

LA VALORIZZAZIONE DELLA CONDOTTA *POST FACTUM*
NELLE MODIFICHE (D. LGS. N. 150/2022) APPORTATE ALL'ART. 131-BIS C.P. *.

Mariangela Telesca**

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- L'introduzione nel sistema penale dell'art. 131-bis c.p.; 3.- (segue) L'assenza di riferimenti alla condotta *post factum*; 4. - La portata dell'inciso «anche in considerazione della condotta susseguente al reato» dopo il d. lgs. n. 150/2022.

1.- Premessa.

L'art. 131-bis c.p., concernente l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, introdotto nel sistema penale con la l. n. d.lgs. n. 28/2015 in attuazione dell'art. 1 co. 1 lett. m) della legge n. 67/2014, è stato recentemente novellato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1) del d.lgs. n. 150 del 2022. L'inserimento nel sistema penale dell'art. 131-bis c.p. e, dunque, del trattamento dei fatti bagatellari¹, era stato auspicato da tempo dalla dottrina ma – come abbiamo avuto modo di segnalare in altra sede² – la previsione di una causa generale di esclusione della punibilità per fatti caratterizzati da scarsa o irrilevante dannosità sociale era stata 'procrastinata' da una serie di ragioni che possono essere sintetizzate nell'iperplasia dello strumento penale. La costante e risalente opera di «penalizzazione "a tappeto"»³ ha finito per ritardare qualunque possibile apertura verso il trattamento delle microviolazioni; anzi, nell'ottica del diritto penale ipertrofico a sfondo simbolico-populistico – testimoniato dalla (non più recente) legislazione emergenziale – la criminalizzazione dei fatti bagatellari ha rappresentato l'occasione per lanciare messaggi tranquillizzanti all'opinione pubblica, attraverso una politica-criminale improntata a perseguire esigenze sottese a quell'impostazione, quantunque priva di qualunque razionalità politico-criminale, da *law and order* e da *zero tolerance*. La stagione dell'emergenza, che mostra marcati segni di vitalità e, dunque, non lascia intravedere alcun segnale di inversione di tendenza come si ricava dall'intensità dei provvedimenti relativi alla

* Intervento, successivamente corredato da nota bibliografica essenziale, svolto al Seminario di approfondimento di Diritto penale su: "*Le cause di esclusione della punibilità*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Salerno, il 9/11/2023.

**Professoressa a contratto per l'insegnamento di Diritto penale dell'ambiente presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno.

¹ Fondamentale sul tema il lavoro di C.E. Paliero, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985.

² M. Telesca, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino 2022, 9 ss.

³ Per utilizzare una nota locuzione di C. Fiore, *Prospettive della riforma penale. Il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. dir.*, 4, (1977), 686.

sicurezza pubblica⁴, ha finito per accentuare il solco tra l'impostazione del diritto penale minimo⁵ e quella del diritto penale totalizzante⁶.

Gli esiti di un tale approccio – più volte evidenziati dalla dottrina da diverse angolazioni dommatiche e politico-criminali – non potevano che tradursi in una risposta statutale viziata sotto il profilo dell'effettività e tutto ciò in linea con il «simbolismo efficientista»⁷, con l'allegoria repressiva⁸ e con il marcato populismo⁹ quale naturale esito del perseguimento di forme di beneplacito sociale¹⁰, inseguite anche attraverso la commistione tra diritto penale e morale¹¹, agite verso intere categorie di soggetti già ai margini della società.

La logica della penalizzazione, che si riproduce come categoria fondante¹², si completa con il marcato uso di strumenti di natura preventiva, di cui alla discussa categoria delle misure *ante delictum*, che certamente non rappresentano la migliore concretizzazione del principio di *extrema ratio* e della presunzione di innocenza.

In un tale contesto, non può meravigliare, allora, la scarsa sensibilità mostrata dal legislatore verso il trattamento della criminalità lieve: una delle 'vittime' del massimalismo penalistico è stato, infatti, il

⁴ Si è parlato in proposito di 'fabbrica di leggi', cfr. D. Pulitanò, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, 28/10/2015, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 5; sul tema, solo per citare alcuni Autori, si vedano le riflessioni svolte da G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *edizioniets.com/criminalia*, 2018, 95 ss.; L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 1, (2019), 79 ss.

