

# LA LEGGE È PER TUTTI

di Sergio Barbiera e Giuliana Udine

## LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

**Sergio BARBIERA** è Sostituto Procuratore Generale della Repubblica di Palermo; Docente di Diritto Processuale Penale presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Palermo. In precedenza è stato in servizio presso la Procura della Repubblica di Palermo ininterrottamente dal maggio 1992 e componente della Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo per il termine massimo di permanenza decennale.

**Giuliana UDINE** ha svolto lo stage presso la Procura della Repubblica, Tribunale di Palermo, ex art. 73 D.L. /21/06/2013, n. 69. Abilitata alla professione forense.



L'istituto di cui all'art 131 bis c.p. (rubricato "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"), introdotto dal decreto legislativo n. 28 del 2005, non rappresenta un'esplicazione né un corollario del principio di offensività né, tanto meno, risulta lesivo dei principi fondamentali della Carta Costituzionale. In pratica, vi sono fatti offensivi ma non a tal punto da giustificare un processo e l'irrogazione di una sanzione penale. È di tutta evidenza, quindi, come "la particolare tenuità del fatto" di cui all'art. 131 bis c.p. postuli che la condotta realizzata sia offensiva: presupponga, cioè, quel minimum di offesa tale da meritare la pena che il legislatore, ciononostante, in presenza di determinati requisiti, sceglie di escludere per ragioni di opportunità.

L'innocuità e la particolare tenuità del fatto sono concetti non sovrapponibili.

Occorre, preliminarmente, precisare che il principio di offensività nella sua accezione di offensività "in concreto" si risolve in un criterio ermeneutico per il giudice. Ed invero, il principio *de quo* impone al giudice di escludere la rilevanza penale di quei fatti che, ancorché astrattamente corrispondenti al tipo legale, si rivelino in concreto privi di carica offensiva. Di talché la valorizzazione delle circostanze del caso concreto enuclea una scissione identitaria tra la presunzione operata dal legislatore in via astratta e quanto concretamente accertato.

Secondo la tesi prevalente in dottrina e caldeggiata dalla giurisprudenza di legittimità il fatto concretamente innocuo è atipico e per tale importa una pronuncia di assoluzione (*aut similia*) per insussistenza del fatto. Il pregio di tale tesi è di non poco momento, atteso che si evita di accordare al giudice il potere di disattendere la volontà del legislatore, sostituendosi allo stesso, ove scegliesse di non punire un fatto che ad un tempo riconosce essere *ex lege* tipizzato. Conclusione, quest'ultima, cui invece condurrebbe l'orientamento minoritario incardinato sulla scissione tra "tipicità" e "offensività", in virtù della quale l'offensività rappresenterebbe un *quid pluris* rispetto alla tipicità. Nel riconoscere che la mancanza di offensività in concreto si traduca nel "difetto di tipicità", la stessa giurisprudenza di legittimità ha avuto cura di precisare come il fatto concretamente innocuo sia marcatamente diverso dal fatto di particolare tenuità.

Il rapporto tra l'innocuità in concreto che esclude la tipicità e la particolare tenuità ex art 131 bis c.p. è di reciproca incompatibilità. L'istituto di cui all'art 131 bis c.p. (rubricato "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"), introdotto dal decreto legislativo n. 28 del 2005, non rappresenta un'esplicazione né un corollario del principio di offensività né, tanto meno, risulta lesivo dei principi fondamentali della Carta Costituzionale, primo tra tutti, come vorrebbero i primi detrattori dell'istituto, quello dell'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 cost.

La logica che anima il *novum* legislativo si ispira, invero, a una *ratio* di deflazione processuale e proporzionalità: vi sono, invero, fatti offensivi, ma non a tal punto da giustificare un processo e l'irrogazione di una sanzione penale.

