime di procedibilità del reato di cui abbia omesso la denuncia.

D'altra parte, però, se per errore ha ritenuto che si trattasse di un delitto perseguibile a querela, tale errore verrà valutato in suo favore¹⁰.

⁹ Sebbene la previsione di soglie quantitative sia sempre pertinente all'offesa al bene giuridico tutelato con l'incriminazione, occorre rilevare come, in base alla loro struttura, è possibile distinguere due ipotesi: in alcuni casi, come accade nell'ambito dei reati tributari di cui al d.lgs. 74 del 2000, esse compaiono direttamente nell'ambito della descrizione della fattispecie, assurgendo così a veri e propri elementi costitutivi; in altri casi, invece, come accadeva in relazione ai reati societari e in particolare nelle disposizioni di cui agli artt. 2621 co. 3 e 2622 co. 5, introdotte dal d.lgs. 61 del 2002 e successivamente eliminate con la l. n. 69 del 2015⁹, il tipo d'illecito veniva descritto dalla prima parte delle rispettive norme e nei successivi commi si sanciva l'esclusione della punibilità delle condotte qualora l'alterazione risultasse "non sensibile" o non superiore alle soglie previste. In tali ipotesi, quindi, data la diversità di struttura, non si trattava quindi di elementi costitutivi del reato ma più correttamente di cause di esclusione del tipo. Tale distinzione è in particolare operata da M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., pag. 1736, il quale sostiene inoltre che la nozione di "causa di esclusione del tipo" in relazione ai reati societari risulti più corretta rispetto a quella di "limite esegetico", perché ciò che viene limitato per effetto di tali disposizioni è appunto l'ampiezza del tipo originario.

¹⁰ Cfr. F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., pag. 1522; M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., pag. 1738.

2.2. Cause di giustificazione

Con il termine cause di giustificazione si identificano generalmente quelle norme, situate in qualsiasi luogo dell'ordinamento, che consentono, autorizzano o impongono la realizzazione di un determinato fatto penalmente rilevante.

In tal caso però, diversamente dalle cause di esclusione del tipo, si è di fronte a condotte offensive di beni giuridici protetti da norme incriminatrici, che sono ritenute lecite dall'ordinamento.

Pur non potendo in questa sede ripercorrere l'elaborazione dottrinale che ha contribuito alla costruzione dell'antigiuridicità come autonomo elemento del reato, ci si limita in questa sede a ripercorrerne in estrema sintesi la ratio e la disciplina generale¹¹.

Secondo l'impostazione generalmente accolta dalla dottrina, si tratta di norme che prevedono regole di condotta rivolte all'agente, alternative a quelle imposte dal precetto penale e basate sulla prevalenza di un interesse contrapposto rispetto a quello tutelato dalla norma incriminatrice¹².

Se è vero, com'è stato osservato, che la logica del bilanciamento sta dietro ogni ipotesi di esclusione della sanzione penale, potendosi addirittura parlare di "dimensione ubiquitaria di tali valutazioni nella sistematica del reato"¹³, si può dire che si è in presenza di una causa di giustificazione ogni qualvolta si realizzi

¹¹ Per lungo tempo è stato autorevolmente sostenuta in dottrina una nozione di antigiuridicità cd. penale, sinonimo di illiceità penale e quindi della previsione di un fatto come reato. Secondo tale impostazione, vi era sovrapposizione tra fatto tipico e antigiuridicità (e, di conseguenza, non vi era e spazio per contemplare autonomamente la punibilità e le cause che la escludono, poiché un fatto per essere antigiuridico doveva essere necessariamente punibile). A tale concezione, che non distingueva tra i fatti non colpiti da pena perché ritenuti leciti e fatti non puniti per altre ragioni, si opponeva quella di coloro che sostenevano una nozione oggettiva di antigiuridicità, con cui si esprime il contrasto tra un determinato fatto e l'ordinamento giuridico nella sua unità. Cfr., sul punto, le puntuali osservazioni di G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 616; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1983, pag. 1191 ss; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1990, pag. 56;

¹² In tal senso, cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pag. 1229; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., pag. 56;

¹³ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 65;

“un conflitto normativo tra fattispecie espressive di precetti confliggenti, intendendo per precetto la regola normativa che impone un divieto o stabilisce un comando, volti alla tutela di valori contrapposti”¹⁴.

Si tratta in particolare di un conflitto e di un bilanciamento risolto in astratto dal legislatore e sottratto quindi alla valutazione discrezionale del giudice, cui è demandato la mera verifica sulla ricorrenza dei presupposti applicativi della singola esimente rilevante nel caso concreto.

Per quanto riguarda la loro disciplina, alle cause di giustificazione è riconosciuta efficacia universale e, rendendo il fatto lecito per l'intero ordinamento giuridico, escludono, da un lato, la possibilità di reagire in legittima difesa e, dall'altro, l'obbligo di risarcire il danno da esso cagionato.

Esse rilevano oggettivamente, anche se non conosciute o per errore ritenute insussistenti, ai sensi dell'art. 59 co. 1, e sono valutate a favore dell'agente anche se non esistono nella realtà ma l'agente ha ritenuto per errore che ne ricorressero gli estremi, ai sensi dell'art. 59 co. 4 c.p.; esse, di regola, giovano anche al concorrente nel reato ai sensi dell'art. 119 c.p. co. 2, ad eccezione delle cause di giustificazione personali, com'è ad esempio quella prevista dall'art. 53 c.p., che può trovare applicazione solo nei confronti dei pubblici ufficiali legittimati all'uso delle armi e nei confronti del privato che, legalmente richiesto, presti loro assistenza.

Uno dei profili sicuramente più discussi e problematici che riguardano la disciplina delle cause di giustificazione riguarda la possibilità o meno di una loro applicazione analogica, rispetto alla quale non sembra comunque possibile dare una soluzione che sia valida per tutte le cause di giustificazione¹⁵.

¹⁴ In relazione alla *ratio* delle cause di giustificazione è stato osservato che “non è errato parlare di bilanciamento tra interessi a proposito di scriminanti, a condizione che sia possibile chiarire la portata pratica del concetto, soprattutto allorché lo si impieghi per individuare una scriminante rispetto ad altre norme di favore”. In particolare, secondo l'impostazione adottata da Consulich, si tratta di un bilanciamento operato in astratto dal legislatore secondo un criterio di gerarchia assiologica, per cui viene definito un rapporto stabile tra incriminazione e giustificazione e la prevalenza dell'uno sull'altra, senza possibilità di deroghe nel caso concreto, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 187;

¹⁵ Per un approfondimento di tale aspetto, che presuppone a monte risolta l'alternativa tra norma penale-norma non penale e tra natura eccezionale o meno delle cause di giustificazione, si rinvia a F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, 2007, pag. 8 ss; per

2.3. Scusanti

A fronte di un fatto antiggiuridico, quindi sicuramente offensivo di un bene giuridico e non giustificato da alcun interesse o valore prevalente, commesso con dolo o colpa, è possibile che si verifichino delle situazioni che, incidendo sulla volontà o capacità psicofisiche dell'agente, escludono la possibilità di muovergli un compiuto rimprovero di colpevolezza e di conseguenza l'applicazione della pena¹⁶.

Con il termine scusanti vengono solitamente identificate quelle circostanze anormali, di cui l'ordinamento prende atto, poiché, incidendo sul processo motivazionale dell'agente, rendono inesigibile un comportamento alternativo lecito, facendo venire meno la colpevolezza quale terzo elemento costitutivo del reato¹⁷.

l'opinione favorevole all'estensione analogica delle scriminanti, che non sembra però trovare accoglimento nella *giurisprudenza*, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Giuffrè, pag. 96; cfr., inoltre, le considerazioni di F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 148, secondo cui “deve escludersi l'estensione analogica di una scriminante “regolatoria” (ovvero di quelle norme introdotte dal legislatore al solo fine di liceizzare condotte penalmente rilevanti, quale ad es. l'uso legittimo delle armi) in ragione della sua eccezionalità, ben diversamente da quello che si può dire rispetto alle scriminanti “nucleari” (che sono da considerare norme penali, non eccezionali ma espressive di principi penalistici elementari e generali, come ad es. la legittima difesa)..., per le quali invece non implausibilmente si sono sostenute interpretazioni estensive se non analogiche”;

¹⁶ Cfr., *ex multis*, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 462;

¹⁷ Questo è il risultato dello sviluppo della concezione normativa della colpevolezza, elaborata per implementare e superare la cd. concezione psicologica della colpevolezza. Secondo quest'ultima impostazione, infatti, il concetto di colpevolezza esprimeva semplicemente la partecipazione psicologica dell'agente al fatto di reato secondo i due criteri di imputazione soggettiva del dolo o della colpa, indipendentemente quindi da una loro graduazione basata sulla valutazione della personalità dell'agente o dei motivi che ne hanno determinato la condotta. La necessità di valorizzare anche questi elementi per valutare la rimproverabilità del singolo rispetto al fatto commesso è alla base dell'elaborazione della cd. concezione normativa della colpevolezza, concetto quest'ultimo che non si identifica semplicemente con il dolo o con la colpa, ma si estende fino a considerare i motivi dell'azione e le circostanze concrete in cui essa si realizza. La colpevolezza, così intesa, consiste nella valutazione normativa della rimproverabilità dell'atteggiamento psicologico tenuto dall'autore e quindi non solo dell'imputabilità e della presenza del dolo o della colpa, ma anche la conoscenza o conoscibilità della norma penale violata

Si tratta di norme con cui, in via eccezionale, si dà rilievo ad un particolare status emotivo – il “turbamento motivazionale” – in cui si trova il soggetto nel momento in cui agisce in presenza di determinate situazioni e questo rappresenta solitamente uno dei punti distintivi rispetto alle cause di giustificazione che, come anticipato, hanno generalmente natura oggettiva¹⁸.

La ragione per cui il legislatore, in alcuni casi, dà rilievo a degli status soggettivi, altrimenti irrilevanti, è da rintracciare nel principio di colpevolezza – enucleato, com’è noto, a partire dalle celebri sentenze della Corte costituzionale del 1988, quale principio cardine del sistema penale avente rilevanza costituzionale – che identifica tutte le condizioni che devono sussistere affinché sia possibile muovere un rimprovero, almeno a titolo di colpa, nei confronti dell’agente.

In altri termini, esso esprime le condizioni di attribuibilità e rimproverabilità al soggetto agente del singolo fatto di reato. Ed infatti, una volta che il giudice accerti l’imputabilità, il dolo o la colpa e la conoscibilità del precetto penale, dovrà accertare, inoltre, l’assenza di cause scusanti ovvero la normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto.

Uno dei profili più discussi in relazione alla disciplina delle scusanti, che purtroppo in questa sede non è possibile approfondire adeguatamente, riguarda la possibilità o meno di una loro applicazione analogica.

Se, sul punto, la dottrina ha sempre mostrato una certa ritrosia, in linea con un altrettanto nutrito filone giurisprudenziale, di recente le Sezioni unite della cassazione hanno adottato una soluzione affermativa, estendendo quanto

e la normalità delle circostanze concomitanti all’azione. Cfr., sul punto, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., pag. 57; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, pag. 333;

¹⁸ Si tratta in realtà di un criterio distintivo che richiede dei dovuti chiarimenti: in primis, occorre rilevare, da un lato, l’esistenza di cause di giustificazione cd. personali, che possono operare solo a fronte di una determinata qualifica soggettiva in capo al soggetto agente; d’altra parte, non può non rilevarsi la presenza, all’interno delle scusanti, a fianco degli elementi soggettivi, anche di requisiti oggettivi, che servono a circoscrivere il turbamento motivazionale rilevante ai fini del riconoscimento della scusabilità del comportamento e di conseguenza della non applicazione della pena. Cfr., sul punto, le considerazioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, pag. 326; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 204;

previsto dall'art. 384 co. 1 al convivente more uxorio, figura che non risulta ricompresa tra i "prossimi congiunti," individuati tramite il rinvio all'art. 307 co. 4 c.p.¹⁹.

Al di là di tale problematico profilo, esse rilevano oggettivamente, anche se non conosciute o per errore ritenute insussistenti, ai sensi dell'art. 59 co. 1; per quanto riguarda, invece, la rilevanza dell'errore putativo, l'opinione favorevole all'applicazione dell'art. 59 co. 4 ritiene che il rispetto del principio di colpevolezza imponga di dare valore all'erronea supposizione dei presupposti fattuali della scusante, equiparando il putativo al reale²⁰.

Proprio per la loro natura soggettiva, ai sensi dell'art. 119 co. 1, le scusanti non si estendono automaticamente ai concorrenti, rispetto ai quali occorrerà accertare in concreto la sussistenza dei presupposti applicativi.

2.4. Cause di non punibilità in senso stretto

Una volta che il giudice accerti che il fatto commesso è definitivamente antiggiuridico e non scusabile, non è ancora detto che debba applicarsi la relativa pena.

Ed infatti, è ben possibile che trovino applicazione le cause di non punibilità in senso stretto, anche definite come cause di esclusione della pena o della sola punibilità, definizioni volte a distinguerle dalle precedenti categorie e a sottolineare che l'unico elemento che viene meno in virtù della loro applicazione è appunto la pena.

¹⁹ Ci si riferisce, ovviamente, alla celebre pronuncia Cass. Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 10381, imp. Fialova; cfr., per un commento critico, S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in Arch. Pen., n. 2, 2021; per un commento adesivo, cfr. invece T. PADOVANI, *Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in Il penalista, 27 maggio 2021;

²⁰ Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Giuffrè, pag. 408, secondo cui è applicabile l'art. 59 co. 4 a chi agisca in stato d'ira ritenendo per errore di aver subito un fatto ingiusto dalla persona contro cui rivolge l'offesa (art. 599 co. 2);

Si tratta di una categoria “problematica” sotto diversi aspetti, che in questa fase del lavoro ci limitiamo solo sinteticamente ad individuare per punti, costituendo l’oggetto della trattazione del successivo capitolo.

In primis, da un punto di vista storico, posto che la maggior parte degli interpreti nel periodo immediatamente successivo all’emanazione del codice penale del 1930, aderendo al principio del *nullum crimen sine poena*, riteneva inaccettabile l’idea di un reato non punito, rinunciando quindi ad un approfondimento teorico sul punto e all’individuazione di un’autonoma categoria²¹.

Secondariamente, anche una volta riconosciuta l’esistenza della categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, come istituti che hanno una ragione giustificatrice autonoma rispetto alle cause di atipicità, alle cause di giustificazione, alle scusanti e alle cause di estinzione, la disputa interpretativa, mai sopita, ha riguardato – e riguarda tutt’ora – la loro collocazione sistematica, dentro o fuori la teoria del reato: da un lato, sono schierati coloro i quali ritengono che l’operare di una causa di non punibilità faccia venir meno il reato (e ritengono quindi che la punibilità sia un suo elemento costitutivo), dall’altro, chi reputa invece che il suo avverarsi non possa far venir meno il reato ma solo la pena (e la punibilità viene intesa in quest’ottica quale ordinaria conseguenza del reato o comunque come l’insieme dei presupposti che devono ricorrere per poter applicare in concreto una pena, non certo un elemento costitutivo)²².

Per ciò che concerne, in particolare, la *ratio* di siffatti istituti occorre sin da subito sottolineare che essa viene dalla maggioranza della dottrina abitualmente individuata in svariate “ragioni di opportunità politico-criminale”²³, di “non meritevolezza di pena” o di “mancanza del bisogno di pena”²⁴.

²¹ Cfr., sul punto, cap. II par. 1

²² Cfr., G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 615;

²³ Parlano di “ragioni di opportunità politico-criminale” del non punire, in particolare, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2013, pag. 620; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, 2019, pag. 205;

²⁴ In particolare, i concetti di “meritevolezza di pena” e “bisogno di pena” sono presi in prestito dalla dottrina tedesca, che li utilizza, con diverse sfaccettature, per spiegare determinati istituti, presenti nell’ordinamento tedesco, con cui viene attribuita rilevanza già a livello di fatto tipico a

L'irriducibilità di tali diverse *rationes* ad un unico paradigma impedisce, secondo la maggior parte degli interpreti, di costruire un'autonoma categoria all'interno della teoria del reato, cui possa corrispondere un'unica disciplina giuridica che sia valida per tutte le cause di non punibilità, personali, sopravvenute, obiettive.

Dal punto di vista strutturale, è possibile distinguere le cause di non punibilità in cause di non punibilità personali, concomitanti o sopravvenute, e cause oggettive di non punibilità²⁵.

Nelle prime, la ragione per cui non si applica la pena è da rintracciare nella presenza di una determinata qualità soggettiva o relazione personale tra l'agente e la persona offesa ovvero nella presenza di una contro condotta posta in essere dal soggetto agente successivamente rispetto all'azione criminosa commessa.

Le cause obiettive riguardano, invece, situazioni in cui l'esclusione della punibilità è determinata dalla particolare tenuità del fatto, che può verificarsi a fronte di fatti scarsamente offensivi, tanto per l'esiguità del fatto quanto per la particolare tenuità dell'offesa²⁶.

valutazioni teleologiche che hanno a che fare con i fini della pena. Secondo tale impostazione, a fianco alla tipicità, all'antigiuridicità, alla colpevolezza, i concetti di meritevolezza e bisogno di pena contribuiscono a delineare il volto dell'illecito penale, assumendo rilievo nei casi in cui non venga raggiunta la soglia minima di gravità che consente di ritenere il reato come fatto effettivamente meritevole e bisognoso di pena. O meglio, se gli elementi costitutivi del reato così come individuati dal legislatore esprimerebbero la meritevolezza della pena a fronte del verificarsi di quei determinati fatti, l'eventuale non punibilità degli stessi esprime la mancanza del bisogno di pena. La critica principale che viene mossa all'utilizzo di tali concetti è che essi non hanno e non possono avere un luogo peculiare nella sistematica del reato, e quindi non possono riguardare la sola categoria della punibilità o non punibilità, poiché possono essere impiegati per spiegare tutti gli elementi del reato e anche quelli che stanno al di fuori di esso. Cfr., sul punto, M. ROMANO, "Meritevolezza", "bisogno di pena" e teoria del reato, in Riv. It. dir. proc. pen., 1992, pag. 39 ss; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice penale*, 2001, pag. 1045; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 22;

²⁵ Si utilizza la terminologia adottata da G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493;

²⁶ Si tratta di una classificazione oggi pacificamente ammessa dalla maggioranza della dottrina, pur talvolta con alcune differenze terminologiche; cfr., per la definizione accolta nel testo, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2013, pag. 620, distingue, da un lato, la non

Infine, al di là dei profili appena evidenziati, resta il problema dell'individuazione della disciplina cui sottoporre le cause di non punibilità.

Se minori dubbi sussistono circa l'applicabilità dell'art. 59 co. 1 e la non applicabilità dell'art. 59 co. 4, particolare rilevanza assume invece il tema dell'estensibilità o meno nei confronti dei concorrenti del reato delle cause di non punibilità.

Ciascuno dei profili problematici ora elencato verrà approfondito nel capitolo successivo, cui rinviamo, in relazione alle singole ipotesi che verranno prese in considerazione.

2.5. Cause di estinzione del reato

Al di là delle cause di non punibilità in senso stretto, possono verificarsi alcune situazioni che determinano il venir meno della pena quale effetto dell'avvenuta estinzione del reato.

punibilità per particolare tenuità del fatto, e dall'altro le cause personali e le cause sopravvenute di non punibilità; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, 2019, pag. 205, distingue tra cause di non punibilità che operano fin dall'inizio, in cui include l'art. 131-bis, e le cause sopravvenute di non punibilità; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, pag. 432, divide le cause di non punibilità in cause antecedenti di non punibilità, in cui colloca anche l'art. 131-bis c.p., e cause sopravvenute di non punibilità; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, 2017, pagg.732 ss, si riferiscono alle cause di non punibilità in senso stretto come "condizioni negative di punibilità", includendovi la non punibilità per particolare tenuità del fatto e le "altre condizioni negative di punibilità" in cui rientrano sostanzialmente le cause di non punibilità sopravvenute; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2020, pag. 794, distingue da un lato, le cause di non punibilità in originarie e sopravvenute e, dall'altro, la particolare tenuità del fatto; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Cedam, 2021, pag. 578 ss, individuano le cause di non punibilità in senso stretto nelle cause di non punibilità originarie e in quelle sopravvenute, trattando a parte l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., UTET, contemplano tra le cause di non punibilità in senso stretto solo le cause sopravvenute di non punibilità, trattando a parte la non punibilità per particolare tenuità del fatto; non accolgono, invece, tale distinzione G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 813, i quali collocano nel capitolo dedicato alle "vicende della punibilità" esclusivamente le condizioni obiettive di punibilità e le cause di estinzione del reato e della pena;

Con il termine “cause di estinzione del reato” vengono identificati tutta una serie di istituti, presenti tanto nella parte generale che nella parte speciale del codice, in grado di paralizzare la pretesa punitiva dello Stato e l’interesse all’accertamento del reato.

In altri termini, a fronte del verificarsi di determinate situazioni, il legislatore non ha più interesse a insistere nella punizione di alcuni fatti, preferendo privilegiare piuttosto esigenze special preventive o di deflazione processuale.

Le cause estintive del reato, correttamente intese, operano dopo la commissione del fatto e prima della condanna definitiva, anche in modo indipendente da un comportamento o da una qualifica personale del soggetto agente, ma piuttosto in virtù di accadimenti naturali o di vicende giuridiche che l’agente non è totalmente in grado di determinare²⁷.

La corretta qualificazione in termini di “causa di estinzione del reato” è da riservare a quegli istituti che possono trovare applicazione prima dell’intervento della condanna definitiva, come accade per la morte del reo, avvenuta appunto prima della condanna (art. 150 c.p.), per l’amnistia cd. propria (art. 151 co. 1 pt. I c.p.), per la prescrizione del reato (art. 157 c.p.), per l’oblazione (art. 162 e art. 162-bis c.p.), per l’estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), per la sospensione con messa alla prova (art. 168-bis c.p.) e per il perdono giudiziale (art. 169 c.p.), coerentemente contemplati nel Capo I, Titolo VI, Libro I, dedicato all’estinzione del reato.

Non risulta altrettanto coerente con tale criterio temporale l’inclusione tra le cause estintive del reato di alcuni istituti che, in realtà, determinano il venir meno della pena già applicata e sarebbero quindi da ritenere più correttamente cause di estinzione della pena, cui è dedicato il Capo II del Titolo VI, Libro I. Si pensi, ad esempio, all’amnistia impropria (art. 151 co. 1 pt. II c.p.), al decorso del tempo dopo la sospensione della pena (art. 167 c.p.) o dopo la pronuncia della sentenza di patteggiamento (art. 445 co. 2 c.p.p.). La remissione della querela, anch’essa inserita dal codice tra le cause di estinzione del reato, integra più correttamente una causa d’improcedibilità.

²⁷ Cfr., sul punto., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 509;

Il loro effetto è quello di estinguere le pene principali, le pene accessorie, gli effetti penali della condanna e le misure di sicurezza, ad eccezione della confisca obbligatoria di cose intrinsecamente criminose, ai sensi dell'art. 240 co. 2 n. 2 c.p. Restano fermi, invece, gli obblighi di restituzione e il risarcimento del danno.

La loro disciplina comune è puntualmente individuata dal codice in una serie di disposizioni: in particolare, l'art. 182 c.p. prevede la regola secondo cui il verificarsi di una causa estintiva ha effetto solo per coloro ai quali essa si riferisce; l'art. 183 c.p. disciplina l'ipotesi di concorso di più cause estintive, affermando in generale la regola secondo cui le cause di estinzione del reato e della pena operano nel momento in cui esse intervengono (co. 1); nel caso di concorso di più cause estintive, vale la regola della prevalenza della causa estintiva del reato su quella che estingue la pena (co. 2); nel caso in cui esse intervengano in tempi diversi, la causa che interviene per prima estingue il reato o la pena e le successive fanno venir meno gli effetti non ancora estinti per effetto della causa antecedente (co. 3); nel caso in cui esse, invece, intervengano contemporaneamente, si applica la causa estintiva più favorevole e per gli effetti non estinti può trovare applicazione l'altra causa estintiva (co. 4); l'art. 184 disciplina l'ipotesi di estinzione della pena dell'ergastolo o della pena detentiva temporanea in caso di concorso di reati, affermando sostanzialmente che l'estinzione della pena dell'ergastolo non comporta l'estinzione della pena detentiva temporanea inflitta per il reato concorrente, a meno che il condannato non sia già stato detenuto per oltre trent'anni.

L'art. 198 c.p. afferma che l'estinzione del reato o della pena non comporta l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che si tratti dell'obbligazione civile per l'ammenda o della rimessione con rinuncia al diritto alle restituzioni e risarcimento del danno.

L'art. 170 c.p. disciplina l'ipotesi dell'estinzione di un reato che sia presupposto, elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, affermando sostanzialmente la regola secondo cui l'estinzione del primo non si riverbera sul secondo.

Infine, l'art. 210 c.p. prevede che l'estinzione del reato impedisca l'applicazione di misure di sicurezza e travolga quelle già applicate.

3. La difficile individuazione dei tratti peculiari delle cause di non punibilità

Se concettualmente la distinzione tra le varie categorie della “non punibilità in senso lato” (ossia cause di esclusione della tipicità, cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità in senso stretto, cause di estinzione del reato) è chiara, non sempre la concreta operazione di “incasellamento” delle singole disposizioni nell’una o nell’altra categoria è operazione facile e univoca.

A dimostrazione di ciò, nei paragrafi che seguono prenderemo in considerazione alcune ipotesi problematiche, poiché si pongono a cavallo tra le diverse categorie, da cui emerge la difficoltà di individuare i tratti peculiari delle cause di non punibilità (categoria quest’ultima spesso trattata alla stregua di un “cestino dei rifiuti”²⁸) rispetto agli altri istituti che, per ragioni diverse, determinano quale effetto indiretto la non applicazione di una pena.

3.1. Art. 393-bis: causa di giustificazione o causa di non punibilità?

L’art. 393-bis c.p., espressamente rubricato “causa di non punibilità”, prevede che *“non si applicano le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 339 bis, 341 bis, 342 e 343 quando il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni”*.

Si tratta di una norma che ha scatenato molti dubbi interpretativi sin dalla sua introduzione, avvenuta in particolare con l’art. 4 del d.lgs. 288 del 1944 e, e rispetto alla quale sono stati sostenuti diversi inquadramenti dogmatici²⁹.

Occorre allora chiedersi quale sia la ragione per cui, a fronte di un comportamento arbitrario di un pubblico agente, che determini una reazione del

²⁸ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., pag. 341;

²⁹ Cfr., sul punto, G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Torino, 1960, pag. 622.

privato che lo subisce, non si applicano le disposizioni incriminatrici richiamate dalla norma.

Non si punisce perché è lecito difendersi da un atto che ecceda arbitrariamente i limiti della funzione oppure perché è inesigibile un comportamento diverso dal soggetto destinatario di un atto arbitrario oppure, infine, perché è inopportuno punire chi reagisce ad un atto arbitrario posto in essere da un pubblico agente?

La posizione maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza è quella che qualifica l'art. 393-*bis* c.p. come causa di giustificazione, in cui è codificato un diritto soggettivo "di resistenza" del privato di fronte ad un comportamento illegittimo di un pubblico ufficiale.

La tutela della personalità e dell'incolumità del cittadino è ritenuto dal legislatore un valore prevalente da tutelare rispetto al prestigio o all'incolumità della pubblica autorità³⁰.

Altra parte della dottrina ritiene che si tratti di una scusante, basata su una valutazione d'inesigibilità di una condotta alternativa da parte del privato che sia vittima di un comportamento arbitrario da parte di un pubblico ufficiale³¹.

Secondo una terza impostazione, minoritaria in dottrina, si tratterebbe di una vera e propria causa di non punibilità, basata su ragioni di opportunità, ovvero sulla non meritevolezza dell'applicazione della pena nel caso di reazione oltraggiosa del privato successiva all'atto arbitrario posto in essere dal pubblico ufficiale³².

Chiaramente, l'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione ha delle ricadute pratiche in termini di disciplina.

La qualificazione dell'art. 393-*bis* c.p. quale causa di giustificazione comporta la sua rilevanza oggettiva e putativa, ai sensi dell'art. 59 co. co. 1 e co. 4 c.p., nonché la possibile applicazione anche ai concorrenti nel reato; qualificarlo

³⁰ Cfr., Cass. n. 25314 del 20 maggio 2021; Cass n. 27766 del 16 settembre 2020; viene ritenuta causa di giustificazione anche da Corte cost., sentenza n. 140 del 1998; in dottrina, si veda F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 189;

³¹ Cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI- G. L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, XI ed., pag. 427;

³² Cfr. E. GALLO, *Una definizione degli "atti arbitrari" del pubblico ufficiale che convince, pur aprendo a riflessioni complesse*, in *Giur. Cost.*, 1998, pag. 1097;

come scusante ne comporta la rilevanza soggettiva e anche putativa, ma non sarebbe possibile applicarla analogicamente (anche se sul punto vanno tenuti in considerazione i principi affermati da Cass. S.U. n. 10381 del 2021 in relazione all'art. 384 c.p.); infine, considerarlo come causa di non punibilità comporterebbe al contempo l'esclusione della rilevanza putativa e della possibilità di applicazione analogica, ma rilevarebbe oggettivamente.

Inoltre, se si trattasse di una scusante o di una causa di non punibilità, il pubblico ufficiale potrebbe reagire in legittima difesa nei confronti di chi ha opposto resistenza rispetto all'abuso e l'eventuale concorrente che ha prestato aiuto a chi si stava opponendo sarebbe comunque punibile.

In conclusione, quindi, le ragioni di opportunità politico-criminale del non punire, sicuramente in qualche misura presenti alla base di una previsione di tal tipo, passano comunque in secondo piano, rispetto ad una fattispecie in cui prevale la presenza di un contrasto tra due interessi o valori in gioco, bilanciamento tipicamente presente nelle cause di giustificazione³³.

3.2. Art. 384 co. 1: scusante o causa di non punibilità?

L'art. 384, rubricato "casi di non punibilità", prevede al co.1 che *"nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore"*³⁴.

³³ Cfr., F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 49, secondo cui risulterebbe manifestamente iniqua "una classificazione in termini di causa di non punibilità: se così fosse, infatti, ne deriverebbe (a) la possibilità, per il pubblico ufficiale, di agire in legittima difesa contro la reazione al sopruso del privato, (b) l'inesistibilità ai concorrenti della non punibilità del privato che reagisce, (c) l'irrilevanza della putatività e (d) la persistenza di un diritto risarcitorio in capo al pubblico ufficiale che subisca la reazione del privato;

³⁴ Il comma 2 dell'art. 384 viene considerato, invece, una causa di atipicità, perché afferma la non punibilità di chi non è stato avvisato della possibilità di astenersi o da chi non avrebbe dovuto essere chiamato a deporre. Se tali avvisi fossero stati dati, il dichiarante non avrebbe assunto la qualifica di persona informata sui fatti, di testimone, di consulente o di perito, facendo venir

Qual è la ragione della non punibilità in questo caso? Si tratta di una facoltà legittimamente riconosciuta dall'ordinamento? Viene dato rilievo al turbamento motivazionale che insorge nel soggetto agente di fronte all'alternativa tra l'adempimento del ruolo processuale che ha assunto e il danno che ciò può creare nei confronti di un prossimo congiunto? Oppure è opportuno non punire, perché risulta immeritevole di pena il dichiarante che afferma il falso per non pregiudicare un parente stretto?

Con argomenti diversi, è stata ampiamente sostenuta la validità dell'inquadramento all'interno tanto dell'uno che dell'altra categoria.

Ed infatti, è stato anche sostenuto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, il possibile inquadramento di tale istituto come causa di giustificazione, la cui ratio sarebbe da rintracciare nella necessità di predisporre un *commodus discessus* da una situazione di oggettiva slealtà dell'ordinamento, derivante dalla configurazione di una doppia responsabilità, alternativa e contrapposta, ovvero tanto nei confronti del nucleo familiare, quanto nei confronti dell'amministrazione della giustizia.

Secondo tale impostazione, la mancanza del requisito della proporzione all'interno dell'art. 384 non potrebbe comunque escludere che si tratti di una scriminante, posto che esso sarebbe in ogni caso privo di possibilità applicative visto l'enorme diversità per struttura e valore dei beni in gioco; d'altra parte, il requisito della non volontaria causazione, sebbene non espressamente previsto dalla norma, risulta comunque implicitamente, poiché l'art. 384 co.1 non può trovare applicazione laddove l'agente, avvertito della facoltà di farlo, avrebbe potuto astenersi dal testimoniare o rendere informazioni, ovvero quando l'agente abbia dato avvio al procedimento a carico del congiunto³⁵.

Oltre che come causa di giustificazione, l'art. 384 co. 1 è stata qualificata come causa di non punibilità personale, operante quindi solo a favore di determinati soggetti, basata su una duplice ragione di politica criminale: da un lato, l'istinto di conservazione che spinge ciascun soggetto ad evitare di

meno il presupposto richiesto dagli artt. 371-bis, 371-ter, 372, 373 c.p. cfr. G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in G. Marinucci – E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IV, tomo I, Cedam, 2005, pag. 908;

³⁵ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pag. 207;

autoaccusarsi; dall'altro, l'istinto di protezione e conservazione nei confronti degli appartenenti al nucleo familiare³⁶.

Anche ad avviso della Corte costituzionale si tratterebbe di una causa di non punibilità, che, in quanto tale, deroga a norme penali generali ed è basata su un giudizio di ponderazione tra ragioni diverse e confliggenti, la cui valutazione appartiene esclusivamente al legislatore.

Di conseguenza, data la sua natura eccezionale, secondo questa impostazione, non può ritenersi applicabile analogicamente³⁷.

Chi ne sosteneva, invece, la natura scusante, ancor prima della celebre sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 10381 del 17 marzo 2021, faceva leva sostanzialmente, da un lato, sulla presenza all'interno della norma del requisito della "costrizione", che allude ad un turbamento motivazionale in capo al soggetto agente da accertare caso per caso, e dall'altro sulla previsione di una cerchia limitata di soggetti – i prossimi congiunti – nei confronti dei quali, proprio per i rapporti di parentela intercorrenti, è ritenuta scusabile un eventuale turbamento motivazionale che conduca ad una falsa dichiarazione³⁸.

³⁶ In questo senso, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, 2016, pag. 423;

³⁷ Ci si riferisce, in particolare alla sentenza della Corte costituzionale n. 140 dell'8 maggio 2009 (in conformità alle precedenti sentenze n. 237 del 1986 e n. 8 del 1996), con cui era stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 384, co.1, c.p. sollevata con riferimento agli articoli 2, 3 e 29 della Costituzione, "nella parte in cui non contempla tra i soggetti che possono beneficiare della scriminante anche il convivente *more uxorio*". Ad avviso della Corte, la ratio della differenziazione tra il trattamento riservato ai coniugi e quello dei conviventi *more uxorio* è da rintracciare nella circostanza che all'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali all'interno della famiglia, "può sommarsi quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano. Posto che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve dunque coincidere con quella del coniuge dal punto di vista della protezione dei vincoli affettivi e solidaristici. Ciò legittimo, nel settore dell'ordinamento penale che qui interessa, soluzioni legislative differenziate", cfr. par. 3 del "considerato in diritto".

³⁸ A favore dell'inquadramento dell'art. 384 co.1 tra le scusanti ma contrari alla sua applicazione analogica, cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., pag. 598; G. MARINUCCI- E. DOLCINI- G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 463; G. PIFFER, *I delitti contro*

Risolvendo un contrasto insorto all'interno della giurisprudenza di legittimità e accogliendo l'orientamento minoritario, le Sezioni unite hanno ritenuto che l'art. 384 co.1 integri una "scusante" e non quindi una causa di non punibilità³⁹.

Nel giustificare tale conclusione, i giudici di legittimità hanno evidenziato che la mancata applicazione della pena in questo caso, "non si basa su considerazioni di mera opportunità", ma piuttosto si spiega per il fatto che "il procedimento motivazionale del soggetto risulta alterato, tanto da poter escludere la colpevolezza attraverso la valorizzazione del coinvolgimento psichico"⁴⁰.

Di conseguenza, dato l'inquadramento tra le scusanti, l'art. 384 co. 1 c.p. risulterà applicabile analogicamente, avrà rilevanza oggettiva e putativa, ma in ragione del suo carattere personale non potrà trovare applicazione nei confronti dei concorrenti nel reato.

Se è questa la ragione che giustifica la non applicazione della pena, l'art. 384 co.1 non può essere considerato una norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica in base a quanto stabilito dall'art. 14 delle preleggi, ma deve ritenersi in realtà "espressione dei principi generali *nemo tenetur se detegere* e *ad impossibilia nemo tenetur*, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 co. 1 Cost., sotto il profilo della necessaria valutazione della possibilità per il soggetto di poter agire diversamente"⁴¹.

l'amministrazione della giustizia, cit., pag. 867; per la ritenuta incompatibilità tra logica scusante e applicazione analogica, si rinvia a S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in Arch. Pen., n. 2, 2021, pag. 13;

³⁹ Cfr., pagg. 22 della sentenza Cass. Sez. un. 17 marzo 2021, n. 10381,

⁴⁰ Cfr., pag. 24 della sentenza Cass. Sez. un. 17 marzo 2021, n. 10381;

⁴¹ Cfr., pag. 27 della sentenza Cass. Sez. un. 17 marzo 2021, n. 10381; cfr., inoltre, le considerazioni di T. PADOVANI, *Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Il penalista*, 27 maggio 2021. In relazione ai limiti all'estensibilità analogica di una scusante, l'A. afferma, infatti, che appare "inconcepibile estendere analogicamente i presupposti necessitanti (ad es., postulando l'applicazione della scusante anche per i nocuenti alla riservatezza o addirittura al patrimonio)", diversamente "nulla sembra opporsi all'estensione analogica dell'elemento obiettivo di colpevolezza con cui si esprime il canone di inesigibilità, che nel caso di specie è integrato dalla qualità di prossimo congiunto, in quanto sintomatica di un'adesione solidaristica alla posizione del soggetto a rischio nocumento. Nel primo caso si finirebbe infatti col dar vita ad

3.3. Art.162-ter: causa di non punibilità sopravvenuta o causa di estinzione del reato?

Com'è noto, l'art. 162-ter prevede al comma 1 che *“nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo”*.

Appare immediatamente chiaro dalla lettura della norma che l'ambito applicativo dell'istituto coincide con quello dei reati perseguibili a querela soggetta a remissione⁴².

Si tratta di una scelta legislativa non affatto casuale, posto che la previsione del regime di procedibilità a querela per determinati reati, rimettendo nelle mani

una scusante atipica, ispirata all'indefinito criterio dell'inesigibilità, mentre nel secondo ci si limita a recepire l'indicazione sintomatica, assumendola come criterio di identificazione di situazioni corrispondenti, a condizione – come notano le Sezioni Unite - che «la situazione di 'convivenza' risulti in base ad elementi di prova rigorosi”.

⁴² Com'è noto, l'elenco dei reati procedibili a querela è stato ampliato dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge-delega del 27 settembre 2021 n. 134 (cd. riforma Cartabia); si pensi, ad esempio, ai delitti di lesioni personali di cui all'art. 582 e di furto di cui all'art. 624 c.p., che per effetto della Riforma risultano procedibili a querela di parte, salvo la ricorrenza di specifiche aggravanti che rendono i suddetti reati procedibili d'ufficio; prima di tale intervento, il novero dei delitti procedibili su istanza di parte era stato già ampliato con il d.lgs. 36 del 2018; per precisazioni sulla funzione deflattiva della querela-selezione, si rinvia a F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2019, pag. 473 ss; per l'estensione del regime di procedibilità a querela prevista dalla riforma Cartabia, cfr., G. L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in Sist. Pen., 2 gennaio 2023; C. PAONESSA, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma Cartabia: una prima lettura*, in Discrimen, 21 novembre 2022;

della persona offesa le chiavi per accedere alla tutela penalistica, è già di per sé sintomatica di un minor interesse pubblico al perseguimento di quei determinati fatti.

Sussiste però una differenza tra i due istituti: mentre nel caso della procedibilità a querela l'estinzione del reato consegue ad una valutazione in chiave soggettiva della vittima, diversamente, nel meccanismo di cui all'art. 162-ter c.p. il discrimine tra celebrazione del processo e la dichiarazione di estinzione del reato è costituito dall'avvenuto risarcimento del danno, indipendentemente dalla volontà della vittima, anzi spesso in aperto dissenso⁴³.

Com'è noto, l'art. 162-ter è stato ricalcato sull'omologo istituto previsto dall'art. 35 d.lgs. 274 del 2000, nel procedimento dinanzi al giudice di pace.

A differenza di quest'ultimo, però, ai fini dell'applicabilità dell'art. 162-ter c.p. non vengono considerate "le esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione", sulla base dell'assunto che un risarcimento congruo ed effettivo sia in grado di per sé di dare attuazione tanto alla finalità retributiva che a quella preventiva, determinata dalla commissione di un reato⁴⁴.

Ed infatti, da un punto di vista sostanziale, attraverso la previsione di cui all'art. 162-ter c.p., il legislatore ha introdotto un meccanismo di "depenalizzazione in concreto", prevedendo la sostituzione della pena stabilita per la commissione del reato, con la sanzione civilistica della riparazione⁴⁵.

⁴³ Cfr. F. PALAZZO, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019, pag. 7;

⁴⁴ Cfr., sul punto, G. P. DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini, La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol. II, Giuffrè, 2018, pag. 211, secondo cui la previsione di cui all'art. 162-ter c.p. lascia sussistere dei margini di dubbio su cosa debba intendersi per riparazione integrale, poiché se interpretata nel senso civilistico, il giudice penale sarebbe gravato dall'onere di quantificare l'ammontare dell'intero danno e comunque tale opzione risulterebbe percorribile per il solo imputato benestante; pertanto, secondo l'A., sarebbe preferibile interpretare la riparazione integrale come sinonimo di "riparazione cd. penalistica" che tenga conto, pur in mancanza di una previsione espressa, delle esigenze di prevenzione e riprovazione del reato;

⁴⁵ Circa i rapporti tra riparazione del danno e pena, con particolare riferimento alla rilevanza penale del danno e della sua riparazione, cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999, pag. 107 ss; nonché G. P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019, pag. 437 ss, secondo cui "la riparazione del

La rubrica della norma qualifica espressamente l'istituto quale causa di estinzione del reato, orientata principalmente ad una funzione di deflazione processuale, essendo agganciata ad uno specifico termine processuale e, in parte, anche di "giustizia riparativa", nella misura in cui viene comunque stimolata una riconciliazione tra autore del reato e persona offesa⁴⁶.

Deve rilevarsi, però, che tale seconda "nobile" funzione tende, in realtà, a scomparire completamente nei casi, non infrequenti, in cui la persona offesa valuta inadeguata e rifiuta la prestazione offerta dall'autore del reato ma ciononostante il giudice la ritenga ugualmente congrua⁴⁷.

D'altra parte, la previsione della possibilità per il giudice di ritenere adeguate le condotte riparatorie poste in essere dall'imputato, pur in aperto dissenso della persona offesa, risponde all'esigenza di evitare l'allungamento dei tempi processuali che spesso, nella prassi, si verifica per effetto del "mercanteggiamento" tra le parti in ordine all'ammontare del risarcimento del danno⁴⁸.

Così individuata la *ratio* dell'istituto, sono stati sollevati non pochi dubbi circa la legittimità delle finalità così perseguite, ritenendo che esso appare tutto "orientato a privilegiare l'obiettivo deflativo, senza per contro rispondere a nessun'altra esigenza meritevole di apprezzamento in chiave costituzionale, ma anzi contraddicendo gli interessi della parte offesa"⁴⁹.

danno, nel suo rapporto con la pena e con lo stesso diritto penale, può proporsi come pena, senza pena, nella pena e con la pena"; cfr., inoltre, O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Cedam, 2016, pag. 69 ss;

⁴⁶ Cfr., E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2018, pag. 1690, secondo cui tale istituto si colloca tra quelli che presentano "spunti più o meno marcati di giustizia riparativa";

⁴⁷ Cfr., ex multis, C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10/2017, pag. 1282;

⁴⁸ Cfr. F. PALAZZO, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019, pag. 7;

⁴⁹ Proprio per correggere i profili di illegittimità che riguardano l'applicazione di tale istituto, è stato autorevolmente osservato in dottrina che esso dovrebbe essere ripensato e il suo ambito applicativo dovrebbe essere circoscritto a quello dei reati con offesa a beni giuridici pubblici, che sono suscettibili di una maggiore protezione con sanzioni di tipo ripristinatorio, Cfr. F. PALAZZO, *La non punibilità*, cit., in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019, pag. 8.;

Occorre allora valutare se effettivamente l'art. 162-ter c.p. escluda l'applicazione della pena per effetto dell'estinzione del reato solo ed esclusivamente per assecondare l'interesse a chiudere la vicenda processuale nel minor tempo possibile.

Ed infatti, andando al di là della qualificazione formale operata dal legislatore e guardando al contenuto della norma, è difficile negare che l'art. 162-ter contenga una vera e propria contro condotta, che può consistere nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e nella effettiva riparazione del danno cagionato, non diversamente da come avviene in altre cause sopravvenute di non punibilità, in cui si dà rilievo a condotte successive al fatto che ne eliminano l'offesa o riparano le sue conseguenze⁵⁰.

Si pensi, per fare un esempio utile ai fini del nostro ragionamento, alla non punibilità a seguito della ritrattazione di una falsa testimonianza: la ragione della non applicazione della pena in quel caso è da rintracciare nell'intervenuta tutela del bene giuridico "corretta amministrazione della giustizia" messo in pericolo dalla falsa dichiarazione testimoniale⁵¹.

Così ragionando, la *ratio* di tale previsione non sembra allora essere solo ed esclusivamente deflattiva, ma all'esigenza di accelerazione dei processi, sicuramente presente, si abbina il prevalente interesse ad ottenere in tempi utili la reintegrazione dello *status quo ante delictum* e il risarcimento del danno, in un'ottica di sussidiarietà o *extrema ratio* dell'intervento penale⁵².

⁵⁰ Cfr., in particolare, la posizione di G. COCCO, *Una messa a punto sulle condotte di cui all'art. 162-ter c.p. quale causa di non punibilità*, in Penale. Diritto e procedura, 2022, pag. 3, secondo cui si tratta di una causa di non punibilità sopravvenuta, "chiara espressione del principio di sussidiarietà esterna, poiché correla alla integrale riparazione del danno entro un termine definito la non punibilità dei reati perseguibili a querela per i quali è ammessa la remissione, in cui ciò è certamente possibile. Il legislatore affianca al regime della perseguibilità a querela l'istituto delle condotte riparatorie quale causa di non punibilità basato sullo stesso principio di sussidiarietà esterna, determinando per i reati interessati uno status del tutto peculiare, molto prossimo alla depenalizzazione tout court";

⁵¹ Cfr., sul punto, G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli, 2006, pag. 94;

⁵² Cfr., G. COCCO, *Una messa a punto sulle condotte di cui all'art. 162-ter c.p. quale causa di non punibilità*, in Penale. Diritto e procedura, 2022, pag. 3;

Riconoscere l'estinzione del reato – o più correttamente, la sua non punibilità – a fronte di una condotta sopravvenuta che ripari interamente il danno attraverso le restituzioni o il risarcimento sembra non solo legittimo, ma anche propriamente in linea con le finalità proprie del diritto penale, ovvero quella di tutelare in modo efficace e tempestivo i beni giuridici lesi o messi in pericolo.

Ciò che differenzia l'art. 162-ter dalle altre cause di estinzione del reato correttamente intese è, da un lato, la previsione di un preciso limite temporale entro cui realizzare la contro condotta – il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento – e, dall'altro, il fatto che venga richiesto all'autore del reato di attivarsi, attuando un comportamento successivo alla commissione del reato⁵³.

Si tratta di aspetti che solitamente non trovano riscontro quando ci si confronta con il fenomeno dell'estinzione del reato.

Al di là di tali differenze strutturali evidenti, la persistente qualificazione dell'art. 162-ter c.p. in termini di "causa di estinzione del reato" potrebbe allora essere utile nell'ottica di assegnargli una sicura disciplina giuridica che, come abbiamo poco sopra accennato, trova riscontro nel codice in diverse disposizioni.

In primis, dovrebbe operare la regola di cui all'art. 182 c.p., che prevede che l'estinzione del reato possa produrre effetto solo nei confronti di coloro ai quali essa si riferisce, escludendo quindi sicuramente la possibilità di estendere agli eventuali concorrenti nel reato, che non si siano attivati, la non punibilità derivante dalle condotte riparatorie poste in essere dagli altri.

In realtà, a fronte di una riparazione integrale determinata da uno dei due concorrenti, non avrebbe senso imporre al concorrente che non ha riparato il

⁵³ Cfr., in particolare, la posizione di G. COCCO, *Una messa a punto sulle condotte di cui all'art. 162-ter c.p.*, cit, pag. 4, secondi cui appare "significativo per l'inquadramento dogmatico dell'istituto il termine posto alla condotta riparatoria che costituisce un carattere tipico della non punibilità sopravvenuta, la quale, nel riconoscere il valore della regressione offensiva, per rispondere al principio di ragionevolezza - diversamente scardinando il sistema penale - deve subordinarne e di regola ne subordina la rilevanza a precisi limiti temporali, espliciti o impliciti, che assicurino la reintegrazione utile dell'offesa o la eliminazione del pericolo ricollegabili alla minaccia iniziale in modo che possano apparire come osservanza, sia pure tardiva, del precetto violato, con l'effettiva salvaguardia della esigenza di prevenzione generale";

danno di provvedere nuovamente all'integrale riparazione, poiché risulterebbe abnorme o comunque si risolverebbe in una duplicazione del risarcimento e in un arricchimento ingiustificato della persona offesa.

Pertanto, una lettura razionale della norma dovrebbe comportare una valutazione oggettiva dell'intervenuta riparazione, di cui possono beneficiare anche i concorrenti che, pur non avendo posto in essere la condotta riparatoria, abbiano comunque manifestato la propria volontà di riparazione del danno⁵⁴.

3.4. Art. 648ter.1 co. 4: causa di atipicità o causa di non punibilità?

Infine, per completezza, deve farsi riferimento alle ipotesi in cui si può porre l'alternativa tra l'inquadramento come causa di esclusione del tipo ovvero come causa di non punibilità in senso stretto.