⁵ Solo per richiamare qualche 'classico'; si vedano le considerazioni svolte da A. Baratta, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Delitti e pene*, 3, (1985), 443 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1989, 479 ss.; Id., *Il diritto penale minimo*, in *Delitti e pene*, 1985, 493 ss.; Id., *Sul diritto penale minimo*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 125 ss.; E.R. Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it. Napoli 1994, 229 ss.

⁶ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, 22 ss.

⁷ A. Baratta, *Prefazione* a S. Moccia, *La perenne emergenza*², Napoli 1997, XV.

⁸ S. Bonini, *La funzione simbolica del diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018, 146 ss. e 289 ss. a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici.

⁹ Nell'ambito di una bibliografia vastissima si v. M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019, 46 ss.

¹⁰ Meccanismo alquanto risalente già stigmatizzato F. Carrara, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato 1889, IV, 522, laddove affermava: «Riflettendo come ai tempi che corrono non cessi da un lato in Italia la solita furia della imitazione alla Francese, e come dall'altro lato non manchino anche fra noi certi individui che vanno in cerca di nuovi delitti per darsi il merito di una scoperta e mettersi in vista come iniziatori di qualche legge novella».

¹¹ Sulla tematica della criminalizzazione delle condotte immorali che evoca inevitabilmente le teorie del conflitto (*conflict theories*) cfr. C. De Maglie, *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Criminalia*, 2017; l'A. evidenzia come negli Stati Uniti così come in Europa i nodi connessi alla criminalizzazione e alla punizione dell'immoralità non sono ancora stati sciolti a dispetto del frequente richiamo ai principi di laicità e pluralismo quali cardini che informano la struttura dello Stato nelle democrazie occidentali (sul tema cfr., della stessa A., *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 938 ss. In un contesto di ampliamento della punibilità che non conosce confini, nella letteratura nordamericana, in uno studio dedicato al ruolo della legge nella società americana e su come il contesto sociale influisca sul diritto vivente, possono essere richiamate, le posizioni di L.M. Friedman, G.M. Hayden (*American Law: An Introduction*, Oxford University Press, 2016), sulla criminalizzazione dei comportamenti immorali (§ 9 *Crimes and Punishments*, 155 ss.).

¹² G. Fiandaca, E. Musco, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, (1994), 23 ss.; C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasformazione del diritto penale dei codici?*, ivi, 3, (1994) 1220 ss.; F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990.

corretto funzionamento dei principi costituzionali in materia penale, con ovvie ripercussioni sul trattamento delle microviolazioni.

La ricerca di strumenti alternativi alla sanzione penale è stata ‘sacrificata’ dal legislatore sull’altare di un tendenziale rigorismo in esclusiva sintonia con le istanze della collettività protese a risposte drastiche, funzionali a schernire le proprie paure. La ricerca di soluzioni ‘diverse’ – ancorché dotate della stessa o di maggiore effettività¹³ rispetto a quelle meramente limitative della libertà personale come prescritto dal principio di sussidiarietà del diritto penale¹⁴ – è stata abbandonata per fronteggiare presunte maggiori urgenze di tutela, alterate, sotto altri profili, dalla lente deformante della populistica rappresentazione mediatica della criminalità¹⁵.

In un contesto di forte ampliamento della punibilità anche i fatti microviolatori, che si caratterizzano per una limitata capacità offensiva nei confronti dell’oggettività giuridica protetta, vengono assorbiti nell’alveo della necessità della sanzione penale nonostante le indicazioni costituzionali delineassero, come anticipato da Franco Bricola circa cinquant’anni or sono, il ‘volto nuovo’ dell’illecito penale¹⁶.

2.- L’introduzione nel sistema penale dell’art. 131-bis c.p.