È di tutta evidenza, allora, come “la particolare tenuità del fatto” di cui all'art. 131 bis c.p. postuli che la condotta realizzata sia offensiva: presupponga, cioè, quel *minimum* di offesa tale da meritare la pena che il legislatore, ciononostante, in presenza di determinati requisiti, sceglie di escludere per ragioni di opportunità. Ed invero, il legislatore ha fatto mostra di fondare la dicotomia tra “meritevolezza” e “opportunità” della pena su una valutazione comparativa degli interessi in gioco per scoraggiare l'attivazione del processo penale in presenza di fatti connotati da un'offesa tenue e riservarlo a reati dotati di maggiore carica offensiva e più accentuato disvalore. La *ratio* deflattiva mette in luce la natura dell'istituto che è stata rintracciata dalla dottrina dominante in una causa di esclusione della punibilità in senso stretto come altresì avallato dalla Corte di Cassazione che ha sopito il dibattito dottrinale dispiegatosi in proposito.

È opportuno precisare che la “teoria sostanziale”, cui fa capo la ricostruzione dianzi menzionata - e a cui si contrappone l'orientamento che insiste sulla “natura processuale” dell'istituto qualificandolo quale “condizione di non procedibilità del reato” - si articola, in particolare, in due impostazioni. Secondo una prima impostazione l'art. 131 bis c.p. disciplinerebbe una causa di giustificazione che farebbe venir meno il carattere illecito della condotta.

*Ex adverso*, gli argomenti che secondo la preferibile ricostruzione suffragano la consistenza di causa di non punibilità sono essenzialmente tre: anzitutto, viene in considerazione la collocazione codicistica secondo cui la norma *de qua* è ospitata nel Titolo quinto del libro primo, dedicato all'applicazione della pena piuttosto che nella parte dedicata alle cause di giustificazione.

*In secundis*, la sentenza che dichiara la non punibilità del fatto per particolare tenuità è soggetta a iscrizione nel casellario giudiziario, il che depone nel senso della “rilevanza penale” e (dunque) del carattere illecito della condotta del reo. Il fatto [che il soggetto beneficia di tale istituto premiale] è, quindi, tipico, colpevole, antigiuridico nonché (seppur minimamente) offensivo e pur nondimeno non determina l'attivazione del meccanismo sanzionatorio per ragioni di opportunità. Da ultimo, va rilevato che il legislatore ha previsto espressamente che la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto divenuta irrevocabile non preclude alla persona offesa di ottenere il risarcimento del danno nel giudizio civile, in ciò differenziandosi nettamente dalla formula assolutoria con la quale il giudice statuisce che il fatto non costituisce reato in presenza di una causa di giustificazione.

Orbene, premesso che l'art 131 bis c.p. non rappresenta una codificazione del principio di offensività in concreto, atteggiandosi, piuttosto, come una norma non costituzionalmente obbligata e nella piena disponibilità del legislatore, occorre passare in rassegna i requisiti della sua operatività.

Anzitutto, la disposizione si apre con un riferimento alla cornice edittale precisando che deve trattarsi di reati per i quali sia prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni. Una scelta di tal fatta ha suscitato le critiche della dottrina che hanno trovato voce in una recente ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale. Ed invero, è stato osservato come circoscrivere la latitudine operativa dell'art. 131 bis sulla base unicamente del massimo edittale si riveli una scelta foriera di criticità sul piano logico e della ragionevolezza legislativa. In particolare, emergerebbe una disparità di trattamento raffrontando fattispecie che, pur presentando un massimo edittale diverso, risultano in concreto parimenti meritevoli del beneficio di cui all'art 131 bis c.p. All'attenzione del Giudice delle Leggi, infatti, è stato sottoposto il confronto tra la fattispecie di ricettazione attenuata ex art 648, comma 2 e altre ipotesi delittuose quali il furto o la truffa per evidenziare l'ingiustificata sperequazione in ordine alla fruibilità dell'istituto in questione non applicabile alla ricettazione attenuata. L

