

QUESTIONI APERTE

Particolare tenuità del fatto

La decisione

Particolare tenuità del fatto - Giudice di pace - Concezione gradualistica - Principio di sussidiarietà.

La clausola di particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis c.p. non è applicabile ai reati di competenza del giudice di pace, per i quali è valida unicamente la condizione di improcedibilità sancita dall'art. 34 d.lgs 28 agosto 2000, n. 274.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 29 dicembre 2017 (ud. 22 giugno 2017), - CANZIO, *Presidente* - VESSICHELLI, *Relatore* - ROSSI, *P.G.*, (*Conf.*) - P.G. DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI VENEZIA, *ricorrente*.

Riflessioni sulla clausola di particolare tenuità del fatto a partire dalla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione Penale 53683/2017

La sentenza delle Sezioni unite ha escluso l'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace e a causa di tale interpretazione è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della norma. Attendendo la pronuncia del giudice delle leggi, la problematica rappresenta l'occasione per svolgere alcune considerazioni sulla tenuità del fatto nel diritto penale.

*The decision of the Italian Supreme Court has stated that art. 131-bis c.p. is not applicable to the crimes that fall under the jurisdiction of the Giudice di Pace. Because of such an interpretation, a question of constitutionality was raised. Waiting for the decision of the Constitutional Court, the problem gives the opportunity to make some comments on *minimis* infractions in criminal law.*

SOMMARIO: 1. Il quadro giurisprudenziale e il contenuto della sentenza in commento - 2. L'art. 131-bis c.p.: inquadramento generale - 3. L'art. 131-bis c.p.: alcuni profili della disciplina - 4. Perché la soluzione fornita dalle Sez. un. 53683/2017 non può essere condivisa.

1. Il quadro giurisprudenziale e il contenuto della sentenza in commento

Con la sentenza in commento le Sezioni unite della Cassazione Penale prendono posizione su una questione di diritto controversa nell'ambito della giurisprudenza di legittimità: «Se la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-bis cod. pen., sia applicabile nei procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace».

Tale pronuncia si inserisce in un quadro giurisprudenziale diviso in due orientamenti fondamentali¹. Il primo di questi, maggioritario², esclude l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ai reati di competenza del giudice di pace. Si afferma ciò, innanzitutto, sulla base del fatto che la disposizione codicistica sarebbe derogata dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, norma speciale ai sensi dell'art. 16 c.p. L'art. 34 rappresenterebbe infatti, secondo l'orientamento in analisi, un'articolazione *ad hoc* dell'istituto della particolare tenuità del fatto con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace, avendosi allora come necessaria conseguenza la qualificazione dell'art. 34 quale norma speciale rispetto all'art. 131-*bis* c.p., norma generale³. Con l'obiettivo di dimostrare l'eterogeneità dei due istituti, vengono individuate numerose e significative differenze: nella struttura (istituto di diritto sostanziale, causa di esclusione della punibilità in senso stretto, l'art. 131-*bis* c.p.; istituto di diritto processuale, condizione di improcedibilità, l'art. 34 d.lgs. 274 del 2000)⁴; nell'ambito di applicazione (prevedendo l'art. 131-*bis* c.p., diversamente dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, dei limiti edittali di pena)⁵; nei presupposti (definiti dalla particolare tenuità dell'offesa e dalla non abitualità del comportamento, nel caso dell'art. 131-*bis* c.p.; dalla valutazione congiunta dell'esiguità del danno o del pericolo cagionato, della occasionalità del fatto, del grado della colpevolezza, avuto anche riguardo al pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona indagata o imputata, nel caso dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000)⁶; nel ruolo attribuito alla persona offesa, che può inibire l'applicazione del solo art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, non anche dell'art. 131-*bis* c.p.⁷.

Un secondo argomento elaborato dalla giurisprudenza per giustificare l'inapplicabilità valorizza le finalità sottese al rito del giudice di pace. In quest'ottica

¹ Per una rassegna ragionata della giurisprudenza sull'art. 131-*bis* c.p., si veda ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir., pen., proc.*, 2017, 405.

² CELOTTO, *Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 111.

³ Cass., Sez. fer., 20 agosto 2015, M. S., in *www.iusexplorer.it*. In senso analogo, tra le molte, Cass., Sez. V, 02 febbraio 2016, T. G., in *www.penalecontemporaneo.it*; Id., Sez. V, 15 settembre 2016, B. A., *iv*; Cass., Sez. V, 20 ottobre 2016, S. H. K. S., in *www.iusexplorer.it*; Id., Sez. V, 28 novembre 2016, P. S., in *www.iusexplorer.it*.

