

## LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL LIMITE MASSIMO DI PENA QUALE PRESUPPOSTO DELLA NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

Nota a [Corte cost., sent. 24 maggio 2017 \(dep. 17 luglio 2017\),  
n. 207, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi](#)

di Attilio Nisco

**Abstract.** *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-bis c.p., è prevista solo per i reati puniti con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (ovvero con pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena). Da ciò deriva l'inapplicabilità dell'esimente alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, co. 2° c.p., punita nel massimo con sei anni di reclusione. La Corte costituzionale, con la sentenza in epigrafe, ha escluso che tale conseguenza sia irragionevole, ma ha anche evidenziato alcune incongruità nella normativa vigente, esortando il legislatore ad intervenire. Il presente contributo intende dimostrare come i dubbi sulla costituzionalità del parametro utilizzato dall'art. 131-bis c.p. non siano affatto fugati, prospettando una diversa formulazione della questione.*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. I rapporti tra tenuità esimente e tenuità attenuante. – 3. Il giudizio della Corte costituzionale sull'attuale assetto normativo. – 4. Una possibile riformulazione della questione. – 4.1. Individuazione del *tertium comparationis*. – 4.2. Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 5. Il limite massimo di pena come motivo d'irragionevolezza intrinseca della norma. – 6. Conclusioni.

### 1. La questione.

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale dichiara non fondata una questione di costituzionalità relativa all'art. 131-bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*), nella parte in cui prevede un limite massimo di pena edittale

entro il quale è possibile applicare l'esimente, per supposta violazione degli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost<sup>1</sup>.

Come noto, ai fini della non punibilità, oltre alla presenza di "indici-criteri" di esiguità ed all'assenza di fattori ostativi alla concessione dell'esimente (tra i quali la non abitualità del reato), è necessario che il reato sia punito con una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni<sup>2</sup>. In tal modo, il legislatore ha fissato una soglia di gravità in astratto del reato quale presupposto generale della non punibilità anche rispetto a fatti che, in concreto, potrebbero essere considerati tenui; contro il dato per cui, in teoria, l'esiguità dell'illecito è una caratteristica virtualmente riscontrabile in qualunque reato, a prescindere dal rango del bene giuridico protetto o della cornice edittale<sup>3</sup>.

Nelle maglie di tale controverso rapporto tra esiguità in concreto e gravità in astratto del reato, si situa la questione affrontata dalla sentenza in commento.

Il Tribunale di Nola aveva sollevato questione di costituzionalità in merito ad un caso di ricettazione attenuata ex art. 648 co. 2° c.p. (consistita nella detenzione al fine di vendita di un esiguo numero di astucci con marchio contraffatto), al quale, a detta del giudice, sarebbe stato applicabile l'art. 131-bis c.p., se non vi si fosse opposto il limite massimo di pena superiore ai cinque anni<sup>4</sup>.

La vicenda, secondo il giudice rimettente, rivelerebbe vari profili di incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p.: a cominciare dalla violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che, per contro, l'esimente risulta astrattamente applicabile in una serie di ipotesi di reato, esemplificate con ampio elenco contenuto nell'ordinanza, «di sicuro maggiore allarme sociale rispetto alla ipotesi attenuata della ricettazione ex art. 648, comma 2 del codice penale (...)», ma punite con un massimo edittale non superiore a cinque anni.

L'ordinanza di rimessione evidenzia come, innanzi a casi concreti caratterizzati da ridotta offensività, la previsione di un limite astratto di pena da parte dell'art. 131-bis

---

<sup>1</sup> Per un primo commento, 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 questa Rivista., fasc. 9/2017, 142 ss.

<sup>2</sup> Tra i numerosi commenti (di taglio sostanzialistico) si vedano: T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 15/2015, 19 ss.; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659 ss.; F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust pen.*, 2015, II, 321 ss.; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, 3 ss.; C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015; L. PACIFICI, [La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale](#), in questa Rivista, 14 luglio 2015; G. PAVAN, (voce) *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2016, 500 ss. Per una prima rassegna giurisprudenziale, si rinvia a G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 405 ss.

<sup>3</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20. Al riguardo, v. anche M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 97.

<sup>4</sup> Tribunale di Nola, ordinanza n. 88 del 14 gennaio 2014, in questa Rivista, 22 dicembre 2016, con commento di S. SANTINI, [L'articolo 131-bis c.p. al vaglio della Corte Costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità?](#).

c.p. opponga al giudice «uno sbarramento normativo» ingiustificato, «che gli impone di sanzionare condotte di scarso allarme sociale, mentre, viceversa, gli consente di ritenere non punibili condotte di pari od addirittura maggiore carica offensiva (...)». A tale profilo di incostituzionalità conseguirebbe anche una violazione del principio di offensività e della finalità rieducativa della pena, incardinati negli artt. 13, 25 e 27 Cost.

La Corte costituzionale non condivide tale censura, per le ragioni che tra a breve saranno illustrate. Tuttavia, sollecitata dall'ordinanza di rimessione, essa ha l'occasione per esprimersi su alcune questioni interpretative poste dall'art. 131-bis c.p. e, soprattutto, per rivolgere un monito al legislatore, dal quale si capisce che il problema della legittimità costituzionale del massimo edittale come condizione applicativa della clausola di tenuità non può dirsi risolto<sup>5</sup>.

## 2. I rapporti tra tenuità esimente e tenuità attenuante.

Nel precisare i termini della questione, con particolare riferimento al correttivo cui essa mira, il giudice rimettente si sofferma sul comma 5° dell'art. 131-bis c.p., ai sensi del quale «La disposizione del primo comma [dello stesso art. 131-bis] si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante». L'irragionevolezza dell'art. 131-bis emergerebbe proprio dall'impossibilità di estendere il suo 5° comma alla ricettazione di particolare tenuità.

Tale impostazione suppone l'individuazione di un nesso tra 1° e 5° comma dell'art. 131-bis c.p., sul quale la Corte costituzionale ritiene di dover prendere posizione. La questione di costituzionalità, per vero, sarebbe rilevante anche se l'art. 131-bis c.p. nulla dicesse al riguardo, ma, alla luce dell'ordinanza di rimessione, conviene partire – proprio come fa la sentenza in commento – dai rapporti tra esimente della particolare tenuità del fatto e figure circostanziate di tenuità.

Attraverso il comma 5° dell'art. 131-bis c.p., il legislatore ha inteso verosimilmente coordinare l'esistenza delle varie circostanze attenuanti concernenti la tenuità del fatto, disseminate nel codice e nella legislazione complementare, con la nuova disposizione codicistica. Nondimeno, la presenza di questo comma reca con sé alcuni dubbi interpretativi.