a sperequazione risulta così appuntata unicamente sul requisito del massimo edittale in spregio del fatto che la fattispecie di cui all'art. 648, comma due c.p. presenti un minimo edittale di quindici giorni di reclusione di gran lunga inferiore al minimo edittale di sei mesi previsti per il furto e la truffa. La Corte Costituzionale, ritenendo non fondata la censura, ha precisato che il limite massimo di cinque anni non è irragionevole né arbitrario, dacché espressione del libero apprezzamento del legislatore al quale la Corte medesima non può sostituirsi. Tuttavia, il Giudice delle leggi, facendo mostra di recepire la portata potenzialmente stridente del requisito in argomento con i principi costituzionali, ha formulato dei suggerimenti per il legislatore indicando, *de iure condendo*, quale possibile correttivo la previsione, per l'operatività dell'art. 131 bis c.p., di una cornice edittale comprensiva di un minimo oltre che di un massimo.

Ciò detto, le due condizioni indefettibili per l'applicazione della norma *de qua* sono *apertis verbis* la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento. Gli indici sulla base dei quali poter misurare la tenuità dell'offesa sono individuati nelle modalità della condotta e nell'esiguità del danno o del pericolo cagionato, a loro volta da valutare alla luce dei criteri ermeneutici forniti dall'art. 133, primo comma, c.p. Rileva *ictu oculi* che, a dispetto della rubrica afferente al “fatto”, l'art. 131 bis c.p. riferisca espressamente il requisito della particolare tenuità “all'offesa” recato in concreto e non al fatto costituente reato. Ecco che contribuisce a offrire maggiori precisazioni in ordine alla particolare tenuità dell'offesa, il secondo comma della disposizione in argomento dove il legislatore definisce tale presupposto principe per *viam negationis*. Vengono, infatti, indicate circostanze che escludono la particolare tenuità dell'offesa, connesse alle modalità della condotta nonché alla gravità intrinseca delle conseguenze del reato: elementi, questi, che presentano un'evidente assonanza con alcune delle circostanze di cui all'art. 61 c.p. sia pure in assenza di un esplicito rinvio.

Quanto all'abitudine del comportamento, il comma terzo dell'art. 131 bis c.p. offre una definizione non scevra, anch'essa, di perplessità interpretative.

Attraverso la disciplina dell'art. 131 bis c.p., difatti, l'autore di un fatto tipico e offensivo andrà esente da pena allorché l'offesa arrecata al bene protetto risulti di particolare tenuità, purché il comportamento non sia abituale e la pena detentiva non superi nel massimo i cinque anni.



Le questioni applicative che hanno particolarmente suscitato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza hanno riguardato l'esistenza di limiti "taciti" legati all'asserita non graduabilità dell'offesa arrecata da taluni fatti di reato e alle ipotesi di reato in cui il legislatore abbia invece individuato una soglia di punibilità: dispute, queste, oggetto dell'intervento della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con due sentenze "gemelle".

Per quanto concerne il problema dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. ai reati considerati "non graduabili" vengono in considerazione i reati di mera disobbedienza, *sub specie* il reato di rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici ex art. 186, comma 7 C.d.S. Il Supremo Collegio valorizzando lo scopo dell'istituto di nuovo conio - espungere dal circuito penale fatti marginali che non implicino la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo penale - ha chiarito che il fatto particolarmente tenue va individuato alla stregua di caratteri riconducibili a tre categorie di indicatori: le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo e il grado della colpevolezza.