In questo caso, però, la diversa collocazione non ha ricadute in termini di disciplina, ma esclusivamente in termini di accertamento processuale.

Com'è noto, con l'art. 648ter.1 è stato introdotto all'interno del nostro ordinamento il delitto di autoriciclaggio, attività che prima della l. 15 dicembre 2014 n. 186 non era penalmente rilevante.

Al di là dei diversi profili della disciplina di tale fattispecie incriminatrice, in questa sede intendiamo concentrarci, in particolare, sulla funzione e sulla natura della previsione del co. 4 dell'art. 648ter.1, che espressamente stabilisce che *“fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il*

⁵⁴ La lettura in senso oggettivo della norma sembra essere confermata dalla circostanza che il risarcimento del danno possa essere legittimamente effettuato anche da un soggetto terzo, ovvero la compagnia assicuratrice. È vero, però, che la giurisprudenza tende a trascinare nell'ambito applicativo dell'art. 162-ter le conclusioni raggiunte a proposito dell'ambito operativo dell'attenuante dell'integrale riparazione del danno prevista dall'art. 62 n. 6 c.p., chiedendo, da un lato, che il pagamento del risarcimento da parte dell'assicurazione venga in qualche modo sollecitato dall'imputato e, dall'altro, che l'attenuante possa operare a favore dei concorrenti a patto che questi ultimi manifestino la volontà di riparare il danno, cfr. A. PISCONTI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie fra improbabili effetti deflativi e concrete problematiche applicative. Alcuni spunti per una possibile riforma*, in *Archivio penale*, 2021, n. 2, pag. 24;

denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale”.

Qual è la funzione di tale previsione? Si tratta di una causa di non punibilità in senso stretto, ovvero di una causa di esclusione del fatto tipico?

Sul punto, la giurisprudenza non sembra offrire appigli sicuri, visto che il co. 4 dell'art. 648ter.1 viene identificato in termini di “causa di non punibilità”⁵⁵ o come ipotesi in cui l'autoriciclaggio “non è punibile”⁵⁶.

Com'è stato correttamente osservato però, nonostante l'utilizzo da parte del legislatore dell'equivoca formula “non sono punibili”, la finalità della previsione di cui al comma 4 è quella di evitare di punire ipotesi in cui l'impiego del provento illecito si attinge a mero postfatto rispetto al reato presupposto, ipotesi che però stanno già fuori dal recinto tipico dell'autoriciclaggio⁵⁷.

Detto altrimenti, la mera utilizzazione o il godimento personale dei beni provenienti dalla commissione di un delitto non colposo non integra la condotta di autoriciclaggio.

In questo caso, siamo fuori dal fatto tipico.

⁵⁵ In questi termini si esprime, ad es., la sentenza della Cassazione penale, Sez. IV, 17/09/2019, n. 47206, consultabile su *Dejure*, la cui massima afferma che “non è applicabile al delitto di trasferimento fraudolento di valori la causa di non punibilità di cui all'art. 648-ter.1, comma 4, c.p., relativa alle condotte di destinazione dei beni alla mera utilizzazione o al godimento personale, non essendo prevista dall'art. 512-bis c.p. alcuna clausola di non punibilità analoga a quella contemplata per il delitto di autoriciclaggio”;

⁵⁶ Così, ad es., la sentenza della Cassazione penale, Sez. VI, 30/01/2020, n.13571, consultabile su *Dejure*, in cui si afferma che “in tema di autoriciclaggio, l'ipotesi di non punibilità di cui all'art. 648 ter.1, comma 4, c.p. è integrata soltanto nel caso in cui l'agente utilizzi o goda dei beni provento del delitto presupposto in modo diretto e senza compiere su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa;

⁵⁷ Cfr., sul punto, F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul diritto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2015, pag. 120, il quale afferma che “il quarto comma – pur nella sua ridondanza – conferma la suggerita lettura della condotta tipica dell'autoriciclaggio come re-immissione nel circuito legale di beni di provenienza delittuosa attraverso modalità di ostacolo dell'identificazione di tale provenienza, sicché si è al fuori della fattispecie tipica quando la re-immissione avviene in maniera diretta (e quindi senza far ricorso a tali modalità) verso destinazioni non connotate in termini economico-imprenditoriali, come appunto nel caso esplicitamente descritto nel quarto comma dell'art. 648-ter. 1 c.p.”;

Diversamente, la causa di non punibilità è destinata ad operare dentro una zona altrimenti di punibilità, quindi sicuramente all'interno del fatto tipico.

Di conseguenza, nel caso di cui all'art. 648ter.1, il giudice dovrebbe accertare la sua ricorrenza ritenendo mancante un elemento costitutivo del reato e pertanto dichiarare che il fatto non sussiste.

CAPITOLO II

LE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ IN SENSO STRETTO: EVOLUZIONE STORICA E DIBATTITO DOTTRINALE

SOMMARIO: **1.** La (non) punibilità: elemento del reato o sua mera conseguenza applicativa? – **1.1.** (*segue*): L'impostazione storica del codice penale: il principio del *nullum crimen sine poena* e l'inscindibilità tra precetto e sanzione – **1.2.** (*segue*): L'antigiuridicità oggettiva e il riconoscimento autonomo delle cause di non punibilità – **2.** Il problema della riconducibilità o meno della punibilità-non punibilità nell'ambito della teoria del reato – **2.1.** (*segue*): La (non) punibilità non è elemento del reato e va intesa come mancanza del "bisogno di pena" – **2.2.** (*segue*): La punibilità non è elemento del reato e va intesa come giudizio che coinvolge lo scopo della punizione – **2.3.** (*segue*): La punibilità non è elemento del reato ma una categoria disomogenea frutto di una qualificazione formale – **2.4.** (*segue*): La punibilità è elemento del reato e riguarda le condizioni che fondano o escludono l'opportunità di punirlo – **2.5.** (*segue*): La punibilità è elemento del reato ed è espressione del principio di sussidiarietà

1. La (non) punibilità: elemento del reato o sua mera conseguenza applicativa?

1.1. L'impostazione storica del codice penale: il principio del *nullum crimen sine poena* e l'inscindibilità tra precetto e sanzione

La complessiva ricostruzione del tema oggetto della presente indagine non può prescindere da una breve, ma essenziale, analisi storica dell'impostazione adottata dal codice penale del 1930, sulla cui base si è poi formata la successiva elaborazione dottrinale.

Ed infatti, la difficoltà per gli interpreti di individuare il minimo comune denominatore tra le svariate ipotesi di non punibilità dipende principalmente

dalla circostanza che, all'interno del codice penale, il legislatore storico ha utilizzato il termine "non punibilità" o "circostanze di esclusione della pena" in modo assolutamente generico e neutro, senza, cioè, attribuirgli alcun preciso significato tecnico.

Basti pensare che viene ugualmente definito "non punibile" tanto chi agisce in legittima difesa, ai sensi dell'art. 52 c.p., oggi pacificamente e unanimemente qualificata in dottrina come causa di giustificazione, che fa venir meno quindi l'antigiuridicità, quanto l'autore di un delitto contro il patrimonio a danno di un prossimo congiunto, ai sensi dell'art. 649, che secondo la maggioranza degli interpreti e della stessa Corte costituzionale costituirebbe una causa di non punibilità personale.

Detto altrimenti, nell'impianto originario del codice, le cause di non punibilità non erano considerate alla stregua di istituti dotati di una propria autonomia, accomunati da un principio ispiratore forte in grado di differenziarle dalle cause di giustificazione o dalle scusanti, considerate invece cause di esclusione del reato, ma semplicemente come ipotesi in cui il reato non potesse essere punito, per ragioni diverse dalla mancanza della capacità di intendere di volere.

Nella Relazione sul Libro I del Progetto definitivo del codice penale, dedicata al Titolo III, capo I, relativo al "reato consumato e tentato", in risposta alle osservazioni con cui si chiedeva conto di "chiarire il criterio direttivo, che presiedette alla distinzione tra i casi di non punibilità e quelli di esclusione del reato", il Guardasigilli affermava che dovesse ritenersi "esclusa la punibilità, quando vien meno l'elemento soggettivo, ed escluso il reato, quando difetta l'elemento obbiettivo. Senonché ho considerato che nel concetto di esclusione del reato rientrano sostanzialmente tutte le cause oggettive e soggettive, che vietano l'applicazione della sanzione penale e, pertanto, non possa la esclusione del reato contrapporsi alla non punibilità del fatto. Viceversa, una contrapposizione è possibile soltanto tra le ipotesi di non imputabilità e quelle di non punibilità: comprendendo nella prima tutti i casi, in cui il reato si esclude per la mancanza della capacità di intendere e di volere, e comprendendo nella seconda tutti gli altri casi di esclusione del reato dipendenti, sia dalla mancanza di elementi

oggettivi, sia dal difetto dell'elemento psicologico. A tale criterio è appunto ispirata la nuova formulazione delle disposizioni"⁵⁸.

L'impossibilità logica di riconoscere uno spazio autonomo alla non punibilità discendeva da quella concezione autoritaria del rapporto tra Stato e cittadini, che ha caratterizzato il periodo storico dell'emanazione del codice, nonché dalla relativa nozione di reato.

Secondo quella visione, infatti, la potestà punitiva appartiene esclusivamente allo Stato, che, a fini di difesa sociale, può esigere la sottoposizione di un soggetto, a fronte della commissione di un reato, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, ad una pena, attraverso l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale.

Alla base di questa conclusione, vi era la considerazione secondo cui *"il praeceptum legis e la sanctio legis sono elementi non soltanto essenziali, ma indissolubili della legge penale, come di ogni altra legge, non potendosi concepire sanzione senza precetto e precetto senza sanzione"*⁵⁹.

Il reato, pertanto, era concepito in senso formale come quel "fatto individuale con cui si viola un precetto giuridico munito di quella sanzione specifica di coercizione indiretta, che è la «pena» in senso proprio", mentre, in senso sostanziale, era considerato come "una azione o un'omissione, imputabile ad una persona, lesiva o pericolosa per un interesse penalmente tutelato, costituita da determinati elementi, ed eventualmente integrata da certe condizioni o accompagnata da determinate circostanze"⁶⁰.

⁵⁸ Cfr., in ogni caso, la Relazione sul Libro I del Progetto, Parte I, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, vol. V, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, 1929, pag. 81;

⁵⁹ Art. ROCCO, *Sul concetto di diritto penale obiettivo*, in Opere giuridiche, vol. III, Roma, 1932, pag. 328 ss;

⁶⁰ Cfr., sul punto, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. I, Torino, 1933, pag. 497. Secondo l'autorevole A., individuata la nozione di reato in quel fatto per cui è comminata una pena, "soltanto un filosofo, un sociologo o altro profano alle scienze giuridiche, potrebbe affermare che simili definizioni si riducono ad una mera tautologia, per cui si dà alla domanda «quali siano le azioni punibili» la risposta che «sono le azioni punite». Se, infatti, si ammette che non si hanno reati fuori da quelli preveduti dalla legge (art. 1 cod. pen.) e se si riconosce che, nella formazione della legge, i fatti da incriminare vengono scelti in base a

Gli elementi costitutivi del reato si distinguevano in elementi materiali ed elementi psichici: nei primi rientravano le modalità dell'azione o dell'omissione, l'uso di determinati mezzi nonché la realizzazione di un effetto pericoloso o dannoso; nei secondi, invece, rientravano non solo l'imputabilità ma anche la causazione volontaria del reato, elemento quest'ultimo diversamente considerato in relazione ai delitti dolosi, preterintenzionali o colposi e alle contravvenzioni⁶¹.

Per poter addebitare un reato ad un determinato soggetto era necessario verificarne preliminarmente l'imputabilità, ovvero il complesso delle condizioni fisiche e psichiche individuate dalla legge affinché una persona capace di diritto penale potesse essere ritenuta causa efficiente della violazione di un precetto, per poi farne discendere conseguentemente un giudizio di responsabilità, con l'applicazione del carico di conseguenze penali dipendenti dal previo accertamento dell'imputabilità⁶².

In quest'ordine di idee, lo Stato, unico titolare della potestà punitiva, poteva di essa disporre, nei limiti previsti dalla legge, attraverso una sua rinuncia totale o parziale, che si concretizza nella previsione di cause che escludono, estinguono o modificano la potestà di punire, facendo conseguentemente venir meno la qualità giuridica di reato⁶³.

criteri di politica penale vari e mutevoli, apparisce indubbia l'impossibilità di dare al reato una definizione giuridica diversa da quella sopra esposta".

⁶¹ Cfr., V. MANZINI, *Trattato di diritto penale, cit.*, pag. 527;

⁶² L'imputabilità non è da confondere con il concetto di "capacità di diritto penale", nozione con cui si individuano invece "le condizioni per cui un uomo può dirsi soggetto di diritto penale in genere". In particolare, si riteneva "soggetto di diritto penale" chiunque non fosse colpito da una causa estintiva della capacità penale (quale, ad es., l'infermità di mente), ma per poterne affermare l'imputabilità e la conseguente responsabilità era necessario ritenere che quel soggetto "causa efficiente del reato stesso". Cfr., V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, cit.*, pag. 582;

⁶³ Secondo i compilatori del codice del 1930, la formula "cause di estinzione del reato" era da preferire rispetto alla previgente formula "cause di estinzione dell'azione penale" poiché il loro effetto era appunto quello di travolgere il rapporto punitivo stesso. Ed infatti, a fronte della commissione di un reato, tra lo Stato e il cittadino si instauravano due distinti rapporti: il rapporto punitivo, determinato dal reato e dal conseguente atto giurisdizionale di condanna irrevocabile ed eseguibile, e il rapporto processuale, instaurato dalla pubblica potestà di punizione e dal relativo esercizio dell'azione penale. In quest'ottica, le cause estintive agivano direttamente sul rapporto punitivo stesso, cioè sul reato, e solo indirettamente sul rapporto processuale e quindi

Se, per quanto riguarda le cause che estinguono il reato, era individuato con maggior precisione il fenomeno che si andava a regolamentare – tant'è che, com'è stato puntualmente osservato, l'unica volta in cui nel codice penale si fa uso di un'espressione diversa e non generica rispetto a "non è punibile" è proprio con riferimento alle cause di estinzione del reato e della pena⁶⁴ – molte incertezze sussistevano in relazione alle "cause di esclusione del reato o della pena". Ed infatti, nella Relazione ministeriale al Progetto definitivo del codice penale, nella parte in cui si discorreva della rilevanza dell'ignoranza o dell'errore sull'esistenza di una "circostanza escludente", si affermava espressamente che "sotto la denominazione di circostanze che escludono la pena, il Progetto comprende tutte le circostanze che escludono il reato, ovvero la pena, lasciando alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale il determinarne la esatta classificazione, assai difficile in un Codice. Forse, alle circostanze che escludono il reato, conveniva meglio la denominazione di «cause», perché esse, in sostanza, escludono uno degli elementi costitutivi, generali o speciali, del reato, il quale, per effetto di tali circostanze o cause, non esiste più soggettivamente o oggettivamente"⁶⁵.

sull'azione penale, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Quinta edizione aggiornata dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia, vol. III (a cura del Prof. Pietro Nuvolone)*, Torino, 1981, pag. 404;

⁶⁴ Cfr. G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 185;

⁶⁵ Cfr. la Relazione ministeriale al progetto definitivo, cit., pagg. 104-106, nonché V. MANZINI, *Trattato di diritto penale, cit.*, pag. 601; prosegue poi la Relazione "come il reato deve esistere oggettivamente e soggettivamente, così, perché la circostanza esimente funzioni a favore dell'agente, basta che essa esista realmente, anche se dall'agente non conosciuta o ritenuta per errore inesistente; ovvero che essa, anche se inesistente, sia ritenuta esistente. Nella prima ipotesi, invero, la effettiva esistenza della esimente fa sì che il reato non sussista oggettivamente: se taluno, ad es., agisce, senza saperlo, in stato di legittima difesa, ovvero, sempre senza saperlo, esercita un diritto, egli non potrà essere ritenuto responsabile, perché, in effetti, agisce nell'ambito del diritto. Nella seconda ipotesi, poi, si agisce, sia pure per errore, nel ragionevole convincimento della esistenza di una circostanza di esclusione della pena, ad es., legittima difesa putativa, e perciò sostanzialmente non si commette reato per difetto dell'elemento psicologico. Giusta quanto sopra si avvertiva, la punibilità non è esclusa nella seconda ipotesi testé accennata, ove si tratti di errore "determinato da colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge quale delitto colposo; come in tema di errore sul fatto che costituisce reato (articolo 51), la responsabilità a titolo di dolo si muta in responsabilità a titolo di colpa, quando, beninteso, della colpa sussistano gli estremi. In quanto possano trovare applicazione, le norme testé accennate valgono anche per

Tra le “circostanze escludenti” rientravano, quindi, tanto quelle che escludevano o modificavano l'imputabilità (ovvero il caso fortuito e la forza maggiore, l'ignoranza e l'errore di diritto, la minore età, il sordomutismo, l'infermità di mente, l'ubriachezza o gli stati equiparati e le circostanze aggravanti o attenuanti) quanto quelle che escludevano o modificavano la responsabilità penale (ovvero il fatto giustificato da norme giuridiche o da ordini dell'Autorità, il fatto giustificato dalla legittima difesa, il fatto giustificato dallo stato di necessità e l'eccesso colposo in relazione ad ognuna di esse)⁶⁶.

Diversamente, in relazione alle cause estintive, si evidenziava che “la nuova locuzione «della estinzione del reato e della pena» intende significare che, nell'atto in cui si estingue il diritto soggettivo dello Stato all'applicazione della legge penale, inevitabilmente dalla causa estintiva rimane travolto, in confronto del soggetto, a cui questa si riferisce, lo stesso reato, quale entità giuridica, venendo a mancare quel rapporto di diritto, che si costituisce fra il reo e lo Stato, e che forma oggetto della pretesa punitiva. Ciò è d'intuitiva evidenza, nel caso

le circostanze di esenzione dalla sola pena. Il più delle volte l'errore — o ignoranza — cadrà sulla norma iuris. Così il custode che, dopo aver cagionato colposamente l'evasione di un detenuto, ne procuri la cattura entro tre mesi dall'evasione, andrà esente da pena, anche se per avventura ignori la disposizione dell'articolo 392, capoverso, del Progetto; in questo e in altri casi, la norma che importa l'esenzione da pena o dichiara la non punibilità (ad es., articolo 607, capoverso) funziona indipendentemente dalla conoscenza, che della norma stessa abbia avuta l'agente. Per ciò che attiene alle circostanze di esclusione da pena ritenute per errore esistenti, è invece evidente che la falsa credenza dell'agente non può avere effetto a lui favorevole, se non quando la circostanza sia effettivamente prevista dalla legge. Se taluno crede che il furto in danno del fratello con lui non convivente non sia punibile, non per questo andrà esente da responsabilità: entra qui in campo l'applicazione di un altro principio, che cioè l'ignoranza della legge penale non scusa”.

⁶⁶ Cfr., sul punto, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. II, Torino, 1933, pag. 1 ss, pag. 233 ss. In relazione all'inserimento delle circostanze aggravanti e attenuanti nelle cause di esclusione dell'imputabilità, l'A. afferma che “secondo i compilatori del codice le circostanze aggravanti e attenuanti non riguardano l'imputabilità, bensì il reato, tanto che sono compresi nel titolo del reato e non in quello dell'imputabilità. Ma questo concetto, malgrado la grande autorità di chi lo professa, non ci sembra esatto. Se, come risulta dai lavori preparatori, le dette circostanze modificano la quantità del reato, è per noi manifesto che riguardano l'imputabilità fisica o psichica del reato stesso. Ciò che si imputa è il reato in sé e nelle sue circostanze, e ciò che viene imputato riguarda indiscutibilmente l'imputabilità”, cfr. pag. 147.

che la causa estintiva operi anche prima che vi sia stata condanna. Ma lo stesso va ritenuto per altri casi, nei quali la causa di estinzione del diritto soggettivo di punire non si limita a spiegare la sua efficacia soltanto sulle pene e sugli effetti di una condanna già avvenuta, ma tende ad effetti più profondi e più radicali, ossia a far cessare, nonostante una condanna sia già intervenuta, il rapporto originario nascente dal reato e a porsi come una vera e propria *abolitio criminis*. Invero, se in tali casi il legislatore lascia talvolta sussistere talune conseguenze penali in relazione all'avvenuto accertamento giudiziale del reato, ciò costituisce una deviazione eccezionale che ripete le sue ragioni da necessità incoercibili di tutela penale, le quali impongono di non chiudere gli occhi dinanzi alla insopprimibile realtà della dichiarata colpevolezza : ma è una deviazione, che non intacca sostanzialmente, nel suo valore più saliente, l'affermazione che la esistenza del reato rimane dalla causa estintiva, anche in quei casi, compromessa"⁶⁷.

In base all'elemento su cui incidono, venivano distinte le cause estintive cd. intrinseche, ovvero quelle che riguardano l'autore del reato in rapporto all'azione o all'omissione costitutiva del fatto previsto dalla legge come reato o all'azione esplicata per riparare alle conseguenze del fatto stesso (come ad es. la desistenza volontaria), dalle cause cd. estrinseche che, pur potendo riguardare la persona del reo o l'essenza del fatto da lui commesso, sono estranee al rapporto di causalità psichica e materiale del fatto e alle immediate conseguenze di esso.

In questo secondo gruppo di "cause di rinuncia alla potestà punitiva dello Stato", rientravano alcuni fenomeni o circostanze che potevano determinare il venir meno della qualità giuridica di reato, se intervenuti prima della condanna, ovvero, della sola pena, se verificatisi dopo la condanna stessa.

Quali "cause di rinuncia" venivano contemplate la morte (dell'imputato, quale causa di estinzione del reato, o del condannato, quale causa di estinzione della pena), la clemenza (che attraverso l'amnistia propria, cioè prima della condanna, poteva far venir meno il reato ovvero, se intervenuta dopo, la sola pena; l'indulto e la grazia potevano determinare solo l'estinzione del reato), il decorso del tempo (ovvero la prescrizione del reato e della pena), le circostanze personali (in cui rientravano la condanna condizionale quale causa di estinzione

⁶⁷ Cfr. la Relazione ministeriale al progetto definitivo, cit., pag. 199; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Quinta edizione aggiornata*, cit., pag. 404;

del reato e il perdono giudiziale e la riabilitazione come causa estintive della pena) nonché i negozi giuridici (ovvero la remissione e l'oblazione, che estinguono il reato)⁶⁸.

Così individuato l'impianto della teoria generale sulle "cause di rinuncia totale o parziale dello Stato alla potestà di punire", veniva poi dettata agli articoli 182-184 c.p. e in altre disposizioni la loro disciplina comune, rimasta sostanzialmente immutata⁶⁹.

Da sottolineare, in particolare, la regola dettata dall'art. 182 c.p. secondo cui le cause di estinzione del reato e della pena operano solo nei confronti del soggetto cui si riferiscono, salvo che la legge disponga altrimenti.

Si tratta di una disposizione importante, perché consente di individuare le differenze che intercorrono, in punto di disciplina, tra le cause di estinzione del reato e della pena e le meno caratterizzate "circostanze che escludono la pena": solo in relazione quest'ultime, infatti, si affermava l'operatività degli artt. 70 e 119

⁶⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Quinta edizione aggiornata*, cit. pag. 406 ss; la schematizzazione delle cause di rinuncia si ritrova, in particolare, a pag. 408;

⁶⁹ In particolare, l'art. 183 c.p. disciplina l'ipotesi di concorso di più cause estintive, affermando in generale la regola secondo cui le cause di estinzione del reato e della pena operano nel momento in cui esse intervengono (co. 1); nel caso di concorso di più cause estintive, vale la regola della prevalenza della causa estintiva del reato su quella che estingue la pena (co. 2); nel caso in cui esse intervengano in tempi diversi, la causa che interviene per prima estingue il reato o la pena e le successive fanno venir meno gli effetti non ancora estinti per effetto della causa antecedente (co. 3); nel caso in cui esse, invece, intervengano contemporaneamente, si applica la causa estintiva più favorevole e per gli effetti non estinti può trovare applicazione l'altra causa estintiva (co. 4). L'art. 184 disciplina l'ipotesi di estinzione della pena dell'ergastolo o della pena detentiva temporanea in caso di concorso di reati, affermando sostanzialmente che l'estinzione della pena dell'ergastolo non comporta l'estinzione della pena detentiva temporanea inflitta per il reato concorrente, a meno che il condannato non sia già stato detenuto per oltre trent'anni. L'art. 198 c.p. afferma che l'estinzione del reato o della pena non comporta l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che si tratti dell'obbligazione civile per l'ammenda o della rimessione con rinuncia al diritto alle restituzioni e risarcimento del danno. L'art. 170 c.p. disciplina l'ipotesi dell'estinzione di un reato che sia presupposto, elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, affermando sostanzialmente la regola secondo cui l'estinzione del primo non si riverbera sul secondo; infine, l'art. 210 c.p. prevede che l'estinzione del reato impedisca l'applicazione di misure di sicurezza e travolga quelle già applicate.

c.p., ovvero la loro rilevanza oggettiva e l'estensibilità nei confronti dei concorrenti nel reato⁷⁰.

In ogni caso, tutte le suddette cause estintive implicavano una rinuncia da parte dello Stato alla potestà di punire.

Seguendo tale impostazione teorica, ben si comprende come non fosse concepibile, da un punto di vista logico, contemplare autonomamente le cause di non punibilità: non vi era, in altri termini, alcuno spazio per ritenere che, nonostante la mancata rinuncia dello Stato all'esercizio della potestà punitiva a fronte della commissione di un fatto di reato, si potesse fare a meno di applicare una pena.

Aut aut: o lo Stato esercitava la sua potestà punitiva attraverso l'applicazione di una pena ad un autore di un fatto penalmente rilevante oppure vi rinunciava determinando, di conseguenza, l'estinzione del reato. *Tertium non datur*.

In questa visione binaria, si estrinseca il principale significato del principio del *nullum crimen sine poena*, codificato nell'art. 1 c.p.: alla violazione del precetto penale deve seguire la previsione di una sanzione penale (che potrà poi eventualmente estinguersi); viceversa, la non applicazione di una pena può dipendere esclusivamente dall'osservanza del precetto penale⁷¹.

In breve: non può concepirsi un reato senza punibilità; la punibilità rappresenta l'in sé del reato; la punibilità è sinonimo della previsione del fatto come reato.

1.2. L'antigiuridicità oggettiva e il riconoscimento autonomo delle cause di non punibilità

Uno degli ostacoli logici che si frapponeva al riconoscimento dogmatico autonomo della categoria della punibilità, e in generale delle cause di non punibilità in senso stretto, era inoltre rappresentato dall'adozione di una nozione

⁷⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Quinta edizione aggiornata*, cit. pag. 410;

⁷¹ Art. ROCCO, *Sul concetto di diritto penale obiettivo*, cit., pag. 337 ss;

antigiuridicità cd. penale o soggettiva, da intendersi come sinonimo di illiceità penale e quindi della previsione di un fatto come reato.

L'impostazione formalistica adottata dai teorici del *nullum crimen sine poena*, secondo cui vi era una correlazione inderogabile tra la posizione di un divieto e la minaccia di una sanzione, portava infatti a negare l'esistenza di norme di pura valutazione, che fossero quindi sfornite di una sanzione⁷².

In questa visione imperativistica della norma penale, non era possibile riconoscere uno spazio autonomo ad un momento di valutazione oggettivo degli interessi giuridicamente tutelati dall'incriminazione, ulteriore e diverso rispetto al precetto.

Di conseguenza, l'antigiuridicità doveva essere intesa in senso soggettivo, poiché con essa si esprimeva nient'altro che il contrasto tra l'atto di volontà del singolo e la volontà imperativa della norma giuridica, a cui deve seguire l'applicazione della sanzione⁷³.

Posto che vi fosse una sovrapposizione tra fatto tipico e antigiuridicità (o meglio, tra antigiuridicità e colpevolezza), di conseguenza, non vi era uno spazio logico per poter contemplare autonomamente la punibilità quale autonoma categoria del reato e le cause che essa escludono, poiché un fatto antigiuridico doveva essere necessariamente in astratto punibile.

⁷² Secondo B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1960, p. 669, in particolare, l'antigiuridicità, intesa oggettivamente, importerebbe la contraddizione del fatto con le norme di valutazione. Ma, secondo l'A., è proprio questa giustificazione formale della teoria dell'antigiuridicità oggettiva, e cioè il concetto di una duplice funzione del diritto e di una corrispondente duplice base normativa, a non reggere: non esistono norme di pura valutazione, né esiste una funzione autonoma di valutazione nell'ambito di ciascuna norma. In una norma, la valutazione è già implicita nello stesso imperativo e ne costituisce il contenuto: la contraddizione colpisce insieme, nella loro unità, valutazione e comando giuridico. Né d'altra parte potrebbe essere diversamente, tenuto presente che una violazione, un attacco, non è concepibile contro un mero giudizio, ma soltanto contro un'affermazione di volontà, che imponga il risultato della valutazione come scopo da realizzare;

⁷³ "Se si prescinde dagli elementi soggettivi non si dà qualificazione di antigiuridicità; se il diritto è essenzialmente comando, la valutazione di cui parlano i sostenitori della concezione oggettiva è dovuta alla società: è quest'ultima che, prima ancora del legislatore, apre la via al medesimo; ma, una volta posta la norma giuridica, la valutazione non è dissociabile dal comando oppure è essa stessa, in quanto valutazione giuridica, comando, e quindi non saranno nemmeno concepibili norme di valutazione, cfr. B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, IV ed., Padova, 1955, p. 63;

Com'è stato osservato, infatti, "la questione dei rapporti fra reato e punibilità è strettamente connessa, come è noto, a quella dei rapporti fra precetto e sanzione. Il distaccare la punibilità (...) dal reato non è altrimenti possibile se non escludendo la stretta organica connessione tra precetto e sanzione"⁷⁴.

In quest'ottica, quindi, la punibilità era concepita quale carattere essenziale e indefettibile del reato, quantomeno a livello di previsione astratta: le "cause di non punibilità" (o cause di esclusione della punibilità, o cause impeditive della punibilità quali erano considerati, ad esempio, gli artt. 52, 384 e 649 c.p.), escludendo ab origine la punibilità, erano da considerare a tutti gli effetti quali cause di esclusione del reato; mentre, invece, le cause di non applicabilità della pena (o cause di esclusione della pena in concreto, quali ad esempio erano ritenute l'art. 157 e l'art. 376 c.p.) non escludevano il reato già sorto, ma solo l'applicazione concreta della pena per esso prevista.

L'unica forma di dissociazione possibile della sequenza reato-pena poteva quindi verificarsi solo in relazione al momento applicativo della sanzione, a fronte dell'operare di fatti sopravvenuti in grado di eliminare in concreto la pena, non diversamente da quanto avviene nelle cause di estinzione del reato⁷⁵.

A tale concezione, ritenuta "fonte di inesauribili fraintendimenti e di sterili esercitazioni"⁷⁶, poiché non in grado di distinguere tra i fatti non colpiti da pena perché ritenuti leciti e fatti non puniti per altre ragioni, pur contemplati all'interno dell'impianto codicistico, si opponeva quella di coloro che sostenevano una nozione oggettiva di anti giuridicità, qualifica quest'ultima con cui si intende esprimere il contrasto tra un determinato fatto, così come delineato dalla fattispecie tipica, e l'ordinamento giuridico nella sua unità.

⁷⁴ Cfr. B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1960, p. 669;

⁷⁵ Per una critica di tale approccio, si rinvia alle considerazioni di L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1985, pag. 404, secondo cui "quando si afferma che le previsioni di cui agli artt. 50 e ss. si riferiscono a cause di esclusione della anti giuridicità-punibilità, mentre quelle di cui agli artt. 150 e ss. riguardano cause di esclusione della pena, non si è, in realtà, risolto alcun problema dommatico ma si è solo operato a livello terminologico. La confusione concettuale, tuttavia, non è improduttiva di conseguenze poiché comporta l'affermazione dell'inesistenza dell'illecito penale in tutte quelle ipotesi in cui la legge esclude la punibilità in presenza di una data situazione concomitante al fatto come è - e l'esempio è significativo - per il caso disciplinato dall'art. 649 del codice";

⁷⁶ G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 616;

Detto altrimenti, secondo i sostenitori di tale concezione, l'antigiuridicità esprime un giudizio di oggettivo disvalore che non può che precedere e condizionare il successivo giudizio sulla volontarietà del comportamento e sulla colpevolezza.

Il riconoscimento dell'antigiuridicità in senso oggettivo e generale – caratteristica con cui si esprime il contrasto tra il fatto e l'ordinamento giuridico nel suo complesso – è alla base della successiva adozione della teoria tripartita del reato⁷⁷.

All'interno di tale concezione, è ben possibile distinguere, da un lato, le cause che fanno venir meno l'antigiuridicità ed escludono quindi il reato, dalle altre cause che fanno venir meno la punibilità, intesa però non già come carattere essenziale e indefettibile del reato, così come sostenuto dai teorici del principio del *nullum crimen sine poena*, né come elemento costitutivo del reato, così come sostenuto dai sostenitori della teoria quadripartita del reato, ma come insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al reato, che devono talvolta sussistere affinché a fronte di un determinato fatto possa in concreto seguire l'applicazione – *rectius*, la non applicazione – della pena⁷⁸.

Obiettando, in particolare, alla pretesa inscindibilità tra precetto e sanzione, sulla cui base si disconosceva un'autonoma dignità al concetto di punibilità, è stato acutamente osservato che “nulla vieta che il legislatore, una volta inclusi (con il precetto contenuto nella norma incriminatrice) determinati interessi nella cerchia di quelli penalmente tutelati, decida, per mere ragioni di opportunità o di politica-criminale o in considerazione di norme e consuetudini internazionali o per altri motivi di mandare esenti da pena determinati soggetti nonostante la commissione da parte loro del fatto previsto come reato”⁷⁹.

La disputa intorno al possibile riconoscimento delle cause di non punibilità in senso stretto come istituti autonomi e non riconducibili alle cause di esclusione del reato (*rectius*, cause di giustificazione e scusanti) prende le mosse proprio dall'esistenza, all'interno del codice, di cause personali di non punibilità

⁷⁷ M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., pag. 56;

⁷⁸ G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 616; A. MOLARI, *Reato contro il patrimonio non punibile e delitto di calunnia*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1957, p. 187; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 1955, p. 516; Bettiol, *Diritto penale*, Padova, 1955, p. 170;

⁷⁹ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 618;

e in particolare dell'art. 649 c.p., che non a caso è stato acutamente definito come "la croce di ogni sistematica"⁸⁰.

Ed infatti, da un lato, vi era chi, aderendo alla ritenuta insostenibilità logica della scissione tra precetto e sanzione (tra reato e punibilità), sosteneva che l'art. 649 c.p., in quanto norma che prevede ab origine la non applicazione della pena, fosse da interpretare come una "causa di inesistenza del reato": secondo questa lettura, in caso di furto tra parenti verrebbe a mancare il requisito dell'alterità della cosa e quindi uno degli elementi costitutivi del delitto di furto⁸¹.

Secondo un'altra impostazione, sempre attenta a salvaguardare il legame tra la posizione del precetto e l'applicazione della pena, in base a quanto previsto dall'art. 649 c.p., i delitti contro il patrimonio da essa richiamati altro non sarebbero se non dei reati propri "in negativo": in altri termini, non sarebbero destinatari dei divieti sanciti dalle norme incriminatrici dei delitti contro il patrimonio i familiari richiamati dal comma 1 e quindi il fatto da loro commesso non potrà essere qualificato come reato⁸².

A tali impostazioni si opponeva la voce di chi, convinto della possibilità di distinguere tra la funzione valutativa del diritto penale (che si esplica con la previsione di un precetto, in cui si valuta in modo del tutto obiettivo e personale se un fatto è conforme o meno ai fini dell'ordinamento giuridico) e la sua funzione sanzionatoria (che si esplicita, invece, in una direzione marcatamente personale e soggettiva), ammette che l'ordinamento non entri in un'insanabile contraddizione quando dapprima dichiara che determinati fatti siano in contrasto con l'ordinamento e quindi punibili e poi, in seconda battuta, dichiara esenti da pena determinati soggetti che abbiano commesso quei determinati fatti.

In quest'ottica, la non applicazione della pena non può essere ritenuta un elemento decisivo per negare che un determinato interesse rientri nella sfera di quelli penalmente tutelati⁸³.

⁸⁰ Cfr. F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1989, pag. 1528;

⁸¹ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 617, in cui cita per questa opinione Nuvolone;

⁸² Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 617, in cui cita per questa opinione Chiarotti;

⁸³ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 620; L. STORTORNI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1985, pag. 413, in cui l'A., richiamando un vecchio

Tale dissociazione può verificarsi in via generale, come accade per il caso delle immunità oppure in via particolare quando il soggetto è dichiarato non punibile solo per determinati fatti, com'è il caso dell'art. 649 c.p.⁸⁴.

Il "limite" di tale tesi, secondo i successivi commentatori, starebbe nel fatto che si ammette l'esistenza delle cause di non punibilità solo in relazione alle cause personali di non punibilità, sulla base dell'assunto che "la punibilità dell'autore

aforisma, afferma che "l'ordinamento non considera reato un fatto perché è punito, ma sanziona penalmente ciò che valuta come illecito penale. La sanzione viene a dipendere dal reato dal quale, quindi, attinge giustificazione e legittimazione. Il rapporto che, correttamente impostato, viene ad unire i due termini può e deve essere ulteriormente equilibrato da valutazioni inerenti alla punibilità, ma queste non possono contraddirlo o snaturarlo. In questo modo la pena, lungi dal vedere sminuito il suo rilievo, riacquista completamente il ruolo di tutela dei beni giuridici pur in armonia con le diverse esigenze oggettive e soggettive del caso concreto, senza limitazioni aprioristiche di forma e di contenuti. Ciò che ancor più rileva: al diritto penale si riconosce pienamente la funzione di apprezzamento dei fatti umani attraverso l'elaborazione di una figura di reato nella quale si riafferma il ruolo centrale della tipicità come garanzia e dell'antigiuridicità come giudizio di disvalore, quali fondamenti irrinunciabili del sistema. È quindi in questo contesto che anche gli istituti inerenti alla punibilità vanno saldamente ricompresi e collocati ed è tenendo conto di questi principi che va affrontato il loro studio";

⁸⁴ Cfr. cfr. G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in Riv. It. dir. pen., 1952, pag. 32, in cui l'A. afferma inoltre che "naturalmente bisogna distinguere i casi in cui la qualità del soggetto si riflette sul fatto, dandovi una particolare fisionomia sul piano naturale e su quello giuridico; dai casi in cui la qualità personale si esaurisce nel soggetto stesso, anche se derivi da particolari rapporti con il soggetto passivo. Nella ipotesi prevista dall'art. 649, ad esempio, la qualità del soggetto non muta – a nostro avviso – la fisionomia del fatto: il furto commesso *inter parentes* non è affatto diverso da un furto comune, essendo sempre oggettivamente un furto; ma l'autore non è punibile (è cioè esente da pena) in virtù della sua qualità personale e del rapporto che lo lega al soggetto passivo. A diversa soluzione bisognerebbe giungere qualora si ritenesse che, nell'ipotesi dell'art. 649 c.p., la qualità del soggetto sia un presupposto essenziale del fatto delittuoso; in tale ipotesi la qualità non sarebbe un *quid pluris* che si aggiunge al fatto delittuoso, per escludere la punibilità del soggetto, ma muterebbe addirittura la fisionomia del fatto tipico, come ritengono appunti molti scrittori. Peraltro, se così fosse, non si comprenderebbe perché la legge nel determinare la fattispecie del furto ... non abbia espressamente circoscritto la sfera di applicabilità del precetto (come pure fa in tanti altri casi), mentre invece ha dato la nozione di tali reati senza porre limiti di sorta in relazione alla qualità del soggetto, che può essere «chiunque»";

è fuori dal reato e può venir meno senza che per ciò il fatto illecito perda la sua inconfondibile fisionomia giuridico-penale”⁸⁵.

Infine, per sgombrare il campo dal perdurante possibile equivoco della sovrapposizione tra l’ipotesi della non applicazione della pena con la diversa ipotesi di inesistenza del reato, è stato affermato che l’art. 649 c.p. integra una fattispecie a sanzione positiva che presuppone la stessa tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza dei fatti di cui alle norme di riferimento, il che equivale a dire che la causa di non punibilità può trovare applicazione solo a fronte di un reato integro in tutti i suoi elementi: rispetto ai soggetti richiamati dalla norma non viene meno l’applicabilità dei precetti richiamati ma solo la sanzione tipica per abrogazione, rispetto ad essi, della corrispondente parte di norma incriminatrice e sostituzione ad essa della sanzione prevista dall’art. 649 c.p.⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. cfr. G. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in Riv. It. dir. pen., 1952, pag. 11 ss. L’A. ritiene che le cause di non punibilità non possano essere ricondotte ad un’unica categoria giuridica, non tanto per la loro diversa formulazione letterale, quanto piuttosto per la loro diversità di regolamentazione; di contrario avviso, G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., cit., pag. 621, che pur non ritenendo che la punibilità possa assurgere ad elemento costitutivo del reato e che a fronte dell’operare di una causa di non punibilità in senso stretto non venga meno il reato, ammette tuttavia l’esistenza della categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, al cui interno devono essere ricondotte tante le cause personali quanto le cause oggettive basate su una condotta sopravvenuta rispetto alla commissione del reato; pur ammettendo la categoria, l’A. ritiene in conclusione che non sembra possibile nel diritto vigente applicare tutti gli stessi principi che sono propri delle cause sopravvenute anche alle cause di non punibilità preesistenti alla commissione del fatto: “mentre, infatti, sono da ritenersi fermi il divieto di applicazione analogica delle corrispondenti norme, il permanere delle obbligazioni civili, e la stessa possibilità di considerare il fatto come reato agli effetti di determinate disposizioni di legge, non può invece negarsi rispetto alle cause di non punibilità originarie la efficacia esimente dell’errore ai sensi dell’art. 59 ultimo comma c.p.”;

⁸⁶ La fattispecie tipica a cui accede la causa originaria di non punibilità non è, secondo questa visione, quella della norma incriminatrice, bensì quella della norma a sanzione positiva. Il tema del riconoscimento della causa di non punibilità attiene allora alla tipicità della fattispecie a sanzione positiva, nel suo rapporto strutturale con la rispettiva norma incriminatrice (o con più fra esse) e quindi il problema essenziale si sposta dalla relazione fra (concetto di) reato e minaccia della pena a quella tra fattispecie della norma incriminatrice e fattispecie della norma a sanzione positiva. Nel caso in cui, la fattispecie incriminatrice e la fattispecie a sanzione positiva siano in rapporto di identità per il solo fatto materiale tipico, è ben possibile inquadrare la fattispecie a

In breve: secondo i sostenitori della concezione tripartita, che distingue tra antigirudicit  e punibilit , quest'ultima   da intendersi come categoria al cui interno collocare quegli istituti che condizionano l'applicazione o meno della pena ad un determinato fatto di reato, i cui estremi costitutivi sono pur sempre costituiti dal fatto tipico, dall'antigiuridicit  e dalla colpevolezza⁸⁷.

Cos  ricostruito, in estrema sintesi, il faticoso percorso di emancipazione della punibilit  e delle cause di non punibilit  in senso stretto rispetto alle altre categorie del reato – e in particolare, all'antigiuridicit  – occorre sottolineare che, al riconoscimento dell'autonomia delle cause di non punibilit  in senso stretto   venuto ad abbinarsi, da un lato, il problema relativo al collocamento della punibilit  (o meglio, della non punibilit ) nell'ambito della teoria del reato e, dall'altro, il problema della disciplina ad esse applicabile.

Per ci  che concerne, in particolare, tale secondo aspetto, che verr  diffusamente trattato nel successivo capitolo in relazione alle singole ipotesi prese in considerazione,   bene dire sin da subito che il problema relativo all'individuazione della disciplina applicabile si   spesso posto in termini di identificazione o contrapposizione rispetto alla disciplina delle cause di estinzione del reato, con riferimento nello specifico alla disciplina dell'art. 182 c.p., che, come visto nel precedente paragrafo, impedisce l'estensione dell'effetto estintivo nei confronti dei concorrenti del reato⁸⁸.

Tanto chiarito, nel prossimo paragrafo viene analizzato in sintesi il dibattito dottrinale concernente la collocazione sistematica della punibilit ,

sanzione positiva come causa di giustificazione o in alternativa come causa scusante, cfr., sul punto, le approfondite riflessioni di A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 199 ss;

⁸⁷ Ed infatti, com'  stato puntualmente osservato, l'idea di ricondurre "le cause di non punibilit " nell'ambito delle cause di esclusione del reato e di risolvere sul piano dell'antigiuridicit  il problema di un reato non punito, non solo cozza contro la evidente disomogeneit  delle ipotesi considerate, ma appare ben altrimenti inaccettabile in quanto capace di scardinare alcuni portati fondamentali della scienza penale rispetto alla teoria del reato in cui sono racchiusi valori e garanzie. L'intera elaborazione dottrinale sulla tipicit  e sull'antigiuridicit  rischia di essere travolta quando unico criterio di individuazione e valutazione dell'illecito penale divenga l'applicazione della sanzione penale", cfr., L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilit *, cit., pag. 401;

⁸⁸ Cfr., sul punto, G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, "Leonardo Da Vinci" ed., 1965, pag. 113; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffr , 1982, pag. 324 ss;

ovvero all'interno della teoria del reato, quale suo elemento costitutivo, oppure al di fuori di esso.

2. Il problema della riconducibilità o meno della punibilità-non punibilità nell'ambito della teoria del reato

Nonostante l'assenza di un vero e proprio criterio distintivo all'interno del codice, che sia in grado di contraddistinguere le cause di non punibilità dalle altre cause che determinano, quale mera conseguenza del loro verificarsi, la non applicazione della pena (cioè, cause di giustificazione, scusanti e cause di estinzione del reato), la dottrina non si è tirata indietro dal tentativo di individuarne la *ratio* e di ricostruirne a posteriori uno statuto, considerando a tal fine il vastissimo panorama di casi di non punibilità presenti tanto nella parte speciale del codice quanto nelle leggi complementari.

Solo una volta ammessa la possibilità logica di dissociare, tanto in astratto quanto in concreto, la previsione di un precetto dalla previsione della pena, può correttamente parlarsi di cause di non punibilità in senso stretto, come istituti autonomi e diversi dalle cause di giustificazione, dalle scusanti e dalle cause di estinzione del reato.

Al di là di tale riconoscimento, su cui sembra concordare oggi quasi unanimemente la dottrina, resta aperto il problema – mai soluto – della collocazione dogmatica della punibilità (o meglio della non punibilità), al cui interno dovrebbero trovare adeguata collocazione le cause di non punibilità in senso stretto.

Il problema principale che riguarda la costruzione della categoria ha a che fare con le difficoltà di individuare un'unica *ratio* che sia in grado di spiegare ed accomunare le ipotesi per cui a fronte di un fatto antigiuridico e colpevole non si faccia luogo all'applicazione della pena.

Com'è stato, infatti, puntualmente osservato “la ragione dell'autonomia della categoria va cercata... nel quadro delle esigenze di ordine logico e sistematico poste dall'analisi del reato”, al di là quindi di quelle non ben precisate ragioni di opportunità extra penali o di politica-criminale, che spesso vengono evocate per giustificare la previsione di cause di non punibilità, posto che “una

ragione politica sta in ultima analisi alla base dell'intero edificio del diritto penale e non solo delle cause di non punibilità"⁸⁹.

Ed infatti, la continua ricerca del fondamento dogmatico delle cause di non punibilità nelle ragioni di opportunità tende a risolversi in "un'ossessione circolare", poiché si definiscono cause di non punibilità quelle in cui filtrano le ragioni di opportunità, "ma appunto quello che deve essere stabilito è quando determinate circostanze siano tali da potersi spiegare solo in termini di opportunità...se mai tali circostanze, appunto, siano riconoscibili"⁹⁰.

Così individuati i due poli opposti dell'attuale dibattito, occorre un fondamentale chiarimento sulla terminologia utilizzata: nei discorsi dottrinali ci si pone il problema della riconducibilità o meno della "punibilità" tra gli elementi del reato ma, in realtà, com'è stato puntualmente rilevato, all'interno della categoria della punibilità, al di là delle condizioni obiettive di punibilità di cui all'art. 44 c.p., vengono abitualmente ricondotte solo ipotesi di non punibilità, ovvero le cause personali di non punibilità, le cause sopravvenute di non punibilità, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e, infine, le cause di estinzione del reato⁹¹.

Ciò che allora sembra davvero necessario spiegare, in termini teleologici, non è perché alla commissione di un reato debba seguire l'applicazione della pena (punibilità) ma piuttosto per quale legittima ragione possa non applicarsi la pena a chi abbia commesso un fatto di reato (non punibilità).

Alla luce di queste premesse, che verranno poi diffusamente riprese nel successivo capitolo, occorre procedere alla ricostruzione delle posizioni più rilevanti in materia, consapevoli di muoverci in un ambito che rappresenta da sempre "un luogo di scontri fra opposte visioni sistematiche"⁹².

⁸⁹ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 620;

⁹⁰ Cfr., A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998, pag. 99;

⁹¹ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice penale*, 2001, pag. 1044;

⁹² T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., pag. 398;

2.1. La (non) punibilità non è elemento del reato e va intesa come mancanza del “bisogno di pena”

Ad oggi, com'è noto, la posizione dominante in dottrina, per il numero di coloro che vi aderiscono, è quella secondo cui la punibilità non può essere considerata un elemento del reato, per l'impossibilità di tenere insieme, all'interno di un'unica categoria, istituti con ratio profondamente diverse tra loro, come le condizioni obiettive di punibilità, le cause di non punibilità in senso stretto e le cause di estinzione.

Secondo alcuni autori, in particolare, la logica che tiene insieme le varie ipotesi di non punibilità potrebbe essere ravvisata nella mancanza in concreto del “bisogno di pena”, pur a fronte di un fatto valutato dal legislatore in astratto come “meritevole di pena”⁹³.

Si tratta di nozioni che vengono mutate dalla dottrina tedesca che le utilizza, con diverse configurazioni, per affermare che, nella delineazione del volto dell'illecito penale, a fianco alla tipicità, all'antigiuridicità e alla colpevolezza, possono concorrere interessi extra penali che fanno venir meno la necessità della pena, così come immaginata dal legislatore a fronte della commissione di quei determinati fatti, in grado di fondare una categoria ulteriore all'interno dell'illecito.