Va anzitutto escluso che il comma 5° consenta di applicare il primo comma, e quindi l'esimente, per il sol fatto che ricorra un'attenuante avente tra i propri elementi costitutivi la tenuità del danno o del pericolo, anche quando il reato prevede una pena edittale superiore a cinque anni. È proprio in virtù di tale premessa, condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>6</sup>, che il giudice rimettente ritiene doversi dichiarare l'art. 131-bis c.p. incostituzionale.

---

<sup>5</sup> Cfr. anche S. SANTINI, *Mancata estensione*, cit.

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. II, 20 aprile 2017, n. 23419, in *DeJure*. Si veda anche la giurisprudenza richiamata da G. ALBERTI, *Non punibilità*, cit., 405-406.

Si tratta dunque di un punto fermo: l'operatività dell'art. 131-bis, comma 5° c.p. va circoscritta ai casi in cui il reato rientri nei limiti di pena stabiliti dal comma primo (cinque anni).

Va aggiunto che il reato può sottostare a tali limiti per effetto di una circostanza ad effetto speciale, secondo quanto previsto dal comma 4° dell'art. 131-bis c.p., e che tale circostanza può a sua volta essere incentrata sulla tenuità del fatto o di alcuni suoi elementi. Tant'è che, secondo una lettura proposta in giurisprudenza, il comma 5° dell'art. 131-bis «si limita a prevedere che nei casi di fatti circostanziati lievi, ove la pena sia inferiore ad anni cinque, di tale elemento può tenersi conto due volte»: cioè una volta ai fini del computo del limite massimo di pena, una seconda volta (a seguito di tale computo) ai fini dell'applicazione dell'esimente<sup>7</sup>.

Tuttavia, ci si può chiedere se, quando si rientri nei cinque anni e ricorra una figura circostanziata di tenuità, l'esimente *debba o possa* essere applicata.

A tale quesito la sentenza in commento risponde nel modo seguente: «la formulazione dell'art. 131-bis cod. pen. indica solo che l'esistenza di un'attenuante, di cui la particolare tenuità del danno o del pericolo sia elemento costitutivo, di per sé non impedisce, ma neppure automaticamente comporta, l'applicazione della causa di non punibilità». In tal modo si distingue nettamente tra il ruolo da assegnare alla causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. e attenuanti basate sulla tenuità del fatto, tra le quali rientra la previsione dell'art. 648 comma 2° c.p. Circostanze di questo tipo hanno, secondo la Corte, «la funzione di mitigare una risposta punitiva improntata a particolare rigore» ed all'occorrenza bisognosa di essere adattata alle peculiarità del caso concreto. Esse comportano una valutazione meno complessa di quella richiesta dall'art. 131-bis c.p., il quale invece impone di tenere conto di fattori ulteriori rispetto alle modalità della condotta e all'entità del danno e del pericolo<sup>8</sup>.

È invero discutibile se l'art. 131-bis c.p. implichi una valutazione della colpevolezza, in senso proprio, come ritiene la Corte, o piuttosto un giudizio inerente alla tipicità soggettiva, ma certo si deve convenire sulla maggiore "complessità" della norma, che tipizza l'illecito bagatellare non punibile, rispetto alla usuale conformazione delle corrispettive attenuanti.

Il punto da rimarcare è però un altro.

La lettura della Corte, in realtà, è idonea a chiarire i rapporti tra comma 5° dell'art. 131-bis c.p. e figure circostanziali genericamente attinenti alla tenuità (o levità) del "fatto", dettate dall'intenzione di evitare un esito applicativo indesiderato: se l'art. 131-bis c.p. non disponesse nulla al riguardo, potrebbe prospettarsi la tesi, secondo cui le figure circostanziate di tenuità sono ipotesi speciali di "tenuità", destinate, per tanto,

---

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. II, 20 aprile 2017, n. 23419 cit.

<sup>8</sup> Sul punto la Consulta richiama due recenti pronunce delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione sull'art. 131-bis c.p., relative alla compatibilità tra esclusione della non punibilità per la particolare tenuità del fatto e reati del codice della strada contenenti soglie di punibilità: Sez. Un. Pen., 25 febbraio 2016 n. 13681 e n. 13682, in *Cass. pen.* 2016, p. 2375 ss.; per un commento, M. CATERINI, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2017, 624 ss.

a prevalere sulla norma generale prevista dall'art. 131-bis c.p. ed a svilirne gli scopi<sup>9</sup>. In tal senso, il 5° comma concede una "possibilità" che ragioni sistematiche (forse non insuperabili) avrebbero potuto impedire.

Ma il disposto dell'art. 131-bis comma 5° si appunta su uno specifico profilo della tenuità, cioè sul risultato lesivo (danno o pericolo), e contiene un verbo all'indicativo («La disposizione di cui al primo comma *si applica*»), che sottende un vincolo.

Per tanto, il comma 5° pare risolvere un concorso tra norme in favore dell'art. 131-bis c.p., tutte le volte in cui una fattispecie integri i requisiti di quest'ultima norma e, al tempo stesso, quelli di un'attenuante fondata sulla tenuità del danno o del pericolo<sup>10</sup>. In questi casi, se ritiene applicabile solo l'attenuante, il giudice dovrà motivare in merito alla mancanza di un presupposto dell'esimente nel caso concreto<sup>11</sup>. Per contro, non dovrebbe poter negare l'esimente in base ad elementi non previsti dall'art. 131-bis c.p. o graduando ulteriormente la tenuità del danno o del pericolo in vista della concessione solo di un'attenuante<sup>12</sup>.

In sintesi, quando sono presenti tutti i requisiti dell'art. 131-bis c.p. e solo si prospetti l'alternativa tra tenuità del danno (o del pericolo) con effetto esimente o attenuante, il comma 5° impone l'effetto esimente<sup>13</sup>. Quando, invece, si pone un problema di concorso tra esimente e circostanza attenuante concernente la tenuità di altri più generici elementi (del "fatto", non necessariamente del danno o del pericolo), sussiste un potere discrezionale del giudice.

Se la pena prevista non eccedesse il limite dei cinque anni, la ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2° c.p. ricadrebbe in questa seconda ipotesi. Nondimeno, nella prassi la sua applicazione è subordinata all'apprezzamento di un'ampia serie di indici di tenuità, concernenti non solo il modesto valore dell'oggetto materiale<sup>14</sup>, che possono di fatto coincidere con i requisiti dell'esimente regolata dall'art. 131-bis c.p. Ne deriva che, sia pure virtualmente rientrante nella sfera della discrezionalità del giudice, l'applicazione dell'esimente è impedita dalla legge innanzi a fatti di ricettazione conformi ai crismi dell'illecito bagatellare tipizzato dall'art. 131-bis c.p.