⁴ Cass., Sez. V, 28 novembre 2016, P. S., cit., 2. Anche in Corte cost., n. 25 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 331; Corte cost., n. 46 del 2017, in *Giur. Cost.*, 2017, 418, si rileva la differente natura, sostanziale e processuale, dei due istituti.

⁵ Cass., Sez. V, 15 settembre 2016, B. A., cit., 2.

⁶ Cass., Sez. V, 15 settembre 2016, B. A., cit., 2.

⁷ Cass., Sez. V, 15 settembre 2016, B. A., cit., 3; Id., Sez. V, 28 novembre 2016, P. S., cit., 2.

l'irrelevanza penale del fatto sancita dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, nella misura in cui attribuisce un ruolo determinante alla persona offesa, sarebbe strumentale alla conciliazione delle parti private, ritenuta l'obiettivo principale della giurisdizione del giudice di pace⁸. L'inapplicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. ai reati di competenza del magistrato onorario deriverebbe allora dal fatto che la finalità conciliativa di quest'ultimo sarebbe inevitabilmente compromessa dall'applicazione dell'esimente che, come *supra* detto, non attribuisce alla vittima alcun potere inibitorio⁹.

Diversamente da quanto visto finora, un orientamento minoritario ritiene applicabile l'esimente in questione anche ai reati di competenza del giudice di pace. Nell'ambito di questa impostazione si osserva che l'art. 131 *bis* c.p. è norma di portata generale, ontologicamente riferibile a qualsiasi tipo di reato¹⁰, poiché i due istituti sulla particolare tenuità del fatto sono talmente diversi tra loro che l'uno non può escludere l'applicabilità dell'altro¹¹; si sostiene in particolare che i rapporti tra le due norme non possono essere ricostruiti in termini di specialità, ai sensi dell'art. 16 c.p., proprio perchè aventi strutture diametralmente opposte: sostanziale l'una e processuale l'altra¹². All'argomentazione basata sulla presunta finalità conciliativa del giudice di pace, il presente orientamento ribatte che tale scopo si inscriverebbe in un più generale obiettivo di deflazione, evincibile dalla presenza, nel d.lgs. 274/2000, di numerosi istituti deflativi, come quello di cui all'art. 35 (estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie)¹³; l'art. 131-*bis* c.p., posto che troverebbe la propria *ratio* nella

⁸ Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, P. L., in *Cass. pen.*, 2017, 1917; con nota di DE GASPERIS, *La presunta incompatibilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, 1920. Analogamente si consideri la sentenza Cass., Sez. Un, 16 luglio 2015, S. T., in *www.iusexplorer.it*. Anche la Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato che lo scopo principale del giudice di pace è favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti; così, tra le molte, Corte cost., 19 novembre 2004, 349, in *Giur. cost.*, 2004, 3897; con nota di CIAMPI, *L'avviso di conclusione delle indagini nel rito penale davanti al giudice di pace: notazioni critiche su due recenti pronunce della Corte Costituzionale*, 3904; Corte cost., 06 febbraio 2007, 27, in *Giur. cost.*, 2007, 269.

⁹ Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, P. L., cit., 1918 - 1919. Nella dottrina condivide ad esempio questa soluzione LABINI, *Particolare tenuità del fatto: la Cassazione conferma l'inapplicabilità dell'art. 131 bis c.p. davanti al giudice di pace*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁰ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, T. P., in *Cass. pen.*, 2016, 2375; Id., Sez. un., 25 febbraio 2016, C. P., in *Cass. pen.*, 2016, 2388. Analogamente, Id., Sez. IV, 19 aprile 2016, C. N., in *Guida dir.*, 2017, 78; Id., Sez. II, 20 dicembre 2016, B. P., in *www.iusexplorer.it*; Id., Sez. V, 11 gennaio 2017, M. A., *ivi*.

¹¹ Cass., Sez. V, 11 gennaio 2017, M. A., cit., 5; Id., Sez. V, 12 gennaio 2017, R. G. K. D., in *www.iusexplorer.it*, 3.

¹² Cass., Sez. V, 11 gennaio 2017, M. A., cit., 5.