In particolare, secondo la versione tedesca, l'esenzione o esclusione della pena a fronte di determinati fatti si fonderebbe non già su ragioni di politica-criminale, bensì su bilanciamenti d'interessi che nulla hanno a che vedere con le ragioni dell'incriminazione, ma introducono nel diritto penale valutazioni a

⁹³ Cfr. M. ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in Riv. It. dir. proc. pen., 1992, p. 49; C. E. PALIERO, “Minima non curat praetor”. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985 parla di “meritevolezza di pena” come espressione di una lesione o minaccia socialmente apprezzabile e di “bisogno di pena” come sinonimo del principio di sussidiarietà in senso stretto); E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979 fa riferimento ad “indici” del “bisogno di pena” in materia di commisurazione della pena;

mezzo delle quali la posizione e il conseguimento dei fini extrapenali, nel bilanciamento con il “bisogno di punizione” finiscono per avere la precedenza⁹⁴.

Le critiche che vengono mosse a tale impostazione – che pretende di far assurgere la meritevolezza e il bisogno di pena a quarto gradino nella sistematica del reato – sono di due tipi.

Da un lato, viene ritenuto ambiguo il richiamo ai non meglio identificati interessi extrapenali che potrebbero determinare il venir meno del bisogno della pena: com'è stato osservato infatti per la via degli interessi non si può pervenire a nessuna chiarificazione strutturale in ordine alle cause di non punibilità, posto che l'introduzione di una norma penale – incriminatrice o meno – traduce e fonda, al contempo, un bilanciamento di interessi, rappresentando un titolo legittimo per la soluzione di un eventuale contrasto tra valori contrapposti⁹⁵.

Dall'altro lato, viene osservato come, in realtà, i concetti di meritevolezza e di bisogno di pena convogliano valutazioni teleologiche che sono già rilevanti nell'identificazione e configurazione del fatto tipico: essi esprimono piuttosto “la legittimazione ultima del tipo astratto (e della natura penale del divieto) e la sostanza di cui il reato si nutre” e non sono pertanto in grado di distinguere tra

⁹⁴ Per la ricostruzione del dibattito interno alla dottrina tedesca degli anni Settanta e Ottanta in relazione ai concetti di meritevolezza e bisogno di pena, si rinvia a M. ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena”, cit., p. 42.; per le critiche all'impostazione seguita in Germania e al concetto di “bilanciamento di interessi”, si rinvia ad A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 101;

⁹⁵ In particolare, prendendo come esempio la non punibilità per i reati patrimoniali connessi a danno di una stretta cerchia di parenti stretti di cui all'art 649 c.p., viene puntualmente osservato che “non si capisce perché, per esempio, le ragioni di politica familiare sarebbero extrapenali quando si tratta di non punire il furto tra coniugi, laddove poi alla tutela della famiglia è approntato tutto un complesso di norme incriminatrici”, cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 105; per quanto riguarda la ritenuta mancanza del bisogno di pena che giustificerebbe la non applicazione della pena in base a quanto previsto dall'art. 649 c.p., viene in senso critico affermato che in quel caso “dire che manca o è escluso il bisogno di pena soltanto perché non si punisce significa collocarsi di nuovo al di fuori della prospettiva dei valori; mentre dire che non si punisce malgrado il bisogno di pena consente da un lato di intendere il tipo astratto del reato con la sua pedagogica generalpreventiva funzione di richiamo di ciò che è penalmente vietato, come una sintesi di meritevolezza e bisogno di pena, dall'altro di considerare la rinuncia alla pena come il portato di altre e diverse ragioni di politica criminale”, M. ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena”, cit., p. 49;

valutazioni che attengono alla scelta dell'incriminazione e quelle che riguardano la scelta della non punibilità⁹⁶.

2.2. La punibilità non è elemento del reato e va intesa come giudizio che coinvolge lo scopo della punizione

Secondo un'altra impostazione, che tende a valorizzare una connessione tra fini della pena e assetto dell'offesa, la punibilità, consistente nel "dover essere della pena dopo la commissione del reato", è da intendersi come un giudizio che coinvolge la dinamica dell'offesa o la dinamica della pena, rivelando, in entrambi i casi, una caduta delle esigenze correlate allo stesso senso del punire: dell'esigenza di prevenzione generale sottesa alla tutela dei beni giuridici (nel caso in cui la punibilità dipenda dal significato che ha assunto l'offesa in concreto per l'ordinamento), ovvero collegata all'attuazione della minaccia edittale (nel caso in cui la non punibilità graviti sulla congruità di attivare in concreto il meccanismo sanzionatorio), oppure una caduta dell'esigenza di prevenzione generale e speciale legata all'esecuzione della condanna (nel caso in cui la non punibilità riguarda la valutazione degli esiti che possono in concreto verificarsi nei confronti del reo a fronte dell'esecuzione della condanna)⁹⁷.

⁹⁶ Cfr. M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena"*, cit., p. 46; ciò non vuol dire, secondo l'A., che il singolo fatto concreto trascini con sé necessariamente l'applicazione in concreto della pena, poiché possono esserci numerose e plausibili ragioni per cui, in un diritto razionale di scopo, il legislatore possa ritenere conveniente soprassedere alla punizione, per ragioni di opportunità politica, ragioni che comunque sono da ritenersi sempre distinte da quelle che hanno presieduto all'introduzione del tipo di illecito con il suo contenuto proprio di disvalore: finalità specialpreventive per il singolo autore nella commisurazione della pena, finalità di riconciliazione generale o, più frequentemente, di sovraffollamento delle strutture carcerarie nelle amnistie, cfr. pag. 51;

⁹⁷ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., pag. 410, in cui l'A. afferma, in particolare, che la negazione dell'esigenza punitiva dipende dalla dinamica dell'offesa, nel caso in cui vengano in rilievo le condizioni obiettive di punibilità e le cause sopravvenute di non punibilità strutturate su una condotta antagonista rispetto a quella contemplata nella norma incriminatrice; dipende, invece, dalla dinamica della pena nelle sue varie fasi applicative, quando si tratta di cause di

In particolare, si tratta di un giudizio, a struttura complessa, che si basa su due diversi termini di riferimento: da un lato, esso assume ad oggetto l'ipotetica offesa prodotta da un fatto tipico antiggiuridico e colpevole; dall'altro, assume un ruolo centrale lo scopo della punizione, che è da ritenersi come "l'unica prospettiva idonea a spiegare perché a fronte dell'individuazione di un'offesa tipica antiggiuridica e colpevole, sia ancora possibile non punire o perché sia possibile persino porre un problema di mancata punizione di un fatto non compiutamente accertato come tipico antiggiuridico e colpevole"⁹⁸.

In quest'ottica, il giudizio sulla punibilità si atteggia in modo differente a seconda dei diversi momenti in cui si può collocare, ovvero in fase di previsione edittale, di applicazione e di successiva esecuzione, con diversità della titolarità e parametri del giudizio, che vanno comunque ricordati alle specifiche previsioni normative di volta in volta rilevanti che, traducendo in varia misura esigenze diverse da quelle sottese alla comminatoria edittale, possono rendere inopportuna l'applicazione della pena⁹⁹.

Si tratta di una visuale che coglie la stretta connessione esistente tra funzione della pena – quale criterio in base al quale determinare il senso ed i confini di legittimità delle ipotesi di non punizione – e l'assetto oggettivo e soggettivo dell'offesa provocata da un determinato fatto: la definizione di tale connessione rappresenterebbe dunque la base imprescindibile non solo, o non tanto, per la qualificazione di un fatto come "reato", quanto per la stessa attribuzione di senso alla pena.

Secondo questa impostazione, sono norme penali quelle che prevedono sanzioni qualificabili alternativamente come positive o negative in relazione all'effetto prodotto sulle tipiche conseguenze penali.

Nel caso in cui una norma disponga l'inapplicabilità della pena, è teoricamente possibile che tale inapplicabilità risulti dal fatto che il precetto primario della norma incriminatrice viene a costituire il precetto primario di un'altra norma penale che prevede una sanzione "positiva".

estinzione o di condizioni di punibilità estrinseche. Cfr., inoltre, sul punto A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 128;

⁹⁸ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 129;

⁹⁹ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., pag. 401; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 130

In tal modo, viene a concretizzarsi una fattispecie di estinzione del “tipo di sanzione”, senza che ciò incida sulla “penalità” della norma incriminatrice e quindi del carattere di illecito penale del fatto da essa descritto, né sulla penalità della norma a sanzione “positiva”¹⁰⁰.

Quel che, in particolare, occorre comprendere è se il venir meno della sanzione dipenda dalla mancanza di uno degli elementi costitutivi oppure dall'intervento della norma, autonomamente operante, che realizza la fattispecie estintiva della conseguenza penale di volta in volta rilevante.

Non si tratta, in ogni caso, di una soluzione che può raggiungersi in astratto, dovendosi piuttosto verificare il contenuto delle singole fattispecie incriminatrici, le ragioni dell'incriminazione e la struttura della fattispecie di non punibilità¹⁰¹.

¹⁰⁰ Secondo questa visione, dunque, il problema del riconoscimento della causa di non punibilità attiene alla tipicità della fattispecie a sanzione positiva, nel suo rapporto strutturale con la rispettiva norma incriminatrice, e quindi il focus si sposta dalla relazione fra nozione di reato e minaccia della pena al rapporto tra fattispecie della norma incriminatrice e fattispecie della norma a sanzione positiva. Ai fini dell'identificazione di una causa di non punibilità che non sia da ricondurre al difetto di un elemento costitutivo, è da verificare il rapporto intercorrente tra la norma a sanzione positiva e la norma incriminatrice tale per cui la prima riqualifica il fatto-reato previsto dalla seconda. Non si tratta dunque di un puro rapporto di “identità strutturale in astratto”: la norma a sanzione positiva assume come precetto il fatto tipico, antiggiuridico e colpevole e, com'è evidente, i giudizi di antiggiuridicità e colpevolezza non sono (non possono essere) espressi come tali nella fattispecie astratta della norma incriminatrice, cfr., in particolare, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pagg. 203-204;

¹⁰¹ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 83. Secondo l'A., per quanto riguarda l'art. 649 c.p., non v'è dubbio che i fatti preveduti dal titolo dei delitti contro il patrimonio siano quelli descritti dalle relative norme incriminatrici: ad esempio, il fatto di chi si impossessa di una cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri (il precetto della norma incriminatrice del furto). A tale fatto la norma incriminatrice ricollega, nei confronti di chiunque, una sanzione negativa, cioè la pena della reclusione e multa. Lo stesso fatto, però, diviene precetto primario, per espresso richiamo, della norma dell'art. 649 c.p., che vi ricollega, invece, una sanzione positiva, ma limitatamente ai soggetti ivi indicati. Ora, poiché il soggetto attivo non è elemento costitutivo delle fattispecie dei delitti contro il patrimonio, ben si potrebbe escludere che la proposizione prescrittiva dell'art. 649 c.p. appartenga al tipo di quelle che, per incidere su un elemento costitutivo del precetto primario, escludono la rilevanza penale del fatto con l'impedire il perfezionamento dell'effetto di fondazione della penalità. La norma in questione rappresenterebbe allora un esempio di quelle appartenenti alla categoria di norme penali che

Al riconoscimento della punibilità come autonomo elemento del reato, secondo questa visione, si opporrebbe appunto l'impossibilità di individuare un criterio in base al quale distinguere a priori se determinati requisiti appartengano agli elementi del reato piuttosto che agli elementi della non punibilità.

Tale differenziazione è possibile solo in una prospettiva assiologica, che tenga in considerazione il senso della pena¹⁰².

2.3. La punibilità non è elemento del reato ma una categoria disomogenea frutto di una qualificazione formale

Secondo un altro punto di vista, la punibilità non può costituire la quarta categoria all'interno del reato, al cui interno collocare un momento autonomo di valutazione, poiché esso presuppone già l'avvenuto accertamento del reato.

Ed infatti, non è necessario, affinché sussista il reato, non solo che l'ordinamento punisca realmente il suo autore o che ci sia un soggetto punibile, ma neppure che il giudice debba accertare nulla oltre al fatto tipico antiggiuridico e colpevole¹⁰³.

Quel che occorre in alcuni casi accertare, oltre il reato, è l'eventuale presenza di condizioni obiettive di punibilità che però, secondo questa impostazione, rappresentano elementi essenziali alla singola incriminazione e

determinano l'estinzione del "tipo di sanzione" tipico di tale ordinamento. Rispetto ai soggetti specificamente indicati, in altri termini, non verrebbe meno l'applicabilità del precetto, ma solo la sanzione tipica, per abrogazione, rispetto ad essi, della parte della norma incriminatrice che la prevede, con sostituzione ad essa della sanzione positiva prevista appunto dall'art. 649 c.p.;

¹⁰² Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 113 e 130; l'A. non ignora che una ricerca e una prospettiva di tal genere contengono in sé, inevitabilmente, un tasso di arbitrarietà; ma tale opinabilità è ritenuta comunque meno significativa di quella insita nel racimolare tutti gli elementi della fattispecie in un insieme indistinto di cui si predichi, sulla base di una assoluta corrispondenza tra precetto e sanzione, una "punibilità" che, come tutte le categorie assolute, finisce per essere come la notte in cui tutte le vacche sono nere.

¹⁰³ Cfr. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., pag. 1038;

non possono giustificare la creazione di una categoria autonoma all'interno della sistematica del reato¹⁰⁴.

La punibilità, come mera applicabilità della pena, è pertanto una qualificazione molto formale e astratta, che prescinde dal dato di realtà per cui l'ipotesi che si verifica con più regolarità è che un reato non venga appunto punito.

Ed infatti, a prescindere dalle condizioni obiettive, il contenuto più significativo, in termini teleologici, di ciò che viene fatto rientrare nella "punibilità" è in realtà rappresentato dalle ipotesi di non punibilità.

Essa non può e non deve essere intesa come "mera assenza di pena", ma come quell'insieme di istituti che l'ordinamento utilizza per eliminare, ridurre e trasformare in definitiva la risposta sanzionatoria all'illecito commesso, in un'ottica di diversificazione della strategia di tutela dei beni giuridici. Deve, in altri termini, intendersi in senso funzionale, ovvero orientata alle conseguenze del reato.

La non punibilità così intesa, ovvero quella derivante da condotte sopravvenute rispetto al fatto di reato, è la vera categoria sistematica successiva ed esterna rispetto all'analisi del reato e riguarda sia criteri di meritevolezza che di bisogno di pena che stanno appunto "al di là" dell'edificio sistematico del reato.

Esse, infatti, danno effettiva attuazione al principio di sussidiarietà e all'idea di *extrema ratio*.

Lungi, quindi, dal rappresentare una patologia del sistema, il fenomeno della non punibilità si iscrive anzi a pieno titolo nell'assetto teleologico complessivo del sistema penale, a differenza della categoria della "punibilità", che va necessariamente scomposta in istituti che riguardano la teoria del reato,

¹⁰⁴ Cfr. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., pag. 1040; secondo l'A., le condizioni obiettive, per quanto siano esterne al fatto in senso sistematico, perché sottratte a qualsiasi rapporto di imputazione, sono comunque elementi che completano il tipo penale, la singola incriminazione, e quindi sono elementi essenziali del reato, ulteriori al fatto e alla colpevolezza. "Costruire solo per queste particolari figure un'intera nuova categoria positiva del reato "in generale" solo perché – a differenza degli altri elementi – sono sottratte a ogni rapporto di imputazione o di rilevanza soggettiva, è manifestamente esagerato, a dispetto del loro nome";

altri che riguardano la teoria della pena e altri ancora che attengono alla non punibilità¹⁰⁵.

In definitiva, la non punibilità rappresenta una categoria “squisitamente funzionalistica”, in grado di spiegare il perché la pena non si applica in un’ottica di efficienza del sistema e quindi di legittimazione del sistema oltre le finalità della pena stessa: essa esprime l’idea che, in alcuni casi, a fronte di determinati comportamenti, rieduca di più la pena che non si applica¹⁰⁶.

2.4. La punibilità è elemento del reato e riguarda le condizioni che fondano o escludono l’opportunità di punirlo

A tali posizioni – che si accomunano per il rifiuto di considerare la punibilità come un autonomo elemento del reato e si preoccupano piuttosto di trovare una collocazione dogmatica della non punibilità al di fuori della teoria del reato – si oppongono le voci di coloro che, con diverse argomentazioni, ritengono che la punibilità debba essere considerata un autonomo elemento del reato e quindi, in assenza del verificarsi di una condizione di punibilità o in presenza di una causa di non punibilità o di estinzione del reato, non sarà possibile parlare tecnicamente di “reato”, ma più correttamente di un fatto antigiuridico e colpevole, ma non punibile.

Prima però di entrare nel merito dell’impostazione quadripartita del reato, così come attualmente concepita, non sarà forse inutile ricordare che, da un punto di vista storico, la considerazione della punibilità come elemento costitutivo del reato era già stata sostenuta, con un diverso ragionamento, pur partendo dalle

¹⁰⁵ Nella nozione di “non punibilità” adottata dall’A., sostanzialmente agganciata al principio di sussidiarietà, vengono ricondotte le cause di non punibilità sopravvenute e alcune figure che il codice qualifica come cause di estinzione del reato, ma non le cause personali di non punibilità che ritiene cause originarie di esclusione della pena, rispetto alle quali occorre verificare se escludono la tipicità o l’illiceità penale. In ogni caso, queste ultime non possono essere ricondotte ad un livello sistematico autonomo, poiché riguardano situazioni personali ed eccezionali, cfr. Cfr. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 2001, pag. 1043;

¹⁰⁶ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pag. 263;

medesime premesse teoriche dei sostenitori del principio del *nullum crimen sine poena*, ovvero la ritenuta inscindibilità tra precetto e sanzione e l'adozione di una nozione soggettiva di anti giuridicità.

Il punto di partenza di questo ragionamento è rappresentato sempre dall'impostazione del codice del 1930 e, in particolare, dall'introduzione delle cause di estinzione come fenomeni incidenti sul reato, e non sull'azione penale, com'era invece in precedenza previsto. In base a questa visione, "la punibilità è il diritto di punire astrattamente considerato, giacché il diritto di punire sotto l'aspetto concreto si esplica con l'effettiva irrogazione della pena": di conseguenza, l'operatività di una causa estintiva, facendo venir meno la possibilità di punire, elimina il reato stesso. Il limite di questa visione è che, non distinguendo tra anti giuridicità in senso oggettivo e non punibilità, accomuna in un'unica categoria tanto le cause di estinzione del reato quanto le cause di esclusione dell'illecito, ovvero le cause di giustificazione¹⁰⁷.

La considerazione della punibilità come elemento del reato proposta dai teorici della concezione quadripartita del reato appare decisamente diversa: partendo dal presupposto che, nel nostro ordinamento, le minacce di pena operano "con riserva", non potrà parlarsi di reato nel caso in cui non si verificano quelle condizioni a cui la legge subordina la punibilità ovvero si verificano quelle condizioni o circostanze che portano all'esclusione dell'applicazione della pena.

Ecco che, a fianco degli elementi della tipicità, dell'anti giuridicità e della colpevolezza, per potersi parlare compiutamente di un reato, dovrà necessariamente essere accertato l'ulteriore elemento della punibilità, da intendersi come quell'insieme di condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto anti giuridico e colpevole che fondano o escludono l'opportunità di punirlo.

La validità di tale impostazione è, secondo i suoi sostenitori, confermata dal fatto che è la stessa fisionomia del reato a reclamare una visione sistematica che includa la punibilità tra gli elementi del reato, posto che il reato in astratto è

¹⁰⁷ Cfr. G. BATTAGLINI, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 1949, p. 209; in particolare, l'A. ricomprende nell'elemento "punibilità", o meglio, fra le cause che lo escludono, oltre alle cause di estinzione del reato e alle cause di esclusione dell'illecito, cioè le cause di giustificazione, anche le immunità politiche e le condizioni obiettive di punibilità;

individuato dalla previsione legale di una pena per un determinato fatto, antigiuridico e colpevole, mentre in concreto esso si riconosce e differenzia rispetto alle altre sanzioni proprio in quanto risulti punibile¹⁰⁸.

L'idea guida che tiene insieme i vari istituti che vengono collocati nella categoria della punibilità è da rintracciarsi nelle più disparate ragioni di opportunità: ragioni di opportunità politico-criminale in senso stretto (rinvenibili, ad esempio, nella desistenza volontaria), ragioni politiche di clemenza (come ad esempio nell'amnistia), ragioni di politica internazionale (alla base ad esempio della previsione delle immunità), nonché ragioni di salvaguardia dell'unità familiare (rinvenibili, ad esempio, nell'esclusione della punibilità per reati contro il patrimonio commessi a danno di familiari).

All'interno della punibilità così intesa andranno collocate tanto le condizioni che fondano la punibilità, e segnatamente le condizioni obiettive di punibilità, quanto quelle che escludono la punibilità, ovvero le cause concomitanti di non punibilità, le cause personali sopravvenute di non punibilità, le cause oggettive di esclusione della punibilità e, infine, le cause di estinzione del reato¹⁰⁹.

2.5. La punibilità è elemento del reato ed è espressione del principio di sussidiarietà

¹⁰⁸ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI- G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 246; secondo gli A., la validità e vincolatività della sistematica quadripartita trova un riscontro normativo all'interno del codice di procedura penale, in particolare agli artt. 129 e 530 c.p.p. In particolare, l'art. 129 c.p.p. impone l'immediato proscioglimento in ogni stato e grado del processo quando il giudice riconosce che il fatto non sussiste o che il fatto non costituisce reato, alludendo con quest'ultima formula alla presenza di cause di giustificazione, all'assenza dei requisiti della colpevolezza, all'assenza di condizioni obiettive ovvero alla presenza di cause di esclusione della punibilità; l'art. 530 co. 1 c.p.p. prevede formule assolute corrispondenti all'impostazione quadripartita: il fatto non sussiste, il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione, il fatto non costituisce reato, il fatto è stato commesso in presenza di una causa personale di non punibilità.

¹⁰⁹ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI- G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493 ss;

Critico nei confronti dell'inquadramento del fondamento della punibilità nell'alveo delle più disparate ragioni di opportunità politica o extrapenali è, infine, quell'orientamento che ritiene che la ragione dell'autonomo collocamento della categoria della punibilità tra gli elementi costitutivi del reato sia piuttosto da rinvenire nel principio di sussidiarietà, nel suo ambito di azione esterno.

Secondo tale impostazione, il principio di sussidiarietà esterna può avere un ruolo non solo per escludere già in astratto l'incriminazione di una fattispecie lesiva che può essere contrastata con altri strumenti, civili o amministrativi (cd. depenalizzazione in astratto), ma anche quando, in presenza della rilevanza di un determinato fatto come reato, si prevedano istituti di non punibilità rispondenti anch'essi all'idea che il fine percepito con la minaccia della pena può essere raggiunto attraverso meccanismi meno costosi.

In quest'ottica, dunque, il principio di sussidiarietà esterna contribuisce ad individuare i limiti del ricorso o meno alla pena, e non della misura della punizione nel caso concreto (cd. principio di sussidiarietà interna).

Il principio di sussidiarietà esterna, legandosi alle teorie generalpreventive della pena, impone di attrarre all'interno della teoria del reato, oltre agli elementi costitutivi della tipicità, antigirudicità e colpevolezza, anche gli ulteriori fattori o comportamenti che dimostrino l'avvenuto raggiungimento della finalità di prevenzione generale, posta alla base dell'introduzione di una determinata norma incriminatrice, attraverso la considerazione di vie alternative e meno costose nonché dei costi addizionali della pena, rappresentati dai danni che l'applicazione della pena può apportare alla tutela di altri beni giuridici di primaria importanza¹¹⁰.

In quest'ottica, si ritiene che debbano essere lette come espressione del principio di sussidiarietà esterna tanto le previsioni che prendono atto con la non punibilità del venir meno delle esigenze di prevenzione generale a fronte di condotte volontarie successive alla consumazione del fatto illecito in grado di eliminare il pericolo ovvero riparare o attenuare la lesione al bene giuridico, come le cause di non punibilità sopravvenute; quanto le condizioni di punibilità, volte a salvaguardare dei beni differenti da quelli tutelati dalla norma incriminatrice,

¹¹⁰ Cfr. G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 101;

che potrebbero essere pregiudicati dalla sua applicazione; ma anche le cause personali di non punibilità, come ad esempio l'art. 649 c.p.¹¹¹.

Per comprendere appieno il fenomeno della non punibilità è necessario, in ogni caso, tenere in considerazione le diversità strutturali che caratterizzano le varie fattispecie incriminatrici, nonché la diversa natura dei beni giuridici tutelati con l'incriminazione: solo così è possibile cogliere l'utilità della considerazione della non punibilità in funzione di salvaguardia dei medesimi beni giuridici tutelati con l'incriminazione o altri beni giuridici che l'incriminazione tout court potrebbe pregiudicare.

Alla luce di tali differenze, la punibilità solo in alcuni casi assurge ad elemento costitutivo di una figura di reato in senso ampio, che tra i suoi elementi comprende spesso in via esclusiva il fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, ma che, in particolari casi, può appunto ricomprendere ulteriori fattori che determinano o escludono la punibilità.

La punibilità, così definita, quale categoria da includere legittimamente all'interno della teoria del reato in quanto basata sul principio di sussidiarietà è destinata ad ospitare tanto le condizioni obiettive della punibilità, quanto le cause di esclusione della punibilità c.d. in senso stretto, tanto originarie quanto sopravvenute. Tali istituti non vanno confusi con quelli attinenti all'applicazione e commisurazione della pena (cd. sanzionabilità), come le cause di estinzione del reato e della pena, che rispondono invece ad un diverso criterio di mera opportunità¹¹².

¹¹¹ Cfr. G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 98;

¹¹² Cfr. G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 135;

CAPITOLO III

LE CAUSE DI NON PUNIBILITA' IN SENSO STRETTO

SOMMARIO: **1.** Mappatura delle cause di non punibilità in senso stretto in base alla loro struttura e individuazione della loro *ratio* – **2.** Cause personali concomitanti di non punibilità – **2.1** (*segue*): Le immunità – **2.2.** (*segue*): La non punibilità per i delitti patrimoniali commessi a danno di stretti congiunti – **3.** Cause personali sopravvenute di non punibilità basate su una contro condotta – **3.1.** (*segue*): Desistenza volontaria e recesso attivo – **3.2.** (*segue*): La ritrattazione – **3.3.** (*segue*): Il pagamento del debito tributario in determinati termini, art. 13 d.lgs. 74 del 2000 – **3.4.** (*segue*): La collaborazione processuale – **3.5.** (*segue*): I “moderni” condoni – **4.** Cause oggettive di esclusione della punibilità: la particolare tenuità del fatto

1. Mappatura delle cause di non punibilità in senso stretto in base alla loro struttura e individuazione della loro *ratio*

Prescindendo dalle questioni circa l'inquadramento della punibilità nell'ambito della teoria del reato, che abbiamo tentato di sintetizzare nel precedente capitolo, l'evoluzione che abbiamo tratteggiato ci torna utile per meglio comprendere i riflessi che comporta l'evoluzione dogmatica in termini di inquadramento e di disciplina dei singoli istituti.

A tal fine, nel presente capitolo, si è operata una sorta di “mappatura” quanto più possibile esauriente, delle cause di non punibilità presenti nel codice penale e nella legislazione complementare, selezionando tra queste alcune ipotesi più significative e controverse, che ben esemplificano i problemi che riguardano tale categoria.

Si può anticipare sin d'ora che uno dei profili più problematici, derivanti dall'assenza di una specifica disciplina nel codice e dalle incertezze sul fondamento politico-criminale dei vari istituti, riguarda l'estensibilità o meno della non punibilità nei confronti dei terzi concorrenti.

Come abbiamo anticipato, dal punto di vista strutturale, è possibile distinguere le cause di non punibilità in cause di non punibilità personali, concomitanti o sopravvenute, e cause oggettive di non punibilità¹¹³.

Se, nelle prime, la ragione per cui non si applica la pena è da rintracciare nella presenza di una determinata qualità soggettiva o relazione personale tra l'agente e la persona offesa ovvero nella presenza di una contro condotta posta in essere dal soggetto agente successivamente rispetto all'azione criminosa commessa, le cause oggettive riguardano, invece, situazioni in cui l'esclusione della punibilità è determinata dalla particolare tenuità del fatto, che può verificarsi a fronte di fatti scarsamente offensivi, tanto per l'esiguità del fatto quanto per la particolare tenuità dell'offesa¹¹⁴.

¹¹³ Si utilizza la terminologia adottata da G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493;

¹¹⁴ Si tratta di una classificazione oggi pacificamente ammessa dalla maggioranza della dottrina, pur talvolta con alcune differenze terminologiche; cfr., per la definizione accolta nel testo, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2013, pag. 620, distingue, da un lato, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, e dall'altro le cause personali e le cause sopravvenute di non punibilità; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, 2019, pag. 205, distingue tra cause di non punibilità che operano fin dall'inizio, in cui include l'art. 131-bis, e le cause sopravvenute di non punibilità; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, pag. 432, divide le cause di non punibilità in cause antecedenti di non punibilità, in cui colloca anche l'art. 131-bis c.p., e cause sopravvenute di non punibilità; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, 2017, pagg.732 ss, si riferiscono alle cause di non punibilità in senso stretto come "condizioni negative di punibilità", includendovi la non punibilità per particolare tenuità del fatto e le "altre condizioni negative di punibilità" in cui rientrano sostanzialmente le cause di non punibilità sopravvenute; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2020, pag. 794, distingue da un lato, le cause di non punibilità in originarie e sopravvenute e, dall'altro, la particolare tenuità del fatto; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Cedam, 2021, pag. 578 ss, individuano le cause di non punibilità in senso stretto nelle cause di non punibilità originarie e in quelle sopravvenute, trattando a parte l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., UTET, contemplano tra le cause di non punibilità in senso stretto solo le cause sopravvenute di non punibilità, trattando a parte la non punibilità per particolare tenuità del fatto; non accolgono, invece, tale distinzione G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 813, i quali collocano nel capitolo dedicato alle "vicende della

Al di là della questione terminologica, la distinzione tra cause oggettive e cause soggettive di esclusione della pena ha specifiche ricadute in termini di disciplina, in base a quanto disposto dall'art. 119 c.p. in relazione alla valutazione delle circostanze di esclusione della pena nei confronti dei concorrenti.

Tale norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 70 co. 1 c.p., secondo cui le circostanze oggettive sono "quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso", mentre le circostanze soggettive sono "quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole"¹¹⁵.

Ai sensi dell'art. 119 co. 1, infatti, le circostanze soggettive hanno effetto soltanto nei confronti della persona cui si riferiscono, mentre ai sensi del successivo co. 2 quelle oggettive trovano applicazione nei confronti di tutti i coloro che sono concorsi nel reato.

La medesima regola della rilevanza esclusivamente nei confronti del soggetto cui si riferiscono è dettata, in materia di cause estintive del reato, dall'art. 182 c.p.¹¹⁶.

Tanto premesso, iniziamo la nostra analisi dalle cause personali concomitanti, per poi passare alle cause sopravvenute, concludendo infine con la non punibilità per particolare tenuità del fatto.

punibilità" esclusivamente le condizioni obiettive di punibilità e le cause di estinzione del reato e della pena;

¹¹⁵ Cfr., per la necessità di fare riferimento alla distinzione operata nell'art. 70 c.p. per comprendere il significato della differenza tra cause soggettive e cause oggettive di cui all'art. 119 e per la sua validità nei confronti delle cause di esclusione della pena e non solo per le cause di esclusione del reato, G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, Art. 56, pag. 70; G. Amarelli, *La ritrattazione*, cit., pag. 210;

¹¹⁶ Come abbiamo anticipato nel cap. II, il tema della natura giuridica delle cause di non punibilità sopravvenute, contemplate all'interno del codice, si è spesso posto in termini di identificazione o contrapposizione rispetto alle cause di estinzione del reato, con conseguente applicabilità della specifica disciplina dettata dal codice per le cause estintive, cfr. S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 321 ss.; si tratta di un punto che verrà ripreso nel par. 3.2. del presente capitolo, dedicato all'analisi della ritrattazione;

2. Cause personali concomitanti di non punibilità

Da un punto di vista strutturale, si considerano “personali” le cause di non punibilità che operano in virtù di una specifica *qualità personale del soggetto attivo del reato*¹¹⁷.

Sono in realtà poche le norme che vengono classificate come cause personali di non punibilità: oltre all’art. 649 c.p. e alle immunità che affronteremo nel dettaglio nei successivi paragrafi, possono ricordarsi l’art. 307 co. 3 c.p., che afferma la non punibilità di chi presti assistenza a favore di cospiratori o ai membri di una banda armata che siano prossimi congiunti dell’agente; l’art. 418 c.p., che dichiara non punibile chi presti assistenza ad un membro di un’associazione criminale, nel caso in cui quest’ultimo sia un prossimo congiunto; l’art. 590-*sexies* co. 2 c.p., che dichiara non punibile gli esercenti professioni sanitarie in caso di morte o lesioni dovute ad imperizia (lieve) durante la fase esecutiva dell’intervento, nel caso in cui risultino rispettate le linee guida¹¹⁸; l’art. 609-*quater* co. 2 c.p., secondo cui non è punibile il cd. “amore tra minorenni”.

¹¹⁷ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 193; Cfr., F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 624; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., pag. 67; tali ipotesi si differenziano, comunque, dalle cause di giustificazione cd. personali, com’è ad esempio quella prevista in favore degli agenti infiltrati che svolgano operazioni sotto copertura, di cui all’art. 9 della l. 146 del 2006, in cui la qualifica soggettiva dell’agente è pur sempre ovviamente rilevante (potendo la previsione trovare applicazione solo a beneficio dei soggetti contemplati dalla norma e per gli specifici reati da essa richiamati), ma la vera ragione per cui non si applica la pena dipende dal fatto che ci si trovi in presenza di un fatto lecito commesso nell’adempimento di un dovere;

¹¹⁸ Per l’inquadramento come causa di non punibilità, si rinvia alle considerazioni di C. CUPELLI, *L’art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2018; P. PIRAS, *L’errore di diagnosi medica: quale l’attuale area di non punibilità?*, in *Sist. Pen.*, 23 giugno 2022; in giurisprudenza, si vedano le importanti affermazioni contenute nella sentenza delle Sezioni unite del 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770 (ric. Mariotti), in cui al par. 8.2 della sent. si afferma che “*inedita causa di non punibilità per fatti da ritenersi inquadabili (...) nel paradigma dell’art. 589 o di quello dell’art. 590 c.p.*” (§ 8) appaia “esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile”, coerente con l’obiettivo di “porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute”. E proprio a tal fine si è ritagliato

Nell'ambito della normativa complementare, compaiono inoltre alcuni "scudi penali".

Rientrano in questa nozione le previsioni di cui agli artt. 3 e 3-bis del d.l. n. 44 del 2021 che, rispettivamente, da un lato, escludono la responsabilità penale del medico in caso di evento avverso, quando l'uso del vaccino risulti conforme alle indicazioni contenute nei provvedimenti autorizzativi e, dall'altro, limitano alla responsabilità per colpa grave gli eventi morte o lesioni, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria, che trovano causa nella situazione di emergenza¹¹⁹.

Un ulteriore scudo penale è stato introdotto dall'art. 2 co. 6 del d.l. n. 1 del 2015, conv. con mod. nella l. 4 marzo 2015, n. 20, per gli amministratori e commissari ILVA.

In base a tale disposizione, "le condotte poste in essere in attuazione del Piano di cui al periodo precedente (...) non possono dare luogo a responsabilità

"un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente *connessi a specifiche regole di comportamento* a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale" che, "pur integrando gli estremi del reato, *non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date*". A differenza di quanto accadeva con la legge Balduzzi, non si opera oggi in senso derogatorio rispetto ai principi generali che governano la colpa penale, quanto piuttosto "sul terreno della specificazione, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti";

¹¹⁹ Per i profili di possibile sovrapposizione tra l'assenza di colpa e l'area della non punibilità, si rinvia alle considerazioni di C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-sexies c.p.)*, in Sist. Pen., 20 giugno 2022, secondo cui "valorizzando il contenuto e l'esperienza dell'art. 3-bis del decreto-legge n. 44 del 2021 sarebbe preferibile circoscrivere la responsabilità penale del sanitario alle sole ipotesi di dolo e colpa grave e stabilizzare una clausola definitiva degli *indici di valutazione della colpa*, che richiami il rispetto delle linee guida di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017 (e, se del caso, in una situazione di incertezza scientifica, pure l'osservanza di linee guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate) e tenga conto dei fattori contestuali e di eventuali profili 'emergenziali' e di carattere organizzativo (tra i quali, non solo il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti e gli standard organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio clinico, ma anche il tempo a disposizione per assumere decisioni o agire e le peculiari condizioni di concitazione e urgenza in cui si svolgono azioni di soccorso, l'oscurità del quadro patologico o il grado di atipicità, eccezionalità o novità della situazione e dunque pure la necessità di fare ricorso a somministrazioni *off label*);

penale o amministrativa del commissario straordinario, dell'affittuario o acquirente e dei soggetti da questi funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro"¹²⁰.

La qualifica soggettiva può determinarne la non punibilità per qualsiasi fatto commesso, come accade nelle immunità, oppure solo rispetto a determinati fatti, come accade ad esempio nell'art. 649.

2.1. Le immunità

Per quanto riguarda le immunità, in particolare, secondo quanto previsto dall'art. 3 c.p., esse rappresentano un'eccezione all'obbligatorietà della legge penale nei confronti di tutti i cittadini¹²¹.

¹²⁰ Cfr., sul punto, le considerazioni di S. ZIRULIA, *La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*, in *Sist. Pen.*, 18 novembre 2019, che nell'analisi della *ratio* dell'esimente ritiene che essa risulti superflua se giustificata dalla necessità di "mettere i gestori al riparo da sanzioni per illeciti riconducibili alle gestioni precedenti", poiché nelle ipotesi di danni imputabili alle precedenti gestioni dell'ILVA "gli attuali gestori non avrebbero commesso il fatto, e pertanto *non sarebbero comunque chiamati a risponderne in base ai principi generali sull'imputazione causale dell'evento lesivo*, senza necessità alcuna di un'esenzione *ad hoc*"; se riferita, invece, ai danni eventualmente causati dai nuovi gestori, nella conduzione dell'impianto durante la procedura di risanamento, essa sancisce "una sorta di presunzione di diligenza a favore delle condotte attuative del piano di risanamento, cristallizzando così *un'area di rischio consentito*". In tal senso, essa appare "da un lato ridondante, in quanto mera espressione dei principi generali in materia di imputazione per colpa" e, "dall'altro lato, necessariamente immune da censure di illegittimità costituzionale, per essere anzi essa stessa espressione di uno dei principi cardine dell'ordinamento penale racchiusi nella Carta fondamentale (quello, appunto, di cui all'art. 27 co. 1 Cost.)";

¹²¹ L'art. 3 co. 1 stabilisce nello specifico che "la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale", cfr., per approfondimenti sul punto, L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Giappichelli, 2020; A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit;

È possibile distinguere, da un lato, le immunità di diritto pubblico interno e, dall'altro, le immunità di diritto internazionale.

Le prime riguardano i membri del Parlamento (art. 68 co.1 Cost. e l. 20 giugno 2003 n. 140¹²²), il Presidente della Repubblica (art. 90 Cost.), i consiglieri regionali (art. 122 co. 4 Cost.), i giudici della Corte costituzionale (art. 5 l. cost. 11 marzo 1953 n. 1), i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura (art. 32-bis l. 24 marzo 1958 n. 195).

Si tratta di immunità funzionali, relative cioè a fatti criminosi commessi nell'esercizio delle rispettive funzioni, la cui *ratio* è da rintracciare nell'esigenza di tutelare le funzioni esercitate da organi di rilievo costituzionale, assicurando loro il libero esercizio delle funzioni, al fine di porli al riparo dal "timore di possibili provvedimenti sanzionatori a loro carico" (così Corte cost. 4 marzo 2008 n. 46).

In altri termini, in questi casi viene ritenuto prevalente l'interesse alla tutela della funzione degli organi costituzionali, rispetto a quello all'applicazione della pena quale conseguenza della realizzazione di determinati reati.

Il fatto commesso da chi gode di un'immunità di diritto pubblico resta in ogni caso un fatto illecito, ma il legislatore può, nell'esercizio della sua discrezionalità, escludere non solo le conseguenze penali della condotta ma anche quelle civili.

Il diverso ambito operativo delle diverse immunità appena citate emerge tendenzialmente dalla formulazione della norma: si pensi, ad esempio, all'art. 68 Cost. che, rispetto ai membri del Parlamento utilizza la formula "non possono essere chiamati a rispondere", rispetto all'art. 32-bis della l. 24 marzo 1958 n. 195 che recita "non sono punibili", escludendo in tal caso quindi solo le conseguenze penali¹²³.

Le immunità di diritto internazionale, invece, riguardano il Sommo Pontefice (art. 8 del Trattato del Laterano, reso esecutivo con l. 27 maggio 1929, n. 810), i Capi di Stato esteri (norme di diritto internazionale di fonte

¹²² Per l'alternativa tra l'inquadramento dell'art. 68 Cost. come causa di non punibilità in senso stretto o come scriminante, e le conseguenze che esso comporta, si rinvia alle considerazioni di A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 28;

¹²³ Cfr., F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 624;

consuetudinaria, rilevanti ai sensi dell'art. 10 Cost.), i Capi e i membri dei governi stranieri nonché gli agenti diplomatici e consolari stranieri (Conv. di Vienna del 18 aprile 1961 e del 14 aprile 1963, rese esecutive con l. 9 agosto 1967 n. 804), i membri del Parlamento europeo (art. 9 del Protocollo sui privilegi e le immunità delle Comunità europee, reso esecutivo con l. 3 maggio 1966, n. 437), gli appartenenti alle Forze armate di un Paese straniero (Conv. di Londra del 19 giugno 1951, resa esecutiva con l. 30 novembre 1955 n. 1335).

Si tratta anche in questo caso, per la maggior parte, di immunità funzionali, connesse quindi all'esercizio delle funzioni, ma alcune sono extrafunzionali, come per il Sommo Pontefice, e coprono quindi anche i fatti commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni istituzionali.

La *ratio* di tali previsioni viene abitualmente individuata nell'opportunità di evitare motivi di tensione ed eventuali conflitti nei rapporti tra Stati.

Viene, in particolare, ritenuto prevalente l'interesse alla tutela dei rapporti tra Stati, rispetto all'interesse alla repressione di determinati fatti di reato.

Tanto chiarito, si intende portare l'attenzione su un caso che dimostra l'influenza delle riflessioni dogmatiche sull'inquadramento dei singoli istituti che riguardano la non punibilità.

Prendiamo in considerazione, ad esempio, un reato di diffamazione commesso da un Parlamentare, che gode di un'immunità funzionale.

L'esempio su cui si innesta il ragionamento riguarda una casistica che è stata oggetto di contrastanti pronunce giurisprudenziali, ovvero il caso del Parlamentare che commetta un fatto di diffamazione a mezzo stampa e del giornalista direttore del giornale che sia chiamato a rispondere dell'omissione dei dovuti controlli necessari ad impedire la commissione del fatto di diffamazione.

Il punto problematico è, in particolare, il seguente: l'individuazione della natura giuridica dell'immunità parlamentare, nell'alternativa tra causa di giustificazione (che rende il fatto lecito) e causa di non punibilità personale (che esclude la punibilità del singolo beneficiario) si riverbera necessariamente anche sulla responsabilità del direttore del giornale ai sensi dell'art. 57 c.p., anche

considerazione della punibilità come elemento del reato ovvero quale sua mera conseguenza applicativa ¹²⁴.

Nel primo caso, infatti, se l'immunità di cui all'art. 68 Cost. rende lecito il fatto di diffamazione commesso nell'esercizio delle funzioni, viene meno uno degli elementi costitutivi dell'art. 57 c.p. – ovvero, l'evento “commissione del reato” – e quindi il direttore non potrà essere chiamato a rispondere, perché manca il “reato” commesso da altri che egli omettendo la vigilanza dovuta non ha impedito¹²⁵.

Nel secondo caso, ritenendo l'insindacabilità parlamentare quale causa personale di non punibilità e ritenendo la punibilità quale mera conseguenza del reato, anziché suo elemento costitutivo, l'operatività della causa non fa venir meno il reato di diffamazione commesso dal Parlamentare ma solo la punibilità del suo autore, e non impedisce quindi il sorgere della responsabilità in capo al direttore¹²⁶.

Infine, pur ritenendo l'insindacabilità *ex art. 68 Cost.* una causa di non punibilità personale, conduce ad esiti opposti la considerazione della punibilità quale elemento del reato, poiché venendo meno uno degli elementi costitutivi del reato di diffamazione viene meno anche il delitto di cui all'art. 57 c.p. e la responsabilità del direttore¹²⁷.

2.2. La non punibilità per i delitti patrimoniali commessi a danno di stretti congiunti

¹²⁴ Per quanto concerne, in particolare, la natura giuridica delle immunità, si pone la dicotomia tra il loro inquadramento in termini di “privilegio”, che porterebbe a ritenere che si è in presenza di una causa personale di non punibilità, piuttosto che di legittima “prerogativa”, da intendersi come una specifica ipotesi di esercizio di un diritto e da inquadrare pertanto tra le cause di giustificazione, con evidenti ricadute in termini di disciplina applicabile, cfr., A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 23;

¹²⁵ Optano per l'inquadramento come causa di giustificazione, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 193;

¹²⁶ In questo senso, cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Giappichelli, 2011, pag. 598;

¹²⁷ Cfr., A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 29;

Per quanto concerne, invece, la previsione di cui all'art. 649 c.p., se è attualmente poco discusso il suo inquadramento quale causa personale di non punibilità – rappresentandone addirittura un esempio paradigmatico¹²⁸ – maggiori dubbi interpretativi pone la *ratio* ad essa sottesa, come ha avuto modo di rilevare di recente anche la Corte costituzionale.

Com'è noto, la previsione di cui all'art. 649 c.p. è posta in chiusura del Titolo XIII dedicato ai “delitti contro il patrimonio” del Libro II del codice e al comma 1 prevede, in via eccezionale, la non punibilità di chi commetta un delitto non violento contro il patrimonio del coniuge non legalmente separato, dei parenti e affini in linea retta, nonché dei fratelli e delle sorelle conviventi¹²⁹.

Secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, si tratterebbe di una causa di esclusione della punibilità che può trovare applicazione a fronte di un fatto anti-giuridico e colpevole, cui però non segue l'applicazione della pena per ragioni di opportunità politico-criminale, legata alla necessità di salvaguardare il bene giuridico dell'unità familiare: nello specifico, in base ad una predeterminata valutazione legislativa, viene ritenuto inopportuno applicare una pena ad un soggetto che ha commesso un reato patrimoniale non violento a danno di un parente stretto, perché l'inserimento

¹²⁸ Cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 627; cfr., inoltre, T. PADOVANI, *Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Il penalista*, 27 maggio 2021, afferma che “l'art. 649 c.p. ne è un esempio paradigmatico: il furto in danno del coniuge convivente è dichiarato non punibile non già per la prevalenza di un indefinito interesse di natura ‘familiare’ sull'interesse al possesso dei propri beni, né tanto meno per una qualche considerazione del processo motivazionale, ma soltanto perché l'autonomia organizzativa della compagine familiare sconsiglia processi di criminalizzazione correlati alla gestione del patrimonio: a definire: limiti eventualmente infranti è sufficiente il ricorso alla legge civile”.

¹²⁹ Il comma 2, invece, rende procedibili a querela i medesimi reati, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, dei fratelli non conviventi e degli altri parenti in linea collaterale. Ai sensi del comma 3, invece, sono esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 649 c.p. i delitti di rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione e tutti gli altri delitti contro il patrimonio commessi con violenza alla persona, che devono essere ricondotti all'ordinario regime della procedibilità d'ufficio;

della vicenda processuale all'interno del nucleo familiare ne turberebbe irrimediabilmente l'equilibrio e la stabilità¹³⁰.

Come anticipato, la ragionevolezza di tale previsione è stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale che, pur avendo respinto la questione, ha effettuato delle importanti considerazioni generali sul bilanciamento sotteso alle cause di non punibilità.

Lo snodo fondamentale della pronuncia del 5 novembre 2015 n. 223 riguarda, infatti, il ritenuto contrasto tra la disciplina derogatoria di cui all'art. 649 c.p. e il principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 co.1 Cost.¹³¹.

In particolare, il caso portato all'attenzione della Corte riguardava alcuni delitti di truffa aggravata commessi in danno della moglie dal marito con lei convivente che, attraverso la realizzazione di un complesso di operazione economiche e bancarie, era riuscito ad appropriarsi di una ingente somma di denaro. A seguito dell'emersione dei fatti che gli venivano contestati, lo stesso imputato aveva poi abbandonato la casa coniugale, disinteressandosi del

¹³⁰ Cfr., sul punto, le opinioni di G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 59; G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, pag. 89; G. MARINUCCI-E. DOLCINI- G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit. pag. 497; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 486; secondo un'altra lettura, non dissimile, la *ratio* della previsione di cui all'art. 649 c.p., sarebbe da rinvenire nel principio di sussidiarietà esterna, sulla base del quale il legislatore ha effettuato un bilanciamento tra l'interesse alla tutela del bene giuridico "patrimonio", che sarebbe garantito dall'applicazione della pena a fronte del reato commesso, e l'interesse alla salvaguardia della compagine familiare, che si troverebbe pregiudicata dallo svolgimento del processo, ritenendo prevalente quest'ultimo, cfr. G. COCCO, *La non punibilità quarto elemento*, cit., pag. 80;

¹³¹ Oltre all'art. 3 co.1 Cost. vengono richiamati come ulteriori parametri di legittimità anche il secondo comma dell'art. 3 Cost. e l'art. 24 Cost., posto che secondo il giudice a quo la disciplina di cui all'art. 649 c.p. determinerebbe anche una irragionevole discriminazione tra le vittime di reati lesivi del patrimonio, a seconda che sussista o non un rapporto familiare con l'autore del fatto, e comunque la violazione del loro diritto ad ottenere tutela giudiziale. Secondo la Corte però le questioni sollevate in relazione a questi due ulteriori parametri sono palesemente inammissibili, in quanto generiche ed apodittiche, alla luce del fatto che il rimettente non ha indicato, da un lato, in che senso i familiari vittime del reato siano necessariamente da considerare "soggetti deboli" e, dall'altro, perché mai la compressione della tutela penale debba tradursi nella generalizzata eliminazione, in capo alle persone offese, di qualunque altra possibilità di usufruire della tutela giurisdizionale, in asserita violazione del diritto di difesa;

mantenimento dei figli e lasciando tutti i congiunti in condizioni economiche disagiate, oltre che in uno stato di grave prostrazione psicologica.