---

<sup>9</sup> Sul punto, A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 17, con ulteriori riferimenti.

<sup>10</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., 20-21.

<sup>11</sup> Ad esempio, furto di cosa di tenue valore, ma non occasionale, oppure realizzato con modalità d'azione tali da opporsi alla concessione dell'esimente etc.

<sup>12</sup> Asserendo, ad esempio, che il furto rientra pienamente nell'art. 131-bis c.p., e tuttavia il valore della cosa sottratta non è "così tenue" da meritare l'impunità ma solo l'attenuazione della pena.

<sup>13</sup> In questo senso potrebbe (forse) essere sbrogliata la trama, oggettivamente involuta, dei rapporti tra false comunicazioni sociali attenuate per lieve entità del fatto (art. 2621-bis c.c.) e false comunicazioni non punibili per particolare tenuità del fatto (art. 2621-ter c.c.).

<sup>14</sup> Tra le pronunce più recenti, Cass. pen., sez. II, 21 ottobre 2015, n. 45209; sez. II, 6 dicembre 2013, n. 51818, in *DeJure*.

### 3. Il giudizio della Corte costituzionale sull'attuale assetto normativo.

La questione di costituzionalità, dicevamo, verte sul limite massimo di pena previsto dal primo comma dell'art. 131-bis c.p., ritenuto dal giudice rimettente contrario, in primo luogo, all'art. 3 Cost.

Questo aspetto della disciplina contenuta nell'art. 131-bis c.p. non era sfuggito alla critica di autorevole dottrina, la quale, in sede di primo commento, aveva rilevato l'incongruenza di un limite applicativo basato sul massimo edittale<sup>15</sup>. Tale previsione è foriera di evidenti discriminazioni, rendendo inapplicabile l'esimente a fattispecie punite con un massimo edittale superiore ai cinque anni, anche laddove il minimo edittale sia esiguo o finanche inferiore a fattispecie, cui invece la stessa esimente risulta applicabile *quoad poenam*.

La critica è ineccepibile; la sua trasposizione in una questione di costituzionalità è però costretta *in primis* a misurarsi con i limiti operativi del sindacato di ragionevolezza, scandito, di regola, dalla nota conformazione triadica: diviene per tanto necessario individuare una norma che funga da pietra di paragone con la norma impugnata (*tertium comparationis*), in virtù di una supposta omogeneità<sup>16</sup>.

Il giudice *a quo* aveva indicato, quale punto di riferimento per la comparazione, una serie di fattispecie (il cui elenco sembra per altro solo esemplificativo), alle quali la causa di non punibilità risulta astrattamente applicabile *quoad poenam*. Trattandosi di fattispecie, a detta dello stesso giudice, «di sicuro maggiore allarme sociale rispetto alla ipotesi attenuata della ricettazione ex art. 648 comma 2 del codice penale», ne risulterebbe una disparità di trattamento «nell'applicazione pratica della nuova causa di non punibilità» per i cittadini accusati di quest'ultimo reato, ai quali il giudice mai potrebbe applicare l'esimente, anche quando sussistano in concreto i requisiti della tenuità del fatto<sup>17</sup>.

La Corte costituzionale ritiene infondata siffatta censura in base, essenzialmente, a due argomenti.

In primo luogo, il giudice rimettente non ha esattamente individuato il *tertium comparationis*: l'elenco di reati descritto nell'ordinanza contiene una serie di ipotesi eterogenee, anche dal punto di vista teleologico, incomparabili con la ricettazione. Anzi: proprio la presenza di questo vasto e variegato elenco di fattispecie, neppure tra di loro comparabili, è prova dell'omessa individuazione di un idoneo *tertium comparationis*.

In secondo luogo, l'inclusione di un limite massimo di pena tra i requisiti della non punibilità non è in sé irragionevole; è al contrario confacente alle scelte che il legislatore penale effettua nel formulare le ipotesi che derogano alla regola generale della punibilità: materia nella quale il riferimento a limiti edittali, oltre che usuale, «è frutto di un apprezzamento che spetta al legislatore».

---

<sup>15</sup> T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. 20. La critica è condivisa e arricchita con argomenti comparatistici da K. JARVERS, *Die „Entkriminalisierung“ von Bagatelldelikten in Italien*, in *ZStW*, 2016, 569.

<sup>16</sup> In generale, sulla struttura del giudizio di ragionevolezza, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 49 ss.

<sup>17</sup> Trib. di Nola, ord. 88/2014 cit.

Pur rigettando la questione, la Corte non risparmia alcune critiche al legislatore.

La sentenza coglie anzitutto un profilo critico inerente al rapporto quantitativo tra pena base prevista per la ricettazione e pena prevista per la ricettazione di particolare tenuità: «di una comminatoria per la ricettazione di particolare tenuità, che va (con riguardo alla pena detentiva) da un minimo di quindici giorni fino ad un massimo di sei anni di reclusione, non può non rilevarsi l'anomalia, tenuto conto dell'estensione dell'intervallo (sentenza n. 299 del 1992) e dell'ampia sovrapposizione con la cornice edittale della fattispecie non attenuata (punita con una pena che va da un minimo di due anni a un massimo di otto anni di reclusione). È da aggiungere che mentre il massimo di sei anni, rispetto agli otto della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione particolarmente contenuta (meno di un terzo), al contrario il minimo di quindici giorni, rispetto ai due anni della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione enorme.».

Siffatta "anomalia" è accentuata proprio dai rapporti con l'131-bis c.p. Infatti, rileva la Corte, se la previsione di un limite massimo di pena da parte di quest'ultima disposizione è esente da censure, il suo omesso riferimento ad un minimo di pena, al di sotto del quale l'esimente dovrebbe essere comunque applicabile (a prescindere dal limite massimo), costituisce un ulteriore aspetto problematico della disciplina. Secondo la pronuncia in commento, questa lacuna andrebbe però colmata dal legislatore, dal momento che l'introduzione di un riferimento al minimo edittale nel contesto della nuova esimente esorbiterebbe dalle prerogative della Corte costituzionale.

È lecito chiedersi se le perplessità sollevate dalla Corte possano costituire il punto di partenza per future questioni, capaci di portare – sempre che il legislatore nel frattempo non raccolga l'invito della Corte – ad una futura declaratoria di incostituzionalità. A tale interrogativo proviamo a rispondere, esaminando partitamente i due argomenti opposti dalla sentenza in commento al giudice rimettente: l'assenza di un idoneo *tertium comparationis* nella questione proposta dal giudice di Nola (*infra* § 4); la ragionevolezza di un limite massimo di pena entro il quale l'esimente è attualmente applicabile (§ 5).