Una tale filosofia ispirata ad un esasperato panpenalismo non poteva che generare le rilevanti e ben note ricadute non solo sul sistema di diritto penale sostanziale ma anche su quello processuale e penitenziario (con particolare riferimento alla questione del sovraffollamento carcerario¹⁷ che ha spinto, in passato, il legislatore ad interventi di contenimento come nel caso della l. n. 663/1986¹⁸).

¹³ Sulla maggiore effettività della risposta sanzionatoria connessa a forme di depenalizzazione G. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, 2, Torino 2011, 15 ss.

¹⁴ Rimarca lo stretto legame tra la clausola dell’irrelevanza del fatto e il principio di sussidiarietà (il primo quale espressione del secondo) A. Fiorella, *Commissione per la revisione del sistema penale – Relazione al Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale* (14/12/2012), punto 10, in <https://www.giustizia.it>.

¹⁵ L’incapacità di selezionare reali obiettivi perseguibili attraverso una razionale politica criminale ha fatto sì che sia: «la rappresentazione della criminalità a dominare, ancor prima che la repressione della criminalità» cfr. D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano 2002, 245; in proposito si v. le osservazioni di F.C. Palazzo, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. dir. dei media*, 3, (2018), 2; C.E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in G. Forti-M. Bertolino, (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli 2007, 289 ss.

¹⁶ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, XIX, Torino 1974, 7 ss.

¹⁷ Sul problema del sovraffollamento carcerario, tenendo presente i rapporti del Consiglio d’Europa, cfr. E. Dolcini, *La “questione penitenziaria” nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1655 ss.; Id., *L’Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in (16/3/2016), <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>.

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti sul punto ci sia consentito il rinvio al nostro *Contributo all’analisi dell’esclusione della punibilità*, cit., 22 ss.

Gli effetti – e, quindi, la necessità dell'introduzione dell'innovativa previsione di cui all'art. 131-*bis* c.p. – sul sistema penale sostanziale¹⁹, processuale²⁰ e penitenziario²¹ sono tenuti ben presente dalla c.d. Commissione Palazzo²² che richiama nella Relazione i criteri ispiratori e gli obiettivi dello schema di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale. Si legge, infatti: quanto ai criteri ispiratori dello schema, senz'altro dominante è stato l'intento di ridurre l'incidenza della pena carceraria, reclusione e arresto, anche al fine di porre le condizioni 'sistemiche' per rimediare a quel sovraffollamento – a tacere della situazione carceraria – che tiene l'Italia sotto la spada di Damocle della Corte europea dei diritti dell'uomo²³ e che ha costituito oggetto dell'autorevole messaggio al parlamento da parte del Presidente della Repubblica. Sul punto, la Commissione è stata assolutamente unanime nel ritenere che ormai i tempi siano maturi «per imprimere al nostro sistema una svolta coraggiosa nel senso di un radicale ridimensionamento della pena carceraria per la fascia più bassa della criminalità» (§ III, punto 7). Si afferma, ancora, la necessità, nel quadro di una più completa revisione del sistema sanzionatorio nel suo complesso, di potenziare soluzioni di definizione anticipata del processo mediante istituti di natura riparatoria o media-conciliativa (§ II punto 6). Il punto cruciale dello Schema – si legge ancora nella Relazione della Commissione – consiste nella creazione di nuove tipologie sanzionatorie non carcerarie ma non per questo prive di una loro significativa consistenza, capace di unire rilevanti limitazioni di alcuni diritti fondamentali diversi dalla libertà personale con l'offerta di occasioni o percorsi di risocializzazione (§ III punto 9).

¹⁹ Sul ruolo di argine al fenomeno dell'ipertrofia penalistica attraverso l'art. 131-*bis* c.p. cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 913; sulle esigenze riduzionistiche e «qualitativa» dell'area di rilevanza penale v. T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2019, 177.

²⁰ Sulle esigenze di deflazione processuale perseguite dall'esclusione della punibilità per irrilevanza del fatto cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Padova 2020, 871.

²¹ Evidenziano l'atteggiamento della giurisprudenza di tenere il campo applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. «il più possibile aperto, al fine di consentire a questo flessibile strumento di deflazione in concreto di operare con la massima estensione compatibile con i limiti normativi fissati» C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Torino 2023, 712.

²² Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, (Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo) Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013).

²³ Sul punto va richiamata l'azione svolta dalla Corte EDU ed in particolare la cd. sentenza Torreggiani; la Corte europea dei diritti dell'uomo – investita, dopo la sentenza Sulejmanovic c. Italia, del 16 luglio 2009 (ric. n. 22635/03) 86, di centinaia di ricorsi da parte di detenuti italiani che lamentavano la violazione del proprio diritto a non subire pene o trattamenti inumani o degradanti in conseguenza del sovraffollamento carcerario - ha pronunciato una sentenza pilota contro il nostro Paese, accertando nel caso concreto la violazione dell'art. 3 CEDU a danno di sette ricorrenti e, contestualmente, ingiungendo allo Stato italiano di introdurre, entro il termine di un anno dal momento in cui la sentenza della Corte sarà divenuta definitiva, «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte». Dalla Corte EDU veniva intimato di predisporre rimedi non solo ex post - come la previsione di strumenti (ricorsi) utilizzabili dai detenuti per contestare la situazione in cui erano costretti a vivere – ma anche misure ex ante. Su tali aspetti cfr. F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno, 9/1/2013*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>; sullo «shock prodotto dalla sentenza Torreggiani» che ha spinto il legislatore ad emanare provvedimenti di urgenza diretti ad ottenere un immediato effetto di contenimento della popolazione carceraria, cfr. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, (2014), 1695.

La Commissione, in modo condivisibile, si orienta nel senso di recuperare il corretto funzionamento dei principi fondativi di un diritto penale del fatto come quello nostro di derivazione costituzionale. In una tale ottica si iscrive anche la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.; anzi la previsione dell'irrelevanza del fatto si pone in termini di logica conseguenza del recupero delle connotazioni di fondo del sistema penal-processuale.

3.- (segue) L'assenza di riferimenti alla condotta *post factum*.

Sin dall'introduzione nel sistema dell'auspicata causa di esclusione della punibilità era stata segnalata, tra le varie lacune strutturali delle disposizioni dell'art.131-*bis* c.p., anche l'assenza di qualunque appiglio in relazione alla condotta del reo successiva al compimento del fatto-reato.

Meccanismi simili sono stati utilizzati nell'ambito delle soluzioni d'oltralpe ove, ad esempio, in Germania, il § 153a StPO²⁴ prevede forme di astensione provvisoria dall'esercizio dell'azione penale o di archiviazione provvisoria condizionata; nelle ipotesi disciplinate dal § 153a il pubblico ministero – una volta acquisito il consenso del giudice e dell'imputato – può «astenersi provvisoriamente dall'agire pubblicamente e nel contempo impartire condizioni e istruzioni all'imputato se queste sono idonee a eliminare l'interesse pubblico nell'azione penale e la gravità della colpevolezza non lo esclude». Le prescrizioni vengono stabilite nei nn. 1-7 del § 153a il cui adempimento, unitamente ad una colpevolezza non grave, consentono di non esercitare l'azione penale. Si tratta di una prassi molto diffusa nella pratica che trasforma la riparazione in una misura alternativa alla sanzione penale, escludendo la dichiarazione di colpevolezza²⁵.

Nello stesso solco si orienta il legislatore austriaco; infatti, il § 191 öStPO richiede l'esiguità della colpevolezza dell'agente, i cui indici di commisurazione si rinvencono in varie norme (§§ 32, 33, 34 öStGB). In sintesi, vengono in rilievo, ai fini della 'quantizzazione' della colpevolezza, l'intensità del dolo e il grado della colpa, nonché le qualità dell'autore; si tratta di un giudizio complessivo che tiene conto, inoltre, del disvalore di evento e del comportamento *post factum* del soggetto attivo. In relazione a quest'ultimo punto il § 191 al n. 1.1. valorizza, espressamente, il requisito dell'eventuale risarcimento dei danni, nonché altre circostanze che avrebbero influenzato la valutazione della pena. La versione originaria dell'art. 131-*bis*, come si anticipava, non recava alcun riferimento alla valutazione del comportamento *post factum* nonostante l'art. 133 co. 2 n. 3 c.p. (ritenuto utilizzabile ai fini della verifica della configurabilità della causa di non punibilità sebbene il comma 2 si riferisca alla capacità a delinquere del reo²⁶) richiami espressamente la condotta «sussequente al reato».