Rispetto a tale situazione, il giudice *a quo* ritiene che la non punibilità che opera a favore dei parenti stretti della persona offesa, comporterebbe un trattamento ingiustificatamente più favorevole rispetto a quello riservato a soggetti che realizzino l'identica condotta e siano privi, però, di un'analogha relazione familiare con la vittima.

Prima di entrare nel merito della censura proposta, la Corte supera le eccezioni di inammissibilità della questione sollevate dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui un'eventuale pronuncia di accoglimento avrebbe sortito effetti in *malam partem*, in aperta violazione dei principi di legalità e irretroattività sfavorevole di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

Richiamandosi ai suoi precedenti orientamenti che ammettono la possibilità di sindacare le norme di favore, la Corte afferma che la questione può ritenersi rilevante poiché il suo eventuale accoglimento inciderebbe, comunque, sulle formule di proscioglimento, che sarebbe imperniata, non più sulla non punibilità derivante dall'art. 649, sul primo comma dell'art. 2 cod. pen., sorretto dall'art. 25 Cost.

D'altra parte, non viene in alcun modo invaso lo spazio riservato al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, perché l'effetto in *malam partem* derivante dall'eventuale accoglimento della questione non dipende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti ad opera della Corte ma, piuttosto, dall'automatica riespansione delle norme incriminatrici dettate dallo stesso legislatore, che dovrebbero trovare applicazione in luogo della disciplina derogatoria eventualmente caducata.

Premessa la legittimità del sindacato, secondo i giudici della Consulta, una norma come quella posta in discussione, che risulta "ispirata ad un criterio di rigida tutela della istituzione familiare e della sua coesione, attuato a discapito dei diritti individuali dei componenti del nucleo e dello stesso interesse pubblico alla repressione dei reati"¹³² deve essere necessariamente valutata, in punto di

¹³² Già nella precedente sentenza n. 352 del 2000, con cui era stata rigettata una questione di legittimità che mirava ad estendere il regime di non punibilità di cui all'art. 649 c.p. al convivente more uxorio del reo, figura non richiamata dalla norma, la Corte aveva ritenuto che prevalgono

ragionevolezza, “alla stregua dell’attuale realtà sociale”, così come aveva già avuto modo di affermare la medesima Corte con la sentenza n. 126 del 1968¹³³.

Guardando alla contemporanea realtà sociale, segnata dall’evoluzione normativa dei rapporti familiari e dal tramonto della considerazione del ruolo centrale e dominante del marito e del padre all’interno della famiglia, in effetti, la stessa Corte non può negare che “la protezione assoluta stabilita intorno al nucleo familiare, a prezzo dell’impunità per fatti lesivi dell’altrui patrimonio, non sia più rispondente all’esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà, che proprio all’interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento”¹³⁴.

A parere della Corte, si tratta, in altri termini, di una disciplina anacronistica, che il legislatore ha deciso di mantenere intatta nell’esercizio della sua piena discrezionalità legislativa che, sebbene non sia sindacabile dalla Corte, comunque ne legittima l’intervento nei casi in cui “l’inopportuno trascinarsi

le finalità di protezione dell’istituzione familiare proprie della disciplina, “anche ad eventuale discapito del singolo componente, il quale viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici poste a presidio del patrimonio pure se abbia, nel caso concreto, un personale interesse alla punizione del colpevole”;

¹³³ La stessa Corte richiama le varie *rationes* che vengono individuate per giustificare la previsione di cui all’art. 649 c.p: “al fianco di notazioni sulla pericolosità asseritamente meno intensa di chi delinque in ambito familiare, si evidenzia, in genere, il rischio che le indagini necessarie all’accertamento del reato, e la stessa successiva punizione del responsabile, provochino danni alla qualità della relazione familiare (e alla stessa sopravvivenza del nucleo) maggiori di quelli derivanti dalla mancata punizione del fatto. Viene prospettata, per altro verso, una peculiarità dei rapporti patrimoniali interni alla famiglia, che si sostanzierebbe – affermava già la Relazione ministeriale sul progetto di codice penale del 1887 – in «una specie di confusione di sostanze, di comune destinazione dei beni per piena comunicazione di diritti, per continuazione di personalità, per necessaria società di vita»: in sintesi, una comunanza di interessi (evocata anche dalla sentenza n. 423 del 1988 di questa Corte) che legittimerebbe, all’interno della famiglia, un assetto di protezione dei diritti sul patrimonio diverso da quello ordinariamente vigente.”, cfr. par. 2 sent. 5 novembre 2015, n. 223;

¹³⁴ Cfr. par. 5.1. sent. 5 novembre 2015, n. 223; per un commento alla sentenza, si rinvia a G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2015; cfr., inoltre, V. SPINOSA, *La causa di non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare: un privilegio irragionevole secondo la Corte costituzionale* (sent. 5.11.2015 n.223), in *Legisl. Pen.*, 4 febbraio 2016;

nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti”¹³⁵.

Pur avendo constatato apertamente che la disciplina di cui all’art. 649 c.p. produce “effetti manifestamente non ragionevoli sul piano dell’uguaglianza tra cittadini innanzi alla legge penale”, la Corte dichiara la questione inammissibile, ritenendo prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili, idonee ad evitare la prevalenza in assoluto della prevista impunità per determinate figure parentali sulla volontà della vittima di procedere, anche quando non vi sia, nel concreto, alcuna coesione da difendere per il nucleo familiare.

In particolare, l’intervento legislativo viene ritenuto preferibile per due ragioni.

Da un lato, perché è possibile, in luogo della completa caducazione della norma, un riequilibrio dell’automatismo attraverso la previsione della procedibilità a querela anche per i delitti patrimoniali non violenti commessi in danno dei parenti stretti; dall’altro, perché un’eventuale eliminazione del solo comma 1 dell’art. 649 c.p. avrebbe condotto ad esiti irrazionali, nella misura in cui si sarebbe accordata maggiore protezione ai familiari “meno stretti” (la cui perseguibilità è condizionata alla proposizione della querela, ai sensi del comma 2 dell’art. 649) rispetto ai parenti “stretti”, che sarebbero stati pienamente punibili.

Dopo aver ripercorso l’*iter* della motivazione, appare chiaro e inequivocabile il “messaggio” che la Corte voleva inviare al legislatore circa la necessità di mettere mano alla previsione di cui all’art. 649 co. 1 c.p., attraverso diverse possibili opzioni normative: oltre all’introduzione della procedibilità a querela, è anche possibile modificare la disciplina sospettata di illegittimità attraverso una riduzione del suo ambito di operatività, attraverso sia una diversa selezione delle varie figure parentali che dei reati patrimoniali richiamati dalla norma.

¹³⁵ Cfr. par. 5.1. sent. 5 novembre 2015, n. 223; per un commento alla sentenza, si rinvia a G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore*, cit.; cfr., inoltre, V. SPINOSA, *La causa di non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, cit.;

Questo perché, secondo la Corte, la coesione familiare è pur sempre un valore costituzionale rilevante ai sensi dell'art. 29 Cost. e degno di tutelare, ma l'attuale bilanciamento sotteso all'art. 649 c.p. appare, in definitiva, sproporzionato¹³⁶.

Nonostante sia trascorso non poco tempo da tale pronuncia, ad oggi non risultano progetti di riforma che riguardano la disciplina di cui all'art. 649 c.p.¹³⁷.

Dalla natura giuridica di "causa personale di non punibilità" discendono inevitabilmente delle conseguenze in termini di disciplina.

Trattandosi di una causa di esclusione della sola pena, che lascia immutata la rilevanza penale del fatto, da un lato, rende possibile impedire il fatto agendo in legittima difesa, dall'altro lascia permanere inevitabilmente la responsabilità risarcitoria; trattandosi di una circostanza personale, non sarà possibile estenderla ai concorrenti, ai sensi dell'art. 119 co. 1, e data la sua natura eccezionale non sarà possibile applicarla analogicamente.

¹³⁶ La Corte conclude, infine, ritenendo che spetti "al ponderato intervento del legislatore, non sostituibile attraverso la radicale ablazione proposta con l'odierna questione di legittimità, l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare. La forte opportunità di un intervento legislativo di riforma, qui sollecitato, deve infatti accompagnarsi al dovere di «rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale», cfr. par. 5.2. sent. 5 novembre 2015, n. 223;

¹³⁷ Un tentativo di modifica di tale disciplina era stato avanzato, prima della pronuncia n. 223 del 2015, dalla Commissione di riforma del codice penale del 1991, presieduta dal Prof. Pagliaro, che all'art. 86 del progetto prevedeva appunto la perseguibilità a querela di delitti contro il patrimonio commessi a danno di congiunti; al di là dell'intervento del legislatore, che la stessa Corte reputa la "via maestra" per risolvere i dubbi di costituzionalità che riguardano l'art. 649 c.p., è stato osservato come la stessa Corte potrebbe avere in futuro l'occasione di intervenire, con una sentenza manipolativa o interpretativa, qualora nelle ordinanze di rimessione venga puntualmente individuata, quale unica alternativa costituzionalmente obbligata, la generalizzazione della procedibilità a querela (in luogo della generica irragionevolezza e anacronismo della disposizione, così come affermato nell'ordinanza di rimessione da cui trae origine la sentenza n. 223 del 2015), cfr., sul punto, V. SPINOSA, *La causa di non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, cit.;

Posto che, secondo l'interpretazione maggioritaria, l'art. 649 c.p. rileva oggettivamente e trova applicazione anche se la circostanza di esclusione della pena (*rectius*, il rapporto di parentela), in realtà esistente, non era conosciuto dal soggetto agente, ai sensi dell'art. 59 co. 1 c.p.¹³⁸, maggiori dubbi sussistono per quanto riguarda, invece, la rilevanza dell'errore putativo: secondo alcuni, l'art. 649 c.p. dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui l'agente abbia ritenuto per errore sussistente il rapporto di parentela con la persona offesa; secondo altri, invece, nel caso in cui siano effettivamente insussistenti i rapporti di parentela ritenuti per errore esistenti, non dovrebbe trovare applicazione l'art. 59 co. 4 c.p., poiché in tal caso verrebbero a mancare quelle esigenze di tutela nei confronti del nucleo familiare che potrebbero giustificare la non punibilità¹³⁹.

3. Cause personali sopravvenute di non punibilità

Le cause personali sopravvenute¹⁴⁰ si fondano su una condotta successiva del soggetto agente (cd. *contro-condotta*) che può essere contemporanea all'azione (come nella desistenza) o susseguente (come nella ritrattazione).

Prima di addentrarsi nell'intricato ventaglio di cause di non punibilità basate su una contro-condotta, non sarà forse inutile fare alcune rapide premesse generali sulla rilevanza, all'interno del nostro sistema, della "*condotta susseguente al reato*".

¹³⁸ In questo senso, cfr., M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1990, pag. 68; G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 624;

¹³⁹ A favore dell'applicabilità dell'art. 59 co. 4 anche nei confronti di una norma come l'art. 649 c.p., cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 625, in cui si afferma che "non si vede perché in caso di furto o altro delitto contro il patrimonio senza violenza alla persona, non dovrebbe giovare dell'errore, di fronte al disposto dell'art. 59 ultimo comma, l'agente che abbia sempre vissuto in casa del soggetto passivo credendo di esserne il figlio"; nello stesso senso, cfr. G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia*, cit., pag. 52; cfr., inoltre, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte spec.*, III, Delitti contro il patrimonio, Milano, 2003, pag. 37; contrari, invece, al riconoscimento della rilevanza dell'errore putativo, Cfr., M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., pag. 68; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 150;

¹⁴⁰ Si utilizza la terminologia di MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 490;

Essa, in particolare, consiste in “un comportamento, cronologicamente successivo al compimento di un fatto già penalmente rilevante, per effetto del quale il trattamento sanzionatorio del fatto stesso risulti, in tutto o in parte, diverso da quello che avrebbe dovuto o potuto essere se l’agente non avesse realizzato il detto comportamento”¹⁴¹.

Il codice penale contiene un espresso riferimento alla nozione di “*condotta susseguente al reato*” all’interno dell’art. 133 c.p., richiamato appunto tra i criteri che il giudice deve utilizzare durante la fase di commisurazione della pena, in particolare per valutare la *capacità a delinquere del soggetto agente*¹⁴².

È importante sottolineare che, di recente, un ulteriore spazio per la considerazione del comportamento *post-delictum* è stato ricavato all’interno della disciplina di cui all’art. 131-bis c.p.

A seguito dell’approvazione della riforma Cartabia, avvenuta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150., la valutazione della “condotta susseguente al reato” compare tra gli elementi che il giudice deve tenere necessariamente in considerazione per dichiarare la particolare tenuità del fatto¹⁴³.

Al di là di tali espliciti riferimenti testuali, all’interno del codice – soprattutto nella parte speciale e nella normativa complementare – sono disseminate tutta una serie di ipotesi in cui la punibilità è *esclusa* oppure è *aggravata* o *ridotta* per effetto di un *comportamento successivo alla commissione di un fatto già penalmente rilevante*.

Nell’ambito del *concetto generale di condotta susseguente al reato*, si utilizza la nozione di *contro-condotta* per descrivere quei comportamenti che, oltre ad essere posteriori rispetto alla commissione del reato, si concretizzano in una

¹⁴¹ Cfr., per questa definizione, G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 14; secondo l’A., sotto tale definizione, oltre alle circostanze attenuanti o aggravanti basate su una condotta successiva al reato, possono farsi rientrare anche le cause di non punibilità sopravvenuta, posto che la non punibilità è in quei casi determinata “da un processo estintivo di situazioni preesistenti”, cfr. pag. 56; cfr., inoltre, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 291 ss.; FLORA G., *Il ravvedimento del concorrente*, Cedam, 1985, pag. 5;

¹⁴² Sul punto, non può che rimandarsi ad E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, pag. 314 ss;

¹⁴³ Cfr., *infra*, cap. III, par. 4;

*condotta antagonistica rispetto all'offesa*¹⁴⁴, che può essere tale – e di conseguenza rilevare in termini di esclusione della pena – solo laddove sia in grado di eliminare il pericolo per il bene giuridico o di reintegrare lo *status quo ante* qualora venga in rilievo un danno.

Detto altrimenti, la tempestiva rimozione del pericolo o del danno cagionato integrano un *contrarius actus*, rispetto alla condotta criminosa, cui l'ordinamento assegna rilevanza.

Si pensi, per fare degli esempi immediati, per quanto riguarda l'esclusione della punibilità, alla ritrattazione di cui all'art. 376 c.p. (secondo cui "il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento"), mentre per quanto riguarda l'aumento o la diminuzione di pena alle disposizioni di cui all'art. 61 n. 8 (che riguarda un comportamento successivo al reato che ne aggravi gli effetti) e all'art. 62 n. 6 c.p. (che riguarda, invece, un comportamento successivo al reato che ripari il danno da esso cagionato, mediante il risarcimento o attraverso le restituzioni).

La caratteristica che tali ipotesi hanno in comune tra loro sembra potersi individuare nel fatto che esse operano in relazione ad un precedente reato commesso e consistono in comportamenti in grado di influenzare la successiva decisione giudiziale.

Esse, pertanto, devono realizzarsi entro un preciso limite temporale, restandone fuori, invece, quelle che operano successivamente alla sentenza di condanna¹⁴⁵.

Concentrando l'attenzione sulle norme che contemplanò il venir meno della punibilità a seguito di una contro-condotta (cd. "cause personali sopravvenute di punibilità"¹⁴⁶), per poi passare a quelle che determinano esclusivamente una riduzione della pena (cd. circostanze attenuanti basate su una contro-condotta), qui di seguito viene proposta una loro elencazione, non necessariamente esaustiva, distinguendo tra quelle presenti nella parte generale

¹⁴⁴ Questa è la terminologia utilizzata da T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 408;

¹⁴⁵ Cfr. G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, "Leonardo Da Vinci" ed., 1965, pag. 22;

¹⁴⁶ Cfr. MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 490;

e speciale del codice penale e quelle che si ritrovano invece nella normativa complementare.

Nel codice penale ritroviamo, in particolare:

- la desistenza volontaria, di cui all'art. 56 co. 3;
- il recesso dai delitti di cospirazione politica e banda armata, di cui agli artt. 308 e 309 c.p.;
- la causa di non punibilità, di cui all'art. 323-ter c.p. (nonché l'art. 9 l. 146/2006, agente sotto copertura);
- la non punibilità per la prova della verità del fatto o condanna del Pubblico ufficiale, ai sensi dell'art. 341-bis c.p. co. 2 c.p.;
- la ritrattazione, di cui all'art. 376 c.p. (art. 5 l. 15/1980 in materia di terrorismo);
- la non punibilità del colpevole di evasione, di cui all'art. 387 co. 2 c.p.;
- la non punibilità per chi impedisce la contraffazione, l'alterazione o la fabbricazione delle cose indicate negli artt. precedenti, ai sensi dell'art. 463 c.p.;
- la non punibilità per prova della verità del fatto o intervenuta condanna della persona offesa, ai sensi dell'art. 596 co. 4 c.p.;
- la non punibilità per le offese contenute in scritti o discorsi pronunciati dinanzi l'Autorità giudiziaria quando essi concernono oggetto della causa, ai sensi dell'art. 598 c.p.;
- la non punibilità per l'adempimento dell'obbligazione prima della condanna per insolvenza fraudolenta, di cui all'art. 641 co. 2 c.p.;
- la non punibilità in caso di ritiro dalla radunata sediziosa prima dell'ingiunzione dell'Autorità o per obbedire ad essa, art. 655 co. 3 c.p.;

All'interno della normativa complementare sono presenti:

- la non punibilità in caso di pagamento del debito tributario in determinati termini, di cui all'art. 13 d.lgs. 74/2000;
- la non punibilità in caso di adempimento delle prescrizioni in materia di sicurezza e igiene sul lavoro allo scopo di eliminare la contravvenzione accertata, di cui all'art. 15 d.lgs. 124/2004;
- la non punibilità in caso di adempimento delle prescrizioni date dal Garante in materia di privacy, di cui all'art. 169 co. 2 d.lgs. 196/2003;

- la rimessione in pristino delle aree o immobili soggetti a vincolo paesaggistico, prima che venga disposta dall'autorità amministrativa e prima che intervenga la condanna, di cui all'art. 181 co.1-*quinquies* d.lgs. 42/2004;

- il rilascio in sanatoria del permesso di costruire di cui all'art. 36 (L.) T.u. edilizia (prima art. 13 l. 47/1985) e il condono edilizio di cui all'art. 38 della l. 47 del 1985;

- la non punibilità in caso di bonifica a seguito di inquinamento ambientale, di cui all'art. 257 co. 4 d.lgs. 152/2006¹⁴⁷;

- la rimessione in pristino a seguito della commissione di contravvenzioni ambientali che non abbiano cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche e paesaggistiche protette, di cui agli artt. 318-*bis* ss d.lgs. 152/2006;

Al di là delle “cause personali sopravvenute di punibilità”, come anticipato, la condotta susseguente al reato, oltre a determinare il venir meno della punibilità, può anche rilevare in termini di *attenuazione della pena*.

Nel codice, infatti, sono presenti alcune circostanze attenuanti speciali calibrate sul modello del recesso attivo di cui all'art. 56 co. 4 c.p.

A fianco di quelle presenti nel codice penale sin dal momento della sua emanazione, ulteriori ipotesi di *ravvedimento operoso* sono state introdotte dal legislatore per far fronte di volta in volta a *situazioni di emergenza* determinate da gravi fenomeni criminali, dapprima per effetto della legislazione emergenziale contro la criminalità terroristica ed eversiva e poi in seguito con l'entrata in vigore della normativa premiale finalizzata al contrasto della criminalità di stampo mafioso, ma anche più di recente con il pacchetto sicurezza del 2009¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Secondo una parte della giurisprudenza, l'art. 257 co.1 d.lgs. 152/2006 contemplerebbe, invece, una condizione obiettiva di punibilità a contenuto negativo, in cui la punizione dell'evento “inquinamento” risulterebbe, infatti, subordinata all'omessa bonifica dei siti; cfr., per una panoramica sui vari orientamenti giurisprudenziali, Cass. pen., sez. III, 15/11/2018, (ud. 15/11/2018, dep. 30/04/2019), n.17813;

¹⁴⁸ Trattandosi di previsioni che si legano ad uno specifico fenomeno criminale, si ritiene di più agevole per la loro comprensione la loro elencazione per ordine di materie, piuttosto che nell'ordine in cui sono presenti nel codice penale e nella normativa complementare. Oltre alle previsioni in materia di *sequestri di persona* e di *mafia* cui abbiamo accennato nel testo, ulteriori

Esempio per tutti è la previsione di cui all'art. 630 co. 4, che prevede una specifica attenuante per il concorrente nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione che "dissociandosi dagli altri, *si adopera* in modo che il soggetto passivo *riacquisti la libertà*, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione"¹⁴⁹.

Se nel caso di cui all'art. 630 co. 4 c.p. il legislatore dà valore, ai fini della riduzione della pena, al comportamento del soggetto che sia in grado di incidere sull'offesa al bene giuridico, interrompendola (cd. *ravvedimento sostanziale*), in alcune disposizioni introdotte successivamente l'asse si sposta più sull'"aiuto concreto" prestato alle autorità, ovvero sulla cd. *collaborazione processuale*.

Si pensi, per fare un esempio, alla previsione di cui all'art. 630 co. 5 che prevede una diminuzione di pena per il concorrente nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione che impedisca che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori o, in alternativa, *aiuti* le autorità nella *raccolta prove utili* all'individuazione e cattura dei concorrenti¹⁵⁰.

specifiche attenuanti sono previste in relazione al *terrorismo* e al *fenomeno eversivo*, dall'art. 289-bis co. 4 c.p. (introdotta dall'art. 2 del d.l. 21 marzo 1978 n. 59, conv. con modif. in l. 18 maggio 1978 n. 191), nonché dalle fattispecie premiali di cui agli artt. 4 e 5 del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, conv. in l. 6 febbraio 1980 n. 15, tuttora vigenti, negli artt. 1, 2, 3 e 5 della l. 29 maggio 1982 n. 304 e nell'art. 1 della l. 18 febbraio 1987 n. 34 (questi ultimi non più applicabili); in relazione ai delitti in materia di *stupefacenti*, dagli artt. 73 co. 7 e 74 co. 7 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, in caso di "ravvedimento operoso"; in materia di delitti *ambientali*, dall'art. 452-*decies* c.p. per il ravvedimento operoso e dall'art. 140 d.lgs. 152/2006 per la riparazione integrale del danno; in relazione al *diritto d'autore*, dall'art. 171-*nonies* della l. 22 aprile 1941 n. 633 in caso di autodenuncia; in relazione al *contrabbando*, dall'art. 291-*quater* co. 5 del d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, in caso di autodenuncia; in relazione al *furto*, dall'art. 625-*bis* c.p. per chi collabori per l'individuazione degli altri colpevoli e per l'individuazione della cosa sottratta;

¹⁴⁹ Tale disposizione premiale originariamente introdotta dalla l. 14 ottobre 1974 n. 497, poi riprodotta dal d.l. 21 marzo 1978 n. 59, conv. con modif. in l. 18 maggio 1978 n. 191 e, infine, sostituita dall'articolo unico della l. 30 dicembre 1980, n. 894; la pena così ridotta può essere ulteriormente diminuita in base a quanto previsto dall'art. 6 del d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, conv. con modif. in l. 15 marzo 1991, n. 82;

¹⁵⁰ Anch'essa introdotta dalla l. 14 ottobre 1974 n. 497, poi riprodotta dal d.l. 21 marzo 1978 n. 59, conv. con modif. in l. 18 maggio 1978 n. 191 e, infine, sostituita dall'articolo unico della l. 30 dicembre 1980, n. 894; la pena così ridotta può essere ulteriormente diminuita in base a quanto previsto dall'art. 6 del d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, conv. con modif. in l. 15 marzo 1991, n. 82;

Oppure, ancora all'attenuazione della pena prevista per i delitti di mafia, ai sensi dell'art. 416-bis.1c.p.¹⁵¹, nei confronti del soggetto che, dissociandosi dagli altri, impedisca che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori *anche aiutando* le autorità nella *raccolta di elementi decisivi* per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o cattura degli autori dei reati (cd. *collaborazione processuale*);

Pur trattandosi di previsioni che si legano espressamente ad uno specifico e determinato fenomeno criminale, che il legislatore ritiene di affrontare anche attraverso disposizioni favorevoli al reo, esse pongono dei dubbi, che affronteremo nei successivi paragrafi, sui limiti in cui il legislatore può disporre di tali previsioni.

Così individuato l'elemento strutturale che accomuna le cause di non punibilità e le circostanze attenuanti basate su una condotta sopravvenuta, è bene ora passare all'analisi di alcune specifiche previsioni, che ben esemplificano le problematiche legate alla categoria, al fine di metterne meglio a fuoco la *ratio* e la conseguente disciplina.

L'obiettivo di tale analisi è, in particolare, quello di mettere in luce lo stretto collegamento esistente tra la prevista esclusione o attenuazione della pena e l'intervenuta tutela *in extremis* del medesimo bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

3.1 Desistenza volontaria e recesso attivo

Nell'approcciarsi alle cause di non punibilità sopravvenute, ovvero quelle che si basano su una contro condotta posta in essere dal soggetto agente attraverso cui "in qualche misura" viene eliminato il pericolo per il bene giuridico tutelato o viene reintegrata la sua lesione, inevitabile punto di partenza non può che essere l'analisi della desistenza volontaria e del recesso attivo, di cui all'art. 56 commi 3 e 4 c.p.

¹⁵¹ Tale previsione è stata originariamente introdotta dall'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con modif. in l. 12 luglio 1991 n. 203, in seguito abrogato dal d.lgs. 1 marzo 2018 n. 152, che ha riprodotto il testo della disposizione abrogata nell'attuale art. 416-bis.1. c.p.;

Per effetto di tali disposizioni, com'è noto, non è punibile per il tentato delitto il soggetto che volontariamente desista dall'azione (salva la responsabilità per un reato diverso portato a compimento) ovvero è punito con una pena ridotta colui che, sempre volontariamente, impedisca il verificarsi dell'evento.

Com'è noto, il recesso attivo è possibile solo a fronte di reati d'evento e, in tali casi, la differenza tra desistenza e recesso è solitamente individuata nel fatto che si è di fronte ad un ipotesi di desistenza nel caso in cui vengano interrotti, in continuità temporale rispetto all'azione intrapresa, quegli atti che l'agente potrebbe portare a compimento poiché ne conserva un dominio diretto e immediato; diversamente, si è di fronte ad un ipotesi di recesso quando l'azione è stata ormai completata e intervenga successivamente, in un momento distaccato rispetto al completamento dell'azione, il volontario impedimento dell'evento¹⁵².

Ad oggi, la posizione dominante in dottrina e in giurisprudenza è quella che classifica la desistenza come una causa di non punibilità sopravvenuta e il recesso attivo come una circostanza attenuante¹⁵³.

Se l'inquadramento del recesso all'interno delle circostanze attenuanti è sempre stato abbastanza pacifico¹⁵⁴, un più ampio dibattito interpretativo ha riguardato la natura giuridica della desistenza volontaria, inquadrata alternativamente come limite alla tipicità del fatto tentato¹⁵⁵, quale causa risolutiva del reato con efficacia *ex tunc*¹⁵⁶, ma anche come causa di estinzione del reato¹⁵⁷.

¹⁵² Cfr., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pag. 609, in cui si sottolinea la difficoltà, a fronte di alcuni casi concreti, di individuare sempre in astratto una linea di confine netta tra desistenza e recesso;

¹⁵³ Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 493; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 634; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pag. 145, distingue tra cause di non punibilità che operano fin dall'inizio, in cui include l'art. 131-bis, e le cause sopravvenute di non punibilità; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 367;

¹⁵⁴ Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Giappichelli, 2009, pag. 32 ss;

¹⁵⁵ Si tratta del pensiero di A. R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1963;

¹⁵⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, P.G., Milano, VIII ed., 2003, pag. 535;

¹⁵⁷ Cfr. G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 76;

Alla luce di tale diversità interpretative, riteniamo opportuno analizzare più nel dettaglio il fondamento di tali istituti, ovvero le ragioni per cui a fronte della desistenza dal tentativo non si faccia luogo all'applicazione della pena e a fronte dell'impedimento dell'evento si applichi una pena in misura ridotta.

Secondo alcune risalenti interpretazioni, il fondamento di tali previsioni andrebbe rinvenuto in ragioni di politica criminale e, in particolare, nella cd. *teoria del ponte d'oro* secondo cui l'obiettivo dell'istituto altro non sarebbe se non quello di favorire la ritirata di chi desidera retrocedere negli atti esecutivi già iniziati e punibili, che poi ha assunto una formulazione positiva attraverso l'elaborazione della cd. *teoria dell'incentivo o del premio*, secondo cui l'offerta di impunità incentiva l'autore ad abbandonare il tentativo prima della consumazione del reato per evitare la compromissione definitiva del bene giuridico¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Cfr., Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 497; per un'ampia e approfondita panoramica delle varie teorie, nell'ottica di una loro evoluzione storica, si rinvia a G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 76 ss; Cfr., M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 604; criticando tale fondamento dogmatico, è stato osservato che "le teoriche del ponte d'oro offerto al delinquente ravveduto e della premialità hanno questo significato, come spiegazione ascientifica del fenomeno che non intacca la corrispondenza reato-pena. A ben vedere, infatti, è proprio la ritenuta inscindibilità di questi due termini che crea il problema ed impedisce un approccio sereno alla materia. La constatazione di fatti tipici non sanzionati conduce ad una impasse dalla quale si può uscire senza compromettere quell'assioma solo in due modi: o cercando la ragione dell'accadimento fuori della dommatica, nel terreno franco della politica, o negando l'unico termine suscettibile di essere posto in discussione: il reato. Scartata la prima prospettiva, l'equilibrio si può ritrovare, infatti, anche per quest'ultima via sostenendo che la mancanza di pena corrisponde all'inesistenza del reato. L'argomentazione principale a sostegno di questa posizione è costituita dall'esatta inversione del binomio precetto-sanzione su cui si fonda la teorica stessa: se l'illecito penale è quello che dà luogo alla pena, non può parlarsi di reato quando fa difetto la sanzione tipica. Ma per seguire questa prospettiva, occorre superare non poche difficoltà e soprattutto operare una serie di opzioni teoriche che sconvolgono il sistema forse più di quanto si voleva impedire accadesse", cfr. L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1985, pag. 404;

La paternità di questa celebre teoria, poi successivamente ripresa da altri autori, è solitamente attribuita alla dottrina tedesca e in particolare ad autori come Feuerbach e Von Listz¹⁵⁹.

In Italia, essa trova degli echi anche nella più recente giurisprudenza e in alcuni autorevoli voci dottrinali¹⁶⁰, ma è stata da più parti sottoposta a critiche¹⁶¹, principalmente per la sua inidoneità a spiegare il perché, nonostante si incentivi l'abbandono dell'azione criminosa, in caso di desistenza restino punibili gli atti già commessi e in caso di recesso venga comunque applicata una pena sebbene in misura diminuita.

D'altronde, sempre in un'ottica critica, occorre considerare che generalmente gli individui desistono dalla commissione di un reato per le più svariate ragioni, ma non necessariamente spinti dal proposito di liberarsi dalla pena¹⁶².

Inoltre, se l'obiettivo di tali disposizioni fosse quello di incentivare l'abbandono dell'azione criminosa, la non punibilità – intesa come incentivo – dovrebbe discendere anche in caso di desistenza involontaria o mancato impedimento dell'evento per ragioni estranee alla volontà del soggetto agente, a differenza di quanto previsto dalla normativa attuale.

In definitiva, tali possibili spiegazioni della non punibilità a seguito della desistenza sarebbero da respingere perché tendono a confondere il fondamento della stessa, con un suo possibile effetto¹⁶³.

Ugualmente oggetto di critiche è l'orientamento che cerca di spiegare la non punibilità a seguito della desistenza in termini di inutilità della pena per il

¹⁵⁹ A. FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Teil, II, 1894, pag. 102 ss; F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25. Aufl. (a cura di E. Schmidt) Berlin-Leipzig, 1927, pag. 305;

¹⁶⁰ Cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit. pag. 495;

¹⁶¹ Cfr., le considerazioni di S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 80 ss;

¹⁶² Cfr., sul punto, G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 82; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 81 ss; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 604; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., pag. 32 ss; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag., 27;

¹⁶³ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 604; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., pag. 32 ss; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag., 28;

venir meno delle esigenze specialpreventive: si tratta della cd. *teoria dello scopo della pena*, secondo cui sarebbe inutile applicare una pena a chi, recedendo o desistendo dall'azione mostri *una minore intensità del dolo* o comunque una *scarsa capacità di delinquere*.

Il limite di questa tesi è, anche stavolta, da rinvenire nel fatto che, comunque, il nostro ordinamento non rinuncia alla pena a fronte del recesso attivo, ma riconosce solo una possibilità della sua diminuzione¹⁶⁴.

La dottrina più recente che si è preoccupata individuare un fondamento dogmatico più solido rispetto alle "mere ragioni di opportunità politico-criminali" sembra valorizzare piuttosto, per giustificare la legittimità dell'esclusione della pena, il profilo oggettivo dell'avvenuta soddisfazione delle esigenze di *tutela dei beni giuridici* e quindi della *funzione di prevenzione generale della pena*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 604, che individua il fondamento comune della desistenza e del recesso tanto nella ricompensa offerta all'agente, in considerazione di una condotta che dimostri un ritorno alla legalità (cd. teoria premiale o della meritevolezza), tanto nella tutela in extremis che l'ordinamento offre al soggetto passivo del delitto (cd. teoria mista premiale-vittimologica); G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 29, secondo cui anche contro tale teoria può obiettarsi che "rimane inspiegata la necessità dell'impedimento della consumazione, ancorché la diminuzione della energia criminale sia egualmente evidente anche quando l'agente, pur avendo desistito volontariamente ed essendosi sforzato seriamente per evitare la consumazione, non abbia raggiunto l'obiettivo";

¹⁶⁵ Cfr., S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 324 ss; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"* cit., pag. 410; cfr., inoltre, G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 113 e ss, in cui assumendo come ipotesi di ragionamento gli artt. 308 e 309 c.p. che, rispettivamente, prevedono delle ipotesi di non punibilità per la cospirazione e per la banda armata. L'A afferma che "l'effetto desiderato dal legislatore è, in primo luogo, quello dello scioglimento dell'associazione o della banda armata che può essere determinato da taluno dei componenti o verificarsi per il volontario recesso di tutti i soci. È parimenti utile anche il recesso del singolo che non sia capo o promotore dell'associazione o della banda, o la resa incondizionata dello stesso. Alternativamente, è considerato rilevante, nello stesso modo, l'impedimento del delitto per il quale l'associazione fu costituita o la banda armata formata. Orbene, se e in quanto tali contegni si verificano tempestivamente (...), essi sono all'evidenza, di tanto rilievo, in relazione alla salvaguardia e alla tutela dell'interesse protetto dalle norme di cui agli artt. 304, 305, 306, 307, che appare pienamente giustificata la non punibilità, soprattutto in considerazione dell'impossibilità di ottenere i medesimi risultati, con la medesima rapidità, se non attraverso la volontaria condotta riparatrice dei colpevoli". Attraverso tali previsioni di non

In particolare, si ritiene che a fondare la non punibilità in questi casi sia esclusivamente la sopravvenuta caduta delle ragioni generalpreventive e oggettive che sono alla base della previsione del tentativo e dell'anticipazione della tutela finalizzata a reprimere l'eventuale messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di volta in volta rilevante¹⁶⁶.

Detto altrimenti, in quest'ottica, la non punibilità rappresenta la presa d'atto dell'intervenuta tutela in *extremis* del bene giuridico che si voleva tutelare attraverso la previsione dell'incriminazione, in attuazione del principio di sussidiarietà esterna, in base al quale viene escluso il ricorso all'applicazione della pena qualora "altri mezzi" – o meglio, un comportamento contrario rispetto alla condotta incriminata – siano stati sufficienti a soddisfare la funzione di prevenzione generale che giustifica la previsione di una norma incriminatrice e in particolare del tentativo¹⁶⁷.

In questa visione, la minore pericolosità del soggetto agente e il conseguente venir meno delle ragioni special preventive rappresentano soltanto l'effetto indiretto dell'eliminazione del pericolo cui è stato esposto il bene giuridico, posto che la *volontarietà* – richiesta tanto per la desistenza quanto per il recesso – esprime esclusivamente il collegamento che deve sussistere tra il soggetto che agisce e la contro condotta che viene realizzata, in mancanza di condizionamenti dall'esterno¹⁶⁸.

punibilità, in definitiva, "il legislatore, senza certo rinunciare alla permanente validità delle sue prescrizioni, sia stato però indotto a stimolare, attraverso la promessa dell'impunità, il compimento di quella condotta che, in concreto, è l'unica in grado di poter scongiurare i rischi e i pericoli della situazione, né può essere sostituita da altri mezzi di tutela di pari efficacia e di analoga sicurezza";

¹⁶⁶ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"* cit., pag. 410, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 324 ss; cfr., inoltre, G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 113 e ss; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag., 33;

¹⁶⁷ Cfr., per questa nozione, G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 98 e *supra* cap. II, par. 2.5.;

¹⁶⁸ In questo senso, sembra orientata anche la giurisprudenza, che anche di recente ha ribadito che "in tema di desistenza, la mancata consumazione del delitto deve dipendere dalla volontarietà dell'agente, che non deve essere intesa come spontaneità, per cui la scelta di non proseguire nell'azione criminosa deve essere non necessitata, ma operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne che rendono irrealizzabile o troppo

Detto altrimenti, tale requisito non ha nulla a che vedere con i motivi della contro azione né tanto meno con il ravvedimento interiore dell'autore, elementi che avrebbero potuto essere correttamente valutati dal giudice in un'ottica specialpreventiva, che in realtà appare decisamente secondaria nell'analisi del fenomeno delle cause sopravvenute di non punibilità¹⁶⁹.

Come abbiamo anticipato sin dall'inizio del presente lavoro, l'adesione all'impostazione oggettivistica, secondo cui l'esclusione della pena per la desistenza dipende dall'intervenuta salvaguardia del bene giuridico, o all'impostazione soggettivistica, secondo cui la non punibilità discende dalla minore capacità a delinquere dimostrata dal reo, ha specifiche ricadute in termini di disciplina in relazione al trattamento dei concorrenti che non abbiano desistito, non essendo presente nel codice alcuna specifica previsione.

Mentre resta identica la conclusione sulla loro rilevanza in termini esclusivamente oggettivi e sull'irrilevanza della loro erronea supposizione, ai sensi dell'art. 59 commi 1 e 4¹⁷⁰, si prospettano delle conseguenze diverse in relazione all'estensione nei confronti dei concorrenti nel delitto tentato.

rischioso il proseguimento dell'azione criminosa (esclusa, nella specie, l'ipotesi di desistenza atteso che il ricorrente aveva rapidamente "perquisito" la stiva dell'aereo alla ricerca di beni di valore contenuti nei bagagli dei passeggeri e, non avendoli trovati in un tempo ragionevole all'interno di quelli aperti, aveva dovuto necessariamente abbandonare il campo, per il timore di essere scoperto insieme al suo complice, essendovi verosimilmente tempi contingentati da rispettare per le operazioni di carico/scarico dei bagagli stessi)", cfr., Cass. pen., Sez. V, sent. 22/07/2020, n. 25946.

¹⁶⁹ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1986, pag. 398; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 611; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag., 31, secondo cui tale conclusione rappresenta "un ovvio corollario, in definitiva, per chi reputa il diritto penale incentrato sul fatto offensivo o pericoloso e non sulla pericolosità dell'agente, la quale di per sé non lo rende punibile ed è dunque irrilevante anche per escluderne la punibilità conseguiti gli scopi generalpreventivi detti; essendo d'altra parte del tutto opinabile che la pericolosità dell'agente venga meno o scemi con il recesso";

¹⁷⁰ Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 497; per le stesse conclusioni sull'art. 59 c.p., pur partendo dall'individuazione del fondamento della non punibilità per la desistenza nel principio di sussidiarietà esterna, cfr. G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag. 147;

L'ipotesi di cui si discute e su cui sussiste diversità d'opinioni è quella che riguarda il caso in cui desista soltanto l'*autore* della condotta tipica di un *delitto tentato eventualmente plurisoggettivo*, poiché invece in presenza di un reato necessariamente plurisoggettivo, essendo l'azione tipica necessariamente posta in essere da più persone, la semplice desistenza di un solo soggetto non è di regola sufficiente ad impedire la consumazione del reato¹⁷¹.

Chi ritiene che la *ratio* della non punibilità prevista per chi desiste debba essere ricercata all'interno delle ragioni di opportunità politico-criminali che conducono ad *incentivare l'abbandono* del progetto criminoso da parte del soggetto agente, conclude ritenendo che, dato il *carattere soggettivo* della previsione, ai sensi dell'art. 119 co. 1, essa non potrà essere estesa né ai coautori né ai partecipi¹⁷².

Diversamente, chi sostiene che il fondamento della previsione discende dall'intervenuta *tutela del bene giuridico* sotteso all'incriminazione e dalla piena soddisfazione delle ragioni generalpreventive che giustificano l'anticipazione della tutela attraverso il tentativo, interpreta l'art. 56 co. 3 in senso *oggettivo*, ritenendo possibile estendere la non punibilità per la desistenza nei confronti di tutti i concorrenti, ai sensi dell'art. 119 co. 2, qualora l'azione del singolo sia idonea ad impedire la consumazione del reato¹⁷³.

¹⁷¹ Altro problema, invece, è quello che riguarda i presupposti che devono sussistere per potersi ritenere integrata la desistenza del *partecipe* di un delitto tentato eventualmente plurisoggettivo: se in un primo momento, dottrina e giurisprudenza erano orientati nel senso di ritenere che la desistenza del partecipe potesse dirsi integrata solo nel caso in cui quest'ultimo, attraverso una condotta successiva, impedisse la realizzazione del reato (cfr., in questo senso, Cass. sez. III, 27 novembre 1987, n. 7436; in dottrina, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 260), l'orientamento più recente ritiene sufficiente, per poter riconoscere la non punibilità, che il partecipe abbia neutralizzato gli effetti della propria condotta, rendendola irrilevante rispetto al reato eventualmente portato a consumazione da altri (cfr., in questo senso, Cass. sez. II, 24 aprile 2019, n. 9284); cfr., sul punto, G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Cedam, 1985, pag. 36);

¹⁷² Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 497; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.*, XI ed., 2020, pag. 260;

¹⁷³ Cfr., sul punto, G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Cedam, 1985, pag. 43;

Non sarà sufficiente, quindi, l'elisione degli effetti del contributo del singolo soggetto agente, che lo renderebbe sì estraneo ma non impedirebbe la commissione del reato da parte di altri¹⁷⁴.

3.2 La ritrattazione

Tra le varie cause sopravvenute di non punibilità disseminate nella parte speciale del codice, merita particolare attenzione la ritrattazione, che può essere assunta come ipotesi di ragionamento al fine di mettere in luce i profili maggiormente problematici che riguardano la disciplina delle cause di non punibilità sopravvenute.

In base a quanto previsto dall'art. 376 co. 1 c.p. "nei casi previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373, nonché dall'art. 375, primo comma, lett. b), e all'art. 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento"¹⁷⁵.

Pertanto, la ritrattazione può determinare la non punibilità dei delitti di false informazioni al pubblico ministero (art. 371-*bis* c.p.), di false dichiarazioni al difensore (art. 371-*ter* c.p.), di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), di falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.), di depistaggio (art. 375, primo comma, lett. b) c.p.), nonché, infine, di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.).

La condotta tipica descritta dalla norma ha una "struttura bifasica", poiché l'autore della falsa dichiarazione non può limitarsi a smentirla, ma deve anche realizzare una condotta attiva consistente nella manifestazione del vero¹⁷⁶.

Secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza, la ritrattazione si configura quando l'autore della falsa dichiarazione ritratta la precedente dichiarazione e rivela ciò di cui è personalmente a conoscenza,

¹⁷⁴ Cfr., G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pag., 160;

¹⁷⁵ Ai sensi del comma 2 dell'art. 376 c.p. "qualora la falsità sia intervenuta in una causa civile, il colpevole non è punibile se ritratta il falso e manifesta il vero prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile";

¹⁷⁶ Cfr., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2021, pag. 349 ss;

indipendentemente dalla corrispondenza o meno del dichiarato rispetto alla verità oggettiva dei fatti.

Ciò che conta è, quindi, la verità soggettiva¹⁷⁷.

Per ciò che riguarda l'elemento soggettivo della ritrattazione, la legge non richiede un particolare *animus* del soggetto agente, ritenendo sufficiente che il dichiarante agisca volontariamente, indipendentemente quindi da una valutazione da parte del giudice delle motivazioni che lo hanno determinato alla ritrattazione¹⁷⁸.

Per quanto riguarda, invece, i termini per la ritrattazione nel processo penale, nel rito ordinario il termine massimo per la ritrattazione è prima della chiusura del dibattimento; nel rito abbreviato, esso corrisponde al momento finale della discussione in cui il giudice provvede a norma dell'art. 529 o dell'art. 530 c.p.p. ovvero dell'art. 531 c.p.p.; nel patteggiamento, il termine entro cui è possibile ritrattare coincide con il momento di presentazione delle conclusioni ai sensi dell'art. 421 co. 3 e art. 422 co. 3; infine, nel caso di giudizio immediato, essendo possibile accedere al patteggiamento sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, il termine per ritrattare coincide con tale momento¹⁷⁹.

Nonostante dalla lettura della norma emerga con una certa chiarezza in cosa consista la condotta di "ritrattazione" – ovvero la sostituzione di una precedente dichiarazione falsa con una nuova narrazione conforme alla verità, da parte del medesimo soggetto entro un termine perentorio – si tratta di una norma intorno alla quale sono state sollevate non poche incertezze interpretative, in relazione al suo fondamento politico-criminale, al suo inquadramento dommatico, alla sua natura giuridica e alla conseguente possibilità di estensione nei confronti dei concorrenti, nonché, infine, all'applicabilità o meno dell'art. 59 co. 4 c.p.

Ma procediamo con ordine, in relazione ai diversi individuati profili.

¹⁷⁷ Cfr., sul punto, G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in G. Marinucci – E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IV, tomo I, Cedam, 2005, pag. 436;

¹⁷⁸ Cfr., G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 150; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., pag. 436;

¹⁷⁹ Cfr., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pag. 349 ss;

In primis, non diversamente dalle discussioni che hanno riguardato il fondamento politico criminale della desistenza volontaria, per quanto riguarda la giustificazione su cui si fonda la previsione della ritrattazione si è posta l'alternativa tra la valorizzazione dell'*atteggiamento soggettivo del reo* (che indicherebbe la natura *soggettiva* della previsione e la sua inestensibilità nei confronti dell'istigatore) ovvero la valutazione degli esiti giuridicamente apprezzabili ai fini della *tutela dei beni giuridici* sottesi alle norme incriminatrici richiamate dall'art. 376 c.p. (che comporterebbe una lettura in termini *oggettivi* dell'istituto e la possibilità di estenderla all'istigatore)

Sul punto, in giurisprudenza si sono affacciate diverse impostazioni alternative sulla giustificazione per cui il legislatore prevede la non punibilità per la ritrattazione.

Secondo un primo orientamento, che ha trovato e trova tuttora molto seguito nella giurisprudenza di legittimità, la finalità della previsione sarebbe quella di stimolare l'*emenda del colpevole* della falsa dichiarazione, sulla base della celebre (ma variamente criticata) *teoria del ponte d'oro*¹⁸⁰, secondo cui la promessa d'impunità agisce come contropinta psicologica rispetto all'azione criminosa¹⁸¹.

In altri termini, attraverso tale previsione, calibrata sulla falsariga dell'art. 62 n. 6 c.p. (che prevede un'attenuazione di pena per chi si sia adoperato per elidere o attenuare le conseguenze pericolose o dannose del reato), il legislatore ha inteso offrire al reo *un'ultima possibilità di ravvedersi*, di mutare quindi il suo atteggiamento processuale, riparando la falsità attraverso una nuova tempestiva dichiarazione veritiera¹⁸².

¹⁸⁰ Cfr., *supra*, cap. III, par. 3.1.;

¹⁸¹ Cfr., G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 163;

¹⁸² Nello specifico, tale principio risulta affermato da Cass., Sez. III, 28 marzo 1957, ric. Masiero, ove si rileva che "per ragioni di politica criminale, intese a favorire l'accertamento giudiziario della verità, l'art. 376 c.p. eleva a causa di non punibilità la ritrattazione (che altrimenti costituirebbe una circostanza attenuante comune, quale quella di cui all'art. 62, n. 6, c.p.), fondata su un intimo atteggiamento della coscienza che determina una condizione squisitamente soggettiva, i cui effetti possono riguardare solo la persona a cui si riferisce. Peraltro, sottolinea la citata decisione, "una diversa soluzione porterebbe ad una assurda disarmonia del sistema perché, a norma dell'art. 377 c.p., andrebbe assoggettato a sanzione penale colui che ha solo tentato, senza riuscirci, di indurre il testimone a deporre il falso, e non colui che ha conseguito il più pericoloso risultato di far rendere la falsa testimonianza"; nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 3

È questa l'impostazione attualmente accolta dalle Sezioni unite, a partire dalla sentenza del 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002) n. 37503, sulla quale torneremo tra breve.

La critica principale che viene svolta a tale impostazione – oltre che riguardare gli esiti irragionevoli cui conduce nella misura in cui mantiene ferma la punibilità dell'istigatore pur a fronte dell'eliminazione del pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici – attiene al differente e ingiustificato trattamento, pur in presenza di due condotte successive alla consumazione del reato, tra la totale impunità per la ritrattazione e la semplice attenuazione di pena per il "ravvedimento operoso"¹⁸³.