#### 4. Una possibile riformulazione della questione.

In riscontro al primo argomento sviluppato dalla Corte, va compiuto un tentativo di rimodulazione dei termini rispetto ai quali impostare il giudizio di ragionevolezza di tipo triadico. È risaputo, infatti, che la Corte non ha margine per cambiare il termine di paragone sottoposto dal remittente; nondimeno, una declaratoria d'inammissibilità può contenere impliciti suggerimenti per una "correzione" di future eccezioni<sup>18</sup>. Un

---

<sup>18</sup> V. i rapporti tra Cort. cost., ordinanza 240/2011 e sentenza n. 68/2012 sull'art. 630 c.p., con il commento (critico) di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 2393 ss. Sul ruolo di "co-protagonista" del giudice ordinario nei giudizi di costituzionalità, proprio in ragione dell'impossibilità di modificare il *petitum* – ed il *tertium comparationis* –

tentativo di riformulazione impone un'esigenza di chiarificazione rispetto: a) alla natura della norma scelta per la comparazione; b) alla natura della norma impugnata, ovvero della causa di non punibilità.

#### 4.1. Individuazione del *tertium comparationis*.

Nella presente vicenda, è possibile convenire con la Corte circa l'assenza di univocità del *tertium comparationis* e l'incomparabilità stessa delle ipotesi messe a confronto dal giudice rimettente<sup>19</sup>: invero, dalla lettura dell'ordinanza di rimessione parrebbe che il termine di paragone, onde valutare se sussista disparità di trattamento tra casi simili, non sia un'unica norma (o disposizione), ma la serie di norme nascenti dal combinato disposto dell'art. 131-bis c.p. e le disposizioni incriminatrici alle quali l'esimente è applicabile, selezionate dal giudice rimettente secondo un asserito criterio di eguale o maggiore "allarme sociale" rispetto alla ricettazione.

Si tratta, in effetti, di un parametro di dubbia univocità, in ragione sia della pluralità di disposizioni e norme richiamate, sia del criterio che dovrebbe orientare il confronto, ossia l'"allarme sociale" suscitato dai reati elencati, che appare indeterminato o comunque soggetto a valutazioni discrezionali insindacabili. Si potrebbe anzi replicare che, proprio in quanto punite con un massimo edittale inferiore alla pena massima prevista per la ricettazione di particolare tenuità, quelle fattispecie non destano affatto maggiore allarme sociale.

Restando nell'ambito del giudizio triadico di ragionevolezza, si potrebbe (tentare di) porre rimedio a tali difetti, mettendo a confronto la ricettazione soltanto con altri reati lesivi del medesimo bene giuridico, ai quali sia applicabile l'art. 131-bis c.p., puniti con un *minimo edittale* superiore alla ricettazione di particolare tenuità. Ciò in virtù di due dati: per un verso, nei giudizi di costituzionalità, l'omogeneità dei beni giuridici è considerata un fattore legittimante una comparazione tra più norme incriminatrici<sup>20</sup>; per altro verso, il minimo edittale, in quanto «disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa»<sup>21</sup>, contribuisce in maniera determinante ad ordinare più fattispecie in una scala di maggiore o minore gravità in concreto.

Si pensi ad un confronto tra ricettazione e truffa nei rispettivi rapporti con la tenuità del fatto (confronto cui per altro accenna la stessa sentenza in commento): anche se la pena massima prevista per la ricettazione di particolare tenuità (6 anni, ex art. 648 comma 2°) è pari al doppio della pena massima prevista per la truffa (pena base di 3 anni), il minimo edittale della ricettazione tenue (15 giorni) è considerevolmente inferiore a quello della truffa (6 mesi).

---

da parte della Corte cost., v. V. MANES, [I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 107-108.

<sup>19</sup> Sulla univocità del *tertium comparationis* e comparabilità tra norme, come requisiti del giudizio di ragionevolezza, si veda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit. 54 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 236/2016, su cui torneremo.

<sup>21</sup> T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. 20.

L'ordinamento contempla quindi la possibilità che una ricettazione costituisca in concreto un'offesa al patrimonio più tenue di una truffa. In mancanza di elementi che denotino un maggior disvalore della condotta di ricettazione, pare difficile intravedere una plausibile ragione per cui un'esigua lesione del medesimo bene debba essere sottratta *a priori* all'art. 131-bis c.p. In sostanza, se si restringe la comparazione a norme incriminatrici a tutela del medesimo bene giuridico (nel nostro caso il patrimonio), non manifestamente disomogenee quanto a disvalore di condotta e di risultato, e si fa leva sui rispettivi minimi edittali, la questione di costituzionalità (ex art. 3 Cost.) non appare più così generica.

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

Resta ancora irrisolto, però, il nodo del rimedio mediante cui sanare un vizio di costituzionalità di questo tipo.

L'ordinanza di rimessione chiedeva un rimedio limitato ai soli rapporti tra art. 131-bis e 648, comma 2° c.p., consistente, essenzialmente, in un intervento manipolativo che, pur lasciando intatto il testo dell'art. 131-bis c.p., sancisse l'inapplicabilità del limite massimo dei cinque anni solo nei confronti di una specifica ipotesi di reato, in ragione delle sperequazioni di cui s'è detto<sup>22</sup>.

In dottrina<sup>23</sup>, è stato acutamente rilevato come la soluzione richiesta sarebbe stata supportata da un parallelo con la giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento di circostanze: materia, quest'ultima, nella quale la Corte costituzionale, a più riprese, non ha esitato a censurare, per violazione dei principi di eguaglianza, offensività e proporzionalità, il divieto di prevalenza di circostanze attenuanti incentrate sulla levità del fatto (tra cui lo stesso art. 648 comma 2° c.p.) sulla recidiva ex art. 99 comma 4° c.p., pur lasciando formalmente intatta la disposizione di parte generale che regola il bilanciamento (art. 69, comma 4° c.p.)<sup>24</sup>.

Come però dimostra la lettura di questa giurisprudenza, nei casi concernenti il bilanciamento di circostanze emerge chiaramente il rapporto tra la regola, che impone di adeguare la sanzione anzitutto alla gravità oggettiva del fatto, e di cui il regime ordinario di imputazione delle circostanze attinenti alla tenuità costituisce applicazione, e l'eccezione, giudicata illegittima, consistente nel dover sempre considerare

---

<sup>22</sup> V. la lettura suggerita da S. SANTINI, *L'articolo 131-bis c.p.*, cit., 6-7.

<sup>23</sup> V. ancora S. SANTINI, *L'articolo 131-bis c.p.*, cit., 7.