Sicché, sia le modalità della condotta che il grado di colpevolezza, a parità di offesa, possono evidenziare una particolare tenuità del fatto concreto sottoposto all'attenzione del giudice rispetto ad un altro fatto astrattamente dotato della medesima carica offensiva. Se, infatti, il delitto che interessa è un reato strumentale al celere espletamento dei controlli (*id est*, è un reato di pericolo di pericolo tramite cui il legislatore anticipa la soglia di tutela penale) - ancorché l'offesa si realizzi quindi per il solo fatto di avere opposto il rifiuto - occorre tuttavia focalizzare l'attenzione sulle modalità stesse di tale diniego nonché sul contesto in cui esso si estrinseca. Non è indifferente - come hanno lumeggiato i giudici di legittimità - se un comportamento di mero rifiuto sia accompagnato da manifestazioni di irrispettosa e violenta opposizione o sia, invece, dovuto a una non completa comprensione del contesto. La Suprema Corte di Cassazione ha, pertanto, enunciato il principio di diritto secondo cui non si dà tipologia di reato rispetto al quale non sia possibile effettuare una gradazione della offesa e, quindi, della gravità valorizzando le modalità della condotta e le peculiarità del caso concreto senza quindi inibire, a priori e ontologicamente, l'applicazione del nuovo istituto. Il suddetto principio di diritto, imperniato sulla marcata distinzione tra fatto storico e fatto tipico, è affermato con più insistita decisione nella pronuncia della Corte di Cassazione sempre a Sezioni Unite inerente alla compatibilità tra la causa di esclusione della punibilità ex art. 131 bis c.p. e il reato di guida in stato di ebbrezza ex art. 186 C.d.S. Nel risolvere il dubbio interpretativo il Supremo Collegio ha sancito il principio della non assoluta incompatibilità tra soglie di punibilità e art. 131 bis c.p.

Ed invero, i giudici di legittimità hanno accordato dirimente rilevanza alla funzione della soglia. Sicché, potrà essere agevolmente superato il paventato rischio di una sovrapposizione tra valutazione in concreto del giudice e valutazione astrattamente predeterminata dal legislatore attraverso l'individuazione di soglie quantitative il superamento delle quali determina la rilevanza penale del fatto.

Il problema ha concretamente ragione di porsi ogniqualvolta la condotta del reo superi la soglia di punibilità in misura esigua, nel qual caso il giudice potrebbe ritenere particolarmente tenue l'offesa arrecata e applicare l'art. 131 bis mentre *ex lege* il travalicamento del limite fissato dal legislatore implica *ex se* la non tenuità e dunque la punibilità del fatto. Il risvolto pratico, parimenti non trascurabile, di una simile contraddizione è rappresentato dal fatto che la soglia determina altresì la linea di confine tra reato e illecito amministrativo con la conseguenza che il superamento della stessa integra il fatto di reato suscettibile, in quanto tale, dell'applicazione dell'art. 131 bis c.p. in caso di scarso scostamento dalla soglia medesima. *A contrario*, al di sotto della soglia penalmente rilevante, la sanzione amministrativa viene inesorabilmente irrogata, con il paradosso che l'autore del fatto meno grave (illecito amministrativo) subisce un trattamento peggiore atteso che non può godere del beneficio di cui all'art. 131 bis c.p. dacché l'illecito amministrativo non conosce tale istituto.

Pertanto, nessuna conclusione può essere tratta in astratto senza considerare le peculiarità del caso concreto laddove l'accertamento in concreto è compatibile rispetto a fattispecie penali per le quali sono state individuate soglie di punibilità. Del resto, non esiste alcun limite espresso all'operatività della disciplina dell'art. 131 bis c.p. con riferimento a simili fattispecie delittuose.

Ed ancora, ponendo mente al requisito del comportamento non abituale, declinato dal terzo comma dell'art. 131 bis c.p. si sono registrate difficoltà interpretative soprattutto rispetto alla seconda parte del disposto normativo *de quo*.

La seconda parte del terzo comma contempla, invero, il "reato plurimo" (*id est*, il caso di una pluralità di reati) enucleando l'importanza della sentenza dichiarativa della non punibilità ex art. 131 bis c.p. e della sua registrazione nel casellario giudiziario. L'inciso "anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità" andrebbe infatti interpretato nel senso di considerare preclusiva ai fini dell'applicazione dell'art. 131 bis c.p. la commissione di due reati precedenti (siano essi oggetto di una condanna o di una sentenza di non punibilità ex art. 131 bis c.p.) rispetto ad un terzo fatto *ex se* particolarmente tenue. La *ratio* sottesa a tale preclusione è quella di evitare l'operatività del beneficio nel caso di "serialità" delittuosa.