Sulla base di queste assorbenti considerazioni, un secondo orientamento, che ha trovato spazio anche nella giurisprudenza di legittimità¹⁸⁴ e in alcune pronunce della Corte costituzionale¹⁸⁵, tende a privilegiare le *componenti oggettive della previsione*, ritenendo che la giustificazione della previsione debba piuttosto

novembre 1970, n. 1317, ric. Nizzardelli; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 1971, n. 226, ric. P.G. in proc. Stevanin;

¹⁸³ Cfr., G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 164;

¹⁸⁴ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, sentenza 10 marzo 1980 n. 451, ric. Orsolini ed altri, che muove dalla premessa secondo cui la ritrattazione, nei termini previsti dall'art. 376 c.p., debba essere classificata fra le cause di cessazione della punibilità attinenti all'oggetto del reato in modo più qualificante e decisivo di quanto attenga al soggetto da cui proviene l'atto, cioè alle qualità personali del colpevole. Ed infatti, secondo tale pronuncia, il bene tutelato è il "giusto processo" che, in virtù della ritrattazione del falso e della manifestazione del vero, non subisce il danno temuto".

¹⁸⁵ In particolare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 206 del 1982, ha affermato che "la finalità primaria dell'art. 376 c.p. è quella di favorire l'accertamento della verità, non quella di far ottenere la non punibilità al colpevole del falso"; in seguito, con la sentenza n. 228 del 1982, ha ribadito che l'interesse tutelato dall'art. 376 c.p. è quello rivolto alla giusta definizione del processo, sicché il legislatore ha inteso incoraggiare il ravvedimento operoso del falso testimone, prevedendone la non punibilità purché la ritrattazione del falso e la manifestazione del vero intervengano in tempo utile ad evitare il pericolo di una decisione fondata su presupposti non veritieri"; da ultimo, con la sentenza n. 424 del 2000, ha specificato che la "ritrattazione, quale prevista dal vigente codice penale, è finalizzata primariamente a dare soddisfazione all'interesse alla definizione del giudizio penale (nel caso dell'art. 372 c.p.) o all'esercizio dell'azione penale (nel caso dell'art. 371-bis c.p.) fondati su elementi probatori veridici";

essere ricercata nell'interesse oggettivo dello Stato all'accertamento della verità processuale e alla tutela del regolare svolgimento del processo¹⁸⁶.

In altri termini, secondo questa visione, la non punibilità per l'intervenuta ritrattazione della falsa dichiarazione rappresenta uno strumento di tutela *ex post* del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici richiamate dall'art. 376 c.p., poiché consente il regolare e rapido svolgimento del processo, eliminando le prove false che possono indurre in errore il giudice.

In quest'ottica, dunque, la *ratio* dell'art. 376 c.p. è da rintracciare nel principio di *extrema ratio* e di sussidiarietà dell'intervento penale, che impone al legislatore di rinunciare alla sanzione quando il bene che si voleva tutelare attraverso la fattispecie incriminatrice risulta, in ogni caso, "salvo" per effetto di una condotta *post-factum* che sia in grado di *annullare concretamente* la potenziale pericolosità della dichiarazione mendace¹⁸⁷.

Così individuata la *ratio*, ben si comprende il differente trattamento sanzionatorio riservato, da un lato, a chi effettivamente rimuove il pericolo per il bene giuridico (art. 376 c.p.) e chi, invece, dall'altro, si attiva al fine di elidere le conseguenze pericolose o dannose, ma senza in concreto riuscirci (art. 62 n. 6 c.p.).

Questa soluzione risulta, d'altra parte, maggiormente in linea con le funzioni della pena, sia sotto il profilo della funzione di *prevenzione generale*, che di quella di *prevenzione speciale*, poiché, da un lato, la non punibilità per la condotta di ritrattazione non dovrebbe indurre altri consociati a violare la legge, sperando nell'impunità, perché essa discende pur sempre da un *comportamento antagonistico rispetto alla condotta criminosa*; dall'altro, l'applicazione della pena nei confronti di chi abbia ritrattato molto difficilmente potrebbe svolgere un ruolo rieducativo¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Cfr., G. PIFFER, I delitti contro l'amministrazione della giustizia, cit., pag. 436; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 164;

¹⁸⁷ Cfr. G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 113 e ss; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 406; M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, cit., pag. 1035; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., pag. 73; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 163;

¹⁸⁸ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 406; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 170;

Fatti questi chiarimenti in punto di fondamento politico-criminale dell'istituto, veniamo al suo inquadramento dommatico e, in particolare, alla sua natura giuridica.

Da un punto di vista dommatico, l'art. 376 c.p., è stato alternativamente inquadrato come causa di estinzione del reato o come causa di non punibilità in senso stretto, con specifiche ricadute in termini di disciplina.

L'inquadramento in termini di "causa di estinzione del reato" comportava l'inapplicabilità della ritrattazione nei confronti dei concorrenti – e in particolare dell'istigatore – in base a quanto espressamente previsto dall'art. 182 c.p. che, come abbiamo detto, prevede che l'estinzione abbia effetto solo per coloro ai quali la causa si riferisce, in modo analogo rispetto a quanto stabilito dall'art. 119 co. 1 in relazione alle cause soggettive di esclusione della pena¹⁸⁹.

In realtà, l'orientamento che oggi risulta decisamente prevalente tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di legittimità è quello che classifica la ritrattazione come una *causa di non punibilità sopravvenuta*, pur arrivando poi a conclusioni totalmente opposte in punto di estensibilità ai terzi concorrenti¹⁹⁰.

Ed infatti, posto che si tratti di una causa di non punibilità sopravvenuta, il punto maggiormente dibattuto è quello che concerne la *natura giuridica* della ritrattazione, ovvero se essa integri una causa di non punibilità di natura *oggettiva*, ai sensi dell'art. 119 co. 2, pertanto estensibile nei confronti dei

¹⁸⁹ In realtà, l'inquadramento in termini di "causa di estinzione del reato" si rinviene nella dottrina piuttosto risalente che, pur riconoscendo l'esistenza di cause di non punibilità in senso stretto come istituti diversi e autonomi rispetto alle cause di esclusione del reato (Cfr., *supra*, cap. II, par. 1.1), tendeva ad abbinare la puntuale disciplina dettata dal codice in materie di cause di estinzione del reato, anche alle cause di non punibilità in senso stretto, cfr., sul punto, le considerazioni di S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 323 ss., che, pur sottolineando le differenze che intercorrono tra le cause di estinzione del reato e le cause di non punibilità sopravvenute, ritiene che a quest'ultime debba essere attribuita efficacia strettamente personale, non diversamente dalla cause estintive, poiché non sussiste alcuna "necessità di estendere il premio, che già rappresenta una deroga al principio del *nullum crimen sine poena*, ai concorrenti nel reato che non abbiano collaborato"; sul punto, diffusamente, G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 176 ss;

¹⁹⁰ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. VI, sentenza del 22 settembre 2022, n.35631, in cui si afferma che "la ritrattazione è, infatti, una causa sopravvenuta di non punibilità, che non preclude la consumazione del delitto di falsa testimonianza. Il reato di cui all'art. 372 c.p. si consuma, infatti, nel momento in cui viene resa la dichiarazione mendace";

concorrenti del reato che non abbiano ritrattato, ovvero di natura soggettiva ai sensi dell'art. 119 co. 1, pertanto inapplicabile ai concorrenti rimasti "inattivi"¹⁹¹.

Preliminarmente, occorre chiarire che, secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza, l'unico soggetto legittimato a ritrattare è *l'autore materiale della falsa dichiarazione*, quindi il soggetto attivo dei diversi delitti richiamati dall'art. 376 c.p.¹⁹².

Di conseguenza, il *concorrente morale* (ovvero *l'istigatore* della falsa dichiarazione) che decida di "ritrattare" le false affermazioni del soggetto da lui istigato non potrà beneficiare della non punibilità ai sensi dell'art. 376 c.p., ma solo dell'attenuazione di pena prevista dall'art. 62 n. 6, per essersi adoperato per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Tanto premesso, il problema principale affrontato dalla giurisprudenza ha riguardato, invece, la possibilità o meno di *estendere al concorrente morale* che lo abbia istigato la non punibilità per la ritrattazione effettuata dall'autore della dichiarazione mendace¹⁹³.

La soluzione del quesito presuppone, a monte, risolta l'alternativa tra la natura *oggettiva* (e quindi l'automatica estensione della non punibilità al concorrente, ai sensi dell'art. 119 co. 2 c.p.) o *soggettiva* (e quindi la non estensibilità o l'estensibilità a determinate condizioni, ai sensi dell'art. 119 co. 1 o dell'art. 182 c.p.) della ritrattazione.

Le Sezioni unite sono intervenute sul punto per ben due volte, adottando due soluzioni diametralmente opposte.

In un primo momento, con la sentenza del 23 novembre 1985 n. 18 (imp. Cottone), la Cassazione ha ritenuto che l'art. 376 c.p. non potesse essere inquadrato tra le cause di estinzione del reato o della pena, con conseguente applicazione dell'art. 182 c.p., ma dovesse essere piuttosto ricondotto tra le *causa di esclusione della punibilità oggettive*, che ai sensi dell'art. 119 c.p. co. 1. operano automaticamente *a favore di tutti coloro che sono concorsi nel reato*.

¹⁹¹ Cfr., *supra*, cap. III, par. 1;

¹⁹² Cfr., G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 164;

¹⁹³ Cfr., sul punto, per la soluzione positiva all'estensione, Cass. S.U., sent. 23 novembre 1985 n. 18 (imp. Cottone); per la soluzione negativa, Cass. S.U. sent. 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002) n. 37503 (imp. Vanone);

A parere della Corte, infatti, la ritrattazione si risolve in un *impedimento volontario del danno o del pericolo derivante dalla falsità commessa* e pertanto, eliminando in radice la ragione stessa della punibilità della condotta illecita, deve essere interpretata in senso oggettivo ed estesa anche *a favore del concorrente morale*, pur quando questo *non si sia in alcun modo attivato* per la rimozione del pericolo¹⁹⁴.

Nonostante l'inequivocabilità del risultato interpretativo raggiunto dalle Sezioni unite, nella successiva giurisprudenza di legittimità si sono registrate alcune pronunce che, consapevolmente o meno, si sono poste in rotta di collisione con l'orientamento delle sezioni Unite del 1985, insistendo piuttosto sulla *natura soggettiva della ritrattazione*¹⁹⁵.

Tali persistenti incertezze hanno determinato una nuova rimessione della questione alle Sezioni unite, che hanno operato un profondo *revirement* rispetto alle conclusioni cui erano già pervenute nel 1985.

Con la sentenza del 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002) n. 37503 (imp. Vanone), le sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui "la causa sopravvenuta di non punibilità, prevista dall'art. 376 c.p., in caso di ritrattazione della falsa testimonianza, è *circostanza di carattere soggettivo* che, ai sensi dell'art. 119 co. 2, può operare *nei confronti dell'istigatore*, concorrente nel reato di cui

¹⁹⁴ Secondo Cass., sez. Un., sent. 23 novembre 1985 n. 18, in particolare, "la ritrattazione si risolve in un impedimento volontario, ma non necessariamente spontaneo, del danno o del pericolo derivante dalla falsità commessa, sicché con essa viene del tutto eliminata la ragione stessa della punibilità della condotta e cioè l'ostacolo alla retta amministrazione della giustizia. Tale impedimento produce, quindi, l'effetto di rendere penalmente indifferente la falsità già commessa con la conseguente esclusione della punibilità del reo". Del resto, la non punibilità viene prevista dalla legge non in funzione delle qualità del teste-reo, ma solo per effetto dell'oggettivo comportamento del teste che ritratta; sicché non può trovare alcun giuridico fondamento la pretesa di punire penalmente chi abbia istigato o determinato altri a commettere un fatto riconosciuto, nei confronti del suo autore, come penalmente irrilevante e non punibile".

¹⁹⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Cass. Sez. VI, 17 giugno 1986, n. 1202, (ric. Cavaggion), che ha aderito all'opposto indirizzo, secondo cui "la ritrattazione della falsa testimonianza sarebbe una causa di esclusione della punibilità di carattere soggettivo, in quanto attinente alla condizione psicologica e personale dell'agente, con la conseguenza che i suoi effetti non si estenderebbero al concorrente nel reato"; e, in seguito, Cass., sez. VI, con la sent. 24 maggio 1996 n. 917, (ric. Campana);

all'art. 372 c.p., esclusivamente qualora questi abbia arrecato un *decisivo contributo causale* alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo”.

Ed infatti, la Cassazione interpreta l'art. 119 c.p. nel senso che “hanno effetto rispetto a tutti i concorrenti le circostanze oggettive di esclusione della pena, intendendosi come tali le cause che escludono l'antigiuridicità oggettiva del fatto (cosiddette scriminanti); hanno, invece, effetto soltanto nei confronti della persona cui si riferiscono, le circostanze soggettive, intendendosi come tali le cause che escludono la pena per taluno dei concorrenti (cosiddette cause di esclusione della colpevolezza) e le cause di esclusione della sola punibilità e non anche del reato”¹⁹⁶.

Questo perché, a parere della Corte, “la ritrattazione muove da un *atto di volontà individuale* e, sotto questo profilo, appartiene al suo autore, mentre la realizzazione di un processo giusto e fondato su elementi probatori veridici (tutelata dall'art. 376 c.p.) rappresenta non un connotato della condotta di ritrattazione, ma soltanto il suo risultato”¹⁹⁷.

Di conseguenza, qualora la ritrattazione risulti estranea rispetto alla condotta dell'istigatore o addirittura con essa confliggente, “*non può riverberare effetti sul medesimo concorrente morale* proprio perché è un fatto del terzo e sarebbe ingiusto che apportasse vantaggi a chi nulla ha fatto per suscitarlo, o essendosi limitato ad operare nel senso della commissione del reato, senza poi attivarsi positivamente per annullarne le conseguenze, o essendosi addirittura adoperato per scongiurare la ritrattazione medesima”.

¹⁹⁶ Per una critica di tale impostazione, cfr. le considerazioni di G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 243, secondo cui la lettura dell'art. 119 “a prescindere dai criteri contenuti nell'art. 70 c.p., che è stata prospettata dalle Sezioni unite, ed accolta con favore da larga parte della dottrina, non sembra cogliere nel segno, risultando incongrua nel momento in cui limita il significato della locuzione “circostanze oggettive di esclusione della pena” contenuta nel secondo comma alle sole cause di giustificazione in senso stretto. A nostro avviso, sembra doversi ancora ritenere prevalente la vecchia opzione ermeneutica che sosteneva la necessità di leggere l'art. 119 c.p. in combinato disposto con l'art. 70 c.p. e di interpretare così alla luce delle distinzioni in quest'ultimo contenute il diverso significato del termine soggettivo ed oggettivo ivi utilizzato”;

¹⁹⁷ Cfr., par. 3 della sentenza Cass., sez. Un., 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002), n. 37503;

A diverse conclusioni, però, occorre pervenire “nel caso in cui la ritrattazione sia il risultato del comportamento attivo dell’istigatore, rivolto a sollecitarla per annullare gli effetti del falso commesso dall’autore materiale, in quanto si verifica in detta ipotesi una sorta di concorso nella ritrattazione che ben può legittimare l’estensione ad entrambi i soggetti dell’esercizio della punibilità”¹⁹⁸.

Due in particolare i profili critici di tale pronuncia che sono stati messi in evidenza dalla dottrina.

Da un lato, per quanto riguarda l’impostazione in termini fortemente soggettivistici adottata nell’ultima pronuncia delle Sezioni unite, è stato osservato che nel testo dell’art. 376 c.p. “*manca ogni riferimento a requisiti di carattere soggettivo ai fini dell’operatività della ritrattazione*” – non v’è traccia né del requisito della volontarietà e nemmeno della spontaneità – risultando pertanto “impossibile individuare un indice dal quale desumere che il legislatore in tale circostanza abbia voluto imperniare la non punibilità su profili di matrice individuale”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Cfr., par. 3.3 della sentenza Cass., sez. Un., 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002), n. 37503, nel successivo par. 3.4, la Cassazione, in un passaggio discutibile, afferma che “secondo l’orientamento assolutamente prevalente di questa Corte Suprema come si è detto - deve escludersi che possa farsi riferimento all’art. 182 c.p., da tale conclusione si perviene sul presupposto che l’art. 182 c.p. riguarda soltanto le cause generali di estinzione del reato o della pena e che esiste una netta distinzione tra la categoria delle “cause di non punibilità” e quella delle “cause di estinzione del reato e della pena” (categoria quest’ultima nella quale parte della dottrina tende invece a ricomprendere la prima sottolineandone le notevoli affinità). Alle medesime conclusioni sostanziali (di non estensibilità del beneficio all’istigatore che sia rimasto estraneo alla ritrattazione ed alla rivelazione della verità) si perverrebbe comunque - ed a maggior ragione - qualora si accedesse a quell’orientamento dottrinario che individua nella fattispecie in esame “una causa speciale di estinzione del reato”, con conseguente applicazione dell’art. 182 c.p.”;

¹⁹⁹ Cfr., le considerazioni di G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 234; nello stesso senso, B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite: l’aspetto “etico” del diritto penale ed i confini della subornazione*, in Cass. pen., fasc. 6, 2003, pag. 1912, secondo cui “contrariamente a quel che potrebbe apparire, nel testo dell’art. 376 c.p., per la verità, non vi è alcun dato che induca a pensare che il legislatore abbia voluto privilegiare il profilo soggettivo. Anzi, nella norma de qua mancano riferimenti ai già noti «spontaneamente ed efficacemente» di cui all’art. 62, n. 6, c.p. e «volontariamente» di cui all’art. 56 commi 3 e 4, stesso codice. (...) ciò potrebbe avvalorare il

Dall'altro, è stato ritenuto che, con il criterio dell'imputazione "soggettiva causale", utilizzato dalle Sezioni unite per arrivare alla conclusione che l'istigatore può beneficiare della non punibilità a patto che si attivi per far ritrattare colui che ha istigato, la Corte abbia introdotto un *criterio di imputazione "di tipo extranormativo"*, a prescindere quindi da quanto espressamente previsto dalle disposizioni da essa richiamate per pervenire alla conclusione adottata.

Ed infatti, secondo questa opinione critica, il codice "non tipizza un concorso di persone nelle cause di non punibilità", a differenza di quanto avviene per il concorso nel reato in base a quanto stabilito dall'art. 110 c.p., e non richiede quindi alcun tipo di apporto causale da parte del concorrente per poter beneficiare della non punibilità.

Ai sensi dell'art. 119 c.p., infatti, se la causa di esclusione della punibilità è *oggettiva* essa dovrà operare *a favore di tutti i concorrenti*, a prescindere da un loro contributo; diversamente, nel caso in cui si ritenesse *soggettiva*, troverà applicazione solo *a favore del singolo concorrente* che si è attivato.

In conclusione, è stato ritenuto che la soluzione "ibrida" adottata dalle Sezioni unite nella sentenza 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002), n. 37503 non trovi riscontro nelle disposizioni di legge, ma anzi si ponga *in contrasto con il tenore letterale dell'art. 119 c.p.*²⁰⁰.

L'ultimo profilo di disciplina relativo all'art. 376 c.p. riguarda, infine, l'applicabilità o meno dell'art. 59 co. 4 c.p.

L'interpretazione prevalente sembra orientata nel senso di ritenere irrilevante l'errore sulle circostanze di esclusione della pena in realtà non esistenti, posto che la non punibilità per la ritrattazione discende da un comportamento antagonistico successivo alla commissione del reato, che l'agente deve realmente attuare per poter beneficiare dell'esenzione da pena²⁰¹.

sospetto che certa giurisprudenza, ed anche parte della dottrina, tentino di sovrapporre letture eticamente connotate a scelte legislative in contrasto con i propri credo o i propri desiderata";

²⁰⁰ Cfr., sul punto, G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 234; nello stesso senso, B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite*, cit., pag. 1912;

²⁰¹ Cfr., sul punto, G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 172;

3.3. Il pagamento del debito tributario di cui all'art. 13 d.lgs. 74 del 2000

In base a quanto previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 74 del 10 marzo 2000, così come modificato dal d.lgs. n. 158 del 24 settembre 2015²⁰², al comma 1 i reati di omesso versamento di ritenute dovute e certificate (art. 10-*bis*), di omesso versamento di IVA (art. 10-*ter*) e di indebita compensazione di crediti non spettanti (art. 10-*quater*, comma 1) *“non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso”*²⁰³.

Il successivo comma 2 ha un ambito d'applicazione diverso, prevedendo che i reati di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2), di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3)²⁰⁴, di dichiarazione infedele (art. 4) e di omessa dichiarazione (art. 5) *“non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che*

²⁰² Com'è noto, tale decreto legislativo ha introdotto la “nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto”, secondo quanto stabilito dall'art. 9 della legge-delega n. 205 del 25 giugno 1999; originariamente l'art. 13 del d.lgs 74 del 2000 prevedeva esclusivamente una circostanza attenuante in caso di pagamento del debito tributario entro determinati termini; tale previsione è stata integralmente sostituita ad opera del d.lgs n. 158 del 24 settembre 2015, che ha introdotto una vera e propria causa di non punibilità in caso di pagamento del debito tributario;

²⁰³ Le “speciali procedure” richiamate dall'art. 13 co. 1 d.lgs. 74 del 2000 sono, in particolare, il ravvedimento operoso (art. 13 d.lgs. 427/1997), la rinuncia all'impugnazione dell'avviso di accertamento o di liquidazione (art. 15 d.lgs. 218/1997), l'accertamento con adesione (art. 1-9 d.lgs. 218/1997), e infine la conciliazione giudiziale (artt. 48, 48bis, 48ter d.lgs. 546/1992);

²⁰⁴ Il riferimento agli articoli 2 e 3 del d.lgs 74 del 2000 è stato inserito nel comma 2 dell'art. 13 del medesimo d.lgs dal d.l. del 26 ottobre 2019 n. 124, conv. con modif. in l. 19 dicembre 2019 n. 157;

l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali".

Le due disposizioni hanno dunque un ambito applicativo e dei presupposti differenti: solo per i reati richiamati dal comma 1 sarà possibile beneficiare della non punibilità a seguito del pagamento integrale degli importi, mentre per i reati di cui al comma 2, oltre al pagamento del totale dovuto, sarà necessario il ravvedimento operoso o la presentazione della dichiarazione omessa.

La previsione del comma 1 deve essere letta insieme al comma 3, il quale prevede che "qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, anche ai fini dell'applicabilità dell'articolo 13-bis²⁰⁵, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo. In tal caso la prescrizione è sospesa. Il Giudice ha facoltà di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario, ferma restando la sospensione della prescrizione".

Pertanto, per poter beneficiare di tale periodo di proroga, è necessario che esista un piano di rateizzazione e che il debitore adempia regolarmente le singole rate. Non può essere concesso un termine per l'adempimento maggiore, (coincidente, ad esempio, con lo scadere del piano di rateizzazione), rispetto a quello di tre mesi).

La previsione di cui all'art. 13, comma 3 è stata ritenuta legittima anche dalla Corte costituzionale, che con l'ordinanza n. 126 del 24 maggio 2019 ha affermato che l'individuazione di un periodo di tempo superiore rientri nella piena e insindacabile discrezionalità del legislatore²⁰⁶.

L'art. 13 del d.lgs. 74 del 2000, così come modificato ad opera del d.lgs. 158 del 2015, rappresenta "una *norma chiave* per comprendere il sistema penale tributario", che per effetto di quest'ultimo intervento normativo appare "ridisegnato in chiave fortemente *riscossiva*, più che *punitiva*"²⁰⁷.

²⁰⁵ L'art. 13-bis co. 1 prevede una specifica circostanza in caso di pagamento del debito tributario, che trova applicazione per espressa previsione legislativa "fuori dai casi di non punibilità";

²⁰⁶ Cfr., A. TRAVERSI, *La difesa nel processo per reati tributari*, II ed., Giuffrè, 2022, pag. 59 ss;

²⁰⁷ Cfr. A. INGRASSIA, *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale: e se punire meno significasse tutelare meglio?*, in Riv. Dir. trib., 24 giugno 2020;

Ed infatti, la *ratio* di siffatta previsione può essere rintracciata nell'intento perseguito dal legislatore di *incentivare il recupero delle imposte evase*, a tal punto da prevedere la rinuncia all'applicazione della pena, pur a fronte della commissione di un reato, in presenza di una *contro condotta che reintegri il mancato gettito tributario*, in un'ottica di sussidiarietà e di "razionalità economicistica", che consente di evitare i tempi e i costi del processo penale²⁰⁸.

La non punibilità, in questo caso, si caratterizza tra l'altro per un *quid pluris* afflittivo consistente nel pagamento delle sanzioni amministrative e degli interessi.

Occorre però operare delle distinzioni tra la previsione di cui al comma 1, che si riferisce ai delitti di omesso versamento delle ritenute e dell'IVA e quella del comma 2 che ha ad oggetto, invece, alcuni delitti dichiarativi, poiché nelle due previsioni sono presenti profili critici diversi.

Com'è stato, infatti, puntualmente osservato il disvalore del fatto che giustifica le incriminazioni di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater* co. 1 sta proprio nel mancato adempimento dell'obbligazione tributaria entro un determinato termine.

Pertanto, in quest'ottica, la *previsione della non punibilità* rischierebbe di far perdere credibilità alla norma incriminatrice, portando il contribuente a fare affidamento sull'impunità pur dopo aver avuto conoscenza dell'inizio del procedimento, posto che il pagamento del tributo è possibile fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento²⁰⁹.

In relazione ai delitti dichiarativi, il comma 2 dell'art. 13 esclude che possa beneficiare della non punibilità il contribuente che adempia al debito tributario, dopo che abbia avuto però una formale conoscenza dell'intervento di accessi,

²⁰⁸ Cfr., A. TRAVERSI, *La difesa nel processo per reati tributari*, cit., pag. 59 ss; A. INGRASSIA, *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale*, cit.; A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in P. Veneziani - R. Bricchetti (a cura di), Giappichelli, 2017; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in Studi in onore di G. Marinucci, vol.II, pag. 1674 ss;

²⁰⁹ Cfr., sul punto, le considerazioni di A. INGRASSIA, *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale*, cit.; nonché S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in Dir. pen. cont. - Riv. Trim., n. 3/2020;

ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.

La norma si riferisce espressamente "*all'autore del reato*" come soggetto destinatario dell'atto formale, pertanto, nel caso in cui vengano effettuati accertamenti amministrativi in capo *all'ente contribuente*, la possibilità di beneficiare in ogni caso della non punibilità non è in astratto esclusa, salva l'ipotesi in cui l'autore del reato sia il legale rappresentante dell'ente stesso e quindi diretto destinatario degli avvisi circa l'esistenza di un procedimento a suo carico²¹⁰.

Quest'ultimo argomento conduce, di conseguenza, ad interrogarsi sulla *natura giuridica, soggettiva o oggettiva*, della previsione di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. 74 del 2000 e della conseguente possibilità di far beneficiare dell'impunità anche il contribuente rimasto inerte.

Ad una prima opinione, che ritiene che tale causa di non punibilità sopravvenuta abbia natura personale²¹¹, se ne contrappone un'altra che ritiene

²¹⁰ Tra le norme richiamate dall'art. 13 co. 2 d.lgs. 74 del 2000 rientranti nell'elenco dei delitti presupposto che fanno scattare la responsabilità da reato degli enti, ai sensi dell'art. 25-quinquiesdecies, sono inclusi esclusivamente il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'art. 2 d.lgs. 74 del 2000, di dichiarazione fraudolenta mediante altri raggiri di cui all'art. 3 d.lgs. 74 del 2000, di indebita compensazione di cui all'art. 10-quater d.lgs. 74 del 2000; cfr., sul punto, le considerazioni di A. INGRASSIA, *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale*, cit.; nonché S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., i quali mettono in luce il rischio di comportamenti opportunistici cui si espone tale previsione, poiché "il concorrente nel reato, di fatto a conoscenza dell'inizio di un accertamento amministrativo o di un procedimento penale, ma non attinto da un atto formale, potrà porre in essere la contro-azione (...) e conseguire l'impunità, in assenza di qualsiasi forma di respiscenza, elemento altrimenti caratterizzante la non punibilità. Inevitabile, sotto questo profilo, la perdita della capacità deterrente delle norme incriminatrici e, al contempo, dei tratti qualificanti degli istituti ad esse finalisticamente accomunati, agevolmente aggirabili mediante comportamenti materialmente antagonisti del contribuente, ormai smascherato, adottati esclusivamente per sottrarsi all'ultimo istante alla rete delle pene principali e accessorie (dalle quali andrebbe esente, per giunta, anche il concorrente già formalmente "scoperto", trattandosi – come visto – di cause di non punibilità ad efficacia oggettiva)".

²¹¹ Cfr., in questo senso, A. TRAVERSI, *La difesa nel processo per reati tributari*, cit., pag. 59 ss;

che essa abbia carattere prettamente oggettivo e pertanto possa estendersi anche al contribuente concorrente nel reato che non si sia attivato.

Tale conclusione, in particolare, è basata su due assorbenti considerazioni.

Da un lato, si impone un argomento di carattere sistematico, posto che laddove il legislatore ha voluto negare l'estensione della non punibilità ai concorrenti lo ha fatto esplicitamente, così come avvenuto nella disciplina sulla cd. *voluntary disclosure*²¹².

Dall'altro, invece, un argomento di ordine letterale, poiché nell'art. 13 d.lgs. 74 del 2000 si fa riferimento all'*estinguersi dei delitti tributari* ("i debiti tributari... sono stati estinti"), mostrando così *indifferenza* rispetto al *soggetto che reintegri la lesione patrimoniale*, tant'è che quest'ultimo potrebbe anche non essere un concorrente nel reato ma un soggetto ad esso estraneo.

Secondo quest'orientamento, dunque, tali argomenti inducono a ritenere che l'art. 13 d.lgs. 74 del 2000 contenga una causa di non punibilità "*(iper)oggettiva*" e debba per ciò essere applicata *a tutti i concorrenti nel reato*, ai sensi dell'art. 119 co. 2 c.p.

Del resto, nell'ottica riscossiva più che punitiva in cui si pone il diritto penal-tributario, non si perverrebbe a nessun risultato concreto imponendo al concorrente che non ha pagato di disinnescare un'offesa ormai annullata per effetto della condotta del concorrente che ha pagato l'intero²¹³.

3.4. La collaborazione processuale

²¹² Si tratta dell'antecedente storico, disciplinato dal d.l. 167 del 1990 e modificato dalla l. 186 del 2014 dell'attuale causa di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs 74 del 2000; per approfondimenti su tale istituto si rinvia ad A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in P. Veneziani - R. Bricchetti (a cura di), Giappichelli, 2017;

²¹³ Cfr. S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario*, cit.; A. INGRASSIA, *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale*, cit., che conclude le sue riflessioni critiche ritenendo che nell'ambito penal-tributario, piuttosto che su cosa e come punire, sarebbe più opportuno interrogarsi "su cosa e come non punire più per tutelare meglio gli interessi dell'erario";

Veniamo ora alle norme premiali previste in caso di collaborazione processuale.

Com'è stato osservato, esse hanno avuto un impatto "così quantitativamente consistente da sollecitare *questioni non dissimili da quelle poste dalle ipotesi di non punibilità*"²¹⁴, per cui si ritiene necessaria una loro sintetica disamina.

L'art. 630 co. 4 c.p. fa la propria comparsa nell'ordinamento a partire dalla legge 14 ottobre 1974 n. 497 e viene poi stabilizzato con la legge 30 dicembre 1980, n. 894.

Come anticipato, esso rappresenta una tipica ipotesi di "*ravvedimento sostanziale*" poiché, nel prevedere una *corposa riduzione della pena* – si passa dai 25 ai 30 anni di cui al comma 1, alla cornice di cui all'art. 605 c.p. che va da 6 mesi a 8 anni – a favore del soggetto che si adopera per far riacquistare la libertà al sequestrato, senza che tale risultato sia conseguenza del pagamento del "riscatto", premia la contro condotta che sia in grado di *incidere causalmente sull'offesa già arrecata al bene giuridico tutelato dalla norma (rectius, ai beni giuridici della libertà personale del sequestrato e del suo patrimonio)*, eliminandola²¹⁵.

Se tale disposizione sembra tutta incentrata sull'idea di ottenere una tutela *in extremis* del bene giuridico, interrompendone l'offesa permanente, ci si allontana sensibilmente da questa prospettiva nella previsione immediatamente successiva, ovvero quella di cui all'art. 630 co. 5 c.p., introdotta nel testo della disposizione dall'art. unico della l. 30 dicembre 1980, n. 894²¹⁶.

In tal caso si prevede comunque un'importante riduzione della pena – l'ergastolo viene sostituito dalla reclusione da 12 a 20 anni e le altre pene temporanee vengono ridotte da un terzo a due terzi – non perché si è determinata

²¹⁴ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, 2002, pag. 20 ss;

²¹⁵ Cfr., *supra*, cap. III, par. 3;

²¹⁶ Una disposizione premiale di contenuto simile era prevista nell'art. 4 del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, conv. in l. 6 febbraio 1980 n. 15, secondo cui "per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art. 289-bis del codice penale, quando uno dei concorrenti, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per la individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena è diminuita della metà, cfr., per approfondimenti sul punto, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 28 ss;

la liberazione del sequestrato, ma a fronte del fatto che il concorrente che si è dissociato e si è adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori ovvero, in alternativa, ha prestato un aiuto concreto alle autorità competenti nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti²¹⁷.

“L'aiuto concreto” prestato alle autorità – cd. *collaborazione processuale* – si ripropone, in diverse forme, come elemento decisivo a cui viene subordinata la possibilità di fruire delle riduzioni di pena²¹⁸.

L'art. 630 co. 5 c.p., in particolare, ha rappresentato il *modello* su cui si è innestata la successiva elaborazione di altre ipotesi di ravvedimento basate – più che su una reintegrazione dell'offesa perpetrata al bene giuridico – piuttosto sull'*apporto informativo* prestato alle autorità al fine di individuare ulteriori concorrenti nel reato (cd. “*ravvedimento processuale*”)²¹⁹.

Ci si riferisce, tra i molti, alle rilevanti riduzioni di pena accordate dall'art. 416-bis.1. co. 4 c.p.²²⁰ nei confronti degli imputati per delitti di cui all'art. 416-bis

²¹⁷ Ai sensi dell'art. 630 co. 5 “nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a vent'anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi”;

²¹⁸ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 375 ss, in cui l'A. classifica i diversi modelli di collaborazione processuale introdotti successivamente all'entrata in vigore del codice del 1930 in tre gruppi. Nel primo rientrano le fattispecie di “pura collaborazione processuale”, basate esclusivamente sull'apporto informativo alle autorità (come avviene, ad es., negli artt. 4 del d.l. n. 625 del 15 dicembre 1979 conv. in l. 6 febbraio 1980 n. 15 e l'art. 630 co. 5); nel secondo rientrano le fattispecie di “collaborazione mista”, che richiede congiuntamente l'apporto informativo e un ravvedimento sostanziale (come avviene, ad es., nell'art. 5 del d.l. n. 625 del 15 dicembre 1979 conv. in l. 6 febbraio 1980 n. 15); infine, nel terzo gruppo, rientrano le ipotesi di “collaborazione eventuale o alternativa”, in cui l'apporto informativo alle autorità si configura come possibile modalità idonea ad impedire le conseguenze ulteriori del reato (come avviene, ad es., nell'art. 416-bis.1.);

²¹⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 31;

²²⁰ L'art. 416-bis.1. è stato inserito nel codice penale dal d.lgs. 1 marzo 2018; il testo dell'attuale previsione è stato originariamente introdotto nell'ordinamento dall'art. 8 del d.l. n. 152 del 1991 conv. con modif. nella l. n. 203 del 1991, abrogata per effetto del d.lgs. 1 marzo 2018;

c.p. e per altri delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso che, dissociandosi dagli altri, collaborino con la giustizia in modo da evitare "che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori *anche aiutando* concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".

In tali casi, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.

Concentrandoci in particolare sul *comportamento* a cui siffatta normativa assegna rilevanza al fine di riconoscere una riduzione di pena, dalla lettura della norma emerge che chi si trovi imputato per delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per altri delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso debba cumulativamente *dissociarsi* adoperandosi affinché l'attività delittuosa non venga portata a conseguenze ulteriori nonché, nello specifico, *aiutando* le autorità tanto nell'*individuazione di elementi decisivi* quanto nell'identificazione degli *altri autori di reati*.

Per quanto riguarda nel dettaglio la *dissociazione*, essa consiste nella *positiva dimostrazione dell'avvenuto distacco dall'associazione criminale*, che solitamente avviene attraverso la collaborazione in sede processuale, purché quest'ultima risulti spontanea e affidabile²²¹.

specularmente all'attenuante, contiene anche una specifica aggravante, al comma 1, stabilendo che "per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà".

²²¹ Se la richiesta dissociazione appare facilmente comprensibile nei confronti degli imputati per il delitto di cui all'art. 416-bis o altri delitti commessi avvalendosi delle condizioni ivi previste, maggiori dubbi ha sollevato la previsione di tale requisito nei confronti degli imputati per delitti commessi al fine di agevolare le attività delle associazioni mafiose, posto che questi ultimi, a differenza dei primi, non presuppongono lo stabile inserimento dell'agente all'interno dell'organizzazione criminale, rispetto alla quale anzi, nella maggior parte dei casi, risulta estraneo. Ciononostante, sulla base di una ritenuta omogeneità di struttura dell'associazione mafiosa e del concorso eventuale, la dissociazione di chi abbia agito al fine di agevolare l'associazione mafiosa di riferimento consiste pur sempre nel recesso dall'organizzazione criminale attuato attraverso la collaborazione, cfr., per un approfondimento sul punto, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 83;

La collaborazione potrà consistere nell'impedimento delle conseguenze ulteriori dell'attività delittuosa, requisito quest'ultimo che deve essere interpretato nel senso di ritenere rilevanti per lo sconto di pena quelle condotte che risultino in astratto oggettivamente idonee a tal fine, indipendentemente dal fatto che in concreto lo realizzino attraverso, ad esempio, lo scioglimento dell'associazione criminale o la rivelazione di un reato-scopo che sta per essere commesso e che può pertanto essere impedito²²².

In tal senso, potranno essere ritenute idonee all'impedimento delle conseguenze ulteriori soltanto le collaborazioni che abbiano ad oggetto reati che possono in concreto così atteggiarsi, come ad esempio i reati permanenti.

Infine, la norma prevede una specifica modalità per impedire la realizzazione delle conseguenze ulteriori di attività criminali già iniziate, consistente nell'aiuto concreto prestato alle autorità attraverso la raccolta di elementi decisivi tanto per la ricostruzione dei fatti quanto per l'individuazione o cattura degli autori dei reati.

Si tratta, in buona sostanza, della *narrazione dettagliata di fatti*, come può essere l'individuazione di un nascondiglio, e di chiamate in correità che consentano di acquisire prove o di individuare altre persone coinvolte che non sarebbero altrimenti facilmente ottenibili o identificabili²²³.

Così rapidamente individuata la struttura e il funzionamento della norma, occorre ora soffermarsi sulla *ratio* di tale previsione, che utilizziamo come esempio per il nostro ragionamento, tra i molti che se ne potrebbero fare.

Il *punctum dolens* sta nel fatto che nelle fattispecie premiali basate sulla collaborazione processuale la riduzione di pena discende, appunto, da un

²²² Così come non si richiede l'effettivo impedimento delle conseguenze ulteriori dell'attività delittuosa, altrettanto irrilevante resta la mera convinzione di aver posto in essere il fine indicato dalla legge, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 81, secondo cui attraverso tale previsione il legislatore avrebbe dato vita ad "un'ipotesi premiale di pericolo presunto, ritenendo, sulla base di massime di esperienza, che ogni collaborazione processuale seria indebolisca di per sé l'associazione mafiosa, mettendone in forse l'esistenza o comunque la solidità e normale operatività e con ciò incidendo sul grado del pericolo da essa promanante";

²²³ In tal caso si ritiene che il beneficio debba essere applicato a chi abbia collaborato, purché il suo contributo appaia oggettivamente idoneo ai fini indicati dalla norma, anche nel caso in cui il suo contributo non venga valorizzato dalle autorità, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 84;

comportamento che si concretizza nel fornire un aiuto investigativo o nella ricostruzione di determinati fatti.

Sul punto, sono state sostenute diverse opinioni.

Da un lato, è stato ritenuto che “l’aiuto nella raccolta di prove decisive è decisamente *eccentrico rispetto al piano della lesione criminosa*” e che quindi nulla possa avere a che vedere con una reintegrazione dell’offesa perpetrata al bene giuridico.

In altri termini, secondo questa visione, tanto la previsione della dissociazione quanto dell’aiuto concreto prestato alle autorità imporrebbero al beneficiario “una vera e propria scelta di campo... una sorta di *pentimento civile*”²²⁴.

Così facendo, la legge sposta il baricentro della riduzione di pena *dal piano oggettivo*, legato alla reintegrazione dell’offesa, *al piano soggettivo*, legato al pentimento e alla disponibilità a collaborare²²⁵.

D’altra parte, questa opzione normativa non sarebbe da attribuire ad una calibrata valutazione legislativa degli interessi in gioco, quanto piuttosto alla *carezza degli strumenti di ricerca e di indagine* e all’*incapacità* in generale del sistema di *fronteggiare i fenomeni criminali* come quello del terrorismo, cui si tenta di supplire attraverso la previsione degli istituti premiali.

²²⁴ “Mentre al ladro che sta eseguendo un furto si prospetta semplicemente l’opportunità di non sottrarre la cosa, o di non impossessarsene, al terrorista si chiede di rinunciare ad essere tale”, così Cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove forme di “ravvedimento”*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1981, pag. 537, le cui affermazioni sono legate alle previsioni di cui agli artt. 4 e 5 del d.l. n. 625 del 15 dicembre 1979 conv. in l. 6 febbraio 1980 n. 15 e l’art. 630 co. 5);

²²⁵ Cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione.*, cit., pag. 537; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., pag. 146; cfr., inoltre, L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla “punibilità”*, cit., pag. 417, che in relazione alla normativa antiterrorismo ritiene che “è sufficiente un rapido excursus sulla stessa per percepire l’evoluzione della materia che ci interessa: le nuove ipotesi d’impunità, inizialmente modellate sugli schemi delle figure oggettive di recesso attivo, se ne sono presto discostate per assumere connotazioni del tutto nuove. Dalla non punibilità per i casi in cui la condotta del soggetto realizza una tutela dello stesso bene offeso dal reato, si è presto giunti all’impunità in cambio della collaborazione processuale fino a dar rilevanza a manifestazioni soggettive concretatesi in scelte di campo ed in vere e proprie abiure. Si profila un distacco ben netto dal momento lesivo mentre la pena, meglio la sua attenuazione, tende a sfuggire dalla dimensione di tutela dei beni giuridici”;

In questo senso, quindi, tali benefici sarebbero espressivi di una *“disfunzione di prevenzione generale”*, fondandosi più che su un valore, su un *disvalore*²²⁶.

Di diverso avviso, invece, chi ritiene che anche le ipotesi di collaborazione processuale *“pura”* o *“alternativa”*²²⁷ possano essere ricondotte a delle forme di *tutela dei beni giuridici già offesi*, sebbene nella loro *“proiezione futura”*.

Secondo questa visione, infatti, sebbene i beni giuridici tutelati dalle fattispecie incriminatrici di volta in volta rilevanti siano stati *irrimediabilmente compromessi e non risultino più reintegrabili* (come avviene ad esempio nell'omicidio commesso al fine di agevolare la criminalità di tipo mafioso), la previsione di disposizioni premiali a fronte della collaborazione può incidere positivamente *“sulla tutela del bene ordinamento costituzionale”*²²⁸.

Ed infatti, secondo questa prospettiva, l'aiuto investigativo fornito alle autorità, consistente nell'individuazione di concorrenti e del funzionamento delle associazioni criminali, *“appaiono idonei a consentire la tutela preventiva dello stesso bene (ordinamento costituzionale) offeso con la condotta delittuosa”*, perché consentono di indebolire la struttura associativa e, in definitiva, di contenere il pericolo da essa determinato²²⁹.

Trattandosi di una particolare forma di *“condotta susseguente al reato”*, la *collaborazione processuale* deve essere tenuta in considerazione dal giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p., per valutare l'eventuale minore capacità a delinquere del reo²³⁰.

Va da sé quindi che essa potrà essere valutata solo in riferimento al trattamento sanzionatorio del singolo soggetto agente.

²²⁶ Cfr., in tal senso, le affermazioni critiche di T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo”*, cit., pag. 421 ss; G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit. pag. 163;

²²⁷ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 375 ss, in cui l'A. classifica i diversi modelli di collaborazione processuale introdotti successivamente all'entrata in vigore del codice del 1930 in tre gruppi;

²²⁸ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 395;

²²⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 395;

²³⁰ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 490;

3.5. I “moderni” condoni

L'allontanamento della “non punibilità” dal piano della reintegrazione o della riparazione al bene giuridico tutelato con l'incriminazione è resa ancor più evidente dall'utilizzo di *strumenti di clemenza atipici*, quali sono appunto i condoni.

Non è possibile, in questa sede, approfondire la “storia” dei classici strumenti di clemenza, quali l'amnistia e l'indulto, che rischierebbe di allontanarci dal *focus* del discorso²³¹.

Esse, com'è noto, integrano dei provvedimenti di carattere generale che determinano, rispettivamente, l'estinzione del reato e l'estinzione della pena, che vengono (o meglio, venivano) solitamente approvati per ragioni di pura discrezionalità politica, poiché la legge non prevede dei presupposti specifici per la loro emanazione²³².

È importante sottolineare che l'effetto estintivo che discende da tali istituti si verifica indipendentemente da un comportamento concreto posto in essere dal beneficiario.

Basterà ricordare, in proposito, che la loro utilizzabilità è attualmente fortemente limitata per effetto della modifica dell'art. 79 Cost. avvenuta attraverso la legge costituzionale 6 marzo 1992 n. 1 e finalizzata, appunto, a reprimere la prassi di abuso di siffatti strumenti.

L'approvazione di una legge d'amnistia o di una legge d'indulto è adesso subordinata alla votazione favorevole dei due terzi dei componenti di ciascuna

²³¹ Per i dovuti approfondimenti, anche in una prospettiva storica, si rimanda a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Edizioni scientifiche italiane, 2007; P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 23 ss;

²³² Sull'utilizzabilità dell'indulto in un'ottica di gestione del rischio da contagio da Covid-19 in situazioni di sovraffollamento carcerario, si rinvia ad A. PUGIOTTO, *Amnistia e indulto: le buone ragioni di una recente proposta di legge di revisione costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 22 giugno 2020, in cui si condivide il contenuto del d.d.l. n. 2456 del 2 aprile 2020 finalizzato ad introdurre nell'art. 79 Cost due presupposti applicativi dell'amnistia e dell'indulto, ovvero la presenza di «situazioni straordinarie» o di «ragioni eccezionali»; cfr., in generale, sui rapporti tra non punibilità e politica criminale, nell'ottica del diritto penale quale strumento di gestione dell'emergenza sanitaria, P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Sistema Penale*, 29 settembre 2020;

camera, quindi di un'ampia (e spesso irraggiungibile) maggioranza parlamentare, in ogni suo articolo e nella votazione finale²³³.

Per quanto riguarda l'applicabilità o meno dell'art. 79 Cost. anche agli atti di clemenza atipici sembrano potersi individuare due diverse prospettive.

Da un lato, vi è chi ritiene che tale disposizione debba trovare applicazione solo nei confronti dell'amnistia e dell'indulto quando vengono utilizzati dal legislatore per perseguire interessi prettamente politici ovvero nel caso in cui divengano strumentali a favorire l'entrata in vigore di determinate riforme legislative o a sfoltire i processi pendenti o il numero dei detenuti, poiché solo in questi casi si è di fronte ad "atti di significato prettamente politico", che risultano comunque "estranei ai valori sottesi al sistema penale", a differenza dei condoni e delle sanatorie che, in quanto determinano una "ridefinizione provvisoria della gerarchia degli interessi in gioco", attraverso la prevalenza accordata alla tutela del medesimo bene giuridico tutelato dall'incriminazione o di un diverso bene che risulti comunque interno al sistema, possono essere piuttosto demandati "al parlamento a maggioranza ordinaria, nelle stesse forme con le quali sono poste le norme incriminatrici"²³⁴.

²³³ Sulla necessità in generale di riformare gli istituti di clemenza collettiva, per restituire loro una certa agibilità, non si può che rimandare ad A. PUGIOTTO-S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Costituzione e clemenza: per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Saggi Ediesse, 2018; si veda, inoltre, quanto osservato da V. MAIELLO, *Verso una nuova clemenza collettiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, pag. 573 ss;

²³⁴ Cfr. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2004, pagg. 209-212; secondo l'A., il "generale potere di clemenza" può essere articolato in quattro modelli: nel modello classico, rientrano l'amnistia e indulto con cui il legislatore persegue interessi prettamente politici, estranei ai valori del sistema quali il principio di uguaglianza o la funzione di prevenzione generale (si pensi, ad es., alle amnistie pacificatrici o celebrative); nel secondo modello, rientrano i provvedimenti di clemenza generale utilizzati per fini comunque estranei a quelli di tutela del bene giuridico, come ad esempio l'entrata in vigore di una nuova riforma o lo sfoltimento delle carceri (si pensi, ad es., all'amnistia del 1990, finalizzata a favorire l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale); nel terzo modello, rientrano i provvedimenti di clemenza atipici, come i condoni, in cui vengono privilegiati interessi diversi da quelli tutelati dall'incriminazione ma pur sempre interni al sistema (si pensi, ad es., ai condoni edilizi in cui viene assegnato valore prevalente all'interesse abitativo piuttosto che a quello della regolarità urbanistica); nel quarto modello, infine, vanno ricondotte le sanatorie e i condoni con cui si incentiva la reintegrazione del medesimo bene

Diversamente, secondo un'altra prospettiva, l'attivazione del procedimento di cui all'art. 79 Cost. dovrebbe essere utilizzato solo a fronte di una legge che introducesse una causa di non punibilità retroattiva per scopi di mera clemenza (vera e propria amnistia), mentre dovrebbe essere utilizzato il procedimento legislativo ordinario nel caso in cui il legislatore dovesse regolare il passaggio da un determinato regime giuridico ad un altro, per ragioni specifiche di diritto transitorio (cd. "*abolitio criminis* retrospettiva")²³⁵.