<sup>24</sup> Corte cost. sent. n. 105/2014, che dichiara incostituzionale l'art. 69 co. 4° c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, co. 2° c.p. sulla recidiva ex art. 99 co. 4° c.p.; Corte cost., sent. n. 106/2014, che dichiara incostituzionale l'art. 69 co. 4° c.p., nella parte in cui vieta la prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, co. 3° c.p. sulla recidiva ex art. 99 co. 4° c.p.; v. anche Corte cost., sent. n. 251/2012, sull'incostituzionalità sempre dell'art. 69 co. 4° c.p. in relazione all'art. 73 co. 5° d.p.r. 309/1990 e la recentissima sent. n. 205/2017, sull'incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante prevista per alcuni reati fallimentari dall'art. 219 co. 3° r.d. 267/1942 sulla recidiva ex art. 99 co. 4° c.p.

soccombente siffatte circostanze rispetto ad un istituto incentrato sulla personalità e pericolosità dell'autore, qual è la recidiva ex art. 99, comma 4° c.p.

Quando si giudica una causa di non punibilità, invece, bisogna fare i conti con un ostacolo di tipo tecnico, in cui è destinato ad imbattersi il controllo di costituzionalità. Nel giudizio di ragionevolezza di tipo triadico, la norma impugnata deve essere speciale, eccezionale o derogatoria rispetto alla norma assunta quale punto di riferimento della comparazione, che invece è una norma generale (o tutt'al più altra norma eccezionale o derogatoria)<sup>25</sup>. Lo stesso giudizio non è ammesso, qualora si invertano questi termini: ovvero se la norma impugnata è regola generale e il *tertium comparationis* ne rappresenta una deroga.

Le cause di non punibilità sono facilmente classificabili come norme eccezionali<sup>26</sup>, il che giustifica, sul piano tecnico, l'estrema cautela – che in realtà è dettata anche da ragioni di opportunità *lato sensu* politica – con cui la Corte costituzionale si muove nei loro confronti.

Nel caso che ci occupa, il rapporto tra “regola” ed “eccezione” è di problematica ricostruzione, posto che, se da un lato l'art. 131-bis c.p. è una norma di parte generale astrattamente applicabile a tutti i reati compresi nel limite dei cinque anni, dall'altro lato, quale causa di non punibilità, costituisce un'eccezione alla punibilità: è quanto ritiene la stessa sentenza in commento, quando evidenzia il carattere di “deroga” alla punibilità dell'art. 131-bis c.p. In tal modo, la norma che considera la ricettazione di particolare tenuità sempre punibile, anche se in maniera attenuata, non può essere vista univocamente come “deroga” (eventualmente irragionevole) ad una “generale” non punibilità del fatto tenue, in quanto proprio la non punibilità del fatto tenue può essere vista, a sua volta, come un'eccezione alla regola della punibilità di ogni fatto di reato.

Per superare quest'*impasse*, va chiarito, in breve, qual è la collocazione sistematica della non punibilità dovuta alla particolare tenuità del fatto<sup>27</sup>.

Anzitutto, va premesso che non sempre la non punibilità costituisce una “eccezione”, non solo in senso statistico, ma nel senso che il grado di “eccezionalità” va misurato in ragione dell'effettivo distacco dai principi penalistici<sup>28</sup>.

Ora, dal punto di vista dogmatico, la non punibilità prevista dall'art. 131-bis c.p. non deriva dalla mancanza di qualche elemento strutturale del reato, onde l'esatta qualificazione dell'istituto in termini di “causa di non punibilità” (salvo, evidentemente, considerare la punibilità un elemento del reato)<sup>29</sup>. Al tempo stesso, però, la tenuità è un

<sup>25</sup> Su questi aspetti, in generale, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 55-56, con ampi richiami alla giurisprudenza costituzionale.

<sup>26</sup> Cfr. G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 623.

<sup>27</sup> In argomento, fondamentale l'indagine di C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Alla luce dell'introduzione dell'art. 131-bis c.p., v. P. POMANTI, *La esiguità, da criterio di selezione della “tipicità bagatellare” ad indice di selezione della punibilità*, Pisa, 2017, 11 ss.

<sup>28</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 27 ss.

<sup>29</sup> Sulla natura di autentica causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, v. le riflessioni di G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto e offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in *Scritti in onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, 396 ss. Tale conclusione è in sintonia con la classica ricostruzione della categoria

attributo inerente ad elementi strutturali del reato, alla loro graduabilità, sì che la non punibilità in ragione della tenuità del fatto deriva dal modo in cui quegli elementi si atteggiavano nel caso concreto, manifestando una lieve entità dell'offesa, e non da ragioni meramente pragmatiche, in particolare da esigenze deflattive<sup>30</sup>.

In tal modo, la non punibilità del fatto tenue diviene espressione di un principio costituzionale, distinto dall'offensività (anche se a questa funzionalmente connesso), ossia del principio di proporzionalità (e di *ultima ratio*)<sup>31</sup>: il fatto conforme ai requisiti previsti dall'art. 131-bis c.p., pur essendo tipico, dunque offensivo, non è punibile, perché qualunque pena risulterebbe sproporzionata, innecessaria e finanche dannosa, né in ultimo sorretta da alcuna esigenza rieducativa.

Può discutersi, al riguardo, se la "quantificazione" dell'offesa debba essere effettuata dal giudice tenendo conto delle funzioni della pena, oppure se la tenuità debba affiorare come caratteristica in sé degli elementi del fatto. Una teoria del reato inclusiva del teleologismo della pena farebbe propendere per la prima soluzione<sup>32</sup>. Ma la seconda soluzione è preferibile, nella misura in cui scongiura il rischio (e il paradosso) di una

---

compiuta da G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 618-619. Per una complessiva riflessione sul tema della "punibilità", aggiornata all'introduzione dell'art. 131-bis c.p., G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.

<sup>30</sup> Tant'è che la causa di non punibilità non deve per forza intervenire prima dell'apertura del processo e può essere riconosciuta anche nei gradi successivi di giudizio. Sul punto, G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 49 ss. Si tenga presente che, proprio in ragione della sua essenza di "principio" e dell'incidenza su elementi strutturali del reato, parte della dottrina ha concepito la tenuità del fatto come fattore di esclusione della tipicità e non della sola punibilità (v. H. OSTENDORF, *Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel*, in *GA*, 1982, 333 ss.). Del resto, la natura della causa di non punibilità in oggetto è alla base di una peculiare soluzione in tema di errore, suggerita da C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 518.