Nella parte conclusiva di un lavoro incentrato sull'analisi dell'art. 131-*bis* c.p., per colmare tale lacuna, veniva auspicato l'introduzione di una norma del seguente tenore: «Ai fini dell'esclusione della punibilità si tiene conto della riparazione del danno»²⁷. La mancata previsione appariva

²⁴ S. Quattrococo, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli 2004, 135 ss.

²⁵ P.G. Palermo, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in L. Picotti (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova 2010, 30.

²⁶ La disposizione di cui all'art. 133 co. 2 c.p. «estende l'apprezzamento giudiziale dal fatto alla personalità del colpevole, ancorandone i diversi momenti al parametro della c.d. capacità a delinquere; nozione che, per altro, non è intesa in modo univoco», così C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 687.

²⁷ M. Telesca, *Contributo all'analisi*, cit., 177. Veniva evidenziato che l'art. 9-*ter* lett. b) (d.d.l. A.C. 2435 rubricato «Disposizioni in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto») che ha dato vita, successivamente, alla l. n. 134/2021, prevedeva di «dare rilievo alla condotta sussequente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa». La 'condotta sussequente al reato' è stata recepita dalla lett. b) dell'art. 21 della l. n.

difficilmente giustificabile atteso che anche la condotta dell'agente, susseguente al commesso reato, poteva essere proficuamente utilizzata per meglio valutare il comportamento del reo. In altri termini, se il giudice era obbligato a considerare i motivi abietti, o futili, non si comprendevano le ragioni per le quali l'atteggiamento tenuto dal reo dopo la commissione del fatto non fosse stato inserito tra i criteri di valutazione.

4. - La portata dell'inciso «anche in considerazione della condotta susseguente al reato» dopo il d. lgs. n. 150/2022.

Il legislatore è recentemente intervenuto sull'art. 131-*bis* c.p. (d. lgs. n. 150/2022) determinando:

- 1) una generale estensione dell'ambito di applicabilità dell'istituto ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni di reclusione e, quindi, indipendentemente dal massimo edittale, come previsto dalla previgente formulazione²⁸;
- 2) la rilevanza, ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa, anche alla condotta susseguente al reato;
- 3) l'esclusione del carattere di particolare tenuità dell'offesa in relazione ai reati 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, e ad ulteriori reati di ritenuti di particolare gravità²⁹.

Con specifico riferimento al comportamento *post factum* è stata inserita, con l'art. 1, co. 1, lett. c), n. 1 del d. lgs. n. 150/2022, al comma 1 dell'art. 131-*bis* co. 1 c.p. la seguente locuzione «anche in considerazione della condotta susseguente al reato» colmando di fatto una vistosa lacuna.

Il comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p. nella nuova versione risulta 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

134/2021; la Commissione Lattanzi, nel ribadire l'importanza della causa di non punibilità per una celere definizione dei procedimenti, riteneva che l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p. avesse una valenza strategica nella valorizzazione di percorsi di giustizia riparativa, tali da consentire una valutazione globale del fatto, correlata anche al superamento del 'bisogno di pena' da parte della vittima. E si specificava: «Va da sé che il furto dell'acino di uva è un qualcosa di ininfluenza sul piano del valore dell'intero vigneto, così come il furto di una melanzana da un campo (nonostante l'aggravamento di pena per l'esposizione della res alla pubblica fede, art. 625 n. 7 c.p.), ha un'incidenza insignificante sull'entità della coltivazione; cosa diversa, invece, la lesione – seppure lieve – subita da una persona che merita, a nostro avviso, di essere risarcita, meglio se immediatamente. Danno che, qualora non fosse spontaneamente ristorato dal soggetto agente, potrebbe essere stabilito dal giudice e previsto come momento di valutazione per il riconoscimento della causa di non punibilità» (173). Infine si affermava: «oltre alle possibilità della giustizia riparativa, potrebbero trovare, dunque, la giusta collocazione, accanto alle ipotesi di *restorative justice*, in una prospettiva di estesa valorizzazione legislativo-giudiziaria del paradigma della riparazione, forme di risarcimento del danno anche come criterio per valutare la 'condotta susseguente' e, dunque, per una più precisa 'valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa', come richiesto dalla lett. b) dell'art. 21 della l. n. 134/2021» (173 e 174).