Al di là dell'adesione all'una o all'altra impostazione, la concreta inutilizzabilità dell'indulto e dell'amnistia ha condotto, a partire dagli anni '80 e ancora di più dopo la riforma costituzionale del 1992, all'utilizzo dei condoni, ovvero degli strumenti di clemenza atipici, poiché non disciplinati dal codice, con cui, al fine di regolarizzare situazioni di *illegalismo di massa* (quali l'evasione fiscale o l'abusivismo edilizio), si prevede l'estinzione della pena in concreto a fronte del pagamento di determinate somme di danaro²³⁶.

Ci si riferisce, in particolare, ai condoni tributari, previdenziali e urbanistici con cui, in qualche misura, lo Stato "*scende a patti*" con i potenziali autori, *rinunciando all'accertamento dei reati* eventualmente commessi *in cambio del*

tutelato con l'incriminazione (si pensi, ad es., ai condoni tributari in cui il pagamento integrale dell'imposta elimina l'offesa al bene giuridico);

²³⁵ Si è di fronte ad un "*abolitio criminis* retrospettiva" nel caso in cui il legislatore dichiarasse espressamente "la non punibilità di fatti pregressi che risultassero, da un raffronto tra le fattispecie, in parte ancora punibili alla luce del nuovo dettato normativo", cfr. M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in Cass. Pen., 2003, pag. 1808 ss, in particolare pag. 2880; critica questa impostazione, V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto*, cit., pag. 496, secondo cui il potere di clemenza, che si esprime attraverso l'amnistia, e il potere di cancellare la punibilità di classi di sotto-fattispecie, che si esprime attraverso l'abolizione parziale, "non sono qualitativamente differenziabili: essi configurano, invero, una forma di esercizio della sovranità distinta dalla funzione legislativa ordinaria e, quindi, autonoma rispetto alle tipiche espressioni di quest'ultima, quale certamente è il potere di *abolitio criminis*". (...). L'*abolitio criminis* retrospettiva "non è altro che una forma di cancellazione del passato, attuata attraverso la sospensione retroattiva della punibilità correlata ad una legge incriminatrice ancora in vigore; perciò, rientra nell'area di rilevanza tradizionalmente coperta dall'istituto dell'amnistia";

²³⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pag. 590;

*rientro di ricchezza nelle casse dello Stato, in una logica pienamente contrattuale*²³⁷, che persegue obiettivi di *efficienza* andando talvolta *“al di fuori dei valori”*²³⁸.

Che si tratti di una tematica ancora attuale è, tra l'altro, dimostrato (oltre che in generale dal massiccio utilizzo di tali strumenti da parte delle più diverse forze politiche dopo il 1992) dal fatto che negli attuali discorsi politici si prospetta l'introduzione di un condono tributario e di un più ampio progetto di *“pace fiscale”* per i reati di omessa dichiarazione dei redditi, di omesso versamento e di dichiarazione infedele, secondo cui il pagamento integrale dell'obbligazione fiscale, unitamente ad una sanzione aggiuntiva, determinerebbe l'estinzione di tali reati, espressamente definiti *“meramente formali”*²³⁹.

Ma procediamo con ordine, operando una distinzione tra l'ambito tributario e quello edilizio, al fine di mettere in luce il diverso svolgersi della dinamica della *“non punibilità clemenziale”*²⁴⁰ nei due diversi settori.

Per quanto riguarda i condoni *in ambito tributario*, infatti, non si tratta di meccanismi che sono totalmente alieni rispetto ad una funzione di tutela del bene giuridico, posto che nella maggior parte dei casi essi prevedono il pagamento, almeno in parte, dei tributi evasi e consentono quindi di pervenire ad una *parziale reintegrazione dell'interesse statale offeso*, ovvero quello alla regolare percezione dei tributi da parte dei cittadini (art. 53 Cost.)²⁴¹.

²³⁷ Per un'elencazione esaustiva di tutti i provvedimenti di clemenza atipici approvati nelle materie tributarie, previdenziali e urbanistiche fino al 2015, si rinvia a M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in Studi in onore di Franco Coppi, vol. II, Giappichelli, pag. 942 ss; per un'analisi dell'utilizzo di tali strumenti negli anni '80, si rinvia a T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo”*, cit., pag. 427 ss;

²³⁸ Cfr. V. MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e post-modernità penalistica*, in S. Moccia (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Edizioni scientifiche italiane, pag. 136;

²³⁹ Queste le dichiarazioni del viceministro della Giustizia Francesco Paolo Sisto a proposito del condono fiscale: *“un emendamento di imminente presentazione metterà nero su bianco la possibilità di estinguere una serie di “reati meramente formali”, probabilmente tramite il pagamento di una sanzione aggiuntiva. Si tratterebbe di una norma perfettamente in linea col progetto di pace fiscale del governo, nell'idea che “adempiere integralmente all'obbligazione fiscale, con una sanzione aggiuntiva, possa legittimare una sorta di causa estintiva per condotta riparatoria per reati meramente formali, non certo in caso di frodi”*;

²⁴⁰ Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., pag. 942 ss;

²⁴¹ Cfr. V. MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e post-modernità penalistica*, cit., pag. 136; di opinione critica, rispetto all'amnistia tributaria di cui al d.P.R. n. 525 del 1983 e al connesso condono di cui al d.l.

Se questo è vero, da un lato, non può non notarsi, dall'altro, come tali meccanismi indeboliscano inevitabilmente l'effettività e credibilità della normativa penaltributaria, poiché celano quella "scarsa funzionalità del fisco, che stimola fiducia nell'impunità fiscale"²⁴².

Detto altrimenti, attraverso la prospettata impunità si corregge il vizio originario di una *normativa incriminatrice non rispettosa dell'extrema ratio*: ciò che avrebbe dovuto essere depenalizzato sin dall'origine, viene espulso dal circuito penale soltanto *ex post*²⁴³.

Una dinamica abbastanza diversa si registra, invece, nei *condoni edilizi*: in questi casi, infatti, l'estinzione del reato e la conseguente non punibilità è determinata dal *versamento di somme* di denaro da parte degli interessati, che però non si traduce in alcun modo in una *reintegrazione dell'offesa* perpetrata all'interesse tutelato²⁴⁴.

Gli abusi edilizi, infatti, incidono sulle esigenze fondamentali sottese al governo del territorio – offendendo non solo i beni della tutela del paesaggio e

n. 429 del 1982, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., che, a pag. 430-431, afferma che "il legislatore... stabilisce che l'estinzione dei vari reati compresi nell'amnistia sia subordinata alla mera presentazione delle istanze e delle domande, come alla mera presentazione di esse è del resto vincolata l'efficacia del condono: mediante tali atti il contribuente si rende debitore di un'imposta rigidamente determinata in base a criteri dettati dalla legge, il cui versamento non è tuttavia né costitutiva della fattispecie di condono né condizione per l'applicabilità dell'amnistia (...). Nel condono e nell'amnistia tributaria il legislatore prospetta dunque l'estinzione di una punibilità per un corrispettivo che non ha alcun rapporto reale con l'offesa realizzata, e che accredita la pessima immagine di uno Stato forte coi deboli e debole coi forti; un autentico viatico per il cammino della riforma penale tributaria concepita all'insegna di un rafforzamento della prevenzione generale"; cfr., inoltre, C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 2004, pagg. 212, secondo cui "il basso prezzo dell'impunità è del resto figlio dello sconto praticato sul piano fiscale ecc. per incentivare l'emersione, e specchio della funzione meramente sanzionatoria che il diritto penale finisce per assumere in determinati campi di materia";

²⁴² Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 431; V. MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e post-modernità penalistica*, cit., pag. 136;

²⁴³ Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., pag. 946;

²⁴⁴ Cfr. C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., pag. 1695;

del patrimonio storico artistico, ma anche il coordinamento a fini sociali dell'iniziativa economica e la funzione sociale della proprietà (artt. 9, 41, 42 Cost.) – e il pagamento di una somma di danaro in funzione estintiva mantiene sostanzialmente intatto il pericolo perpetrato con l'abuso edilizio²⁴⁵.

In questi casi, allora la non punibilità assurge al ruolo di vera e propria merce di scambio, in un "traffico delle indulgenze" in cui lo Stato "svende la pena", in una logica di mercato in cui è assolutamente prevalente l'interesse al recupero di introiti nelle casse dello Stato e il consenso politico che discende dalla prospettata impunità, rispetto alla salvaguardia dei beni giuridici sottesi all'incriminazione e alla coerenza del sistema.

Sulla legittimità dell'utilizzo dei condoni edilizi (approvati, beninteso, al di fuori della procedura di cui all'art. 79 Cost.) e sulle finalità con essi perseguite si è in più occasioni espressa la Corte costituzionale, che alla fine, con diverse motivazioni, ha sempre salvato la disciplina del condono edilizio originariamente contenuta nella l. 47 del 1985 e oggetto di successive proroghe, ad opera della l. 724 del 1994 e della successiva l. 24 novembre 2003, n. 326²⁴⁶.

Preliminarmente la Corte si è trovata a valutare la natura giuridica del condono edilizio di cui all'art. 38 della l. 47 del 1985 e, non senza difficoltà, ha escluso che esso potesse essere ricondotto alla disciplina dell'amnistia poiché prevede tra i suoi presupposti applicativi la "mediazione di un fatto", ovvero la

²⁴⁵ Cfr., C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 210, secondo cui "se, infatti, lo Stato baratta la pena per reati diversi da quelli tributari contro il pagamento di (sole) somme di danaro, senza null'altro pretendere in termini di reintegrazione\eliminazione del reato o delle sue conseguenze ulteriori, la natura dell'atto di clemenza muta, e da espressione di un bilanciamento giuridico (per quanto discutibile negli esiti) si trasforma in una forma di perdono a pagamento strumentale a esigenze di politica finanziaria, come tali esterne al sistema costituzionale penale";

²⁴⁶ La l. n. 47 del 1985 (oggetto della sentenza Corte cost., sent. 31 marzo 1988, n. 369) trovava applicazione per opere abusive costruite fino all'1 ottobre del 1983; i suoi effetti sono stati poi prorogati con l. 724 del 1994 (oggetto della sentenza Corte cost, 12 settembre 1995 n. 427) per opere ultimate entro il 31 dicembre 1993; è intervenuto infine il d.l. n. 269 del 2003 conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, per opere terminate entro il 31 luglio 2003, cfr., C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 226; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., pag. 1693;

presentazione di una domanda di sanatoria (autodenuncia) e il pagamento di una somma di danaro²⁴⁷.

Esso non si apparenta nemmeno all'ammnistia "condizionata" di cui all'art. 151 co. 4 c.p, poiché il pagamento di una somma di danaro non può essere ricondotto al concetto di "condizione" in senso proprio²⁴⁸.

Il condono edilizio di cui all'art. 38 della l. 47 del 1985 prevede "una complessa fattispecie estintiva, che si compone, per sintetizzare, anzitutto della *domanda di sanatoria* e del *pagamento della (prima) rata* di cui al primo comma dell'art. 35 (e questi elementi, per il disposto di cui al primo comma dell'art. 38, già producono effetti preliminari, la sospensione del processo penale e di quello

²⁴⁷ Cfr., in particolare, il par. 3 del considerato in diritto, sent. Corte cost., sent. 31 marzo 1988, n. 369 "il condono edilizio di cui alle norme impugnate non integra gli estremi dell'istituto dell'ammnistia. L'ammnistia (come l'indulto) è, invero, una particolarissima causa d'estinzione. Intanto, in ordine ad essa, una legge (il codice penale) prevede il decreto d'ammnistia (ed indulto) come estintivo (si vedrà subito "di che") senza far riferimento ad alcuna fattispecie concretamente estintiva. Dal fondamento dell'ammnistia (misura di clemenza generalizzata) deriva un suo specifico modo di funzionare, una particolare struttura che la diversifica dalle altre cause d'estinzione. Mentre, in generale, le altre cause (ma si dovrebbero, poi, distinguere, una per una le "altre" cause) operano, producono l'estinzione attraverso la mediazione d'un fatto, d'una fattispecie concreta, l'ammnistia produce, direttamente, l'effetto estintivo senza mediazione fattuale alcuna. Il codice penale, per le altre cause d'estinzione, di cui agli artt. 150 e segg., indica specificamente i fatti, le fattispecie, poste in essere le quali, in concreto si produce l'effetto estintivo (i fatti ad es. della morte del reo, del decorso del tempo ecc.); per l'ammnistia, invece, fa discendere (a parte l'ammnistia c.d. "condizionata", alla quale si accennerà fra breve) l'effetto estintivo direttamente, senza mediazioni di sorta, dal decreto d'ammnistia, quasi unanimemente riconosciuto di natura legislativa. Carattere peculiare dell'ammnistia è, infatti, anzitutto quella d'incidere sulla "punibilità" determinata da alcune norme penali incriminatrici. Si badi: della "punibilità" che è già effetto della norma e che, pertanto, ben può essere "estinta" prima ancora che siano accertati i fatti di reato dai quali "potrebbe conseguire" l'effettiva punibilità del reo".

²⁴⁸ Si tratta di un passaggio abbastanza "oscuro", cfr., in particolare, il par. 3 del considerato in diritto "Or è ben vero che l'ammnistia può essere sottoposta a condizioni o ad obblighi, secondo la lettera dell'art. 151, quarto comma, c.p. e, pertanto, anche al pagamento d'una somma di danaro: ma non di "condizioni" in senso proprio si tratta. La condizione (sospensiva) infatti, presuppone sempre (essa è, appunto, elemento futuro) precedenti elementi c.d. essenziali, la produzione, da parte dei quali, di concreti effetti giuridici è appunto condizionata e, pertanto, paralizzata dal mancato avveramento della medesima: la condizione, così, completa e conclude una serie precedente di altri elementi (c.d. essenziali)".

per le sanzioni amministrative) dell'intero procedimento amministrativo, non giurisdizionale, per la sanatoria ed, infine, del pagamento integrale dell'oblazione. Tal pagamento è, soltanto, l'ultimo elemento della precitata complessa fattispecie estintiva, la quale, almeno di regola (salvo, infatti, il caso di opere insanabili) produce, oltre all'effetto penalmente estintivo, anche l'effetto, costitutivo, determinato dalla concessione della sanatoria amministrativa. Una stessa fattispecie viene ad essere, pertanto, almeno di regola, costitutiva (di effetti amministrativi) ed estintiva (di effetti penali)".

Pertanto, alla luce di queste premesse, la Corte ritiene che l'effetto estintivo concreto che si realizza per effetto della normativa impugnata non discenda da una "preliminare estinzione della punibilità "astratta" di alcune norme incriminatrici di parte speciale, bensì soltanto a seguito delle manifestazioni di concrete volontà degli interessati e dell'autorità amministrativa".

Il condono, pertanto, potrebbe essere classificato come una "*causa di improcedibilità sopravvenuta*"²⁴⁹.

Fatti questi chiarimenti in punto di natura giuridica, la Corte ritiene che le *finalità perseguite dal legislatore* attraverso tale normativa siano, da un lato, quello di "*chiudere un passato illegale*", per cui sarebbe risultato contraddittorio punire coloro che proponessero l'autodenuncia; ma, d'altro lato, anche le *finalità economico-finanziarie*, tenuto conto del fatto che l'oblazione deve essere corrisposta anche nelle ipotesi in cui le opere non sono sanabili dal punto di vista amministrativo.

A questo punto, la Corte valuta la legittimità della non punibilità derivante dal condono, nella prospettiva dei valori da esso tutelati ("i limiti al

²⁴⁹ cfr., in particolare, il par. 3 del considerato in diritto "l'effetto definitivamente impeditivo dell'ulteriore corso del procedimento penale e quello estintivo dei reati, di cui al secondo comma dell'art. 38 della legge n. 47 del 1985 (...) deriva dunque dall'intera "mediatrice" fattispecie sopra descritta (dal fatto mediatore dell'efficacia estintiva) e non dall'integrale corresponsione dell'oblazione, determinata, in via definitiva, dal Sindaco, ai sensi del nono comma dell'art. 35 della legge in esame, contestualmente al rilascio, di regola, della concessione od autorizzazione in sanatoria. Né il "condono" di cui alle disposizioni impuginate può esser inquadrato fra le cause d'estinzione della pena: quest'ultima, ai sensi delle predette disposizioni, non può essere concretamente irrogata; conseguentemente non può "estinguersi" ciò che non è sorto, cioè una pena non concretamente inflitta".

potere di clemenza", anche se atipica), in particolare con riferimento al principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e alle "*finalità proprie della pena*".

Ed infatti, secondo la Consulta "tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, deve trovare la sua "giustificazione" nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato. La "non punibilità" o la "non procedibilità", dovuta a situazioni successive al commesso reato (...) deve comunque essere valutata in funzione delle finalità "proprie" della pena: ove l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale, come è stato esattamente sottolineato, da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima. (...) La "non punibilità" e la "non procedibilità", di cui ai moderni condoni penali, specie quando "cancellano" reati lesivi di beni fondamentali della comunità, va usata negli stretti limiti consentiti dal sistema costituzionale"²⁵⁰.

In definitiva, secondo la Corte, i *beni tutelati dai reati edilizi*, secondo la discrezionale ed incensurabile valutazione del legislatore del 1985, "non potevano esser validamente difesi per il futuro se non attraverso la "cancellazione" del notevole, ingombrante "carico pendente" relativo alle passate illegalità di massa".

Sebbene quindi la non punibilità a seguito del condono *non era abbinata ad una vera e propria rimessione in ripristino dei luoghi* – quindi ad una tutela effettiva e specifica dei beni giuridici tutelati – a parere della Corte, la normativa di cui alla l. n. 47 del 1985 deve essere comunque ritenuta legittima, nell'ottica della *finalità di tutela urbanistica*, perché funzionale non solo all'obiettivo di emersione

²⁵⁰ cfr., in particolare, il par. 5 del considerato in diritto;

del fenomeno e di accatastamento dell'opere, ma anche a quello di recupero di somme per il mancato pagamento degli oneri di urbanizzazione²⁵¹.

La questione della legittimità dei condoni edilizi è poi tornata alla Corte in relazione al successivo condono edilizio di cui all'art. 39 della l. 724/1994, che conteneva un aggiornamento temporale della precedente ipotesi di condono di cui alla l. 47 del 1995²⁵².

In relazione alla violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., le ordinanze di rimessione sostenevano che la normativa d'aggiornamento fosse esclusivamente ispirata a finalità di ordine economico-finanziario, senza prevedere alcun tipo di bilanciamento con altri beni e valori oggetto di tutela costituzionale, quali il paesaggio (art. 9 Cost.), la salute (art. 32 Cost.) la conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale e il suo coordinamento a fini sociali (art. 41, co.2-3 Cost.), nonché la funzione sociale della proprietà (art. 42 co. 2 Cost.).

A parere della Corte, però, anche la previsione del nuovo condono risulta legittima in termini di ragionevolezza, tanto per ragioni di contingenti e straordinarie di natura finanziaria, tanto per la consistente *persistenza del fenomeno dell'abusivismo edilizio*, nonostante le previsioni di cui alla l. 47 del 1985, e per la conseguente necessità di recupero della legalità attraverso la regolamentazione dell'assetto del territorio"²⁵³.

Tanto chiarito, la Corte avverte il legislatore circa il fatto che "una tale soluzione, *ove fosse reiterata*, soprattutto con ulteriore e persistente spostamento dei termini, riferiti all'epoca dell'abuso sanabile, non troverebbe giustificazione sul piano della ragionevolezza, in quanto finirebbe col *vanificare del tutto le norme*

²⁵¹ cfr., C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 226; G. INSOLERA, *I moderni condoni tra prassi legislative e codificazioni*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1994, pag. 1304; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., pag. 1693;

²⁵² In questa occasione, le ordinanze di rimessione indicavano tra i parametri violati anche l'art. 79 Cost., ma la Corte ha ritenuto infondata la questione sul punto, ribadendo quanto abbondantemente affermato nella precedente sentenza n. 369 del 1988 sulla distinzione tra amnistia e indulto;

²⁵³ cfr., in particolare, il par 2.2. del considerato in diritto; C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 226; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., pag. 1693;

repressive di quei comportamenti che il legislatore ha considerato illegali perché contrastanti con la tutela del territorio"²⁵⁴.

In definitiva, dunque, la Corte in questa pronuncia sembra *allontanarsi* sempre di più dal piano del *bilanciamento tra i valori in gioco* e dalla prospettiva della *tutela dei beni giuridici* sottesi all'incriminazione, posto che, pur essendo di fronte ad un fenomeno come l'abusivismo edilizio, che si ripete con regolarità nel nostro Paese, accetta che il legislatore, nell'esercizio della sua insindacabile discrezionalità, possa accordare prevalenza agli interessi erariali, catastali, abitativi e lavorativi solo perché esistenti, indipendentemente quindi da un bilanciamento effettivo tra beni di importanza decisamente diversa²⁵⁵.

Ciò che la Corte sembrava aver fermamente scongiurato si è in realtà puntualmente verificato con il d.l. 269 del 2003, conv. in l. 326 del 2003, che ha introdotto nel nostro ordinamento il terzo condono edilizio²⁵⁶.

Anche questo provvedimento è stato portato dinanzi alla Corte costituzionale che, pur ribadendo in generale la legittimità del condono edilizio sulla base delle *medesime argomentazioni* già spese nelle due precedenti sentenze in materia, ha dichiarato la parziale illegittimità della disciplina di cui alla l. 326

²⁵⁴ Cfr., in particolare, il par. 2.2 del considerato in diritto;

²⁵⁵ Com'è stato puntualmente affermato, infatti, "la Corte, piuttosto, sembra accontentarsi della loro esistenza, che renderebbe non irragionevole la rinuncia alla sanzione penale. La Corte costituzionale, in definitiva, riconoscendo al legislatore un potere di temperamento (e non di bilanciamento in senso stretto, governato dalla logica della gerarchia tra beni), gli riconosce un ampio potere discrezionale simile per certi versi, a quello attribuito al giudice dall'art. 69 c.p.: non è tanto il numero e il peso dei singoli fattori di segno diverso a decidere dell'esito del bilanciamento, ma la loro prudente, discrezionale valutazione globale", cfr., C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 216; v'è, inoltre, chi ha ritenuto che con tale pronuncia si assiste all'apertura del sindacato al bilanciamento con interessi esterni a quelli tradizionali della pena e altresì con interessi extrapenali, cfr. M. DONINI, *Idea negoziale e non punibilità*, cit., pag. 1053, secondo cui "non è più vero ciò che riteneva C. cost n. 368/1988 cioè che la non punibilità o non procedibilità devono essere comunque valutate in funzione delle finalità proprie della pena, se con tali funzioni si intendono quelle classiche, perché la pena stessa è ormai trasfigurata dai bilanciamenti con gli interessi eccentrici rispetto alle sue funzioni classiche"; di G. GEMMA, *Condono edilizio e costituzione: una compatibilità tutta da dimostrare*, in *Giur cost.*, 1995 pag. 4506;

²⁵⁶ Com'è stato puntualmente osservato, "la linea della repressione dei reati edilizi e paesaggistici si è dunque interrotta per tre volte, a partire dal 1985, con successivi intervalli pari a nove anni", C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 226;

del 2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale possa determinare la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissione alla sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio, nonché limiti volumetrici inferiori a quelli massimi statali²⁵⁷.

4. Cause oggettive di esclusione della punibilità: la particolare tenuità del fatto.

Le disposizioni in cui l'ordinamento assegna rilevanza alla particolare tenuità del fatto al fine di escludere l'applicazione della pena sono, essenzialmente, l'art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, l'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 nonché l'art. 131-*bis* c.p.

L'art. 131-*bis* c.p., espressamente rubricato "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto", è stato introdotto nel codice penale in tempi relativamente recenti, ad opera del d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28, che ha dato attuazione alla delega contenuta nella l. 28 aprile 2014 n. 67, che prevedeva appunto "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio"²⁵⁸.

Si tratta di una disposizione che ha suscitato dubbi interpretativi sotto molteplici profili – che si tenterà di mettere distintamente in evidenza in questo paragrafo, prima di approfondire la sua *ratio* e la sua natura giuridica – e su cui è intervenuta massicciamente l'attività interpretativa tanto della dottrina quanto della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale.

²⁵⁷ Per osservazioni critiche in relazione al ruolo riconosciuto alle Regioni nella conformazione del contenuto del condono edilizio, si rinvia a C. RUGA RIVA, *Il condono edilizio dopo la sentenza della Corte costituzionale: più potere alle regioni in materia penale?*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 9, 2004, pag. 1095 ss; V. MAIELLO, *Condono edilizio e limiti costituzionali della remissione sanzionatoria: la Consulta continua a deludere*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2004, pag. 1234;

²⁵⁸ Per una panoramica delle ipotesi già presenti nel nostro ordinamento prima dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., in cui assume rilevanza l'esiguità del fatto ai fini dell'attenuazione o esclusione della pena, si rimanda a C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, pag. 665 ss;

Come anticipato, altre disposizioni in cui si dà rilievo all'esiguità del fatto ai fini dell'esclusione dell'applicazione della pena erano già presenti, pur con delle differenze, nel nostro ordinamento, in particolare all'art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 che disciplina "l'irrelevanza del fatto nel diritto penale minorile", nonché all'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 che prevede, invece, una "causa di improcedibilità" dell'azione penale nel procedimento dinanzi al Giudice di pace.

Rispetto a quest'ultima disposizione, in particolare, è stata la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 120 del 16 maggio 2019 a sancire definitivamente la legittimità della previsione di presupposti applicativi diversi tra le due disposizioni, sottolineando in particolar modo le connotazioni peculiari dei reati di competenza del giudice di pace, la cui scarsa gravità rende ragionevole la previsione di presupposti applicativi differenti tra l'art. 34 del n. 274 del 2000 e l'art. 131-*bis* c.p.²⁵⁹.

²⁵⁹ In particolare, la Corte, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* c.p., censurato per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non è applicabile ai reati rientranti nella competenza del giudice di pace, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, ha affermato che "non viola i principi di eguaglianza e di ragionevolezza la non applicabilità, ritenuta dal diritto vivente, della causa di non punibilità per la particolare tenuità dell'offesa di cui alla disposizione censurata in caso di reati di competenza del giudice di pace, per i quali opera invece la causa di improcedibilità dell'azione penale per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000. Le ragioni che giustificano, sul piano del rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, questa alternatività risiedono nelle connotazioni peculiari dei reati di competenza del giudice di pace e del procedimento innanzi a quest'ultimo rispetto ai reati di competenza del tribunale, la cui eterogeneità esclude la dedotta lesione del principio di eguaglianza. In particolare, il giudice di pace è chiamato a conoscere di reati di ridotta gravità, espressivi, per lo più, di conflitti interpersonali a carattere privato, e il relativo rito è orientato, più che alla repressione del conflitto sotteso al singolo episodio criminoso, alla sua composizione, oltre che a finalità deflattive, che lo rende non comparabile con il procedimento davanti al tribunale. Si ha quindi che, sia per i reati di competenza del tribunale, sia per quelli di competenza del giudice di pace, rileva comunque la particolare tenuità del fatto; ma i presupposti della non punibilità, nell'un caso, e della non procedibilità dell'azione penale, nell'altro, non sono pienamente sovrapponibili, ma segnano la differenza tra i due istituti". Tale pronuncia, in particolare, convalida definitivamente l'orientamento già espresso dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 53683 del 28 novembre 2017 (ud. 22 giugno 2017);

Uno degli aspetti che è stato oggetto di maggiore attenzione da parte degli interpreti riguarda indubbiamente l'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p., tanto per quanto riguarda il limite di pena detentiva non superiore ai cinque anni e in relazione agli ulteriori presupposti applicativi da esso indicati, quanto per ciò che concerne la riconducibilità o meno all'interno del perimetro della norma di alcune situazioni in essa non espressamente contemplate²⁶⁰.

Procediamo con ordine, partendo dal primo individuato profilo problematico.

L'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. – nella versione previgente rispetto alle rilevanti modifiche apportate con la l. 27 settembre 2021 n. 134, che ha trovato attuazione con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (cd. riforma Cartabia), cui faremo cenno tra breve – è individuato, in particolare, al comma 1 che espressamente prevedeva che “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 emerge immediatamente dalla lettura della norma, l'esclusione della punibilità del fatto può essere dichiarata – anche dopo la Riforma – a fronte di qualunque ammontare della pena pecuniaria, poiché rileva solo la quantità di pena detentiva²⁶¹.

Il giudice, pertanto, è chiamato a valutare la meritevolezza di pena nel caso concreto, in un'ottica di *extrema ratio* dell'intervento penale, dovendosi basare tanto sull'elemento oggettivo dell'esiguità del danno o del pericolo che rendono il fatto tenue, quanto su quello soggettivo relativo alla non abitualità del comportamento.

Per ciò che concerne il primo profilo, il comma 2 esclude che a fronte di determinate circostanze o di determinati reati l'offesa possa essere ritenuta particolarmente tenue, in particolare “quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o,

²⁶⁰ Cfr., G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Discrimen*, 14 dicembre 2018, pag. 13;

²⁶¹ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 501;

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" ovvero "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 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 catalogo delle ipotesi in cui l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità è stato sostanzialmente mantenuto intatto e ampliato all'interno del "nuovo" comma 3 dell'art. 131-bis c.p.

Dubbi di legittimità sono stati sollevati, in particolare, rispetto alla previsione – mantenuta ferma dalla Riforma – che l'offesa non possa essere ritenuta di particolare tenuità nel caso di resistenza a un pubblico ufficiale cui all'art. 337 c.p.

Con la sentenza del 5 marzo 2021 n. 30²⁶², la Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'esclusione del titolo di reato di cui all'art. 337 c.p. dalla sfera applicativa dell'esimente di tenuità poiché tale scelta corrisponde, secondo un apprezzamento discrezionale non manifestamente irragionevole, "alla peculiare complessità del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, peraltro rimarcata anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, laddove hanno osservato che il normale funzionamento della pubblica amministrazione tutelato dall'art. 337 cod. pen. va inteso «in senso ampio», poiché include anche «la sicurezza e la libertà di determinazione» delle persone fisiche che esercitano le pubbliche funzioni"²⁶³.

In presenza di un fatto-reato intrinsecamente offensivo di un bene giuridico di tale complessità, l'opzione legislativa di escludere la valutazione giudiziale di particolare tenuità dell'offesa – oltre che non manifestamente

²⁶² Cfr., inoltre, sul punto, l'ordinanza del 31 marzo 2022 n. 82 con cui la Corte costituzionale rigetta la medesima questione in quanto già proposta e affrontata con la sentenza n. 30 del 5 marzo 2021;

²⁶³ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza delle Sezioni unite del 24 settembre 2018, n. 40981;

irragionevole – *non è neppure contrastante con i principi di proporzionalità e finalismo rieducativo della pena*, considerato altresì che i criteri di cui all'art. 133, primo comma, cod. pen., richiamati dall'art. 131-bis, primo comma, cod. pen., seppure non rilevano agli effetti dell'applicazione della causa di non punibilità, mantengono tuttavia la loro ordinaria funzione di dosimetria sanzionatoria, unitamente a quelli di cui al secondo comma del medesimo art. 133.

Per quanto riguarda, invece, il profilo soggettivo relativo alla valutazione della non abitudine del comportamento, il comma 3 – attualmente comma 4 della disposizione – esclude l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. nel caso in cui "l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"²⁶⁴.

Il successivo comma 4 – attualmente trasposto nel comma 5 – stabilisce 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. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69"²⁶⁵.

²⁶⁴ Cfr., sui rapporti tra le ipotesi di esclusione previste dal comma 3 e l'applicabilità dell'art. 131-bis a reati uniti dal vincolo della continuazione, Cass. pen., Sez. Un., 27 gennaio 2022, n.18891, con commento di A. AIMI, *La causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto è compatibile con il reato continuato*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2022;

²⁶⁵ Tale previsione, in particolare, ha suscitato molti dubbi per gli esiti irragionevoli cui in alcuni casi poteva condurre; di tale irrazionalità si è mostrata ben consapevole la Commissione Lattanzi che, incaricata di elaborare emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, sostenendo la necessità di calibrare la particolare tenuità del fatto sul minimo edittale piuttosto che sul massimo, a pag. 68 della Relazione finale mette in luce gli esiti irrazionali a cui ha condotto l'impossibilità di applicare il 131-bis in caso di furti aggravati, puniti con pena massima superiore a sei anni: "è il caso emblematico dei ricorrenti furti in supermercato (spesso commessi per bisogno e aggravati per l'esposizione dei beni alimentari alla pubblica fede, ovvero per il mezzo fraudolento rappresentato dalla rimozione della placca antitaccheggio o della confezione del genere

Infine, in base a quanto previsto dal comma 5 – ora divenuto il sesto comma – “la disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”, come avviene ad esempio nel caso dell’art. 73 co. 5 T.U. stup.²⁶⁶, cui si ritiene pacificamente applicabile l’art. 131-*bis* c.p.

La legittimità costituzionale del limite edittale assestato sulla pena non superiore nel massimo ai cinque anni è stata portata all’attenzione della Corte costituzionale in due occasioni.

Con la sentenza n. 207 del 17 luglio 2017, in particolare, è stata dichiarata non fondata la questione riguardante l’inapplicabilità dell’art. 131-*bis* c.p. ad ipotesi di ricettazione di particolare tenuità di cui all’art. 648 co. 2 c.p., punita (solo) con una pena massima sino ai sei anni (ma senza previsione del minimo), ritenendo che la fissazione del limite massimo di cinque anni all’interno dell’art.

alimentare, ovvero, ancora, per la destrezza della condotta); ed è il caso, davvero emblematico e di risonanza mediatica, del furto di una melanzana prelevata da un campo – un fatto aggravato dall’esposizione della res alla pubblica fede (art. 625 n. 7 c.p.) – del quale si è addirittura dovuta occupare la Corte di cassazione, all’esito di tre gradi di giudizio (Cass., Sez. V, 2.11.2017, (dep. 20.3.2018, n. 12823)”.

²⁶⁶ La norma, in particolare, prevede che “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell’azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329”. Si tratta di una fattispecie autonoma, in cui però non viene contemplata una distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, lasciando dunque al giudice del caso concreto l’onere di graduare la pena in funzione dei criteri previsti dalla norma; cfr., sul punto, le considerazioni contenute in Corte cost. sent. 23 gennaio 2019 (dep. 8 marzo 2019), n. 40, con cui la Corte ha dichiarato illegittimo il minimo edittale di otto anni di reclusione previsto per il delitto di cui all’art. 73, primo comma, del d.P.R. n. 309 del 1990, che incrimina i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le cosiddette droghe pesanti e lo ha sostituito con quello, più mite, di sei anni. La Corte, in questa occasione, ha in particolare rilevato che la forbice di quattro anni tra il minimo edittale di pena previsto dall’art. 73 co. 1 per la fattispecie ordinaria che punisce le condotte aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti (ovvero otto anni di reclusione) e il massimo di pena stabilito per quella di lieve entità di cui all’art. 73 co. 5 (ovvero quattro anni) costituisce uno iato sanzionatorio in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.), e con il principio di rieducazione della pena (art. 27 Cost.); cfr., per un commento alla sentenza, C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019;

131-*bis* c.p. non risultasse né arbitraria né irragionevole, ma anzi rientrasse nella piena discrezionalità del legislatore.

Al contempo però, pur pervenendo a tale esito, la Corte non ha mancato di avvertire il legislatore circa la necessità di prevedere in ogni caso, nell'esercizio delle sue insindacabili prerogative, un minimo di pena edittale che garantissero comunque l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.²⁶⁷.

Tale monito è rimasto, però, inascoltato, sebbene il legislatore sia comunque intervenuto sul testo della norma successivamente a tale pronuncia con il d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni con l. 8 agosto 2019, n. 77 (cd. decreto sicurezza-*bis*), che ha invece ristretto l'ambito applicativo della norma²⁶⁸.

La questione è stata allora riproposta alla Corte che, intervenendo con la sentenza n. 156 del 21 luglio 2020, ha sanato quel già rilevato *vulnus* costituzionale, stabilendo l'illegittimità dell'art. 131-*bis* c.p. laddove non consente di escludere la punibilità in concreto di reati per i quali non è previsto un minimo di pena edittale, così di fatto estendendo l'ambito applicativo dell'istituto anche alla ricettazione di particolare tenuità di cui all'art. 648 co. 2 c.p.²⁶⁹.

²⁶⁷ Nella sentenza n. 207 del 17 luglio 2017, la ragione della dichiarazione di infondatezza della questione discende, in particolare, dalla ritenuta eterogeneità sostanziale delle situazioni poste a confronto, che ha determinata l'inidoneità dei *tertia comparationis* a fungere da termine di riferimento onde verificare la pretesa lesione del principio di uguaglianza; cfr., il commento alla sentenza di S. SANTINI, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2018;

²⁶⁸ In particolare, con il d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni con l. 8 agosto 2019, n. 77 (cd. decreto sicurezza-*bis*), è stato inserito l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 131-*bis* c.p. che espressamente prevede che "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 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";

²⁶⁹ Nella sentenza n. 156 del 21 luglio 2020, la Corte afferma in particolare che "Deve infatti censurarsi, alla luce dell'art. 3 Cost., l'intrinseca irragionevolezza della preclusione dell'applicazione dell'esimente della particolare tenuità del fatto per i reati — come la

Come anticipato, dell'istanza di modificare il limite di pena edittale rilevante per escludere la punibilità di un determinato fatto, assestandolo sulla previsione del minimo edittale piuttosto che del massimo, si è fatto portavoce il legislatore della l. 27 settembre 2021 n. 134 (cd. riforma Cartabia), che ha trovato attuazione con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

All'art. 1 co. 21 della legge delega si prevedeva, infatti, di intervenire sul testo dell'art. 131-*bis* c.p., stabilendo che "per i reati diversi da quelli riconducibili alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77" fosse necessario introdurre "in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria", ampliando di conseguenza, "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

ricettazione di particolare tenuità — che lo stesso legislatore, attraverso l'omessa previsione di un minimo di pena detentiva e la conseguente operatività del minimo assoluto di cui all'art. 23, primo comma, c.p., ha mostrato di valutare in termini di potenziale minima offensività. La declaratoria di illegittimità costituzionale in parte qua della disposizione censurata lascia intatti, ovviamente, tutti i requisiti applicativi dell'esimente che prescindono dall'entità edittale della pena. Pertanto, anche nell'ipotesi di ricettazione attenuata ex art. 648, comma 2, c.p., e in ogni altra ipotesi di reato privo di un minimo edittale di pena detentiva, l'esimente non potrà essere riconosciuta quando la valutazione giudiziale di cui all'art. 133, comma 1, c.p. sia negativa per l'autore del fatto o la condotta di questi risulti abituale ovvero, ancora, quando ricorra una fattispecie tipica di non tenuità tra quelle elencate dal secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p."; cfr., il commento di I. GIUGNI, *Da un monito (inascoltato) ad un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all'inerzia del legislatore ed amplia l'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p.*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2020, secondo cui tale pronuncia "pare coerente con la più generale tendenza della Consulta a fare sempre meno sfoggio delle "virtù passive" quando si tratti di garantire una piena tutela dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione. Recentemente, infatti, di fronte alla sciatteria o alla vera e propria latitanza del legislatore, la Corte costituzionale non ha esitato ad abbandonare il consueto atteggiamento di *self restraint*, ricorrendo, più coraggiosamente che in passato, a sentenze di accoglimento, come nel caso di specie, o addirittura alla fucinatura di tecniche e strumenti decisori nuovi, come la pronuncia cd. ad incostituzionalità differita";

dell'articolo 131-*bis* del codice penale, l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità"²⁷⁰.

Oltre alla prevista modifica del limite di pena, come anticipato, si chiedeva al legislatore delegato di *“dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa”*, elemento

²⁷⁰ L'art. 1, comma 1, lett. c) d.lgs. 10 ottobre 2022 stabilisce che “1) al primo comma, le parole: «massimo a cinque anni» sono sostituite dalle seguenti «minimo a due anni» e dopo le parole: «primo comma,» sono inserite le seguenti «anche in considerazione della condotta susseguente al reato»; 2) al secondo comma: a) al secondo periodo, dopo le parole: «non può» è inserita la seguente: «inoltre» e dopo le parole: «di particolare tenuità quando si procede per» sono inserite le seguenti: «i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 558-*bis*, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583, secondo comma, 583-*bis*, 593-*ter*, 600-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*undecies*, 612-*bis*, 612-*ter*, nonché dall'articolo 19, quinto comma, della legge 22 maggio 1978, n. 194, ovvero»; b) dopo il secondo periodo, è inserito il seguente: «L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*, 391-*bis*, 423, 423-*bis*, 600-*ter*, primo comma, 613-*bis*, 628, terzo comma, 629, 644, 648-*bis*, 648-*ter*, nonché per i delitti di cui agli articoli 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo, e 184 e 185 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58»; cfr., inoltre, quanto osservato da D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma “Cartabia”: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in Sistema penale, 13 gennaio 2022 “senza richiamare in questa sede le argomentazioni poste a sostegno di tali conclusioni, riterrei che l'aver fatto ruotare i limiti di applicabilità della clausola di equità dalla pena massima a quella minima della comminatoria di ciascun reato conferma e rafforza l'idea che siamo di fronte ad un caso di esclusione della pena che discende dagli stessi criteri a disposizione del giudice per commisurarla e, dunque, che non costituisca niente altro che un ulteriore strumento commisurativo di cui lo stesso giudice è stato dotato. Del resto, che la pena “azzerata” per tenuità del fatto possa innestarsi su un fatto penalmente rilevante si ricava anche dalle conseguenze extrapenali sancite a seguito della declaratoria di non punibilità intervenuta nella fase del giudizio, le quali assumono i crismi propri della statuizione di responsabilità, dato che alla stessa è riconosciuta «efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso» (art. 651-*bis* c.p.p.), e che ne rimane traccia nel certificato del casellario (art. 3, comma 1, lett. f, D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313). Sono indizi che quello non punito è un “vero” reato, dentro un penale autentico pur senza la pena; che l'opzione “zero pena” è opzione penalistica come quella di “pena uno”, o “zero, uno”, tutto dentro il potere commisurativo del giudice”;

quest'ultimo che compare oggi tra i presupposti che il giudice deve tenere in considerazione per l'applicazione dell'istituto²⁷¹.

Sempre per ciò che concerne l'ambito applicativo dell'art. 131-bis c.p., dubbi di legittimità sono stati sollevati anche in relazione alla previsione della

²⁷¹ L'art. 131-bis c.p. risulta ad oggi così formulato: "nei reati per i quali è prevista la *pena detentiva non superiore nel minimo a due 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, *anche in considerazione della condotta susseguente al reato*, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale; co. 2: 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; co. 3: l'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede: 1) 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; 2) per i delitti previsti dagli articoli 336, 337 e 341 bis, quando il fatto è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni, nonché per il delitto previsto dall'articolo 343; 3) per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 391 bis, 423, 423 bis, 558 bis, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583, secondo comma, 583 bis, 593 ter, 600 bis, 600 ter, primo comma, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 undecies, 612 bis, 612 ter, 613 bis, 628, terzo comma, 629, 644, 648 bis, 648 ter; 4) per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 19, quinto comma, della legge 22 maggio 1978, n. 194, dall'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo, e dagli articoli 184 e 185 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; co. 4: il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate; co. 5: ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69; co. 6: la disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante;

“non abitudine del comportamento”, requisito quest’ultimo che potrebbe portare irragionevolmente ad escludere la dichiarazione di non punibilità per fatti ugualmente tenui in base ad un elemento soggettivo che può diversamente atteggiarsi.

Con l’ordinanza n. 279 del 21 dicembre 2017, la Corte costituzionale ha rigettato la questione ritenendola manifestamente infondata, sull’assunto che una simile prescrizione non violasse “il principio di uguaglianza, dato che anche in presenza di fatti analoghi, le ineguali condizioni soggettive giustificano il diverso trattamento penale, e per lo stesso motivo non è irragionevole e non risulta in contrasto con gli artt. 25 e 27 Costituzione”.

In altri termini, a parere della Consulta, l’aver condizionato la non punibilità “anche attraverso un dato soggettivo, costituito dalla non abitudine del comportamento penalmente illecito, non contrasta con il principio di uguaglianza, perché il trattamento diverso è collegato a una situazione giuridica diversa”²⁷².

Per ciò che concerne, invece, il secondo profilo oggetto di attenzione, ovvero la riconducibilità o meno all’interno del perimetro della norma di alcune situazioni in essa non espressamente contemplate, dubbi interpretativi hanno riguardato, tra gli altri, l’applicabilità o meno del 131-bis c.p. sia ai reati che contemplano espressamente determinate soglie di punibilità sia ai reati uniti dal vincolo della continuazione.

Per ciò che concerne i primi, l’applicabilità dell’art. 131-bis c.p. nei reati che prevedono delle soglie di punibilità (come, ad esempio, il reato di guida in stato di ebrezza e i reati tributari²⁷³) è stata definitivamente sancita in via interpretativa

²⁷² Cfr., G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, cit., pag. 16; per ciò che concerne in particolare la valutazione del comportamento abituale, la Cassazione ha affermato in più occasioni che ai fini della valutazione del presupposto ostativo del comportamento abituale, ai sensi dell’art. 131-bis, comma 3, c.p. non rilevano i reati estinti per esito positivo della messa alla prova, conseguendo all’estinzione del reato anche l’elisione di ogni effetto penale della condanna (cfr., Cassazione penale sez. IV, 28/06/2022, n.32254; Cassazione penale sez. V, 05/05/2022, n.24089; Cassazione penale sez. I, 16/03/2022, n.14764)

²⁷³ Cfr. G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015; G. ALBERTI, *Ancora in tema di soglie di punibilità e applicabilità dell’art. 131-bis c.p. (in tema di omesso versamento dell’IVA)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2016;

dalle Sezioni unite della Cassazione Penale, con le sentenze “gemelle” del 6 aprile 2016 n. 13681 e 13682.

In particolare, la Suprema corte ha ritenuto che non vi fosse incompatibilità tra il giudizio di particolare tenuità e la previsione di soglie di punibilità, posto che “il fatto particolarmente tenue va individuato alla stregua di caratteri riconducibili a tre categorie di indicatori: le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo, il grado della colpevolezza”²⁷⁴.

Secondo quest'impostazione, allora, risulta possibile che in base ad un giudizio fondato sul complessivo disvalore del reato, esso può essere ritenuto dal giudice particolarmente tenue qualora si collochi di poco al di sopra della soglia della rilevanza penale.

Per quanto riguarda, infine, l'applicabilità dell'art. 131-*bis* a reati unificati dal vincolo della continuazione, è stata di recente affermata la loro compatibilità, 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 abituale²⁷⁵.

Emerge quindi da questa panoramica l'approccio interventista assunto dalla giurisprudenza che si è occupata del tema.

Fatte queste premesse, si intende concentrare ora l'attenzione sulla *ratio* dell'istituto, sulla sua natura giuridica, nonché sulla relativa disciplina, in particolare per quanto riguarda l'estensione dell'esclusione della non punibilità a favore dei concorrenti nel fatto tenue.

Come abbiamo accennato, l'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., così come affermato anche nella Relazione d'accompagnamento al d.lgs. 28 del 2015,

²⁷⁴ La sentenza n. 13681/2016 si occupa, precisamente, dell'applicabilità della tenuità del fatto ai reati di guida in stato di ebbrezza previsti dall'art. 186 co 2 lett. b) e c) cod. strada; la sentenza n. 13682/2016 a quello di rifiuto di sottoporsi ad alcol-test di cui all'art. 186 co. 7 cod strada; per un commento delle ordinanze di remissione, si rinvia a G. ALBERTI, *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131-bis c.p.? La parola alle Sezioni unite*, in Dir. pen. cont., 15 febbraio 2016;

²⁷⁵ Cfr., Cass. pen., Sez. Un., 27 gennaio 2022, n.18891, con commento di A. AIMI, *La causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto è compatibile con il reato continuato*, in Sistema penale, 6 dicembre 2022;

risponde, da un lato, ad una logica di *extrema ratio* della sanzione penale, che porta ad espellere dal circuito penale fatti che appaiano “*immeritevoli di pena*”, e dall’altro all’istanza di *deflazione* del carico giurisdizionale, che induce ad anticipare la declaratoria di non punibilità per tenuità del fatto già nella fase delle indagini preliminari²⁷⁶.

Si realizza così, in altri termini, una *depenalizzazione in concreto* per quei fatti che, all’esito di una valutazione globale effettuata sulla base dei parametri sopra indicati, non risultino in concreto “*bisognosi di pena*”, né sotto il profilo della *prevenzione generale*, né sotto quello della *prevenzione speciale*²⁷⁷.

Detto altrimenti, la possibilità di non applicare la pena a fronte della commissione di un fatto di reato tenue dà attuazione al *principio di sussidiarietà*

²⁷⁶ Cfr., relativamente al principio di *extrema ratio* quale possibile argine all’ipertrofia del diritto penale, cfr. C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in Riv. It. dir. proc. pen. 2016, pag. 1147, in cui l’A. mette in luce lo “stato di sofferenza” in cui verte la clausola di *extrema ratio*; G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in Riv. Int. Scienze giur. E Trad. romana, n. 11/2013, che pur mettendo in luce la crisi in cui si trova tale principio, identifica l’*extrema ratio* come l’unica strada da percorrere per restituire effettività al diritto penale; come si può leggere, in particolare, nella Relazione illustrativa del d.lgs. 28 del 2015, pagg. 5-6, “in primo luogo, sotto il profilo sostanziale, l’istituto realizza quella che è stata efficacemente chiamata depenalizzazione in concreto, espungendo dall’area della punibilità quei fatti storici che ne appaiano immeritevoli: sotto questo profilo, pertanto, l’irrelevanza del fatto contribuisce chiaramente a realizzare il sovraordinato principio dell’ultima ratio e, ancora più fondamentalmente, il principio di proporzione senza la cui ottemperanza la risposta sanzionatoria perde la sua stessa base di legittimazione (...). In secondo luogo, sotto il profilo processuale, l’istituto dell’irrelevanza contribuisce a realizzare l’esigenza di alleggerimento del carico giudiziario nella misura in cui la definizione del procedimento tenda a collocarsi nelle sue prime fasi. Peraltro, la definizione anticipata per irrilevanza del fatto, oltre a soddisfare esigenze di deflazione processuale, risulta del tutto consentanea anche al principio di proporzione, essendo il dispendio di energie processuali per fatti bagatellari sproporzionato sia per l’ordinamento sia per l’autore, costretto a sopportare il peso anche psicologico del processo a suo carico”;

²⁷⁷ Sulle nozioni di “*meritevolezza*” e “*bisogno*” di pena, non può che rimandarsi a M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, cit., pag. 51, il quale ritiene che tali nozioni identifichino in generale la connotazione autentica del tipo di illecito (non solo delle ipotesi di non punibilità);

*esterna*²⁷⁸ o di *proporzione della risposta sanzionatoria*²⁷⁹, nella misura in cui porta ad espellere dal circuito penale fatti considerati potenzialmente meritevoli e bisognosi di pena, ma che nel loro concreto realizzarsi hanno una carica offensiva talmente tenue da far apparire *sproporzionata* o comunque *eccessiva* l'applicazione anche solo della *pena minima*²⁸⁰.