Altra forma di "abitualità preclusiva" è descritta nella seconda parte del terzo comma ove si fa riferimento a reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Secondo una parte della dottrina, l'abitualità in argomento sarebbe ravvisabile solo a fronte di condotte che presentino congiuntamente carattere plurimo, reiterato e abituale.

Ed invero, l'abitualità di cui si discetta ha il proprio referente nella condotta. Da qui le difficoltà interpretative in ordine alla distinzione tra "reato plurimo" e "reato unico a condotte plurime". In quest'ultimo caso la pluralità delle condotte che precedono o accompagnano il reato (unico) è espressione della serialità invisiva al legislatore. Ed allora, attesa la differenza rispetto al caso della pluralità di reati, si pone la questione circa la possibilità di ravvisare un margine di flessibilità in virtù del quale il giudice valuti l'operatività dell'art. 131 bis nel caso in cui ciascuna condotta risulti di particolare tenuità. Valutazione, quest'ultima, espressamente sottratta solo nel caso di reati plurimi, rispetto al quale il legislatore esclude l'applicabilità dell'istituto, sia anche ove ciascun fatto sia di per sé particolarmente tenue.

Le difficoltà interpretative che pertengono alla figura del reato unico a condotte plurime coinvolgono l'annessa questione della compatibilità dell'art. 131 bis c.p. con l'istituto del reato continuato, *querelle* legata a doppio filo al dibattito concernente la natura giuridica della continuazione.

Invero, ove si aderisca alla tesi secondo cui il reato continuato di cui all'art. 81, comma secondo, c.p. non costituisce un unico reato, considerando piuttosto che i reati avvinti dalla "medesimezza del disegno criminoso" restano distinti e autonomi, allora dovrà escludersi l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131 bis c.p. Troverà, infatti, applicazione la prima parte del terzo comma alla stregua del quale più reati della stessa indole sarebbero preclusivi dell'art. 131 bis c.p. Sulla scorta della lettura *de qua*, pertanto, il reato continuato identifica una pluralità di reati salva diversa previsione legale.

*Ex adverso*, un secondo altro e difforme approccio esegetico, valorizzando la *ratio* di *favor* che permea di sé l'istituto della continuazione, caldeggia per la natura unitaria ogniqualvolta l'unitarietà importi benefici per il reo, ivi compresa l'operatività della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. Aderendo a quest'ultima impostazione, dunque, potrà trovare applicazione la seconda parte del terzo comma residuando spazio per una valutazione giudiziale in ordine alla particolare tenuità di ogni reato in sé considerato.

Infine, altra interessante questione si profila rispetto al rapporto tra la novella e l'art. 34 del decreto legislativo n. 274 del 2000, disposizione, quest'ultima, che potrebbe, *lato sensu*, considerarsi "antesignano di matrice processuale" della disciplina di cui all'art. 131 bis c.p. A ben vedere, l'art. 34 del decreto legislativo n. 274 del 2000 contempla una "causa di non procedibilità" ispirata ad una *ratio* non deflattiva, ma "conciliativa": essa è funzionale a favorire la conciliazione dinanzi al giudice di pace tra autore del reato e persona offesa. Ulteriori note differenziali dell'istituto di cui all'art. 34 del citato decreto, si ravvisano nella valorizzazione degli interessi individuali dell'indagato o dell'imputato, nell'occasionalità della condotta nonché nel ruolo determinante riconosciuto alla persona offesa alla quale è ascripto un pregnante potere di veto: la persona offesa può paralizzare l'operativa del meccanismo in argomento, opponendovisi.

Alla luce delle notevoli differenze appena esposte, si tratta di accertare la possibilità o meno di applicare l'art. 131 bis c.p. ai procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace, una volta chiarito il rapporto tra i due istituti.

Orbene, la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite è intervenuta a comporre il dibattito tra i due orientamenti fronteggiatisi sul tema.

Secondo una prima opzione ermeneutica, il rapporto tra le norme *de quibus* andrebbe letto in termini di specialità ex art. 15 c.p. e, quindi, occorrerebbe confrontare le due norme al fine di applicare unicamente quella speciale.