<sup>31</sup> Così la *Relazione* allegata all'*Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare – Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, trasmesso alla Presidenza del Senato il 23 dicembre 2014. Anche le Sezioni unite (Cass., Sez. Un. 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2375 ss., richiamate dalla Corte cost. nella sentenza in commento), hanno riconosciuto nel principio di proporzionalità il fondamento costituzionale dell'esimente in questione, evidenziando il diverso piano funzionale della tenuità, corrispondente ad una manifestazione in concreto di ridotta lesività del reato, rispetto alla inoffensività, che invece ne esclude la tipicità (art. 49 c.p.). La sentenza in commento enfatizza, anzi, questa dicotomia, giudicando irrilevante la questione sotto il profilo del principio di offensività. Al riguardo, tuttavia, va detto che la corretta distinzione tra di due principi (proporzionalità e offensività) non dovrebbe offuscare la loro necessaria interazione, realmente produttiva di un adeguato controllo di costituzionalità: «È l'offensività (il livello di offensività) a qualificare la proporzione, agganciandola a un criterio obiettivo, rilevante entro il sistema. È il combinato disposto fra i principi di offensività e di proporzione, il criterio d'invalidità di norme (o di applicazioni giurisprudenziali) stravolgenti il sistema» (D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, 50). In generale, sul rilievo del principio di proporzionalità in diritto penale, si veda la recente indagine di A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1427 ss.; sul principio di *ultima ratio* (e le sue implicazioni nella previsione di una clausola di tenuità del fatto), G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

<sup>32</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 59 ss., a cui si rinvia per una posizione diversa da quella sostenuta nel testo.

valutazione della tenuità coincidente con un giudizio anticipato di commisurazione di una pena che non dovrà essere applicata<sup>33</sup>.

La “sproporzione”, di cui la tenuità del fatto è indice, dovrebbe risultare da un raffronto tra entità dell’offesa in concreto prodotta e della pena minima applicabile; su tale raffronto non dovrebbero pesare esigenze di prevenzione generale, non considerate dall’art. 131-bis; mentre le ragioni di prevenzione speciale dovrebbero rilevare nei limiti in cui la disposizione le considera fattori ostativi alla concessione dell’esimente, i quali non mutano il dato ontologico di un “fatto” oggettivamente tenue.

Ai fini del presente scritto, comunque, preme evidenziare come la non punibilità dovuta alla tenuità del fatto (ogni volta, s’intende, che il fatto presenti i requisiti previsti dall’art. 131-bis c.p., in specie l’esiguo disvalore della condotta e dell’evento) non è una “deroga” al sistema, ma, all’opposto, una direttiva del sistema. Per converso, la persistente punibilità, sia pure in forma attenuata, di fatti strutturalmente identici, considerati lievi in base ad altre norme (circostanze), ma sottratti *ex ante* alla sfera applicativa dell’esimente, necessita di una ragionevole spiegazione (per esempio il rango del bene giuridico considerato, di cui è indice il livello generalmente elevato delle pene previste a sua tutela)<sup>34</sup>. Di tale spiegazione si resta tuttora debitori innanzi al regime della ricettazione di particolare tenuità.

Concludendo sul punto, nell’ottica del giudizio triadico di ragionevolezza, una declaratoria di incostituzionalità dell’art. 131-bis c.p., nella parte in cui risulta inapplicabile alla ricettazione tenue, diverrebbe plausibile nella misura in cui la Corte fosse disposta a ritrattare il carattere “derogatorio” della disposizione, ovvero a considerare quest’ultima non quale mera eccezione alla punibilità, dettata da ragioni di opportunità politica, bensì come espressione di principi costituzionali (di proporzionalità e di *ultima ratio*, funzionalmente connessi all’offensività e alla finalità rieducativa della pena) da anteporre, a determinate condizioni, all’effettiva punizione del fatto. Tale strada diverrebbe percorribile dando adeguato risalto al nesso tra non punibilità e principio costituzionale di proporzionalità.

## 5. Il limite massimo di pena come motivo d’irragionevolezza intrinseca della norma.

Valorizzando questo nesso, ci si potrebbe però spingere oltre, sino a mettere in discussione la legittimità costituzionale del limite di pena fissato dall’art. 131-bis c.p.,

---

<sup>33</sup> Si tenga presente che l’art. 131-bis c.p. richiama solo il primo comma dell’art. 133 c.p. e che, nell’economia della disposizione, tale richiamo è finalizzato alla valutazione della tenuità dell’offesa. Sulla distinzione tra giudizio di esiguità in funzione dell’illecito bagatellare e giudizio di esiguità in funzione della commisurazione, v. K.-L. KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin, 1984, 198 ss. Il primo momento – scandito dal disvalore d’azione e d’evento – ha prevalenza logica e sbarra la strada ad un giudizio del secondo tipo, il quale, se pure negativo, non dovrebbe imporsi sul riscontro della esiguità a livello di illecito, pena la prevalenza di un diritto penale dell’autore.

<sup>34</sup> Si pensi al caso dell’art. 311 c.p.

non solo in relazione alla ricettazione tenue, ma come presupposto generale di una clausola di particolare tenuità del fatto.

A tal fine, bisogna controbattere all'altro argomento addotto dalla sentenza in commento, secondo cui il limite massimo di pena posto all'operatività dell'esimente non sarebbe in sé irragionevole, bensì rientrante nella discrezionalità legislativa che orienta, legittimamente, le scelte di allocazione della (non) punibilità. Se davvero l'istituto introdotto dall'art. 131-bis c.p. intende dare attuazione al principio di proporzionalità, questa conclusione merita quanto meno una più approfondita riflessione.

Un esame dei possibili profili di incostituzionalità della causa di non punibilità, in tale ottica, non può non tener conto dei recenti progressi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale proprio sul principio di proporzionalità e le annesse possibilità di superare il giudizio triadico di ragionevolezza in favore di un giudizio diadico di "ragionevolezza intrinseca" delle norme (anche) penali<sup>35</sup>.

Non è possibile, in questo scritto, analizzare le analogie e le differenze, di ordine sia teorico che pratico, tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionali<sup>36</sup>. Basti dire che, in ambito penalistico, la proporzionalità sta guadagnando un proprio spazio applicativo, nel quale ricadono in particolare i giudizi concernenti l'entità (la "proporzione") delle sanzioni rispetto all'effettivo disvalore del fatto incriminato<sup>37</sup>. Si tratta notoriamente di un profilo problematico del controllo di costituzionalità sulle norme penali: un sindacato di ragionevolezza intrinseca fatica ad affermarsi pienamente<sup>38</sup>, mentre il più usuale schema triadico è soggetto ad un opinabile utilizzo, rivelandosi spesso «fattore di incertezza più che di rigore nel giudizio»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Da raccogliere gli spunti di S. SANTINI, *L'art. 131-bis c.p.*, cit., 4 ss.; EAD., *Mancata estensione*, cit. Sui diversi schemi, entro i quali il controllo di ragionevolezza può essere inquadrato, con particolare riferimento al sindacato di costituzionalità di norme penali, ma con ampi riferimenti alla dottrina costituzionalistica, si veda N. RECCHIA, [Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 55 ss.