¹³ Cass., Sez. V, 11 gennaio 2017, M. A., cit., 6.

necessità di sgravare gli uffici giudiziari di tutti quei reati non meritevoli di sanzione penale, si inserirebbe allora armoniosamente nelle logiche del rito del giudice di pace¹⁴. Inoltre, stando ad alcune sentenze, l'art. 131-*bis* c.p. avrebbe la funzione di attuare i principi di sussidiarietà e *extrema ratio* e, pertanto, sarebbe assurdo escluderne l'applicabilità proprio ai reati di competenza del giudice di pace, i quali generalmente sono meno gravi di quelli attribuiti al rito ordinario¹⁵.

A fronte di un tale contrasto nella giurisprudenza di legittimità interviene la sentenza in commento, con la quale le Sezioni unite risolvono la questione aderendo al primo degli orientamenti riportati, quello escludente l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ai reati di competenza del giudice di pace¹⁶. Le argomentazioni addotte ricalcano quelle già elaborate dalla precedente giurisprudenza conforme e, pertanto, si basano sulla specialità, ai sensi dell'art. 16 c.p., dell'art. 34 d.lgs. 274/2000¹⁷; sull'incompatibilità della causa di non punibilità con la finalità conciliativa del giudice di pace¹⁸.

¹⁴ Cass., Sez. V, 11 gennaio 2017, M. A., cit., 6.

¹⁵ Cass., Sez. V, 06 marzo 2017, A. V., in *www.iusexplorer.it*; analogamente Id., Sez. V, 13 gennaio 2017, B. M., *ivi*, 4. È interessante in questo senso l'esempio fornito nell'ordinanza con la quale il Tribunale di Catania, investito dell'appello contro una sentenza del Giudice di Pace, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p. nella misura in cui, per come definitivamente interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, non può essere applicato ai reati di competenza del giudice di pace. Si consideri il caso della minaccia di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 612 c.p.: la minaccia semplice è di competenza del giudice di pace e in appello il tribunale non può prosciogliere ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.; la minaccia grave è invece di competenza dello stesso tribunale che può avvalersi della causa di non punibilità. In breve un reato, quello meno grave, viene punito, l'altro, più grave, rimane impunito; ciò costituisce una violazione dell'art. 3 Cost. Si veda l'ordinanza del Trib. Catania, Sez. II, 06 marzo 2018, Cutrona, in *www.giurisprudenzapenale.it*; con nota di MOLA, *La mancata estensione dell'art. 131 bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace: un sospetto di incostituzionalità*.

¹⁶ Dopo questa sentenza la soluzione è stata confermata anche nella successiva Cass., Sez. I, 18 aprile 2018, S. A. M. H., in *www.iusexplorer.it*.

¹⁷ Nella sentenza si ritiene che tra le due norme sulla particolare tenuità del fatto non sussista un rapporto di specialità unilaterale ma piuttosto di interferenza, essendo ciascuna di esse dotata di elementi specializzanti rispetto all'altra. Conseguentemente è esclusa la possibilità di risolvere il concorso sulla base dell'art. 15 c.p., disciplinante il caso di fattispecie tra loro in rapporto strutturale di specialità unilaterale. Si veda Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, P. P., cit., 8-9.

¹⁸ Per avvalorare questo argomento vengono citate numerose decisioni della Corte Costituzionale nelle quali quest'ultima, dopo aver evidenziato i molteplici profili di particolarità del rito disciplinato dal d.lgs. 274/2000 rispetto a quello previsto dal c.p.p., si spinge a parlare, con riguardo al giudice di pace, di un "microcosmo punitivo" non comparabile al giudice ordinario. In tal senso, Corte cost., n. 50 del 2016, in *Cass. pen.*, 2016, 2398; con nota di APRILE, *Osservazioni*, 2400; Corte cost., n. 47 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 1154. In queste due decisioni la Corte Costituzionale ha escluso che la non applicabilità della sospensione condizionale della pena e del patteggiamento ai reati di competenza del giudice di pace configuri una violazione dell'art. 3 Cost., in ragione del fatto che le peculiari finalità e caratteristiche del giudizio innanzi al magistrato onorario giustificerebbero una disciplina diversa rispetto a quella prevista