Si tratta di quelli che vengono abitualmente individuati come "*reati bagatellari impropri*", ovvero quelli che, pur perseguendo fatti astrattamente reputati di media o elevata gravità e puniti con pene edittali non insignificanti, risultano in concreto dotati di una *esigua carica offensiva* per le peculiari modalità realizzative che li connotano e, dunque, non meritevoli di pena²⁸¹.

²⁷⁸ Cfr. G. COCCO, *Punibilità quarto elemento*, cit., pag. 48, definisce l'art. 131-bis c.p. come un "marchingegno ambiguo", poiché dando attuazione tanto ai fini generalpreventivi che specialpreventivi della pena, incrementa quella discrezionalità giudiziale nella fase di applicazione ed esecuzione della pena che negli ultimi decenni ha ingenerato una generale sfiducia sull'efficacia generalpreventiva del diritto penale;

²⁷⁹ Questo aspetto è messo in luce, in particolare, 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, pag. 1706 ss, il quale ritiene che "neppure la più sofisticata tecnica di tipizzazione dei reati (che comunque non è dei tempi nostri) riuscirà ad escludere dalla fattispecie "formale" fatti del tutto bagatellari, riuscirà cioè a selezionare e separare tipi di fatti meritevoli di sanzione punitiva e tipi di fatto che in concreto, per un qualche incidente o casualità non esprimibile legislativamente, non presentino quel grado di offensività sostanziale proporzionata, non già al minimo della pena, ma allo stesso peso della reazione penale come tale (ivi considerando anche il peso del dispiegamento processuale)";

²⁸⁰ Cfr. G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.*, Prima parte, in Studium iuris 9/2015, pag. 972;

²⁸¹ Invece, i "reati bagatellari propri" (o autonomi) sarebbero invece quelli che incriminano, con pene blande, fatti di scarso disvalore oggettivo che potrebbero essere tranquillamente degradati al rango di illeciti amministrativi dal legislatore tramite un intervento di depenalizzazione, cfr., in particolare, C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor*, cit., p. 627 ss., secondo cui "il tipo bagatellare" può essere identificato utilizzando diversi criteri di definizione (ovvero quello statistico, quello criminologico, e quello sistematico-strutturale) che assumono però un peso differenziato. Secondo l'A., assumono un peso decisivo, i criteri sistematico-strutturali, cui viene affidato l'inquadramento giuridico del fenomeno del fatto esiguo; per una distinzione tra dimensione "verticale", che si caratterizza nell'aumento di una criminalità che si caratterizza per l'esiguità dei fatti corrispondenti alle fattispecie legali, e una dimensione "orizzontale" che si

La dottrina più attenta e la stessa giurisprudenza costituzionale hanno, infatti, da tempo messo in luce il *collegamento esistente* tra la dichiarazione di non punibilità per *particolare tenuità del fatto* e le *funzioni della pena*.

In particolare, sotto il profilo della *prevenzione generale*, rispetto al quale sono state avanzate alcune critiche da una parte della dottrina preoccupata di evitare un utilizzo “politico” da parte del giudice sull’effettiva necessità della punizione²⁸², si può ritenere che essa, al di là del suo profilo negativo di dissuasione e intimidazione, svolga anche un ruolo di orientamento culturale, che può essere effettivo solo laddove la previsione dell’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto venga ad integrarsi con la *funzione rieducativa* della pena di cui all’art. 27 co. 3 Cost²⁸³.

identifica invece con una diffusione statistica di reati contraddistinti per la particolare tenuità del fatto concreto, cfr., inoltre, R. BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in Riv. it. d. proc. pen. 2000, p. 1476 ss;

²⁸² Cfr. C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pag. 751 ss, secondo cui “da qualsiasi modello di depenalizzazione operata dal giudice dovrebbe essere escluso il criterio finalistico orientato sulla prevenzione generale. Corroborano questa tesi le convincenti riflessioni di una parte della dottrina, in genere, sugli istituti a contenuto discrezionale, ma, soprattutto, le specifiche esperienze negative cui sono andate incontro, in ordinamenti vicini al nostro, clausole del tipo «pubblico interesse al perseguimento» interpretate in chiave general- preventiva”. Simili timori, invece, non riguarderebbero valutazioni fondante sulla prevenzione speciale, che consentirebbe una personalizzazione del giudizio ai fini di una prognosi circa l’eventuale reiterabilità del soggetto di future condotte antigiuridiche;

²⁸³ Cfr., F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, cit.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., pag. 71-73; G. AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dottrinario, profili politico-criminali*, cit., pag. 973, secondo cui “come potrebbe, invero, tendere a soddisfare questa finalità una pena irrogata nei confronti di un soggetto che ha commesso un fatto tipico dotato di una portata lesiva talmente esigua da far apparire irragionevole e sproporzionata l’applicazione nei suoi confronti delle sanzioni minacciate dal legislatore? Non ci sarebbe, forse, il rischio che, così operando, si finisca con applicare pene percepite come ingiuste tanto dal singolo destinatario, quanto dall’intera collettività, generando così un diffuso senso di disorientamento nei confronti delle valutazioni politico-criminali dell’ordinamento giuridico ed intaccando anche la funzione general-preventiva positiva della pena?”; in quest’ottica anche, secondo cui “a fronte di un illecito integrato in tutti i suoi elementi costitutivi, cioè che può giustificare, dal punto di vista costituzionale e politico-criminale, l’interruzione di quella “sequenza” che porterebbe inevitabilmente all’applicazione della

Secondo questa visione, quindi, “il significato, sul piano sociale e istituzionale, di una mancata risposta repressiva sembra davvero rappresentare, in casi del genere, il frutto di *una sintesi tra le suddette funzioni preventive*”²⁸⁴.

In altri termini, a fronte di un illecito integrato in tutti i suoi elementi costitutivi, ciò che può giustificare, dal punto di vista costituzionale e politico-criminale, l’interruzione di quella “sequenza” che porterebbe inevitabilmente all’applicazione della sanzione è proprio il *confronto* tra le *caratteristiche concrete* in cui si è venuto a delineare il reato – in tutte le sue componenti oggettive e soggettive – e le *finalità stesse della pena*.

L’esistenza di una contraddizione tra i due elementi di valutazione potrà portare il giudice ad escludere, nel caso concreto, l’applicazione della pena²⁸⁵.

Per quanto riguarda, invece, il profilo relativo alla *deflazione processuale*, la particolare tenuità può essere rilevata già in indagini preliminari e determinare

sanzione è proprio il confronto tra le caratteristiche concrete in cui si è venuto a delineare il reato – in tutte le sue componenti oggettive e soggettive – e le finalità stesse della pena”

²⁸⁴ Cfr., F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, cit.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., pag 75; cfr., inoltre, le affermazioni contenute nella sentenza n. 173 del 2022 della Corte costituzionale, secondo cui “il fondamento dell’istituto è stato, da ultimo, posto in luce dal giudice della nomofilachia, nel suo massimo consesso, il quale ha evidenziato che «il fatto non è punibile non perché inoffensivo, ma perché il legislatore, pur in presenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ritiene che sia inopportuno punirlo, ove ricorrano le condizioni indicate nella richiamata disposizione normativa» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, 27 gennaio-12 maggio 2022, n. 18891). In proposito anche questa Corte (ordinanza n. 279 del 2017) ha affermato che «il fatto particolarmente lieve, cui fa riferimento l’art. 131-bis cod. pen., è comunque un fatto offensivo, che costituisce reato e che il legislatore preferisce non punire, sia per riaffermare la natura di *extrema ratio* della pena e agevolare la “rieducazione del condannato”, sia per contenere il gravoso carico di contenzioso penale gravante sulla giurisdizione. L’esimente, dunque, trova fondamento non già nella mancanza di offensività del fatto, ma nel rilievo per cui, in corrispondenza di un giudizio di “lieve” offensività, l’esigenza punitiva diviene recessiva”.

²⁸⁵ Cfr. E. CADAMURO E., *L’irrilevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova University Press, 2022, pag. 56, secondo cui il giudice dovrebbe, nell’ambito della propria valutazione del reato bagatellare, individuare tale contraddizione, l’unica in grado di fondare la rinuncia all’applicazione della pena, in considerazione dell’esigenza, costituzionalmente fondata, di introdurre nell’ordinamento risposte al reato il più possibile risocializzanti o comunque non inutilmente desocializzanti. Un approccio di tal tipo permette di superare quell’irrisolta situazione di tensione tra l’istanza di deflazione, sottostante alla declaratoria di non procedibilità, e l’esigenza di una valutazione di merito sulla tenuità;

quindi una richiesta di *archiviazione*, ovvero all'esito dell'udienza preliminare, nel predibattimento, all'esito dell'udienza dibattimentale, nel giudizio di appello, nel giudizio di legittimità.

Particolare importanza assume la previsione di cui all'art. 651-*bis* c.p.p., secondo cui "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 ovvero sia intervenuto nel processo penale".

Tale disposizione è stata introdotta nell'ordinamento dal d.lgs. n. 28 del 2015, contestualmente all'art. 131-*bis* c.p., espressamente al fine di evitare il "pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno", così come prescriveva il criterio contenuto nella legge delega, consentendo quindi alla persona offesa dal fatto tenue di agire in sede civile sfruttando l'accertamento processuale ottenuto in sede penale, in un'ottica quindi di accelerazione dell'accertamento processuale.

La particolarità della previsione di cui all'art. 651-*bis* c.p. sta nel fatto che, da un punto di vista formale, prevede una dichiarazione di proscioglimento per particolare tenuità del fatto ma al contempo, da un punto di vista sostanziale, contiene un accertamento della responsabilità in capo all'imputato²⁸⁶.

²⁸⁶ Cfr., par. 6 della sentenza, in cui si afferma che "si tratta, quindi, di una sentenza di proscioglimento che presenta una marcata peculiarità: la disciplina dell'efficacia di giudicato di tale pronuncia nel giudizio civile di danno sta non già nell'art. 652 cod. proc. pen. (che riguarda le sentenze di assoluzione), bensì nell'art. 651-*bis* dello stesso codice, ripetitivo della formulazione dell'art. 651 cod. proc. pen. (che concerne le sentenze di condanna). Al pari della sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento (art. 651 cod. proc. pen.), anche quella dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto 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 restitutorio o risarcitorio promosso nei confronti dell'imputato (condannato, nel primo caso; prosciolto nel secondo), nonché del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale (art. 651-*bis* cod. proc. pen.). Il giudicato, in tal modo, è modellato su quello tipico delle sentenze di condanna e non già su quello delle sentenze di assoluzione. Ed è perciò che, a differenza di ogni altra pronuncia di

Senonché, com'è stato di recente rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 173 del 12 luglio 2022, il mancato coordinamento tra la previsione di cui all'art. 651-*bis* c.p. e la preesistente disposizione di cui all'art. 538 c.p.p. ha dato luogo ad una disciplina irragionevole: quest'ultima disposizione, relativa alle sentenze di proscioglimento, impediva – per effetto appunto della qualificazione formale della sentenza – al giudice penale di conoscere della domanda restitutoria o risarcitoria formulata dalla parte civile quando, con sentenza resa all'esito del dibattimento, avesse dichiarato la non punibilità dell'imputato per la particolare tenuità del fatto.

Detto altrimenti, la persona offesa dal fatto tenue doveva necessariamente muoversi in sede civile per ottenere una condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno²⁸⁷.

Proprio per tali ragioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p., “nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale, decide sulla domanda per le restituzioni e il

proscioglimento che accerti la sussistenza di una causa di non punibilità, la sentenza di proscioglimento per non punibilità ex art. 131-*bis* cod. pen. va iscritta nel casellario giudiziario”;

²⁸⁷ Cfr. par. 6 della sentenza, secondo cui il parallelismo tra “l'estinzione del reato per la particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* cod. pen.) e quella dell'efficacia della relativa sentenza di proscioglimento nel giudizio civile o amministrativo di danno (art. 651-*bis* cod. proc. pen.) – disvela, però, un deficit di tutela per la parte civile, quando si viene a ragionare della prescrizione processuale dettata dalla disposizione censurata (art. 538 cod. proc. pen.), secondo cui il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta dalla parte civile, «quando pronuncia sentenza di condanna». L'idoneità dell'istituto ad adempiere pienamente alla sua funzione riparativa «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno» trova un limite nella impossibilità, derivante dalla norma suddetta, per il giudice penale di conoscere della domanda restitutoria o risarcitoria formulata dalla parte civile quando, con sentenza resa all'esito del dibattimento, dichiara la non punibilità dell'imputato per la particolare tenuità del fatto; impossibilità che discende dalla qualificazione formale della sentenza, la quale è pur sempre di proscioglimento per estinzione del reato, anche se – come si è già osservato – ha un contenuto positivo di accertamento dei presupposti di tale reato”;

risarcimento del danno proposta dalla parte civile, a norma degli artt. 74 e seguenti cod. proc. pen.”²⁸⁸.

Una volta che è stato accertato, con pronuncia idonea ad acquisire efficacia di giudicato, che sussiste il fatto tenue ascritto all'imputato e che egli lo ha commesso e, altresì, che tale fatto integra una fattispecie di illecito penale, risulta irragionevole l'impossibilità di una pronuncia sulla pretesa risarcitoria (o restitutoria) della parte civile, ad opera dello stesso giudice penale.

Tanto la sentenza di proscioglimento quando il decreto di archiviazione per particolare tenuità del fatto, proprio perché aventi come contenuto un accertamento di responsabilità in capo all'imputato, si iscrivono nel casellario giudiziale²⁸⁹.

Così individuato il fondamento politico criminale dell'istituto tanto nel principio di *extrema ratio* e sussidiarietà dell'intervento penale, quanto nella necessità di deflazione e accelerazione dei processi, passiamo ora ad analizzare la natura giuridica dell'istituto.

In realtà, non sussistono attualmente molti dubbi relativamente al suo inquadramento dommatico in termini di *causa di non punibilità in senso stretto*, di natura sostanziale, soprattutto alla luce della scelta espressa del legislatore di introdurre nella parte generale del codice un apposito Titolo V rinominato “Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena”, e in particolare il Capo I “Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena”.

Tale opzione ha indotto la maggioranza degli interpreti e le stesse Sezioni unite a ritenere che il legislatore volesse disciplinare l'art. 131-*bis* c.p. come un istituto che incide sulla *mera punibilità di un fatto* che costituisce a tutti gli effetti *reato*, pur *diversificandosi* però dalle *cause di estinzione del reato*, cui è dedicato nello

²⁸⁸ Per considerazioni critiche su tale pronuncia, si rinvia a M. BONTEMPELLI, *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra azione civile e decisione penale*, in Proc. pen. e Giust., fasc. 1/2023;

²⁸⁹ Cfr., Cass., sez. Un., 24 settembre 2019, n. 38954, secondo cui “il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione”;

specifico il successivo Titolo VI denominato “della estinzione del reato e della pena”²⁹⁰.

L’esclusione della punibilità può innestarsi, infatti, solo su *fatti tipici* che in concreto possono risultare *scarsamente offensivi*²⁹¹.

La stessa previsione dell’art. 651-*bis* c.p. conferma l’inquadramento in termini di causa di non punibilità in senso stretto di natura sostanziale, posto che, dal punto di vista processuale, il fatto tenue resta pur sempre un fatto illecito (non punibile), nonostante l’intervenuto proscioglimento²⁹².

²⁹⁰ Cfr., G. AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali*, cit., pag. 975; in questo senso si sono espresse anche le Sezioni unite della Cassazione che nella sentenza del 25 febbraio 2016, n. 13682 (imp. Coccimiglio) hanno ritenuto che “in realtà il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale. Esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed extrema ratio; con effetti anche in tema di deflazione. Lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione s’intrecciano coerentemente. Il dato normativa conduce senza dubbi di sorta a tale esito interpretativo. Il giudizio sulla tenuità del fatto richiede, infatti, una valutazione complessa che ha ad oggetto le modalità della condotta e l’esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell’art. 133, primo comma, cod. pen. Si richiede, in breve, una equilibrata considerazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, e non solo di quelle che attengono all’entità dell’aggressione del bene giuridico protetto”;

²⁹¹ Per ciò che concerne la distinzione tra fatto inoffensivo e fatto tenue, è stato osservato che l’art. 131-*bis* deve essere collocato su un piano diverso rispetto al principio di offensività, poiché un fatto tenue resta comunque offensivo sebbene, appunto, l’offesa al bene giuridico si atteggi in termini di scarsa rilevanza. Di conseguenza “la valutazione circa l’esiguità del fatto dovrebbe essere svolta in maniera più approfondita ed articolata rispetto a quanto avviene sul piano dell’inoffensività. Utilizzare l’offensività del reato come termine di paragone per valutare l’esiguità dell’illecito porta a scarsi risultati perché, identificando la mancanza di offesa con fenomeni dal disvalore inesistente, si corre il pericolo di identificare l’esiguità del danno con un superamento minimo della soglia di quello “zero”. Pertanto, la consapevolezza circa la necessità di emancipare l’esenzione da pena oltre i confini di una minima offensività dovrebbe suggerire una visione assai più elastica e flessibile nel momento in cui il legislatore metterà mano sull’istituto al fine di ampliare l’area della non punibilità”, cfr. G. A. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., pag. 70;

²⁹² Occorre, inoltre, scartare l’ipotesi di inquadrare la particolare tenuità del fatto come una condizione di improcedibilità, poiché laddove il legislatore ha voluto modellarla con tali caratteristiche lo ha espressamente fatto, così come avvenuto nel caso dell’art. 34, d. legisl. n.

Dall'inquadramento dell'art. 131-*bis* c.p. quale causa di non punibilità in senso stretto di natura sostanziale discendono delle conseguenze in termini di *disciplina*: esso rileverà oggettivamente e non potrà essere applicato in via analogica, al di fuori dei requisiti in esso espressamente contemplati; a fronte di un fatto tenue, risulterà legittima la reazione opposta nei confronti dei fatti da questa coperti; e, infine, sarà controversa l'applicabilità o meno della disciplina in materia di errore di cui all'art. 59, comma 4, c.p.²⁹³.

Uno dei profili di disciplina che ha suscitato maggiori dubbi interpretativi ha riguardato la necessità o meno di accertare la particolare tenuità del fatto nei confronti di tutti i concorrenti in caso di realizzazione plurisoggettiva del fatto tenue, alla luce del fatto che l'istituto contempla tra i suoi presupposti applicativi la verifica delle modalità della condotta, "valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma", oltre alla non abitualità del comportamento.

Due, in particolare, le possibili alternative interpretative: agganciare la valutazione di particolare tenuità esclusivamente ad un *giudizio oggettivo di scarsa rilevanza offensiva* del fatto rispetto al bene giuridico ed *estendere* quindi *automaticamente* la non punibilità in favore dei concorrenti nel reato, ai sensi dell'art. 119 co. 2 c.p.; oppure, ritenere rilevanti per la valutazione di tenuità del fatto anche le *componenti soggettive* – e, in particolare, l'intensità del dolo e il grado della colpa, richiamate dall'art. 133 co. 1, che possono determinare un diverso atteggiarsi delle modalità della condotta in capo a ciascun concorrente – *escludendo* quindi l'*automatica estensione* nei confronti dei concorrenti.

In quest'ultimo senso sembra, del resto, orientata la giurisprudenza tanto di merito quanto di legittimità, che richiede di condurre la valutazione della tenuità del fatto sulla base di "tre categorie di indicatori: le *modalità della condotta*, l'*esiguità del danno o del pericolo*, nonché il *grado della colpevolezza*"²⁹⁴.

274/2000 in materia di processo dinanzi al giudice di pace, in cui la non punibilità è denominata espressamente come causa di "esclusione della procedibilità" già nella rubrica della norma, cfr., sul punto, G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali*, cit., pag. 975;

²⁹³ Cfr., G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali*, cit., pag. 977;

²⁹⁴ Cfr., Cass., Sez. un., sentenza del 25 febbraio 2016, n. 13682 (imp. Coccimiglio); Cass sez. IV del 15 settembre 2015 n. 44683; cfr., inolt

re, in dottrina G. MARINUCCI-E. DOLCINI- G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 505, secondo cui l'art. 131-*bis* c.p. trova applicazione nei confronti di tutti i concorrenti nel reato, salvo che vi si oppongano fattori relativi alla singola persona, come l'intensità del dolo, il grado della colpa o l'abitudine del comportamento;

CAPITOLO IV

IL FONDAMENTO POLITICO-CRIMINALE DELLE CAUSE DI NON PUNIBILITA' IN SENSO STRETTO: RIFLESSIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Funzione di prevenzione generale e principio di sussidiarietà o *extrema ratio*: la *ratio* della previsione di cause di non punibilità sopravvenute – 2.1. (*Segue*): La classificazione delle cause di non punibilità sopravvenute attuative del principio di sussidiarietà, basate sull'eliminazione del pericolo o sulla riparazione del danno per il bene giuridico tutelato – 2.2. (*Segue*): Gli elementi che caratterizzano le cause di non punibilità sopravvenuta: i limiti temporali e la volontarietà della condotta – 2.3 (*Segue*): La disciplina delle cause di non punibilità sopravvenuta: l'estensibilità nei confronti dei concorrenti e l'irrilevanza dell'errore putativo – 3. Funzione di prevenzione generale e speciale e finalità della pena: la *ratio* della previsione dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto – 4. Ragioni di opportunità politico-criminale e persistenti dubbi di legittimità costituzionale: la *ratio* della previsione di cause di non punibilità concomitanti – 5. Il "punto di crisi" della non punibilità: la premialità sganciata dal ravvedimento personale o dalla tutela di un bene giuridico

1. Premessa

Attraverso le diverse ipotesi che abbiamo esaminato nei precedenti capitoli si è tentato di dimostrare che nell'ambito della non punibilità confluiscono una serie di istituti eterogenei tra loro, di cui non è sempre agevole individuare il fondamento politico-criminale, la natura oggettiva o soggettiva e la relativa disciplina applicabile.

Il punto di partenza è stato rappresentato dall'individuazione dei "*confini esterni*" della categoria, che ha poi consentito di procedere alla delimitazione dei "*confini interni*" delle cause di non punibilità in senso stretto.

Dal punto di vista della *delimitazione esterna della categoria*, dall'analisi delle norme passate in rassegna nel primo capitolo – gli artt. 393-*bis*, 384, 162-*ter* c.p. e

648-ter.1 co. 4 – possiamo ritenere che, in base ad un argomento *a contrario*, si sia in presenza di una causa di non punibilità in senso stretto nel caso in cui vi sia una *deroga ad una norma incriminatrice*, che sancisce la generale punibilità di determinati fatti (quindi sicuramente nell'ambito di un fatto tipico), per ragioni che nulla hanno a che vedere con la valutazione legislativa circa l'esistenza di un preminente interesse che renda lecita la commissione di un reato (alla base delle cause di giustificazione) né con una valutazione relativa alla ritenuta inesigibilità di una condotta alternativa lecita (riguardante invece le scusanti).

Detto altrimenti, prendendo ad esempio l'art. 376 c.p. sulla ritrattazione, la ragione che giustifica tale previsione non può essere rinvenuta nella liceità della dichiarazione mendace, effettuata per tutelare il superiore interesse della corretta amministrazione della giustizia, ovvero nella ritenuta inesigibilità di una dichiarazione conforme a verità da parte di chi si trovi ad assumere l'ufficio di testimone.

Per quanto attiene, invece, alla *delimitazione "interna" alla categoria*, abbiamo visto che l'individuazione del fondamento dogmatico delle diverse cause di non punibilità in senso stretto, nell'ambito delle *ragioni di opportunità politico-criminali*, oscilla tra un'impostazione in termini soggettivi, (riconducibile alla teoria "del ponte d'oro" o "dell'incentivo") secondo cui la non punibilità premierebbe *l'atteggiamento soggettivo del reo di ritorno alla legalità*, e un'impostazione in termini oggettivi in base alla quale, in un'ottica di sussidiarietà, la non punibilità discende dalla valutazione degli esiti giuridicamente apprezzabili in termini di *tutela dei beni giuridici*.

A nostro avviso, tra le due impostazioni è da ritenersi preferibile la seconda, per le ragioni che saranno esposte più nel dettaglio nei successivi paragrafi, in cui si tenterà di evidenziare il *collegamento esistente* tra le *funzioni della pena*, il *principio di sussidiarietà* e le *previsioni di non punibilità*.

Sebbene le previsioni che escludono la punibilità siano tutte in qualche misura riconducibili al principio di sussidiarietà, esso, come vedremo, si atteggia diversamente nell'ambito delle diverse cause di non punibilità in senso stretto, con *significative ricadute* sul piano della *disciplina applicabile*.

Iniziamo dall'analisi del fondamento politico-criminale delle cause di non punibilità sopravvenuta, per poi passare all'analisi della *ratio* dell'art. 131-bis c.p.,

delle cause personali di non punibilità, dei premi per la collaborazione processuali e della non punibilità che deriva dai condoni.

2. Funzione di prevenzione generale e principio di sussidiarietà o *extrema ratio*: la *ratio* della previsione di cause di non punibilità sopravvenute

L'analisi delle condotte sopravvenute che determinano la non punibilità deve necessariamente muovere dalla considerazione delle *differenze strutturali tra norme incriminatrici e tra beni giuridici da esse tutelate*²⁹⁵.

²⁹⁵ Non è questa la sede più opportuna per approfondire la problematica e travagliata storia del concetto di bene giuridico né i persistenti dubbi sulla sua capacità di orientare le scelte di criminalizzazione. In estrema sintesi e ai fini del discorso che si intende affrontare, basti ricordare gli sforzi della dottrina italiana e non solo che, a partire dalla teorizzazione di Von Litszt e alla sua idea di "scopo" nel diritto penale, si è impegnata nel tentare di individuare dei limiti al ricorso al diritto penale ovvero, specularmente, degli obblighi di criminalizzazione. Il concetto di bene giuridico, nella sua travagliata evoluzione, ha costantemente risentito dell'evoluzione dello Stato e del rapporto tra autorità e cittadini. Non può non farsi un riferimento alla teoria costituzionale del bene giuridico, elaborata da Bricola negli anni Settanta, attraverso cui si è tentato di far assurgere a legittimo oggetto di tutela da parte del diritto penale solo beni e valori dotati di rilevanza costituzionale, esplicita ma anche implicita. Tentativo quest'ultimo indubbiamente meritevole da un punto di vista teorico, ma che è andato progressivamente scontrandosi con la realtà dell'ordinamento penale e con l'esistenza, da un lato, di reati cd. privi di bene giuridico e, dall'altro, con l'utilizzo di tecniche di strutturazione di determinate fattispecie che risultano distanti dall'individuazione di un vero e proprio bene giuridico. D'altra parte, proprio per le difficoltà di individuazione di una sicura nozione di bene giuridico e il conseguente rischio di ingerirsi nell'esclusiva discrezionalità del legislatore nella selezione dei beni meritevoli di tutela penale, nemmeno la Corte costituzionale ha mai utilizzato tale parametro per pervenire a dichiarazioni di illegittimità costituzionale, per i dovuti approfondimenti sul tema, non può che rimandarsi a F. BRICOLA, *voce Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, XIX, 1973; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1973; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; G. MARINUCCI, *Bene giuridico e riforma della parte speciale. Relazione di sintesi*, in A. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1983, pp. 327-350; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte*

Ed infatti, per quanto concerne nello specifico le cause di non punibilità sopravvenuta, la giustificazione della loro previsione legislativa deve essere anch'essa rintracciata nella *funzione di prevenzione generale* del diritto penale, che impone, da un lato, di presidiare in modo forte, ricorrendo appunto al diritto penale, determinati beni giuridici ritenuti meritevoli di tale tutela, al fine di distogliere, attraverso la minaccia della pena, chiunque dalla commissione di reati (cd. *prevenzione generale negativa*), orientando inoltre nel lungo termine il comportamento dei consociati (cd. *prevenzione generale positiva*); mentre, dall'altro, vieta l'applicazione della norma incriminatrice, e della sanzione da essa prevista, nel caso in cui la tutela di quegli stessi beni giuridici possa essere raggiunta altrimenti, attraverso comportamenti che garantiscano la reintegrazione totale dell'offesa o la sua riparazione²⁹⁶.

speciale, Napoli, Jovene, 1983, p. 3 ss; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, 2014, con recensione di G.P. Demuro, in Riv. It. dir. proc. pen., 2015, pagg. 1103-1106;

²⁹⁶ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 410; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pag. 128; G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 39; cfr., inoltre, le considerazioni di L. STORTONI, *Premesse*, cit., pag. 408, secondo cui "si afferma, come è noto, che l'incriminazione deve trovare la sua legittimazione nella punizione di un fatto concretamente offensivo di un valore avente riconoscimento costituzionale. Pur nella diversità di posizioni, vi è fondamentale consenso nel ritenere che la Costituzione contenga una serie di parametri che delimitano in positivo ed in negativo la fattispecie penale: l'esclusione di un diritto penale imperniato su dati puramente soggettivi o inerenti all'atteggiamento interiore dell'agente, la negazione di una strutturazione della fattispecie secondo tipologie di autore fanno da pendant alla necessità di uno stretto rapporto tra il fatto ed il bene giuridico che collochi il sistema nei moduli di un diritto penale fondato sull'offesa, verso una configurazione realistica dell'illecito. Al tempo stesso la pena - pur finalisticamente orientata al reinserimento sociale del reo - conserva la primaria valenza di tutela degli interessi protetti. In questo quadro, le ipotesi di non punibilità possono svolgere una funzione armonica e compatibile con i caratteri del sistema così come ora sommariamente delineati, ma possono, ovviamente, muoversi anche in direzione perfettamente antitetica con l'effetto di svuotare le guarentigie formali e sostanziali che si vogliono realizzare. Di qui l'evidente pericolosità di ogni teorica che releghi fuori dal campo di vigenza di siffatti principi la disciplina dell'impunità. Come è stato acutamente avvertito, la sottrazione ad ogni possibile controllo costituzionale delle norme che prevedono casi di non punibilità può neutralizzare l'intera costruzione e consentire l'ingresso nel sistema penale di elementi di sperequazione e di privilegio. L'effetto può essere ancor più grave: l'elaborazione stessa di una teoria generale del reato in chiave costituzionale può divenire la facciata legittimante l'arbitrio";

Nell'ottica delle teorie preventive, infatti, la previsione di un reato e della relativa pena è rivolta al futuro, poiché ha l'obiettivo di impedire ed evitare aggressioni a determinati beni giuridici degni di tutela, secondo un calcolo costi-benefici in cui, però, i benefici derivanti dall'applicazione della pena (la prevenzione di future lesioni del bene protetto) devono risultare comunque pari o superiori ai suoi costi (la privazione della libertà personale): a illuminare le scelte legislative concorrono, in tal caso, i principi di offensività, di colpevolezza, di proporzione e di sussidiarietà²⁹⁷.

È proprio così che si realizza una *saldatura* tra la funzione di *prevenzione generale*, che indica perché e a quale fine il legislatore sia legittimato a far ricorso al diritto penale, e il *principio di sussidiarietà* o *di extrema ratio*, che ci dice invece come ed entro quali limiti sia consentito il ricorso al diritto penale, evitando l'utilizzo della sanzione penale quando il fine che con essa si vuole perseguire risulti, appunto, già soddisfatto²⁹⁸.

In relazione alle cause di non punibilità sopravvenuta, la *sussidiarietà* deve essere quindi intesa come *rinuncia alla pena*, in virtù del *raggiungimento del medesimo fine che voleva raggiungersi con la previsione della norma incriminatrice*.

In quest'ottica, a fronte di comportamenti che variamente dimostrano una desistenza dal perseguire l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma

²⁹⁷ Cfr., per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 9 ss; sul punto, in particolare, G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., pag. 3; cfr. G. COCCO, *La punibilità*, cit., cit., pag. 33, secondo cui le previsioni che negano la punibilità di un fatto di reato sono intimamente collegate alla tematica dei limiti del potere punitivo che si esplica in presenza di diversi principi in virtù dei quali si delimita il campo dell'intervento penale: la esclusiva protezione dei beni giuridici e i principi di frammentarietà e di sussidiarietà. Se il potere punitivo si legittima in presenza di un bene giuridico da tutelare, anche la non punizione deve trovare una sua giustificazione nella protezione dei beni giuridici, risultando sicuramente illegittima nel caso in cui produca come risultato la rinuncia alla pena in assenza dell'intervenuta tutela del bene giuridico sotteso all'incriminazione;

²⁹⁸ Cfr., G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., pag. 3, secondo cui l'idea del diritto penale come ultima ratio rappresenta un meta principio, che riceve alimento e vigore dall'esistenza e dal rispetto di altri principi fondamentali del nostro ordinamento, tra cui in particolare il principio di proporzione, ma anche di efficacia, effettività e necessità;

incriminatrice o una sua intervenuta reintegrazione, l'applicazione di una pena si rivelerebbe eccessivamente costosa, inutile e, in definitiva, sproporzionata²⁹⁹.

Il principio di sussidiarietà, così inteso, esprime il *carattere utilitaristico della sanzione penale*, di cui può legittimamente farsi a meno quando altri strumenti e mezzi appaiano in grado di assicurare un'adeguata tutela al bene giuridico in rilievo³⁰⁰.

Non vi è dubbio a tal proposito, che il principio di sussidiarietà costituisca uno dei principi cardine della materia penale: la pena è infatti sempre "un meno", rappresenta pur sempre la privazione di un bene fondamentale di ciascun individuo, la libertà personale, di cui deve farsi a meno laddove l'obiettivo che si vorrebbe raggiungere con essa – segnatamente, di prevenzione generale nella sua previsione astratta e di prevenzione speciale nella sua applicazione concreta – possa essere *egualmente raggiunto per vie meno costose*, che sacrificino meno o non sacrificino in alcun modo la libertà personale³⁰¹.

Com'è stato efficacemente affermato, la pena detentiva rappresenta nient'altro che "*un'arma a doppio taglio, tutela dei beni giuridici attuata mediante la lesione degli stessi*"³⁰² e non svolge alcun ruolo preventivo, né soddisfa alcuna finalità, l'applicazione di una pena a fronte di fattori o comportamenti che dimostrino inequivocabilmente il raggiungimento della finalità

²⁹⁹ Secondo T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 407, la funzione di prevenzione generale deve essere intesa "non come deterrenza cieca ma come dissuasione funzionale alla salvaguardia dei beni giuridici la cui lesione costituisce il danno sociale intorno a cui è costruita la previsione incriminatrice"; per contro, la mancata punizione in presenza di tali situazioni non dovrebbe condurre altri soggetti a commettere il medesimo fatto, in contrasto con la funzione di prevenzione generale, poiché essa risulta comunque subordinata ad un comportamento antagonistico del soggetto agente; d'altra parte, la validità della norma risulterebbe comunque assicurata per effetto dell'adempimento tardivo al comando violato.

³⁰⁰ Cfr. G. COCCO, *La punibilità*, cit., cit., pag. 34; G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., pag. 3;

³⁰¹ Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 15 ss; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 28; C. F. GROSSO – M. PELLISSERO – P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020, pag. 69;

³⁰² Cfr. V. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale.*, A. Calvi (a cura di), Giuffrè, 1962, pag. 46;

generalpreventiva che si intende perseguire con la previsione, e la successiva applicazione, della pena stessa³⁰³.

La funzione della non punibilità è, secondo questa visione, anche quella di alleggerire il sovraccarico del sistema giudiziario nel suo complesso, senza però rinunciare ad un'istanza di tutela dei beni giuridici³⁰⁴.

Come anticipato, ai fini della comprensione della portata dei principi che presiedono alla previsione delle ipotesi di non punibilità, occorre tenere in considerazione due elementi essenziali: da un lato, le differenze strutturali tra le norme incriminatrici e, dall'altro, la correlata diversità dei beni giuridici tutelati con l'incriminazione (cd. *principio di frammentarietà*)³⁰⁵.

Se il principio di frammentarietà si riflette nella diversa strutturazione delle fattispecie incriminatrici (ossia nella scelta tra *reati di pericolo* o *di danno* e tra reati ad *evento dannoso* o *pericoloso*), occorre d'altra parte tenere in considerazione la *diversa natura e rilevanza dei beni giuridici* tutelati attraverso l'incriminazione ovvero parimenti tutelati attraverso una contro-condotta.

³⁰³ In questo senso, com'è stato osservato, la non punibilità costituisce una categoria squisitamente funzionalistica, in grado di spiegare il perché la pena non si applichi in una più ampia ottica di *efficienza* o, sotto un diverso profilo, di *effettività* del sistema penale. Parlando di *effettività* del sistema penale si allude non solo all'effettiva applicazione della legge e irrogazione della pena a tutti i fatti di reato ma ci si riferisce anche alla capacità orientativa dei comportamenti dei consociati, cfr., sul punto, F. PALAZZO – F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, 2018, pag. 175; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., pag. 1051;

³⁰⁴ Cfr., le considerazioni di F. PALAZZO, *La non punibilità*, cit., pag. 10, secondo cui "la non punibilità è in qualche modo necessitata dalla congestione del sistema di giustizia penale, e tra non punibilità ed efficienza del sistema si pone un rapporto di proporzionalità diretta. Allo stato, sono illusioni rasantanti la demagogia quelle di poter fare a meno di strumenti deflativi del sistema e tra questi di quelli consistenti nella non punibilità. In secondo luogo, è verissimo che la non punibilità va maneggiata con *juicio*, ancorandola ad interessi, scopi, obiettivi, ulteriori al mero obiettivo deflativo";

³⁰⁵ Com'è noto, il principio di frammentarietà comporta *in primis* – ed è l'aspetto che qui ci interessa – che alcuni beni giuridici possano essere tutelati soltanto contro specifiche e rilevanti forme di aggressione; secondariamente, da tale principio discende una distinzione tra ciò che è antigiusuridico e ciò che è penalmente rilevante; infine, esso determina la non coincidenza tra ciò che è reato e ciò che è immorale, cfr., sul punto, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 28; C. E. PALIERO, "*Minima non curat praetor*", cit., pag. 159 ss; G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., pag. 3;

Ed infatti, la previsione di cause di non punibilità sopravvenuta ha una reale ragion d'essere, risultando *pienamente giustificata* nonché in linea con la funzione di *prevenzione generale* e con il principio di *sussidiarietà* – solo laddove consenta di *salvaguardare i beni tutelati anticipatamente* attraverso l'incriminazione (quindi nella forma dei reati di pericolo) o comunque beni *in qualche misura restaurabili* (ad esempio, i beni giuridici funzionali o comunque reintegrabili)³⁰⁶.

In altri termini, deve concretizzarsi nella previsione di una *condotta antagonista rispetto all'offesa*³⁰⁷, che può essere tale – e di conseguenza rilevare in termini di esclusione della pena – solo laddove consista nella *rimozione del pericolo* o nel *ripristino dello status quo ante* qualora venga in rilievo un danno.

Si pensi, tra i vari esempi che possono menzionarsi, alle ipotesi previste dagli artt. 308 e 309 c.p.

Secondo quanto previsto dall'art. 308 c.p., in particolare, *“nei casi preveduti dagli articoli 304, 305 e 307 non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è costituita, e anteriormente all'arresto, ovvero al procedimento: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione; 2) non essendo promotori o capi, recedono dall'accordo o dall'associazione. Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata costituita”*.

Secondo quanto previsto, invece, dall'art. 309 c.p. *“nei casi preveduti dagli articoli 306 e 307, non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto per cui la banda armata venne formata, e prima dell'ingiunzione dell'Autorità o della forza pubblica, o immediatamente dopo tale ingiunzione: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento della banda; 2) non essendo promotori o capi della banda, si ritirano dalla banda stessa, ovvero si arrendono, senza opporre resistenza e consegnando o abbandonando le armi. Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui la banda è stata formata.”*

³⁰⁶ Cfr., G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, vol. I, 2006, pag. 168 ss;

³⁰⁷ Questa è la terminologia utilizzata da T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo”*, cit., pag. 408;

Gli artt. 308 e 309 c.p. contemplano delle ipotesi di non punibilità per la cospirazione e per la banda armata, ossia per *reati strutturati nella forma del pericolo*, in cui sono ritenuti penalmente rilevanti atti che sarebbero altrimenti preparatori e quindi irrilevanti ai sensi dell'art. 115 c.p.

Detto altrimenti, all'*anticipazione della tutela penalistica* – ritenuta l'unica idonea a tutelare beni giuridici di fondamentale rilievo, come la personalità e la sicurezza dello Stato – il legislatore *accompagna* delle *previsioni di non punibilità*, che consentono di raggiungere il *medesimo risultato di tutela* del bene giuridico che si intendeva garantire attraverso la previsione dell'incriminazione.

Com'è stato puntualmente osservato a proposito di tali previsioni, "l'effetto desiderato dal legislatore è, in primo luogo, quello dello scioglimento dell'associazione o della banda armata che può essere determinato da taluno dei componenti o verificarsi per il volontario recesso di tutti i soci. È parimenti utile anche il recesso del singolo che non sia capo o promotore dell'associazione o della banda, o la resa incondizionata dello stesso. Alternativamente, è considerato rilevante, nello stesso modo, l'impedimento del delitto per il quale l'associazione fu costituita o la banda armata formata. Orbene, se e in quanto tali contegni si verifichino tempestivamente (...), essi sono all'evidenza, di tanto rilievo, in relazione alla salvaguardia e alla tutela dell'interesse protetto dalle norme di cui agli artt. 304, 305, 306, 307, che appare pienamente giustificata la non punibilità, soprattutto in considerazione dell'impossibilità di ottenere i medesimi risultati, con la medesima rapidità, se non attraverso la volontaria condotta riparatrice dei colpevoli".

Attraverso tali previsioni di non punibilità, in definitiva, sembra che "il legislatore, senza certo rinunciare alla permanente validità delle sue prescrizioni, sia stato però indotto a stimolare, attraverso la promessa dell'impunità, il compimento di quella condotta che, in concreto, è l'unica in grado di poter scongiurare i rischi e i pericoli della situazione, né può essere sostituita da altri mezzi di tutela di pari efficacia e di analoga sicurezza"³⁰⁸.

³⁰⁸ Cfr., sul punto, CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 113 e ss;

Un discorso non dissimile può essere svolto in relazione alla previsione di cui all'art. 323-ter c.p.³⁰⁹, di recente introdotto dal legislatore nell'ambito della strategia di contrasto al fenomeno corruttivo perseguita con la l. n. 3 del 2019 (cd. "Legge Spazza-corrotti"), con lo specifico intento di portare ad emersione la corruzione sommersa, prevedendo la non punibilità nei confronti di colui che, dopo aver venduto o acquistato la pubblica funzione o un singolo atto di essa, si sia determinato all'autodenuncia³¹⁰.

Tale norma, in particolare, prevedendo la non punibilità del corrotto o del corruttore il quale, prima di venire a conoscenza di essere sottoposto ad indagini ed entro quattro mesi dal fatto, lo denunci e fornisca indicazioni concernenti il reato commesso (e, nel caso del pubblico agente, metta anche a disposizione

³⁰⁹ In base a quanto previsto dall'art. 323-ter c.p. co. 1 "non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353 bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili"; ai sensi del co. 2 "la non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma"; ai sensi del co. 3 "la causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146";

³¹⁰ L'intenzione perseguita dal legislatore è stata espressamente esplicitata nella relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189, presentato, il 24 settembre del 2018, alla Camera dei Deputati dall'allora Ministro della Giustizia, secondo cui "si tratta di novità di rilievo che – in sintonia con l'impianto di fondo del presente disegno di legge e, pur in un diverso ambito, in linea con la *ratio* che ha ispirato la legge sul *whistleblowing* – si affianca sinergicamente alle altre misure adottate (anche mediante il ricorso a tecniche investigative speciali) per una più efficace attività di accertamento e repressione dei fenomeni corruttivi e paracorruttivi. Non solo la connessione razionale fra le modifiche volte all'inasprimento del trattamento sanzionatorio ed alla stabilizzazione delle pene accessorie ed all'introduzione della causa di non punibilità crea le condizioni per una più efficace prevenzione, costituendo una contropinta dissuasiva dall'entrata in accordi illeciti";

l'utilità percepita o il suo equivalente), aggancia la non applicazione della pena alla *regressione offensiva*, ancorandola a condizioni rigorose³¹¹.

Basti osservare che la necessità di guardare, in alcuni casi, alla *ratio* della norma, piuttosto che all'etichetta assegnata dal legislatore, al fine di individuare la corretta disciplina applicabile nei confronti dei concorrenti "inattivi", è dimostrata anche dalla previsione di cui all'art. 641 co. 2 c.p., secondo cui il reato di insolvenza fraudolenta *si estingue* nel caso in cui l'obbligazione contratta venga adempiuta prima della sentenza definitiva di condanna, ossia prima del passaggio in giudicato della sentenza medesima³¹².

La norma in esame pone dubbi interpretativi non dissimili da quelli già affrontati in relazione alla previsione dell'estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p.³¹³.

Se si tiene in considerazione il fatto che l'adempimento tardivo dell'obbligazione, avvenuto prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, è in grado di reintegrare a pieno il patrimonio della vittima, ovvero il bene giuridico leso dal comportamento fraudolento del debitore che giustifica la previsione dell'incriminazione, risulta più corretto l'inquadramento in termini di causa di non punibilità sopravvenuta³¹⁴, avente *natura oggettiva*, poiché legata alla

³¹¹ Cfr., per considerazioni più approfondite su tale previsione, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma (editoriale)*, in Arch. Pen., fasc. 3/2018, secondo cui "le carte della causa di non punibilità sono dunque fondamentalmente in regola rispetto alla logica di un diritto penale ancora basato sulla tutela di beni, suscettibile di comprendere anche misure premiali per eliminare o circoscrivere l'offesa recata"; cfr., inoltre, per alcune considerazioni critiche sul funzionamento in concreto dell'istituto, G. DE NOZZA, *La causa di non punibilità per la collaborazione processuale (art. 323 ter del c.p.)*, in Sist. Pen., 30 giugno 2022; A. ALBERICO, *Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione*, in Arch. Pen., fasc. 1/2020;

³¹² Ai sensi dell'art. 641 c.p. co. 1 "chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 516"; in base a quanto previsto dal co. 2" l'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato";

³¹³ Cfr., il par. 3.4. del cap. I;

³¹⁴ Cfr., sul punto, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 499;

tutela del bene giuridico, e pertanto applicabile anche nei confronti dei concorrenti nel reato ai sensi dell'art. 119 co. 2. c.p.³¹⁵.

Diversamente, se l'art. 641 co. 2 c.p. integrasse una "vera" causa di estinzione, basata su ragioni di opportunità politico-criminale che nulla hanno a che vedere con la tutela del bene giuridico sotteso all'incriminazione, dovrebbe coerentemente trovare applicazione la specifica disciplina dettata dall'art. 182 c.p., con la conseguenza che pertanto l'adempimento potrebbe giovare esclusivamente al soggetto che lo ha realizzato.

In conclusione, una volta che il legislatore stabilisca che, per apprestare un'adeguata tutela nei confronti determinati beni giuridici, sia necessario ricorrere allo strumento penalistico, nella medesima ottica di tutela di quei stessi beni, egli può dare legittimamente spazio – a livello di previsione normativa e di successiva applicazione giudiziale – ad altri strumenti, quali le cause sopravvenute di non punibilità, che appaiano comunque in grado di tutelare allo stesso modo il bene giuridico che si voleva presidiare con l'incriminazione, in un'ottica di sussidiarietà dell'intervento penale³¹⁶.

Tale possibilità risulta comunque circoscritta a reati di pericolo o a reati di evento dannoso concernenti beni giuridici la cui lesione sia suscettibile di reintegrazione.

2.1. La classificazione delle cause di non punibilità sopravvenute attuative del principio di sussidiarietà, basate sull'eliminazione del pericolo o sulla riparazione del danno per il bene giuridico tutelato

³¹⁵ Cfr., per questa posizione, L. STORTONI, *Profili sistematici delle cause estintive*, in *Ind. Pen.*, 1989, pag. 51; G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 159; di diverso avviso, invece, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 323 ss. che, pur sottolineando le differenze che intercorrono tra le cause di estinzione del reato e le cause di non punibilità sopravvenute, ritiene che a quest'ultime debba essere attribuita efficacia strettamente personale, non diversamente dalla cause estintive, poiché non sussiste alcuna "necessità di estendere il premio, che già rappresenta una deroga al principio del *nullum crimen sine poena*, ai concorrenti nel reato che non abbiano collaborato";

³¹⁶ Cfr. G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 34;

All'esito di tali considerazioni sulla *ratio* delle cause di non punibilità sopravvenute, è possibile distinguere, da un lato, le cause di non punibilità sopravvenute che operano in relazione ai *reati di pericolo* e, dall'altro, quelle che operano a fronte di *reati strutturati nella forma del danno*.

Nell'ambito delle contro-condotte che sono potenzialmente in grado di eliminare il pericolo cui è stato esposto il bene giuridico, possono essere annoverate:

- la *desistenza volontaria*, con cui si elimina il pericolo cui viene esposto il bene giuridico di volta in volta rilevante, di cui all'art. 56 co. 3;

- il *recesso dai delitti di cospirazione politica e banda armata*, che elimina il pericolo per la personalità e sicurezza dello Stato, di cui agli artt. 308 e 309 c.p.;

- l'*autodenuncia del corrotto o corruttore*, che elimina il pericolo per la pubblica amministrazione creato dal patto corruttivo, di cui all'art. 323-ter c.p.;

- la *ritrattazione*, che elimina il pericolo per la verità e correttezza delle dichiarazioni processuali e di conseguenza per la corretta formazione delle prove, di cui all'art. 376 c.p.;

- l'*impedimento della contraffazione, dell'alterazione o della fabbricazione di monete, di carte di pubblico credito e di valori di bollo, nonché di altri oggetti indicate negli articoli precedenti*, che elimina il pericolo per la fede pubblica sulla certezza e affidabilità del traffico monetario, di cui all'art. 463 c.p.;

- il *ritiro dalla radunata sediziosa* prima dell'ingiunzione dell'Autorità o per obbedire ad essa, che elimina il pericolo per l'ordine pubblico, di cui all'art. 655 co. 3 c.p.