²⁸ Per effetto dell'intervento di riforma, la causa di non punibilità estende il proprio ambito di applicazione, con positivi effetti deflativi sul sistema processuale e sulla sua complessiva efficienza, in linea con gli obiettivi del P.N.R.R. e con l'attesa riduzione dei tempi medi del processo penale (del 25% in ciascuno dei tre gradi di giudizio, entro il 2026); in tal senso la Relazione illustrativa al 'Decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari', in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1666216475_relazioneill-pulito-barrato-181022.pdf, 345.

²⁹ Cass. pen. Sez. III, sent. n. 18029 (ud. 4/4/2023, dep. 2/5/2023) n. 18029, in https://www.cortedicassazione.it/it/penale_dettaglio.page?contentId=SZP7572.

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».

La modifica non è di poco momento atteso che la giurisprudenza di legittimità – con riferimento all'originaria versione dell'art. 131-*bis* c.p. – escludeva (perché non espressamente previsto), dal novero degli elementi apprezzabili ai fini dell'esclusione della punibilità, il comportamento *post factum* tenuto dall'agente, limitandosi a valutare l'entità dell'offesa al tempo di consumazione del reato³⁰.

Il legislatore ha utilizzato (volutamente) una formula alquanto generica rimettendo all'apprezzamento discrezionale del giudice la valutazione della condotta del reo successiva al reato e, quindi, le ricadute sulla configurabilità della causa di esclusione della punibilità vanno desunte dall'analisi della varietà degli elementi caratterizzanti il caso concreto.

Le ragioni dell'utilizzo di una tale ampia locuzione vengono espressamente 'dichiarate' dal legislatore laddove afferma che si è dato rilievo, con formula generale, alla 'condotta susseguente al reato', senza specificare tipologie di condotte riconducibili a quell'espressione (es., restituzioni, risarcimento del danno, condotte riparatorie, accesso a programmi di giustizia riparativa, ecc.). Si è così inteso non limitare la discrezionalità del giudice che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà d'altra parte fare affidamento su una locuzione elastica – 'condotta susseguente al reato' – ben nota alla prassi giurisprudenziale, figurando tra i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133, co. 2, n. 3 c.p.³¹

Il giudice dovrebbe, in sede di verifica dei presupposti, valutare 'tutto ciò' che risulta utile ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; il giudizio sulla tenuità richiede, pertanto, una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, in base ai criteri indicati dall'art. 133, co. 1 c.p.³², arricchito dalla valutazione del comportamento successivo alla commissione del reato tenuto dall'agente.

È stato rimarcato in dottrina che la valorizzazione della condotta susseguente al reato appare diretta ad ampliare l'area applicativa della 'regola' di non punibilità e che il comportamento *post delictum* non può essere valorizzato al di fuori di un giudizio complessivo che deve tenere conto delle modalità della condotta e che dunque si radica nel momento della commissione del fatto. Tuttavia «il rischio è che la (corretta) affermazione del carattere senza dubbio non autosufficiente di questo indice nella economia del giudizio sulla tenuità del fatto, finisca per neutralizzare il suo possibile contributo, assegnandogli una funzione esclusivamente 'confermativa' di un giudizio fondato sugli altri indici»³³;

³⁰ Cass. pen. Sez. V, sent. n. 660 (ud. 2/12/2019, dep. 10/1/2020), P., Rv 278555; in particolare la decisione affermava che ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, non rileva il comportamento tenuto dall'agente '*post delictum*', atteso che la norma di cui all'art. 131-*bis* c.p. correla l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133, co. 1 c.p., e non invece con riguardo a quelli, indicativi di capacità a delinquere, di cui al secondo comma, includenti la condotta susseguente al reato.