La sentenza in commento non appare condivisibile; è infatti preferibile ritenere, in aderenza al secondo degli orientamenti prima riportati, che la norma di cui all'art. 131-*bis* c.p. abbia portata generale e debba, conseguentemente, essere applicata anche ai reati di competenza del giudice di pace. Scopo della presente nota a sentenza è, innanzitutto, definire la natura e la *ratio* dell'irrelevanza del fatto come causa di non punibilità, arrivando così a determinare le ragioni di diritto sostanziale per le quali l'art. 131-*bis* deve essere esteso ai reati di competenza del giudice di pace; in secondo luogo, individuare in quali punti l'argomentazione delle Sezioni unite si presta ad essere criticata. A questo paragrafo, pertanto, ne seguiranno altri tre: nel primo si cercherà di inquadrare dogmaticamente l'art. 131-*bis* c.p. facendo riferimento al concetto di "bisogno di pena", alla teoria gradualistica del reato, alla categoria del reato bagatellare improprio; nel secondo si valorizzeranno i legami tra la funzione della norma e la disciplina prevista dal legislatore; nel terzo si analizzerà criticamente il contenuto della sentenza delle Sezioni unite e si cercherà di dimostrare perché le argomentazioni ivi addotte non sono condivisibili.

2. L'art.131-*bis* c.p.: inquadramento generale

L'art. 131-*bis* c.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento dal d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, attuativo della l.d. 28 aprile 2014, n. 67. La necessità di questa importante novità era da tempo stata avvertita dalla dottrina¹⁹: del resto, a fronte di un sistema penale incentrato sulla pena detentiva e caratterizzato da un permanente sovraffollamento penitenziario²⁰, nonché dell'incapacità degli uffici giudiziari di gestire il carico imponente delle notizie di reato, le riforme contingenti, basate sui provvedimenti di amnistia o indulto, non erano più ritenute sufficienti²¹. Ciò di cui sempre più si sentiva l'esigenza era un'ampia riforma strutturale, tale da rendere meno repressivo ma più effettivo e improntato al canone dell'*extrema ratio* il nostro ordinamento penale: l'irrelevanza dei fatti minimamente offensivi sarebbe così dovuta essere uno dei punti focali della riforma²². È questo il contesto di cultura giuridica in cui si inseriscono il d. lgs. 28/2015 e il nuovo art. 131 *bis* c.p..

per il rito ordinario.

¹⁹ BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473.

²⁰ Il problema del sovraffollamento penitenziario è affrontato, tra le altre sentenze, dall'importante Corte EDU, Sez. II, 08 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in www.giustizia.it.

²¹ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1307.

²² EUSEBI, *La riforma*, cit., 1315.

L'istituto è dogmaticamente inquadrato, dalla giurisprudenza²³ e dalla dottrina pressoché unanimi, tra le cause di esclusione della punibilità in senso stretto; a sostegno di ciò, vari sono gli argomenti addotti. Innanzitutto la rubrica dell'articolo: «Esclusione della *punibilità* per la particolare tenuità del fatto»²⁴; poi la collocazione topografica della fattispecie, il Capo I, Titolo V, del Libro I del c.p., subito prima delle norme dedicate alla commisurazione della pena, che evidenzia chiaramente l'attinenza dell'art. 131 *bis* c.p. al momento sanzionatorio²⁵; inoltre l'efficacia di giudicato della sentenza dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità sancita dall'art. 651 *bis* c.p., la quale implica che il fatto, pur non punibile, sia illecito²⁶; infine la circostanza per cui l'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti che applicano la particolare tenuità mal si concilia con l'idea che il fatto non punito sia lecito²⁷.

Da tale inquadramento la dottrina trae alcuni corollari. L'opinione prevalente ritiene che le esimenti non rientrino nell'art. 59 co. 4 c.p., disposizione riguardante le sole cause di esclusione del reato (ovvero elementi negativi del fatto tipico, scriminanti, scusanti), poiché l'erronea supposizione di una causa di esclusione della punibilità non è in grado di far venire meno il dolo del fatto tipico, antigiuridico e colpevole²⁸. È dunque ininfluenza l'elemento soggettivo sui profili che radicano la particolare tenuità del fatto e, conseguentemente, il ladro che rubasse un bene prezioso pensando di rubare una cosa di scarso valore, non potrebbe avvantaggiarsi dell'esimente putativa²⁹.

²³ ALBERTI, *Non punibilità*, cit., 405, che richiama le sentenze Cass., Sez. fer., 18 agosto 2015, V. G. N., in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. III, 08 ottobre 2015, D. A., in *Cass. pen.*, 2016, 502.

²⁴ GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517.

²⁵ GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, Vicenza, 2015, sub art. 131 *bis*, 1947.

²⁶ GROSSO, *La non punibilità*, cit., 518.

²⁷ GROSSO, *La non punibilità*, cit., 518.

²⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, 370.