Secondo altro indirizzo interpretativo i due istituti presentano profili di assoluta diversità (si tratterebbe di una "specialità reciproca") e campi applicativi talmente differenti da essere complementari. Da qui, si affaccerebbe la conclusione a favore di un'applicazione congiunta delle due norme ritenuta coerente e ragionevole. Il percorso argomentativo seguito da quest'ultimo orientamento si incentra sulla constatazione che l'art. 34 continuerebbe ad applicarsi in quanto norma precedente rispetto alla quale l'art. 131 bis c.p. non è speciale. Quanto a quest'ultima norma, poi, sarebbe irragionevole escluderne l'operatività *a fortiori* rispetto a reati ritenuti bagatellari quali quelli di competenza del giudice di pace quando essa trova applicazione già per reati più gravi di competenza del Tribunale.

Il Supremo Collegio a Sezioni Unite ha risolto la questione escludendo che l'operazione ermeneutica consentanea a dare corretta lettura al rapporto tra l'art. 34 del decreto legislativo n. 274 del 2000 e l'art. 131 bis c.p. potesse essere condotta sulla base dell'art. 15 c.p., presentando, ciascuna delle due norme, elementi specializzanti tali da qualificare il rapporto in termini di interferenza.

Ed invero, i giudici di legittimità hanno valorizzato l'art. 16 c.p. che codifica il principio generale di espansività delle norme codicistiche alle materie regolate da altre leggi penali speciali, salvo che queste ultime abbiano già stabilito altrimenti: un limite avente natura di clausola di salvaguardia della disciplina speciale. Emerge, allora, come il raffronto debba essere operato non già tra singole disposizioni (secondo quanto postulato dal criterio di specialità), bensì, *rectius*, per sistemi normativi. In altri termini, ancorché non sia ravvisabile un rapporto di specialità tra una norma contenuta nel codice penale e una norma della legge speciale, laddove quest'ultima regoli *aliunde* uno stesso istituto cui la norma del codice penale pretenda di applicarsi, sarà la sola ad operare. Il criterio scolpito dall'art. 16 c.p. è di "esaustività": le norme del codice penale non possono disciplinare materie già diversamente regolate da leggi speciali e tanto in disparte il fatto che la norma della legge penale non sia speciale rispetto alla norma del codice penale.

Peraltro, a fronte della paventata obiezione di una disparità di trattamento derivante dalla considerazione che reati bagatellari non beneficerebbero dell'istituto di cui all'art. 131 bis c.p., la controobiezione poggia sempre su una visione di insieme. *Id est*, è necessario guardare al sistema nel suo complesso constatando come un sistema punitivo, che non rientri nella latitudine operativa dell'art. 131 bis c.p., tuttavia si caratterizzi per un trattamento sanzionatorio già di per sé non particolarmente severo.

Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, può ben comprendersi, dunque, come i giudici di legittimità abbiano escluso l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. ai procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace, i quali restano sotto l'egida della disciplina declinata dall'art. 34 del decreto legislativo n. 274 del 2000.

Va, da ultimo, stigmatizzata la circostanza (non sempre rilevata nell'attuale prassi giudiziaria di taluni uffici inquirenti) che il ricorso all'istituto della particolare tenuità del fatto, per sua stessa natura e finalità di "meccanismo di deflazione giurisdizionale", dovrebbe trovare applicazione soprattutto nella fase delle indagini preliminari attraverso la formulazione di richiesta di archiviazione conformemente al dettato normativo di cui all'art. 411, comma 1-bis, codice di rito. In questo caso, tuttavia, il legislatore ha previsto un "meccanismo di salvaguardia" che consente all'indagato e/o alla parte offesa (cui andrà notificata la richiesta) di presentare opposizione senza la necessaria indicazione (come avviene ordinariamente) dei temi di indagini suppletivi, stante il fatto che il pubblico ministero ha già accertato a monte la fondatezza della notizia di reato sulla base delle investigazioni svolte. ☺