<sup>36</sup> In argomento, in generale, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, leggibile in [questa pagina web](#). Tra i penalisti, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 757 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 42 ss.; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1439 ss.

<sup>37</sup> In argomento, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss., il quale, a seguito di un'analisi della giurisprudenza della Corte cost., rilevava due tipi di censure: il trattamento eguale di fattispecie di diversa gravità; la previsione di una sanzione più grave rispetto ad una mite comminata per un reato ritenuto astrattamente più grave. Tra i precedenti più importanti e noti, Corte cost. sent. 341/1994, sulla quale v. i commenti di F. CURI, *L'attività "paralegislativa" della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giust. cost.*, 1995, 1091 ss., e di P. MAZZI, *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*, *ivi*, 1101 ss. In generale, sul tema, G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2012, 421 ss.; per una recente revisione complessiva, D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 48 ss.

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale*, cit., 67 ss.

<sup>39</sup> Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 376-377, il quale, pur osservando come un momento comparativo sia irrinunciabile nel giudizio di proporzionalità, data l'incommensurabilità delle grandezze poste a confronto (gravità del

La sentenza n. 236 del 2016, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la pena prevista per il reato di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567, comma 2° c.p., ha di certo contribuito in modo apprezzabile ad una piena costituzionalizzazione del principio di proporzionalità (ancorato, per altro, al diritto dell'Unione Europea), schiudendo nuove prospettive sul controllo costituzionale delle cornici edittali<sup>40</sup>.

Permangono, tuttavia, caratteristiche connaturate a questo tipo di giudizio.

In linea di principio, la sentenza n. 236 del 2016 si distacca dallo schema argomentativo fondato sul *tertium comparationis*, in favore di un controllo di ragionevolezza intrinseca della norma penale, desumendo il vizio di costituzionalità della norma impugnata da un confronto interno a quest'ultima, avente, quali punti di riferimento, qualità e quantità della sanzione, da un lato, e gravità del reato per il quale essa è prevista, dall'altro<sup>41</sup>. Stando a tale premessa, la sproporzione tra sanzione e gravità del fatto costituisce di per sé una violazione del principio di proporzione, a prescindere da un confronto con altre norme, dal momento che l'eccesso sanzionatorio non è necessario, perciò è irragionevole (art. 3 Cost.), ed è percepito dal condannato come un'ingiustizia incompatibile con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3° Cost.).

D'altro canto, un'effettiva revisione della comminatoria edittale richiede pur sempre un raffronto con una norma diversa da quella censurata<sup>42</sup>. Nel caso del reato di alterazione di stato, questo punto di riferimento è stato offerto dal primo comma dell'art. 567 c.p., sulla base del quale la Corte ha rideterminato la pena per il reato previsto dal comma secondo dello stesso articolo, contenente la norma impugnata. È probabile che, se non avesse avuto a disposizione questo parametro esterno, la Corte si sarebbe astenuta da una revisione della comminatoria prevista dal secondo comma<sup>43</sup>.

In sintesi, nel giudizio di ragionevolezza intrinseca, il *tertium comparationis* non è necessario per appurare il vizio di incostituzionalità, ma per porvi rimedio. Sì che l'assenza di una norma di comparazione, o la sua omessa indicazione da parte del rimettente, compromette comunque l'accoglimento della questione di costituzionalità.

reato/pena), ritiene che esso esponga il giudizio ad un rischio di asfittico riferimento endo-ordinamentale, che potrebbe rivelarsi improduttivo di innovazioni, soprattutto se le scelte di fondo di quell'ordinamento sono originariamente di tipo autoritario; inoltre, l'A. reputa il *tertium comparationis* un fattore che accresce l'aleatorietà del giudizio, perché l'accoglimento della questione finisce per dipendere dal modo in cui il giudice rimettente ha individuato la norma di confronto (*ibidem* p. 374 ss.).

<sup>40</sup> Per un commento, F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, 61 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.

<sup>41</sup> È l'importante novità messa in luce da F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 61 ss.

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 236/2016 cit.: «Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta (sentenza n. 22 del 2007) in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di "ragionevolezza intrinseca" di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, è infatti essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (sentenza n. 23 del 2016)».

<sup>43</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 53.

Se provassimo a trasporre queste indicazioni al caso che ci occupa, dovremmo anzitutto constatare che, allo stato, non promette sviluppi l'anomalia interna all'art. 648 c.p., ravvisata dalla stessa Corte costituzionale nella ridotta differenza tra massimi edittali previsti, rispettivamente, per la ricettazione semplice e per la ricettazione di particolare tenuità.

Vero è che, nel caso dell'alterazione di stato, quantomeno nella prospettazione del rimettente (richiamata ma, sul punto, non approfondita dalla Corte), la sproporzione della pena emergeva non solo dal un raffronto tra disvalore del reato e comminatoria edittale, ma anche dalla considerazione dell'effetto preclusivo del minimo edittale, originariamente previsto dall'art. 567, comma 2° c.p., nei confronti della sospensione condizionale. Qui si aprirebbe uno vasto scenario: se la proporzione riguarda la pena in ogni sua fase, le comminatorie edittali dovrebbero essere fissate (o corrette), tenendo conto anche della possibilità di accedere ai vari benefici. Dovremmo però supporre che le comminatorie siano il frutto di un calcolo legislativo razionale, basato solo sulla proporzione tra fatto e sanzione: cosa che, per molteplici ragioni, contingenti e immanenti, non è; ed anzi è plausibile che le cornici di pena siano talvolta elevate *proprio per evitare l'accesso a determinati benefici*<sup>44</sup>.

In ogni caso, lo spunto offerto dalla sentenza sull'art. 567 c.p. muove da un punto di vista essenzialmente incentrato sul minimo edittale: lo stesso argomento non potrebbe adattarsi ai rapporti tra ricettazione e art. 131-bis c.p., in quanto una dosimetria sanzionatoria adeguata alla concreta portata offensiva del fatto, nel caso della ricettazione, è comunque assicurata dalla drastica diminuzione del minimo edittale, prevista nell'ipotesi di particolare tenuità<sup>45</sup>. Il che impedirebbe un'eccezione di incostituzionalità avente ad oggetto l'art. 648 c.p., volta a chiedere un intervento correttivo delle cornici edittali previste per la fattispecie attenuata, ed in specie un abbassamento del massimo edittale.