²⁹ PACIFICI, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 1-2. Non condivide questa impostazione VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Varese, 1960, 625, per il quale l'ampia formulazione dell'art. 59 co. 4 c.p., identica a quella dell'art. 59 co. 1 c.p., legittimerebbe l'inclusione delle esimenti. Una via diversa è quella percorsa da quella dottrina che, pur condividendo che l'art. 59 co. 4 non comprenda le cause di esclusione della punibilità, ritiene che la supposizione erronea di una tenuità oggettivamente inesistente debba mandare esente da pena l'autore del fatto sulla base di un "principio di logica generale". Così GROSSO, *La non punibilità*, cit., 518; NISCO, *Sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in Mantovani - Curi - Tordini Cagli - Torre - Caianiello, *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 252. Non paiono tuttavia agilmente afferrabili la natura e l'esatto contenuto del "principio di logica generale" che dovrebbe legittimare la rilevanza dell'esimente putativa.

Diversamente che nell'errore sulla (non) esiguità dell'offesa, qualora l'autore ritenesse insussistente un danno criminale in realtà esistente, egli non potrebbe rispondere a titolo di dolo poiché nella rappresentazione psichica dell'evento verrebbe meno uno degli elementi costitutivi del fatto tipico, l'offesa appunto;

Posta la rilevanza che l'art. 131 *bis* c.p. attribuisce ad elementi attinenti alla soggettività del reo, quale secondo corollario l'opinione prevalente ritiene che la norma abbia una natura soggettiva, o comunque, per lo meno, mista³⁰; di conseguenza, a fronte di un fatto tipico oggettivamente esiguo, soltanto uno o qualcuno tra i correi potrebbe beneficiare dell'esimente, riferendosi quest'ultima ai soli concorrenti nei cui confronti sussistono tutti i presupposti di applicabilità, ai sensi dell'art. 119 c.p.³¹. A soluzione ben diversa si sarebbe dovuti pervenire qualora si fosse inteso l'istituto in analisi come una scriminante, perchè, partendo da questo presupposto, il fatto non costituirebbe reato e, di conseguenza, diverrebbe impossibile per tutti gli agenti concorrervi³².

Ulteriori corollari sono la punibilità della ricettazione della cosa proveniente da un furto non punibile³³; l'assenza di pregiudizio per le questioni civili attinenti alle restituzioni e al risarcimento dei danni (anzi, grazie all'art. 651-*bis* c.p.p. il danneggiato è avvantaggiato dall'efficacia di giudicato della sentenza dibattimentale)³⁴; l'impedibilità, nei limiti stabiliti dall'art. 52 c.p., del fatto tenue³⁵.

Tutti i corollari sinteticamente illustrati presuppongono l'esistenza di un fatto tipico, antiguridico e colpevole; le esimenti infatti non incidono in alcun modo sull'esistenza del reato, ma solo sulla sua punibilità³⁶. Questo profilo suggerisce la differenza strutturale tra inoffensività ed esiguità: nel primo caso, l'offesa, elemento costitutivo delle fattispecie di reato che la prevedono (c.d. reati di offesa), è inesistente e dunque l'accadimento concreto non può essere sussunto nella norma astratta; nel secondo caso il fatto concreto è riconducibile a una

ad esempio il ladro che, convinto di rubare una cosa senza alcun valore economico, sottraesse un bene avente un tale valore, ancorché minimo, non potrebbe rispondere del reato doloso di furto. Così PACIFICI, *La particolare*, cit., 2.

³⁰ Per una sentenza in cui la Cassazione ha qualificato l'istituto come causa di esclusione soggettiva della punibilità, si veda Cass., Sez. VI, 15 settembre 2015, T.J. A., in *Cass. pen.*, 2016, 2083. Questa decisione è citata da ALBERTI, *Non punibilità*, cit., 406. Diversamente opinava SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Roma, 2015, 27, per il quale se il fatto è tenue, allora è tale per tutti. Questo assunto non è condivisibile nella misura in cui, come si avrà modo di vedere, la tenuità dell'offesa (cui evidentemente l'Autore fa riferimento) non coincide con la tenuità del fatto, essendo quest'ultimo un concetto più ampio, comprensivo (anche) del disvalore di evento. Per delle sentenze in cui l'art. 131 *bis* c.p. è stato definito un'esimente mista, si veda ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art. 131 bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, § 3.3.1.

³¹ NISCO, *Sulla non punibilità*, in Mantovani - Curi - Tordini Cagli - Torre - Caianiello, *Scritti*, cit., 252.

³² PACIFICI, *La particolare*, cit., 2.

³³ PACIFICI, *La particolare*, cit., 2.

³⁴ PACIFICI, *La particolare*, cit., 2.