³¹ Relazione illustrativa, cit., 345.

³² Cass. pen. Sez. II, sent. n. 37834 (ud. 2/12/2020), in <https://www.brocardi.it/massimario/71446.html>.

³³ C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 711.

è auspicabile, pertanto, che la giurisprudenza assegni alle «condotte post factum un ruolo, magari, marginale, ma comunque effettivo nella economia del giudizio di tenuità»³⁴.

Dalle considerazioni appena svolte discende che per l'applicabilità dell'istituto occorre valutare *anche* la condotta susseguente al reato tenuta dall'agente e, dunque, ai fini della tenuità dell'offesa bisogna tener conto «anche del comportamento riparatorio susseguente al reato»³⁵. Quest'ultimo si aggiunge ai normali requisiti senza sostituirli; la particella aggiuntiva *anche* (nel senso di inoltre) assume valore congiuntivo e, dunque, concorre con le altre condizioni (modalità della condotta ed esiguità del danno o del pericolo) a determinare l'esclusione della punibilità.

Anche sul punto vanno richiamate le considerazioni svolte nella Relazione illustrativa al d. lgs. n. 150/2022 nella misura in cui si sostiene che la condotta susseguente al reato rileva non come autonomo (autosufficiente) indice-requisito di tenuità dell'offesa, bensì come ulteriore criterio, accanto a quelli di cui all'art. 133, co. 1 c.p. (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione; gravità del danno o del pericolo; intensità del dolo o della colpa), da impiegare, nell'ambito di un complessivo giudizio, per valutare le modalità della condotta (contemporanea al reato) e l'esiguità del danno o del pericolo. La congiunzione '*anche*', che apre l'inciso immediatamente successivo al rinvio all'art. 133, co. 1 c.p., sottolinea come la condotta susseguente al reato rilevi, al pari e in aggiunta ai criteri di cui alla citata disposizione codicistica, come criterio di valutazione dell'esiguità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, cioè degli indici o requisiti dai quali, congiuntamente, continua a dipendere la tenuità dell'offesa³⁶.

In tale ottica si muove la giurisprudenza di legittimità che in un recente arresto ha affermato che le condotte *post delictum* non possono di per sé sole rendere di particolare tenuità un'offesa che tale non era al momento della commissione del fatto (dando così luogo ad una sorta di esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue) ma possono «essere valorizzate nel complessivo giudizio sulla misura dell'offesa, giudizio in cui rimane centrale, come primo termine di relazione, il momento della commissione del fatto e, quindi, la valutazione del danno o del pericolo verificatosi in conseguenza della condotta»³⁷.

La stessa impostazione è stata ribadita in una successiva decisione³⁸ in tema di debito erariale con la quale i giudici di legittimità hanno sostenuto che con le modifiche apportate all'art. 131-*bis* c.p. il giudice potrà valutare una vasta gamma di condotte definite solo dal punto di vista cronologico-temporale, dovendo essere susseguenti al reato ed in grado di incidere sulla misura dell'offesa; ciò vale non solo nel caso in cui le condotte successive al fatto riducano il grado dell'offesa ma anche, e specularmente, quando le stesse aggravino la lesione (inizialmente tenue) del bene protetto.

³⁴ C. Fiore, S. Fiore, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*^{XII}, Padova 2023, 763.

³⁶ Relazione illustrativa, cit., 347.

³⁷ Cass. pen. Sez. III, sent. n. 18029, cit.

³⁸ Cass. pen. Sez. III, sent. n. 28031 (ud. 24/5/2023, dep. 28/6/2023), in https://www.cortedicassazione.it/it/sentenze_ordinanze_e_questioni.page, nella fattispecie la Corte, nel ritenere fondato il motivo di ricorso, evidenzia che era intervenuto l'adempimento dell'obbligo tributario mediante l'integrale pagamento del debito erariale secondo il piano di rateizzazione concordato con il Fisco.