Invece, nell'ambito delle contro-condotte che sono potenzialmente in grado di reintegrare la lesione del bene giuridico tutelato, presenti nel codice penale e nella normativa complementare, possono invece essere ricondotte:

- la *riparazione integrale del danno*, che elimina le conseguenze dannose provocate dal reato, ai sensi dell'art. 162-ter c.p.;

- la *riparazione integrale del danno*, che elimina le conseguenze dannose provocate dal reato, ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000;

- la *prova della verità del fatto* o per l'*intervenuta condanna del Pubblico ufficiale*, che elimina il danno all'onore e al prestigio del soggetto destinatario, di cui all'art. 341-bis c.p. co. 2;

- la *cattura della persona evasa*, che elimina il danno contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, di cui all'art. 387 co. 2 c.p.;
- l'*adempimento dell'obbligazione* intervenuta prima della condanna per insolvenza fraudolenta, che elimina il danno al patrimonio della persona offesa, di cui all'art. 641 co. 2;
- il *pagamento del debito tributario* in determinati termini, che elimina il danno al gettito tributario, di cui all'art. 13 d.lgs. 74/2000;
- l'*adempimento delle prescrizioni* in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, che elimina la contravvenzione accertata, di cui all'art. 15 d.lgs. 124/2004 (artt. 20 ss. del d.lgs. n. 758/1994);
- la *rimessione in pristino* delle aree o immobili soggetti a vincolo paesaggistico, prima che venga disposta dall'autorità amministrativa e prima che intervenga la condanna, che elimina il danno per il bene paesaggistico, ai sensi dell'art. 181 co.1 quinquies d.lgs 42/2004;
- la *bonifica* a seguito di inquinamento ambientale, di cui all'art. 257 co. 4 d.lgs 152/2006;
- la *conformità dell'immobile alla disciplina urbanistica ed edilizia* vigente, pur se costruita in assenza di permesso di costruire, ai sensi dell'art. 36 (L.) t.u. edilizia;
- la *rimessione in pristino* a seguito della commissione di contravvenzioni ambientali che non abbiano cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche e paesaggistiche protette, di cui agli artt. 318-bis ss d.lgs. 152/2006;

2.2. Gli elementi che caratterizzano le cause di non punibilità sopravvenuta: i limiti temporali e la volontarietà della condotta

Un'ulteriore conferma della stretta connessione esistente tra la previsione delle cause di non punibilità sopravvenute e l'intervenuta reintegrazione dell'offesa perpetrata al bene giuridico, tanto nella forma del danno quanto in quella del pericolo, si trae dalla presenza, all'interno delle norme che prevedono le singole cause di non punibilità sopravvenuta, di alcuni specifici elementi.

Ed infatti, come anticipato, le cause di non punibilità sopravvenuta, oltre ad essere strutturate sulla base di una condotta successiva alla commissione del reato che risulti antagonistica rispetto all'offesa, contemplanò generalmente precisi *limiti temporali* entro cui deve realizzarsi la contro-condotta che determina la non punibilità, e talvolta includono, tra i vari requisiti, la *volontarietà* della condotta.

Sotto il primo profilo, dalla lettura delle ipotesi inquadrate come cause di non punibilità sopravvenuta emerge come la non applicazione della pena dipenda dal rispetto di precisi limiti temporali, impliciti o espliciti, e la loro previsione risponda esattamente al principio di sussidiarietà e al riconoscimento della regressione offensiva, che può assumere valore per l'ordinamento solo qualora intervenga entro *tempistiche ragionevolmente legate all'esigenza di tutela del bene giuridico e di accertamento processuale della sua violazione*.

Tali soglie temporali possono variare in relazione alla diversità del bene giuridico di volta in volta rilevante, ma le contro-condotte devono comunque realizzarsi prima della definitiva chiusura della vicenda processuale.

Si pensi, a titolo di esempio, alla possibilità di ritrattare, che è accordata al falso testimone "prima della chiusura del dibattimento", oppure al pagamento dell'obbligazione che rende non punibile il delitto di insolvenza fraudolenta, a condizione che intervenga "prima della condanna", quindi in un momento successivo all'apertura del dibattimento, ma anteriore al passaggio in giudicato della sentenza³¹⁷.

Per quanto riguarda, invece, il requisito della "volontarietà della condotta", occorre sgomberare il campo dall'equivoco che, in questi casi, facendo riferimento alla volontarietà, il legislatore abbia voluto imporre anche una valutazione sui motivi che hanno determinato il ravvedimento.

Ed infatti, il requisito della volontarietà, secondo l'interpretazione cui riteniamo di aderire, deve esclusivamente riferirsi al *collegamento psichico*

³¹⁷ Sottolineano tale caratteristica e la sua importanza, in particolare, CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 112; T. PADOVANI, *La soave inquisizione.*, cit., 1981, pag. 535; G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 152;

sussistente *tra il comportamento successivo al reato e il singolo soggetto* che lo pone in essere, e quindi all'assenza di eventuali costrizioni provenienti dall'esterno³¹⁸.

Detto altrimenti, ciò che rileva per il legislatore è che l'intervento tempestivo e volontario del soggetto agente abbia effettivamente determinato un risultato positivo per la salvaguardia del bene giuridico, indipendentemente da valutazioni in termini di prevenzione speciale o sull'atteggiamento interiore del reo, che il giudice non è tenuto a svolgere.

Infatti, come abbiamo anticipato sin dall'inizio del presente capitolo, le cause di non punibilità sopravvenute si legano alla funzione di prevenzione generale in modo speculare e contrapposto rispetto alle fattispecie incriminatrici³¹⁹.

2.3 La disciplina delle cause di non punibilità sopravvenuta: l'estensibilità nei confronti dei concorrenti e l'irrilevanza dell'errore putativo

Come abbiamo già avuto modo di osservare, le cause di non punibilità in senso stretto sono state spesso confuse – e unificate in punto di disciplina, soprattutto per quanto concerne l'applicazione dell'art. 182 c.p. – con le cause di estinzione del reato.

Nondimeno, l'elemento che indubbiamente differenzia le prime da queste ultime risiede nella circostanza che, attraverso la previsione di una causa estintiva, viene attribuito generalmente rilievo ad un *interesse esterno ed antagonista* rispetto a quello che l'applicazione della pena dovrebbe tutelare³²⁰.

³¹⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 398;

³¹⁹ Cfr., sul punto, CONTENUTO G., *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 112; T. PADOVANI, *La soave inquisizione.*, cit., 1981, pag. 535; G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 155;

³²⁰ Cfr., S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 323 ss. L'A., in particolare distingue all'interno delle cause estintive ipotesi in cui l'interesse in ossequio al quale avviene la rinuncia all'applicazione della pena si presenta come totalmente esterno ed antagonista rispetto all'interesse che nell'applicazione della pena dovrebbe svolgersi (come ad es. la prescrizione e l'amnistia), da altre ipotesi in cui è lo stesso concreto atteggiarsi dell'interesse che la pena dovrebbe soddisfare nella fase applicativa che consiglia l'abbandono della pretesa punitiva (come

Si pensi, ad esempio, alla previsione relativa all'estinzione del reato per il decorso di un certo periodo di tempo dalla sua commissione: la previsione della prescrizione dimostra, semplicemente, che lo Stato non ha più interesse a perseguire fatti che siano, ormai, troppo distanti nel tempo, per *ragioni* che, però, *non hanno nulla a che vedere* con la *tutela del bene giuridico* sotteso alla norma incriminatrice violata.

Diversamente, l'elemento specifico che emerge dall'analisi delle cause di non punibilità in senso stretto, quanto meno per ciò che concerne le cause sopravvenute – e che sembra distinguerle da tutte le altre – è che esse, secondo alcuni, rappresentano in ogni caso un mezzo positivo per ottenere *in extremis* la salvaguardia del bene giuridico tutelato con l'incriminazione³²¹.

Inoltre, com'è stato osservato, da tale diversità di *ratio* discende una differenza in termini di accertamento processuale della presenza di una causa di non punibilità o di una causa estintiva, poiché quest'ultime, "proprio perché radicate in valutazioni indipendenti dal singolo reato concreto nel suo contenuto lesivo", possono trovare applicazione pur in assenza di un accertamento di merito circa la sussistenza del fatto sulla base di una *fictio iuris*.

Diversamente, le cause di non punibilità sopravvenuta, invece, presuppongono che siano già stati accertati la tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza del fatto e impongono di verificare la sussistenza di un comportamento successivo del reo che abbia concretamente rimosso la lesione al bene giuridico³²².

Nei confronti delle cause di non punibilità sopravvenuta, pertanto, non dovrebbe trovare applicazione la disciplina prevista per le cause estintive del reato e, in particolare, l'art. 182 c.p. in tema di estensione della non punibilità nei confronti dei concorrenti nel reato che non abbiano posto in essere una contro

ad es. il perdono giudiziale e la sospensione condizionale della pena); in entrambi i casi si tratta di interessi sostanzialmente estranei a quello in vista del quale la norma incriminatrice di parte speciale è stata posta e all'oggettività giuridica del reato estinto;

³²¹ Cfr., sul punto, CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 113; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 324 ss; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 410; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., pag. 1038; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 604; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 94;

³²² Cfr., in questo senso, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 325 ss;

condotta, che limita la produzione degli effetti dell'estinzione del reato soltanto rispetto coloro ai quali la causa si riferisce³²³.

In base a quanto previsto dall'art. 182 c.p., infatti, "salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce".

Quest'ultimo rappresenta il punto più discusso e problematico relativo alla disciplina delle cause di non punibilità sopravvenuta³²⁴.

A tal proposito, come anticipato, sia in dottrina che in giurisprudenza sembrano prevalenti le opinioni di segno negativo che, muovendo dall'asserita *natura personale* delle cause di non punibilità sopravvenuta, ritengono che la loro estensione ai concorrenti "inattivi" possa avvenire solo a condizione che "questi abbiano arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo"³²⁵.

³²³ Il punto problematico viene segnalato già da S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 323 ss. che, pur sottolineando le differenze che intercorrono tra le cause di estinzione del reato e le cause di non punibilità sopravvenute, ritiene che a quest'ultime debba essere attribuita efficacia strettamente personale, non diversamente dalla cause estintive, poiché non sussiste alcuna "necessità di estendere il premio, che già rappresenta una deroga al principio del *nullum crimen sine poena*, ai concorrenti nel reato che non abbiano collaborato"; di diverso avviso, invece, G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 158 che, partendo dal presupposto per cui la punibilità integra il quarto elemento del reato, ritiene che l'effetto della non punibilità attribuita alla condotta *post factum* che restauri il bene lesa o elimini il pericolo per lo stesso, posta in essere da uno solo dei concorrenti, vada esteso in linea di principio agli altri concorrenti proprio perché esclude la punibilità di un fatto antigiuridico e colpevole, e non di una singola persona;

³²⁴ Come abbiamo anticipato nel paragrafo dedicato alla desistenza, il tema dell'estensione o meno nei confronti dei concorrenti si pone esclusivamente con riferimento ai *reati eventualmente complessi*, poiché l'azione del singolo non è da sola in grado di reintegrare il bene giuridico lesa nel caso in cui venga in rilievo un reato necessariamente complesso, cfr., il sottopar. 3.1. del cap. III, relativo alla desistenza volontaria e al recesso attivo;

³²⁵ Cfr., in giurisprudenza, le affermazioni contenute nella sentenza del 30 ottobre 2002 (dep. 7 novembre 2002) n. 37503, in cui le sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui "la causa sopravvenuta di non punibilità, prevista dall'art. 376 c.p., in caso di ritrattazione della falsa testimonianza, è circostanza di carattere soggettivo che, ai sensi dell'art. 119 co. 2, può operare nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 c.p., esclusivamente qualora questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo"; in chiave critica è stato osservato che "con il criterio dell'imputazione "soggettiva causale", utilizzato dalle Sezioni unite per arrivare alla

In particolare, pur sottolineando le differenze che intercorrono tra le cause di estinzione del reato e le cause di non punibilità sopravvenute, da più parti è stato sostenuto che a quest'ultime debba essere attribuita *efficacia strettamente personale*, ai sensi dell'art. 119 co. 1 c.p., non diversamente da quanto stabilito dall'art. 182 c.p. in relazione alle cause estintive, poiché non sussiste alcuna *"necessità di estendere il premio, che già rappresenta una deroga al principio del nullum crimen sine poena, ai concorrenti nel reato che non abbiano collaborato"*³²⁶.

Se però, come crediamo, ciò che giustifica la previsione delle cause di non punibilità è l'esistenza di una condotta *post factum*, idonea ad *interrompere la messa in pericolo* a cui è stato esposto il bene giuridico o a *riparare la sua lesione*, in attuazione del principio di *sussidiarietà* e della *funzione di prevenzione generale*, risulta coerente con tale *ratio* l'interpretazione delle cause di non punibilità sopravvenute *in termini oggettivi*, in quanto legate ad un'intervenuta salvaguardia, ancorché *in extremis*, del bene giuridico tutelato con l'incriminazione.

Inoltre, è da notare che le norme che prevedono cause di non punibilità sopravvenuta non rimandano in alcun modo – a differenza di quanto avviene nell'art. 131-bis c.p. – a valutazioni che attengono alle componenti soggettive del reato, richiamando esclusivamente la *volontarietà della condotta*, che però, come si è detto, non deve essere sovrapposta a valutazioni inerenti alla colpevolezza del soggetto³²⁷.

In alcuni casi, peraltro – ed è quanto avviene nel testo dell'art. 376 c.p. in materia di ritrattazione – difetta qualsiasi riferimento alla volontarietà o ad altri requisiti di carattere soggettivo, risultando pertanto *"impossibile individuare un*

conclusione che l'istigatore può beneficiare della non punibilità a patto che si attivi per far ritrattare colui che ha istigato, la Corte ha introdotto un criterio di imputazione *"di tipo extranormativo"*, a prescindere quindi da quanto espressamente previsto dalle disposizioni da essa richiamate per pervenire alla conclusione adottata, cfr. per questa opinione, G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 243;

³²⁶ Cfr., per questa opinione, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 323 ss.; per l'opinione che nega l'estensione delle cause di non punibilità sopravvenute nei confronti dei concorrenti, data la loro natura personale, cfr. MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Giuffrè, 2022, pag. 500;

³²⁷ Cfr., *supra*, cap. III, sottopar. 3.2.;

indice dal quale desumere che il legislatore in tale circostanza abbia voluto imperniare la non punibilità su profili di matrice individuale”³²⁸.

Pertanto, alla luce di quella che ci pare essere il tratto unificante delle cause di non punibilità sopravvenuta, riteniamo – condividendo l’opinione espressa in questo senso da parte della dottrina – che le cause di non punibilità sopravvenuta *debbano estendersi* nei confronti dei concorrenti nel reato, anche qualora questi non abbiano attuato una contro-condotta, ai sensi dell’art. 119 co. 2 c.p.³²⁹.

Prendendo come esempio, tra i tanti, l’art. 376 c.p., in caso di ritrattazione effettuata dall’autore materiale del reato l’esclusione della pena che da essa deriva, coerentemente con il fondamento politico-criminale della previsione, deve giovare anche all’istigatore³³⁰.

Tale soluzione, del resto, consente di operare delle distinzioni in punto di disciplina tra le cause di non punibilità sopravvenute (art. 119 co. 2), le cause di non punibilità personali (art. 119 co. 1) e le cause di estinzione del reato (art. 182 c.p.)³³¹.

³²⁸ Cfr., le considerazioni di G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 234; nello stesso senso, B. Romano, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite: l’aspetto “etico” del diritto penale ed i confini della subornazione*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2003, pag. 1912, secondo cui “contrariamente a quel che potrebbe apparire, nel testo dell’art. 376 c.p., per la verità, non vi è alcun dato che induca a pensare che il legislatore abbia voluto privilegiare il profilo soggettivo. Anzi, nella norma de qua mancano riferimenti ai già noti «spontaneamente ed efficacemente» di cui all’art. 62, n. 6, c.p. e «volontariamente» di cui all’art. 56 commi 3 e 4, stesso codice. (...) ciò potrebbe avvalorare il sospetto che certa giurisprudenza, ed anche parte della dottrina, tentino di soprapporre letture eticamente connotate a scelte legislative in contrasto con i propri credo o i propri desiderata”;

³²⁹ Cfr., sul punto, CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 153; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 243; G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 158 che, partendo dal presupposto per cui la punibilità integra il quarto elemento del reato, ritiene che l’effetto della non punibilità attribuita alla condotta post factum che restauri il bene leso o elimini il pericolo per lo stesso, posta in essere da uno solo dei concorrenti, vada esteso in linea di principio agli altri concorrenti proprio perché esclude la punibilità di un fatto antiggiuridico e colpevole, e non di una singola persona”;

³³⁰ Cfr. G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 133 e *supra*, cap. III, sottopar. 3.2.;

³³¹ Mentre le prime, secondo l’opinione che riteniamo preferibile, devono essere estese ai concorrenti che non abbiano posto in essere la contro-condotta, le *cause di non punibilità personali* sottostanno necessariamente al regime di cui all’art. 119 co. 1 e trovano applicazione *solo nei*

Tanto chiarito, venendo ora all'altro profilo di disciplina, relativo alla rilevanza dell'errore di cui all'art. 59 co. 4. c.p., si rileva che invero non sussistono molti dubbi circa l'irrilevanza dell'erronea supposizione dell'esistenza di una causa di non punibilità sopravvenuta.

In questi casi, infatti, la non punibilità discende da un comportamento antagonistico successivo alla commissione del reato, che l'agente deve realmente attuare per beneficiare dell'esenzione da pena³³².

La disputa circa l'applicabilità o meno dell'art. 59 co. 4 in relazione alle cause di non punibilità ha riguardato, piuttosto, le cause di non punibilità concomitanti o personali e, in particolare, l'art. 649 c.p., cui faremo riferimento nel prosieguo del presente capitolo.

3. Funzione di prevenzione generale e speciale e finalità della pena: la *ratio* della previsione dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

Passiamo ora all'esame delle cause oggettive di non punibilità e, in particolare, alla ipotesi disciplinata nell'art. 131-*bis* c.p.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, anche tale disposizione è stata introdotta dal legislatore con l'esplicito intento di dare attuazione al *principio di sussidiarietà* e all'*extrema ratio* del diritto penale³³³.

confronti del soggetto cui si riferiscono, analogamente alle cause di estinzione del reato ai sensi dell'art. 182 c.p.;

³³² Cfr., sul punto, CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, cit., pag. 153; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 133; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pag. 328 ss. secondo cui l'art. 59 ult. comma sarebbe inapplicabile alle cause di non punibilità sopravvenuta "se si consideri come la funzionalità della norma effettivamente esiga che l'errore si manifesti in contemporaneità con la condotta dell'agente (condotta tipica del reato o condotta riparatrice entrambe comprensive del medesimo risultato) e che soltanto al convincimento proprio dell'agente in tale arco di tempo sia attribuita rilevanza"; G. AMARELLI, *La ritrattazione*, cit., pag. 172;

³³³ Cfr., *supra*, cap. II, par. 4;

A questo punto della trattazione, nonostante l'individuata identità di *ratio*, è però possibile mettere in luce le differenze che intercorrono tra la non punibilità derivante da una condotta *post-factum* e l'esclusione della punibilità determinata dalla particolare tenuità del fatto.

Nello specifico, nelle cause di non punibilità sopravvenuta accade, di regola, che il soggetto debba attivarsi con un comportamento antagonistico rispetto al reato per beneficiare della non applicazione della pena; diversamente, in base a quanto previsto dall'art. 131-*bis* c.p., il giudice è tenuto a valutare tanto un *elemento oggettivo*, rappresentato dall'*esiguità del danno o del pericolo*, quanto quello *soggettivo* relativo alle *modalità della condotta* e alla *non abitualità del comportamento* che, nel loro concreto atteggiarsi, rendono il fatto di reato talmente tenue da non potersi ritenere meritevole di pena.

Nel secondo caso, quindi, la sussidiarietà deve essere intesa come una rinuncia alla pena, che però *non è determinata dal raggiungimento del medesimo fine avuto di mira con l'incriminazione*, ma che dipende da una *valutazione di immeritevolezza* che coinvolge il *concreto realizzarsi del reato*.

In altri termini, a differenza delle cause di non punibilità sopravvenute, la non punibilità non discende dall'intervenuta tutela del bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice, che risulta anzi irrimediabilmente leso, ma piuttosto da una *valutazione delle caratteristiche concrete con cui si è venuta a delineare l'offesa, insieme alle componenti soggettive* relative all'intensità del dolo e al grado della colpa, espressamente richiamate attraverso il rinvio all'art. 133 co. 1 c.p.³³⁴.

In questo caso, quindi, oltre alla funzione di prevenzione generale e al principio di sussidiarietà, concorrono a legittimare la previsione dell'esclusione della pena per particolare tenuità del fatto anche ragioni di *prevenzione speciale*, legate in particolare alla *finalità rieducativa della pena* di cui all'art. 27 co. 3 Cost³³⁵.

Detto altrimenti, alla base della previsione dell'art. 131-*bis* c.p., diversamente da quanto avviene nelle cause di non punibilità sopravvenuta, entra in gioco una considerazione ulteriore, ossia che una *pena* applicata a fronte

³³⁴ Cfr., G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dottrinario, profili politico-criminali*, cit., che conclude ritenendo l'art. 131-*bis* c.p. una causa di non punibilità "mista", comportando la valutazione tanto di componenti oggettive che soggettive;

³³⁵ Cfr., per questa opinione, F. PALAZZO, *La non-punibilità*, cit., in Sist. Pen. 19 dicembre 2019; G. A. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, 2016, pag. 70;

di fatti bagatellari non possa di fatto raggiungere la finalità rieducativa e, qualora fosse concretamente irrogata, potrebbe addirittura contrastare con essa.

Ed infatti, se la pena ha uno scopo diverso dalla retribuzione e dalla mera riaffermazione dei valori violati attraverso la commissione del reato, così come indicato dalla Costituzione, deve coerentemente poter essere *disapplicata* ogni qualvolta la sua esecuzione appaia *inutile* nell'ottica delle *finalità rieducative e risocializzanti* della pena e, in generale, della sussidiarietà dell'intervento penale³³⁶.

Al contrario, come detto, tali elementi risultano (o meglio, dovrebbero risultare) totalmente *irrilevanti* ai fini dell'estensione delle cause di non punibilità sopravvenute, la cui operatività è subordinata ad una *valutazione del tutto oggettiva*.

Se dunque la *ratio* è da rinvenire nei principi di proporzione, di sussidiarietà e di rieducazione, l'esclusione della pena per particolare tenuità, (che può trovare applicazione pur sempre all'interno del perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto, assestato attualmente su reati puniti con un minimo di pena edittale non superiore ai due anni), *prescinde dal tipo di bene giuridico* offeso, poiché per qualunque bene l'offesa può essere tenue e rivelatrice di *esigue esigenze di prevenzione speciale*.

A conclusioni discutibili, proprio nell'ottica dei principi appena menzionati, sembra invece essere pervenuta la Corte costituzionale con la sentenza del 5 marzo 2021 n. 30, con cui è stata ritenuta legittima la scelta legislativa di escludere il reato di resistenza a pubblico ufficiale di cui all'art. 337 c.p. dall'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p.³³⁷.

³³⁶ Cfr., sul punto, le affermazioni di F. PALAZZO, *La non-punibilità*, cit., pag. 7, secondo cui "se il risultato rieducativo si rivela raggiungibile senza percorrere l'itinerario processuale e poi quello esecutivo, è del tutto ragionevole che il legislatore preveda la possibilità di anticipazione del trattamento sanzionatorio, ottenendo così un collaterale effetto deflattivo";

³³⁷ Si ricordi, per inciso, che l'art. 337 c.p. è stato inserito all'interno dell'art. 131-*bis* c.p. dall'art. 16, co. 1, lett. b), del d.l. n. 53 del 2019, che ha inizialmente aggiunto un ulteriore periodo («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»), e poi in sede di conversione è stato integrato con l'aggiunta «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»; in seguito, poi, l'art. 7, comma 1, del

In particolare, tale scelta, frutto di un apprezzamento discrezionale del legislatore non manifestamente irragionevole, è parsa infatti in linea con la “peculiare complessità del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ritenuto meritevole di speciale protezione”.

Secondo la Corte, quindi, proprio perché si è “in presenza di un fatto-reato intrinsecamente offensivo di un bene giuridico di tale complessità, l’opzione legislativa di escludere la valutazione giudiziale di particolare tenuità dell’offesa – oltre che non manifestamente irragionevole – non è neppure contrastante con i principi di proporzionalità e finalismo rieducativo della pena, considerato altresì che i criteri di cui all’art. 133, primo comma, cod. pen., richiamati dall’art. 131-*bis*, primo comma, cod. pen., seppure non rilevano agli effetti dell’applicazione della causa di non punibilità, mantengono tuttavia la loro ordinaria funzione di dosimetria sanzionatoria, unitamente a quelli di cui al secondo comma del medesimo art. 133”³³⁸.

In realtà, sembra che la Corte, pervenendo a tale conclusione, tradisca le premesse da cui è partita e la stessa *ratio* sottesa alla previsione di cui all’art. 131-*bis*, così come individuata dalla stessa Consulta nella “natura di *extrema ratio* della sanzione penale” e nella necessità di “deflazionare il carico della giurisdizione”³³⁹.

A nostro avviso, infatti, la circostanza che la fattispecie di cui all’art. 337 c.p. tuteli un *bene giuridico di particolare complessità*, ossia il buon andamento della Pubblica Amministrazione e il libero espletamento delle attività dei pubblici ufficiali, se vale a legittimare la previsione dell’incriminazione, sulla base appunto dei principi di offensività, proporzione, sussidiarietà e rieducazione, con una forbice sanzionatoria compresa tra i 6 mesi ai 5 anni di reclusione, *non può al contempo essere assunta come criterio per negare* la possibile esistenza, nella realtà, di uno *scarto* tra la *tipicità* e la *concreta offensività* di un fatto di resistenza a pubblico ufficiale.

d.l. n. 130 del 2020, come convertito, ha stabilito che nel secondo periodo del secondo comma dell’art. 131-*bis* cod. pen. le parole «di un pubblico ufficiale nell’esercizio delle proprie funzioni» fossero sostituite da quelle «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»;

³³⁸ Cfr., par. 5.2.3., sent. C. Cost n. 30 del 2021;

³³⁹ Cfr., par. 5.2.2., sent. C. Cost n. 30 del 2021;

Per effetto dell'esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p., a fronte della commissione di un fatto tenue di resistenza a pubblico ufficiale, il giudice sarà tenuto ad applicare il minimo di pena edittale che, in ragione della sua entità, in un gran numero di casi beneficerà della sospensione condizionale o della non esecuzione, con un conseguente e inevitabile aggravio del carico processuale.

In conclusione, tale risultato sembra porsi in contrasto, *in primis*, con i principi di proporzione, di sussidiarietà e di *extrema ratio*, poiché impone di reagire con la sanzione penale a un fatto che appare, in concreto, bagatellare; secondariamente, con il principio di uguaglianza-ragionevolezza, poiché tratta allo stesso modo, applicando cioè la stessa pena, un fatto di resistenza che risulta talmente tenue da non meritare nemmeno il minimo della pena e un fatto che, sebbene non particolarmente grave, risulti comunque meritevole del minimo di pena; da ultimo, con il principio di rieducazione, poiché l'applicazione della pena minima, a fronte di un fatto tenue, destinata quasi sicuramente a non essere eseguita, non può di certo perseguire una finalità né risocializzante né neutralizzante.

Se, così come riteniamo, è questo il fondamento politico criminale dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, ben si comprende l'orientamento prevalente nella giurisprudenza tanto di merito quanto di legittimità³⁴⁰, che trova riscontro anche in dottrina³⁴¹, secondo cui, ai fini dell'applicazione della non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. nei confronti di tutti i concorrenti nel fatto tenue, occorre valutare le *componenti soggettive* – e, in particolare, *l'intensità del dolo e il grado della colpa*, richiamate dall'art. 133 co. 1, – che possono determinare, in concreto, un diverso atteggiarsi delle modalità della condotta in capo a ciascun correo.

Coerentemente con l'individuato fondamento dell'istituto nel principio di sussidiarietà ed *extrema ratio*, non dovrebbe essere ritenuta rilevante l'erronea

³⁴⁰ Cfr., in particolare le affermazioni contenute in Cass., Sez. un., sentenza del 25 febbraio 2016, n. 13682 (imp. Coccimiglio); nonché Cass sez. IV del 15 settembre 2015 n. 44683;

³⁴¹ Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 505, secondo cui l'art. 131-*bis* c.p. trova applicazione nei confronti di tutti i concorrenti nel reato, salvo che vi si oppongano fattori relativi alla singola persona, come l'intensità del dolo, il grado della colpa o l'abitudine del comportamento;

supposizione dell'esistenza di un fatto di particolare tenuità, ai sensi dell'art. 59 co. 4, perché in tal caso verrebbero a mancare, nella realtà, quelle esigenze che giustificano la rinuncia alla pena.

4. Ragioni di opportunità politico-criminale e persistenti dubbi di legittimità costituzionale: la *ratio* della previsione di cause di non punibilità concomitanti

A seguito di queste considerazioni sulla *ratio* delle cause di non punibilità sopravvenute e dell'esclusione della punibilità particolare tenuità del fatto che, come abbiamo visto, trovano differente giustificazione, sebbene rappresentino entrambi attuazione del principio di sussidiarietà e dell'*extrema ratio* del diritto penale, occorre ora svolgere alcune riflessioni conclusive sulle cause di non punibilità concomitanti o personali, con riferimento, in particolare, alla previsione di cui all'art. 649 c.p.

Secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, la non applicazione della pena per i reati contro il patrimonio commessi a danno di stretti congiunti discende da valutazioni inerenti all'*opportunità politico-criminale* del punire e si legittima per specifiche ragioni di *salvaguardia dell'unità familiare*: in questo caso, infatti, non si punisce per scongiurare il rischio che la pubblicità del processo e l'applicazione della pena possano provocare danni irreversibili all'integrità del nucleo familiare³⁴².

Come già accennato, anche rispetto all'art. 649 c.p. è stato sostenuto che la *ratio* della previsione debba essere ricercata nel principio di *sussidiarietà*, sulla base del quale il legislatore ha effettuato un bilanciamento tra l'interesse alla tutela del bene giuridico "patrimonio", che sarebbe garantito dall'applicazione della pena a fronte del reato commesso, e l'interesse alla salvaguardia della

³⁴² Cfr., sul punto, le opinioni di G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 59; G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia*, cit., pag. 89; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 486;

compagine familiare, che si troverebbe pregiudicata dallo svolgimento del processo, ritenendo prevalente quest'ultimo³⁴³.

In questo caso, però, si è di fronte a un'accezione del principio di sussidiarietà *parzialmente diversa* da quella individuata alla base delle cause di non punibilità sopravvenute e dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

Nell'art. 649 c.p., infatti, la rinuncia alla pena è determinata dalla necessità di *salvaguardare un bene giuridico diverso* (la famiglia) *rispetto a quello tutelato attraverso l'incriminazione* (il patrimonio).

Per effetto di questo bilanciamento, vengono sottratte alla punizione alcune categorie di persone, anche a fronte di reati gravi e, soprattutto, pur quando sarebbe volontà della vittima che il fatto fosse perseguito (anche) penalmente³⁴⁴.

Come anticipato, è stata la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 223 del 5 novembre 2015, a rilevare l'anacronismo legislativo sotteso a tale disposizione, invitando espressamente il legislatore a modificare la disciplina legislativa e suggerendo diversi possibili rimedi, tra cui l'introduzione della procedibilità a querela, così come previsto dall'art. 649 co. 2.

In tale occasione, la Consulta, pur respingendo la questione di costituzionalità, ha espressamente affermato che "la protezione assoluta stabilita intorno al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non è più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento".

Si tratta di una norma che appare ancora più "sbilanciata" se messa a confronto, in base ad un argomento sistematico, con le immunità, ossia quelle previsioni in cui la mancata applicazione della pena in virtù di una qualità personale del soggetto agente dipende dalla necessità di tutelare superiori interessi, che potrebbero essere altrimenti irrimediabilmente compromessi, come i rapporti tra Stati e l'equilibrio degli organi costituzionali, in presenza dei quali appare ragionevole l'esclusione della pena.

³⁴³ Cfr., G. COCCO, *La punibilità*, cit., pag. 80;

³⁴⁴ Cfr., in questo senso, G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore*, cit.;

In assenza di un intervento legislativo sull'art. 649 c.p., tale norma continua a esporsi ai medesimi dubbi di legittimità costituzionale già sottoposti all'attenzione della Corte.

Per quanto riguarda la sua disciplina, se non sussistono dubbi circa la *natura soggettiva* e la conseguente applicazione dell'art. 119 co. 1 c.p., analogamente a quanto previsto in relazione alle cause di estinzione del reato dall'art. 182 c.p., sono state sostenute diverse interpretazioni circa la rilevanza dell'errore putativo, ai sensi dell'art. 59 co. 4 c.p.

Come abbiamo detto³⁴⁵, secondo alcuni, l'art. 649 c.p. dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui l'agente abbia ritenuto per errore sussistente il rapporto di parentela con la persona offesa; secondo un'altra opinione che riteniamo preferibile, invece, nel caso in cui siano effettivamente insussistenti i rapporti di parentela ritenuti per errore esistenti, non dovrebbe trovare applicazione l'art. 59 co. 4 c.p., poiché in tal caso verrebbero a mancare quelle esigenze di tutela del nucleo familiare che potrebbero giustificare la non punibilità³⁴⁶.

Tale seconda opzione sembra, infatti, più rispettosa della *ratio* che giustifica la previsione dell'istituto, posto che, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, è necessario un intervento del legislatore "che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un *nuovo bilanciamento*, in questo settore, tra *diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare*"³⁴⁷.

³⁴⁵ Cfr., cap. II, sottopar. 2.2.;

³⁴⁶ A favore dell'applicabilità dell'art. 59 co. 4 anche nei confronti di una norma come l'art. 649 c.p., cfr. G. VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., pag. 625, in cui si afferma che "non si vede perché in caso di furto o altro delitto contro il patrimonio senza violenza alla persona, non dovrebbe giovare dell'errore, di fronte al disposto dell'art. 59 ultimo comma, l'agente che abbia sempre vissuto in casa del soggetto passivo credendo di esserne il figlio"; nello stesso senso, cfr. G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia*, cit., pag. 52; cfr., inoltre, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte spec.*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, pag. 37;

³⁴⁷ Cfr., par. 5.2. della sent. 223 del 5 novembre 2015;

5. Il “punto di crisi” della non punibilità: la premialità sganciata dal ravvedimento personale o dalla tutela di un bene giuridico

Com'è stato acutamente osservato, “il punto di crisi della non punibilità è segnato dalla sua utilizzazione come *merce di scambio* in corrispettivo di vantaggi che l'ordinamento giuridico si proponga di raggiungere su piani eccentrici rispetto all'offesa o al senso della punizione”³⁴⁸.

Se le ipotesi che abbiamo passato in rassegna nei paragrafi precedenti sembrano trovare una solida legittimazione nella tutela apprestata *in extremis* all'interesse tutelato attraverso l'incriminazione e nel principio di *sussidiarietà* variamente declinato, questa prospettiva tende decisamente a sfumare nelle circostanze premiali, introdotte attraverso la legislazione d'emergenza e con i più recenti “pacchetti sicurezza”, nonché nei c.d. “moderni condoni”³⁴⁹.

Benché la nostra attenzione si focalizzi sui profili di esclusione della punibilità, la considerazione di questi istituti – nel primo caso, circostanze attenuanti, che comportano un'importante riduzione della pena, e nell'altro “causa di improcedibilità sopravvenuta”³⁵⁰ – ci pare rilevante per mettere in luce come in alcuni casi l'utilizzo di *norme premiali* da parte del legislatore possa allontanarsi sia dalla prospettiva connessa alla *tutela dei beni giuridici* che da quella relativa al *ravvedimento personale* del singolo soggetto, almeno secondo quanto sostenuto da una parte della dottrina³⁵¹.

A tal fine, sono state analizzate le previsioni di cui all'art. 630 co. 5 e all'art. 416-bis.1. co. 4 c.p., che prevedono dei “premi” per la *collaborazione processuale*.

Per quanto concerne, invece, i condoni, abbiamo visto che l'ipotesi più problematica in termini di legittimità è quella che riguarda il condono edilizio di cui alla l. 47 del 1985³⁵².

³⁴⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo”*, cit., pag. 411;

³⁴⁹ Cfr. G. INSOLERA, *I moderni condoni tra prassi legislative e codificazioni*, cit., pag. 1304;

³⁵⁰ Cfr., in particolare, per questa definizione il par. 3 del considerato in diritto della sent. Corte cost., sent. 31 marzo 1988, n. 369

³⁵¹ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo”*, cit., pag. 411; di diverso avviso, invece, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pag. 395;

³⁵² Cfr., *supra*, cap. III, sottopar. 3.5;

In questi casi, infatti, il *pagamento di una somma di danaro* in funzione estintiva *mantiene sostanzialmente intatto il pericolo* perpetrato con l'abuso edilizio nei confronti dei beni giuridici della tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico, del coordinamento a fini sociali dell'iniziativa economica e della funzione sociale della proprietà (artt. 9, 41, 42 Cost.)³⁵³.

Nel condono edilizio, quindi, la previsione della non punibilità "sembra ridursi a vera e propria *merce di scambio*"³⁵⁴.

Dalla disamina di tali ipotesi esemplificative è emerso che *quanto più ci si allontana dalla prospettiva della tutela dei beni giuridici* presidiati attraverso l'incriminazione, *tanto più risulta difficile ritenere legittima la previsione dell'esclusione dell'applicazione della pena* a fronte della commissione di un fatto di reato.

Conclusivamente: abbiamo visto che, pur potendosi individuare il fondamento della previsione delle cause che escludono la punibilità nell'ambito del principio di sussidiarietà e dell'*extrema ratio*, esso assume una diversa rilevanza nell'ambito delle diverse cause di non punibilità in senso stretto, con *significative ricadute* sul piano della *disciplina applicabile*.

Nelle cause di non punibilità sopravvenuta, il legislatore subordina la non punibilità all'intervenuta salvaguardia del *medesimo bene giuridico* tutelato con l'incriminazione e, pertanto, data la loro natura oggettiva, devono essere automaticamente estese nei confronti dei concorrenti.

Nell'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto, il legislatore ritiene inutile l'applicazione della pena in virtù di una valutazione sul *concreto atteggiarsi del reato*, che coinvolge tanto le componenti oggettive dell'esiguità del danno o del pericolo, quanto quelle *soggettive* – e, in particolare, l'intensità del dolo e il grado della colpa, richiamate dall'art. 133 co. 1, che

³⁵³ Cfr., C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., pagg. 210, secondo cui "se, infatti, lo Stato baratta la pena per reati diversi da quelli tributari contro il pagamento di (sole) somme di danaro, senza null'altro pretendere in termini di reintegrazione\eliminazione del reato o delle sue conseguenze ulteriori, la natura dell'atto di clemenza muta, e da espressione di un bilanciamento giuridico (per quanto discutibile negli esiti) si trasforma in una forma di perdono a pagamento strumentale a esigenze di politica finanziaria, come tali esterne al sistema costituzionale penale";

³⁵⁴ Cfr., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo"*, cit., pag. 411;

possono determinare un diverso atteggiarsi delle modalità della condotta in capo a ciascun concorrente. In tal caso, quindi deve essere *esclusa l'automatica estensione* nei confronti dei concorrenti, dovendo il giudice valutare in capo a ciascun concorrente la ricorrenza dei diversi presupposti oggettivi e soggettivi.

Nelle cause personali di non punibilità, il legislatore ritiene che l'esclusione della punibilità serva a salvaguardare un *bene giuridico diverso* rispetto a quello tutelato con l'incriminazione e, pertanto, ritiene preferibile non punire determinati soggetti. Data la loro natura soggettiva, non possono essere automaticamente estese nei confronti dei concorrenti.

BIBLIOGRAFIA

AIMI A., *La causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto è compatibile con il reato continuato*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2022;

ALBERICO A., *Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione*, in *Arch. Pen.*, fasc. 1/2020;

ALBERTI G., *Ancora in tema di soglie di punibilità e applicabilità dell'art. 131-bis c.p. (in tema di omesso versamento dell'IVA)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2016;

ALBERTI G., *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131-bis c.p.? La parola alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016;

AMARELLI G., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p., Prima parte*, in *Studium iuris* 9/2015;

AMARELLI G., *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Discrimen*, 14 dicembre 2018, pag. 13;

AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli, 2006;

ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1989;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 1955;

ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, 2009;

BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 1949;

BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, 2007, pag. 8 ss;

BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1955;

BONTEMPELLI M., *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra azione civile e decisione penale*, in Proc. pen. e Giust., fasc. 1/2023;

BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in Dir. pen. cont., 18 marzo 2019;

BRICOLA F., *voce Teoria generale del reato*, in Novissimo digesto italiano, Torino, XIX, 1973;

BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, III ed., Giappichelli, 2019;

BRUNELLI D., *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in Sist. Pen., 13 gennaio 2022;

CADAMURO E., *L'irrilevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova University Press, 2022;

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Cedam, 2021;

CANESTRARI S. – CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, 2017;

CAROLI P., *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, p. 23 ss., Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020;

CAROLI P., *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Sistema Penale*, 29 settembre 2020;

CAVALLINI S., *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n. 3/2020;

COCCO G., *La punibilità quarto elemento del reato*, in G. Cocco-E. Ambrosetti, *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Wolters Kluwer, 2017;

COCCO G., *Una messa a punto sulle condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. quale causa di non punibilità*, in *Diritto e procedura penale*, 2021;

COCCO G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, vol. I, 2006,

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, 2018, pag. 185;

CONTENTO G., *La condotta susseguente al reato*, "Leonardo Da Vinci" ed., 1965;

CUPELLI C., *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2018;

CUPELLI C., *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-sexies c.p.)*, in *Sist. Pen.*, 20 giugno 2022;

De FRANCESCO G. A., *Punibilità*, Giappichelli, 2016;

DE VERO G., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2020;

DEMURO G. P., *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019, pagg. 437 ss;

DEMURO G. P., *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini, La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol. II, Giuffrè, 2018;

DEMURO G. P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in Riv. Int. Scienze giur. E Trad. romana, n. 11/2013;

DE NOZZA G., *La causa di non punibilità per la collaborazione processuale (art. 323 ter del c.p.)*, in Sist. Pen., 30 giugno 2022;

DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998;

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979;

DOLCINI E., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2018;

DONINI M., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in Cass. Pen., 2003, pag. 1808 ss;

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004;

DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in Studi in onore di Franco Coppi, vol. II, Giappichelli;

DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in Indice penale, 2001;

FALCINELLI D., *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Giappichelli, 2009;

FEUERBACH A., *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Teil, II, 1894,

FLORA G., *Il ravvedimento del concorrente*, Cedam, 1985;

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, 2019;

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2021;

FIANDACA G., *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, 2014, con recensione di G.P. Demuro, in Riv. It. dir. proc. pen., 2015, pagg. 1103-1106;

FIANDACA G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1983, p. 3 ss;

FIGLIORE C. – FIGLIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., UTET, 2020;

FIGLIORE S., *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in Arch. Pen., n. 2, 2021;

FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999;

GALLO E., *Una definizione degli "atti arbitrari" del pubblico ufficiale che convince, pur aprendo a riflessioni complesse*, in Giur. Cost., 1998;

GATTA G. L., *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in Sist. Pen., 2 gennaio 2023;

GATTA G. L., *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in Sist. Pen., 31 ottobre 2022;

GATTA G.L., *Note a margine di una prima sentenza della cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015;

GEMMA G., *Condono edilizio e costituzione: una compatibilità tutta da dimostrare*, in *Giur. cost.*, 1995;

GIUGNI I., *Da un monito (inascoltato) ad un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all'inerzia del legislatore ed amplia l'ambito applicativo dell'art. 131-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2020;

GIUNTA F., *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019;

IELO P., *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2019;

INGRASSIA A., *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in P. Veneziani - R. Brichetti (a cura di), Giappichelli, 2017;

INGRASSIA A., *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale: e se punire meno significasse tutelare meglio?*, in *Riv. Dir. trib.*, 24 giugno 2020;

INSOLERA G., *I moderni condoni tra prassi legislative e codificazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994;

LATAGLIATA A. R., *La desistenza volontaria*, Napoli, 1963;

LEO G., *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2015;

MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Edizioni scientifiche italiane, 2007;

MAIELLO V., *Condono edilizio e limiti costituzionali della remissione sanzionatoria: la Consulta continua a deludere*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2004, pag. 1234;

MAIELLO V., *Fuga dalla sanzione e post-modernità penalistica*, in S. Moccia (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Edizioni scientifiche italiane, 1998, pag. 136;

MAIELLO V., *Verso una nuova clemenza collettiva?*, in Dir. pen. proc., 2018, pag. 573 ss;

MANES V., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in Dir. pen. cont., 7 aprile 2016;

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale.*, XI ed., 2020, pag. 260;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. I, Torino, 1933;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano, Quinta edizione aggiornata dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia, vol. III (a cura del Prof. Pietro Nuvolone)*, Torino, 1981;

MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Giuffrè, 2022;

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1983;

MARINUCCI G., *Bene giuridico e riforma della parte speciale. Relazione di sintesi*, in A. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1983, pp. 327-350;

MOLARI A., *Reato contro il patrimonio non punibile e delitto di calunnia*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1957;

MUCCIARELLI F., *Qualche nota sul diritto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2015;

MURRO O., *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Cedam, 2016;

MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974;

PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, 2019,

PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1986;

PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove forme di "ravvedimento"*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1981;

PADOVANI T., *Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Il penalista*, 27 maggio 2021;

PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma (editoriale)*, in *Arch. Pen.*, fasc. 3/2018,

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte spec.*, III ed., *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003;

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2013;

PALAZZO F., *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019;

PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2014;

PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, 2018;

PALIERO C. E., *“Minima non curat praetor”*. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985;

PALIERO C. E., *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?* In Riv. It. dir. proc. pen., 2016;

PAONESSA C., *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma cartabia: una prima lettura*, in *Discrimen*, 21 novembre 2022;

PERINI C., *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10/2017;

PETROCELLI B., *L'antigiuridicità*, IV ed., Padova, 1955;

PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in in Riv. It. dir. proc. pen, 1960;

PIERGALLINI C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II;

PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in Marinucci G. – Dolcini E. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IV, tomo I, Cedam, 2005;

PIRAS P., *L'errore di diagnosi medica: quale l'attuale area di non punibilità?*, in *Sist. Pen.*, 23 giugno 2022;

PISAPIA G., *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in Riv. It. dir. pen., 1952;

PISAPIA G., *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Studi di diritto penale*, Padova, 1956;

PISCONTI A., *L'estinzione del reato per condotte riparatorie fra improbabili effetti deflativi e concrete problematiche applicative. Alcuni spunti per una possibile riforma*, in *Archivio penale*, 2021, n. 2;

PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, 1982;

PUGIOTTO A. - ANASTASIA S. - CORLEONE F., *Costituzione e clemenza: per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Saggi Ediesse, 2018;

PUGIOTTO A., *Amnistia e indulto: le buone ragioni di una recente proposta di legge di revisione costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 22 giugno 2020;

PULITANÒ D., *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, 2019;

ROCCO ALF., *Relazione sul Libro I del Progetto, Parte I, Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, 1929;

ROCCO ART., *Sul concetto di diritto penale obiettivo*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1932;

ROMANO B., *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni unite: l'aspetto "etico" del diritto penale ed i confini della subornazione*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2003;

ROMANO M., *"Meritevolezza", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, pag. 39 ss;

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1990, pag. 56;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, Art. 56;

ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Marinucci*, II, Milano, 2006;

RUGA RIVA C., *Il condono edilizio dopo la sentenza della Corte costituzionale: più potere alle regioni in materia penale?*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 9, 2004, pag. 1095 ss;

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, 2002, pag. 28 ss;

RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2004;

SANTINI S., *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2018;

SPINOSA V., *La causa di non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare: un privilegio irragionevole secondo la Corte costituzionale* (sent. 5.11.2015 n.223), in *Legisl. Pen.*, 4 febbraio 2016;

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1973;

STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1985;

TRAVERSI A., *La difesa nel processo per reati tributari*, II ed., Giuffrè, 2022;

VASSALLI G., *Le cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Torino, 1960;

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri – Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000;

V. LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25. Aufl. (a cura di E. Schmidt) Berlin-Leipzig, 1927;

V. LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale.*, A. Calvi (a cura di), Giuffrè, 1962;

ZIRULIA S., *La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*, in *Sist. Pen.*, 18 novembre 2019;

RINGRAZIAMENTI

È difficile per me tradurre in parole la profonda gratitudine che provo nei confronti delle persone che mi sono state vicine durante questo importante percorso.

Innanzitutto, non posso che essere grata al Prof. Emilio Dolcini, senza i cui insegnamenti non avrei mai maturato la passione per il diritto penale e di conseguenza l'interesse ad approfondire il suo studio attraverso il dottorato. Lo ringrazio infinitamente per avermi accompagnato nella chiusura del percorso di studi e per avermi orientato durante la stesura della tesi di dottorato.

Un profondo e sentito ringraziamento alla Prof.ssa Angela Della Bella, che mi ha accolto e guidato instancabilmente per l'intero percorso. La ringrazio per essere stata un esempio e per avermi insegnato che con la dedizione e l'impegno costante nel lavoro si possono raggiungere tutti gli obiettivi.

Non posso che dire grazie infinite a Silvia Bernardi e a Carlotta de Luca, alle quali ho la fortuna di essere legata da una profonda amicizia, per avermi sempre ascoltata e supportato quando non riuscivo più a vedere la luce in fondo al tunnel.

Un ringraziamento inoltre non può che essere rivolto a Marco Mossa Verre, per la sua costante disponibilità al confronto e per i preziosi consigli, e a Luca Franzetti, per le sue utili indicazioni.

Grazie di cuore alle mie colleghe Beatrice Fragasso, Francesca Vitarelli e Cecilia Pagella, perché senza di loro non sarebbe stato così divertente.

Infine, un ringraziamento a tutti coloro che hanno contribuito a rendere questo percorso un'occasione di arricchimento e di crescita.