³⁵ GROSSO, *La non punibilità*, cit., 518.

³⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 787; VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 615.

fattispecie incriminatrice perchè il danno criminale esiste, anche se è quantitativamente esiguo³⁷. Gli istituti in questione poggiano le proprie fondamenta su due elaborazioni distinte della teoria del reato: l'inoffensività sulla c.d. concezione realistica, ovvero l'impostazione che definisce il reato come la lesione di un interesse protetto dalla norma penale³⁸; la tenuità sulla c.d. concezione gradualistica, secondo la quale il reato è un'entità quantificabile nelle sue singole componenti³⁹. In questa sede, per il momento, è sufficiente osservare che certa

³⁷ *Relazione allo schema di decreto delegato*, in *www.camera.it*, 1-2; BARTOLI, *Il principio di offensività "in concreto" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *Stud. iur.*, 2007, 423. In Cass., Sez. I, 15 settembre 2016, T. F., in *Cass. pen.*, 2017, 1926; con nota di PECORELLA - SCOLLO, *Il fatto lieve non è più reato: una diversa lettura dell'istituto della tenuità*, 1927, si è affermato che l'esimente non esclude l'esistenza del reato, ma solo la possibilità di irrogare la sanzione. Analogamente Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, C. P., cit., 5, in cui è scritto che mentre l'offensività attiene all'essere o non essere del reato, la tenuità è invece riconducibile a un fatto certamente costituente illecito penale.

³⁸ CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, Napoli, 2004, 155.

³⁹ NISCO, *Sulla non punibilità*, in Mantovani - Curi - Tordini Cagli - Torre - Caianiello, *Scritti*, cit., 250. Per un'analisi delle teorie gradualistiche si vedano ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 245 ss.; PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, 693 ss.. Le teorie gradualistiche osservano che il reato non è un fatto puramente qualitativo, ovvero lesivo di un determinato interesse protetto, ma anche quantitativo, nel senso che ad ogni consumazione varia il peso che assumono le sue componenti; non è infatti pensabile una qualità pura, priva di alcuna quantità; così MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954, 2. L'importanza di queste teorie è dovuta al fatto che, per mezzo di esse, si è anticipato il momento della rilevanza del dato quantitativo dalla commisurazione della pena alla determinazione circa il modo d'essere del reato; così PALIERO, *Minima*, cit., 695. Nell'istante in cui la logica ordinale ha sostituito quella classificatoria, è stato possibile apprezzare sul piano dogmatico le significative differenze che intercorrono tra le possibili realizzazioni concrete di una medesima fattispecie incriminatrice; così ALAGNA, *Tipicità*, cit., 267. La colpevolezza è stata la prima tra le componenti del reato ad essere attratta alla logica ordinale; già agli inizi del '900 infatti le ricerche del Frank hanno superato il concetto di una colpevolezza intesa come stato psichico (che, in quanto tale, o è presente o è assente) in favore di una colpevolezza normativa, cioè di un giudizio di rimproverabilità suscettibile di essere graduato in funzione delle circostanze concomitanti con la condotta (alle quali dottrina successiva al Frank ha aggiunto i motivi e la consapevolezza dell'illiceità dell'agire, l'intensità del dolo e il grado della colpa); ALAGNA, *Tipicità*, cit., 250 ss.; PALIERO, *Minima*, cit., 696. Ben più lungo e difficile è stato il percorso che ha portato a ritenere l'antigiuridicità un concetto ordinale; la ragione di ciò è dovuta al fatto che la sua graduazione era ritenuta contrastante con il principio di legalità da illustri Autori, quali il Beling e il Binding, poiché, a dire di questi, la determinazione dell'antigiuridicità sarebbe spettata una volta per tutte al legislatore, e non sarebbe potuta dipendere dalle valutazioni giudiziali del caso concreto; si veda ALAGNA, *Tipicità*, cit., 263. Soltanto a partire dagli anni '30, grazie alle ricerche di Leopold Zimmerl, anche l'antigiuridicità viene acquisita alla logica ordinale. Questo passaggio è avvenuto distinguendo, all'interno del secondo elemento della teoria tripartita del reato, l'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*) dall'illecito (*Unrecht*): la prima, concetto classificatorio, indica il rapporto di contrarietà del secondo, concetto ordinale, all'intero ordinamento; in proposito PALIERO, *Minima*, cit., 706. Dunque per superare il carattere classificatorio dell'antigiuridicità si è spostata l'attenzione dal giudizio di antigiuridicità all'oggetto che è giudicato antigiuridico, ravvisando in quest'ultimo una struttura graduabile in funzione dell'offesa e delle modalità della condotta; si veda ALAGNA, *Tipicità*, cit., 259. In altre parole, le diverse sfumature del fatto tipico non determinano una graduazione della tipicità stessa, considerata un concetto classificatorio, ma graduiscono la quantità di illiceità; in proposito ALAGNA, *Tipicità*, cit., 260-261. E così, se è vero che tutti i reati di furto