L'iniquità del trattamento sanzionatorio della ricettazione tenue si palesa solo a seguito dell'introduzione nel sistema dell'art. 131-bis c.p. e dal riferimento compiuto da quest'ultima disposizione al massimo edittale<sup>46</sup>. Un profilo di incostituzionalità può emergere dalla disparità di trattamento rispetto a casi simili, secondo quanto visto nel precedente paragrafo, ma potrebbe anche essere inquadrato in una questione di ragionevolezza intrinseca della disposizione di parte generale<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Basta rileggere le pagine di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.

<sup>45</sup> La differenza di trattamento tra primo e secondo comma dell'art. 648 c.p., in ragione della diversa offensività dei fatti ivi incriminati, è difesa da Corte cost. sent. 105/2014, rispetto alla deroga al giudizio di bilanciamento prevista dall'art. 69, comma 4° c.p.

<sup>46</sup> S. SANTINI, *L'art. 131-bis c.p.*, cit., 5.

<sup>47</sup> È del resto lo stesso Tribunale di Nola a porre il tema di un vizio sistematico della clausola di tenuità (anche se poi, come visto precedentemente, il rimettente limita il *petitum* alle sole disfunzioni determinatesi nei rapporti con la ricettazione attenuata). Si legge, infatti, nell'ordinanza di rimessione: «Ed invero, ancorare l'applicazione dell'art. 131-bis del codice penale, al criterio del limite massimo di pena, senza tener conto, in modo sistematico, dell'intero assetto sanzionatorio relativo alle varie, singole fattispecie di reato previste dal codice penale e dalle leggi speciali, equivale ad operare scelte legislative arbitrarie che

Questa seconda prospettiva si delinea, non appena si osservi che il riferimento al solo limite massimo di pena non consente all'art. 131-bis c.p. di assolvere appieno la propria funzione, di rilievo costituzionale, consistente, come visto in precedenza, nell'evitare l'irrogazione di una pena che, per quanto corrispondente al minimo, risulti sproporzionata alla *concreta* gravità del fatto. E la misura della concreta gravità è segnalata dal minimo di pena comminato dalla legge, non dal massimo, che invece indica la gravità del tipo di reato<sup>48</sup>. Ne segue che la sperequazione generata dall'applicazione della norma, nella sua veste attuale, non costituisce l'unico vizio censurabile, ma è piuttosto il sintomo di una distorsione strutturale: una disfunzione applicativa di natura sistematica della clausola di tenuità, generata da un improprio riferimento al massimo edittale<sup>49</sup>.

In altri termini, la scelta legislativa di ancorare la tenuità al massimo edittale, incurante della diversa funzione dei limiti edittali, finisce con l'essere intrinsecamente irragionevole, perché si avvale di un criterio inadeguato alla selezione dei fatti particolarmente tenui, e col violare il principio di proporzionalità (non solo d'eguaglianza) rispetto a quei fatti puniti con un minimo edittale prossimo o coincidente col minimo generale stabilito dal codice penale (come nel caso della ricettazione di particolare tenuità), ma per i quali la non punibilità è esclusa a causa della misura della pena massima comminata.

L'esito di un tale ragionamento dovrebbe essere la rimozione del limite massimo di pena dal disposto dell'art. 131-bis c.p.

## 6. Conclusioni.

Ricapitolando, la sentenza in commento offre alcuni spunti per la formulazione di eventuali nuove questioni, relative ai rapporti tra tenuità del fatto e limite di pena, diversamente impostate. Ciò potrebbe avvenire, anzitutto, sul piano del giudizio di ragionevolezza di tipo triadico, selezionando in maniera più precisa il *tertium*

---

determinano difficoltà e storture nell'applicazione pratica, nonché palesi violazioni di principi fondamentali fissati nella Carta costituzionale».

<sup>48</sup> «Assumere il massimo edittale come limite di applicabilità di istituti funzionali all'idea rieducativa, proietta sulla risposta a fatti collocabili (entro il tipo di reato) nella fascia bassa di gravità, un criterio pensato in ragione della fascia alta», scrive D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit. 55, che da tale assunto fa discendere dubbi di costituzionalità concernenti sia la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto che la sospensione del processo con messa alla prova.

<sup>49</sup> Come evidenziato da T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. 20, «nella comminatoria edittale il minimo esprime la soglia di *indefettibilità* cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo». Alla luce di tali considerazioni, la nuova causa di non punibilità avrebbe dovuto puntare, più ragionevolmente, al vertice inferiore della forbice edittale: «(...) trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si [dovrebbe] aver riguardo non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria: al minimo edittale, dunque.».

*comparationis* rispetto al trattamento riservato alla ricettazione di particolare tenuità, il cui risultato potrebbe essere l'incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p. solo nella misura in cui non si applica all'art. 648 comma 2° c.p.

Si è poi cercato di dimostrare come sia pensabile anche un sindacato di ragionevolezza intrinseca dell'art. 131-bis c.p.: un tema che trascende il rapporto di questa norma con la ricettazione, per rivolgersi al nesso che lega – dovrebbe legare – scopo della clausola di tenuità e funzione delle cornici di pena.

Quest'ultima ipotesi è contraddetta dalla sentenza in commento. La quale, tuttavia, ritenendo il parametro del massimo di pena non irragionevole, nell'attesa di un intervento legislativo volto a contemperarlo con un riferimento al minimo edittale, pare più mostrare il problema che risolverlo: in realtà, la mancanza di un riferimento al minimo rivela proprio la distonia dell'attuale disciplina rispetto alle finalità di una clausola di tenuità del fatto.

Innanzitutto ad una questione di questo tipo, non può dirsi che la Corte sia del tutto impossibilitata ad intervenire: lo è rispetto all'introduzione di un ulteriore parametro applicativo, come essa stessa ammette, ma non lo sarebbe rispetto all'eliminazione di quello vigente. Una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p., solo nella parte in cui prevede un limite di pena, non richiederebbe il confronto con altre norme, al fine di individuare il correttivo, né lascerebbe inspiegabili vuoti di tutela o eccessivi ambiti di discrezionalità giudiziale (posto che l'art. 131-bis c.p. prevede determinati presupposti applicativi).

Certo, nell'immaginare un intervento simile, dovremmo figurarci una Corte disposta a superare, ad un tempo, le proprie remore verso il sindacato di ragionevolezza intrinseca delle norme penali e verso estensioni dei casi di non punibilità per effetto della propria giurisprudenza. Ma proprio il recente orientamento in tema di proporzionalità e cornici edittali, maturato a seguito di un precedente rigetto di analoga questione<sup>50</sup>, rende non del tutto inane questo sforzo d'immaginazione.

---

<sup>50</sup> Corte cost. ord. n. 106/2007; v. E. DOLCINI, *Pene edittali*, cit., 1958 ss.