dottrina considera la tenuità una diretta emanazione del principio di offensività⁴⁰, di modo tale che se la concezione realistica, prima dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., già impediva la punizione dei fatti inoffensivi, con la novella del d. lgs. 28/2015 si è ulteriormente ristretta l'area del punibile, andando ad escludere i fatti lesivi soltanto in modo esiguo⁴¹. La prospettiva pare dunque essere quella della continuità lungo una direttrice che, progressivamente, esige dal reato una sempre maggiore offensività.

Generalmente si individuano due finalità sottese all'art. 131 *bis* c.p.: una sostanziale, l'altra processuale⁴². Nella Relazione del Governo allo schema di decreto delegato da un lato si osserva che l'istituto della particolare tenuità permette di estromettere dall'area della punibilità tutti quei fatti storici immeritevoli di pena, ottemperando così ai principi sostanziali di proporzione e di *extrema ratio* della sanzione penale; dall'altro lato emerge che, nella misura in cui la definizione del procedimento tende a collocarsi nelle sue prime fasi, l'art. 131 *bis* c.p. contribuisce a ridurre il carico degli uffici giudiziari⁴³. In quest'ottica il legislatore delegato ha introdotto un'apposita disciplina processuale tale da permettere l'applicazione dell'esimente nelle fasi anteriori al dibattimento (in particolare, indagini preliminari, art. 411 c.p.p., e fase predibattimentale, art. 469 c.p.p.)⁴⁴. Con particolare riguardo al fine sostanziale, autorevole dottrina sostiene che il significato dell'art. 131 *bis* c.p. possa essere compreso alla luce delle categorie

sono egualmente tipici e antigiuridici, essi si distinguono l'uno dall'altro per la quantità di illecito contenuta (determinata dall'entità dell'offesa cagionata: rubare 10 Euro non è la stessa cosa di rubarne 1000; dalle modalità della condotta: a parità di disvalore di evento, è ad esempio più illecito rubare di notte in luogo isolato che non di giorno in luogo affollato).

Al di là dell'importanza derivante dalla capacità di dare rilevanza dogmatica alle differenze che distinguono le realizzazioni concrete delle singole fattispecie incriminatrici, le teorie gradualistiche costituiscono il presupposto fondamentale per la teoria del reato bagatellare improprio; PALIERO, *Minima*, cit., 664. Quest'ultimo è definibile come quel reato che concretamente presenta caratteri di esiguità tali da escludere la punibilità, pur essendo suscettibile in un tipo per il quale il legislatore ha previsto limiti edittali non irrisori; PALIERO, *Minima*, cit., 650 - 664. In funzione degli indici ritenuti rilevanti nel giudizio di esiguità, la dottrina ha costruito numerosi tipi di reato bagatellare, dei quali si dirà brevemente *infra*.

⁴⁰ PAVAN, *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sost.)*, in *Dig. Pen. Agg.*, Torino, 2016, 501.

⁴¹ PACIFICI, *La particolare*, cit., 1.

⁴² Così, ad esempio, ALBERTI, *Non punibilità*, cit., 405; GROSSO, *La non punibilità*, cit., 517; MARANDOLA, *Particolare tenuità del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Dig. Pen. Agg.*, Torino, 2016, 508. Anche la giurisprudenza ritiene che le finalità sostanziale e processuale sottese all'art. 131 *bis* c.p. si intreccino coerentemente; per tutte, si vedano le importanti sentenze gemelle a Sezioni unite Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, C. P., cit., § 6; Id., Sez. un., 25 febbraio 2016, T. G., cit., § 6.

⁴³ *Relazione*, cit., 6-7. Ritiene che la deflazione sia il fine prevalente della riforma SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 6.

⁴⁴ GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1948.

del "merito" e del "bisogno" di pena⁴⁵. La prima indica il modo d'essere di una condotta lesiva di determinati beni giuridici; in altri termini, sono meritevoli di pena quelle condotte che offendono gli interessi sostanziali che si vogliono proteggere e la sanzione, in questa prospettiva di tipo retributivo, svolge la funzione di stigmatizzare il comportamento dell'agente e di riaffermare il valore tutelato⁴⁶. Le condotte non vengono però punite per il semplice fatto di essere meritevoli di pena; affinché questa possa essere applicata è necessario che la condotta lesiva sia anche bisognosa di pena, ovvero che la sanzione sia necessaria in relazione agli scopi che le sono propri: la prevenzione generale e la prevenzione speciale⁴⁷. Detto altrimenti, pur a fronte di condotte lesive di interessi sostanziali, il legislatore deve interrogarsi sulla possibilità di conseguire quegli scopi preventivi a mezzo di strumenti punitivi diversi dal diritto penale (ad esempio, di diritto amministrativo); soltanto laddove i dispositivi alternativi fossero inadeguati ai fini preventivi si porrebbe, in relazione alla condotta già meritevole di pena, il bisogno di pena⁴⁸. Nel nostro diritto penale i caratteri del merito e del bisogno di pena non possono costituire un (quarto) elemento autonomo della teoria del reato, essendo essi già compresi nel fatto tipico; il legislatore infatti crea (o meglio, dovrebbe creare) fattispecie incriminatrici a mezzo delle quali sanzionare solamente quelle condotte lesive per prevenire le quali si rende necessario il diritto penale⁴⁹. Merito e bisogno di pena si intrecciano

⁴⁵ PADOVANI, *Un intento deflativo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, 19.

⁴⁶ DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1665.

⁴⁷ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1666.

⁴⁸ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1666. Questo discorso si iscrive coerentemente nella filosofia illuministica del diritto penale, secondo la quale quest'ultimo è uno strumento teleologicamente orientato di controllo sociale; in proposito, COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 - 13.

⁴⁹ ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 42. Altra dottrina, specialmente tedesca, ritiene che fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza non esauriscano gli elementi costitutivi del reato, dovendosi anche aggiungere, a seconda degli autori, quello del merito o del bisogno di pena. Un orientamento afferma ad esempio che le componenti del reato individuate dalla classica teoria tripartita non sarebbero in grado di definire l'illecito penale, essendo esse costitutive anche degli illeciti amministrativo e civile. Il reato potrebbe distinguersi allora solo sulla base di un quarto elemento, consistente in uno speciale disvalore etico - sociale. Un diverso orientamento evidenzia come la sanzione non derivi semplicemente dall'offesa colpevole all'interesse protetto, cioè dal fatto meritevole di pena, ma anche dalle modalità della condotta dell'agente e dalle caratteristiche personali di quest'ultimo, che nel loro insieme definiscono i presupposti oggettivi e soggettivi del bisogno di pena. La critica che viene mossa a queste impostazioni è condivisibile. Se per costruire infatti il merito o il bisogno di pena come quarta componente autonoma della teoria del reato si tolgono ai momenti del fatto tipico e della colpevolezza tutti quegli elementi che concorrono a definire il particolare disvalore etico - sociale dell'evento oppure le modalità della condotta oppure le caratteristiche soggettive dell'agente,

così in modo indissolubile, e ciò costituisce il principio di sussidiarietà (o di *extrema ratio*) del diritto penale⁵⁰.

Come si è precedentemente accennato, autorevole dottrina afferma che il fondamento dell'art. 131 *bis* c.p., come di tutte le cause di non punibilità, si coglie sul piano del bisogno di pena, che viene meno a fronte di fatti scarsamente offensivi⁵¹; ad esempio qualsiasi offesa al patrimonio è meritevole di sanzione penale ma se la lesione dell'interesse protetto è in concreto esigua la punizione della condotta risulta sproporzionata e incongrua⁵². L'irrogazione della pena comporta dopotutto sempre dei costi umani, economici e giuridici⁵³ che devono essere sostenuti soltanto quando la sanzione criminale è, in relazione ai suoi fini preventivi, strettamente necessaria. Certamente tutto ciò è condivisibile, ma occorre fare una precisazione là dove si accomuna l'esimente di cui all'art. 131 *bis* c.p. a tutte le altre cause di non punibilità in senso stretto. Nel nostro diritto penale, costruito su fondamenta quali i principi di offensività e sussidiarietà, la fattispecie incriminatrice astratta è già di per sé lesiva e bisognosa di pena, come si è precedentemente argomentato; di conseguenza il fatto concreto sarà a sua volta, generalmente e salvo situazioni eccezionali, meritevole e bisognoso di pena. Il fondamento delle cause di non punibilità è dunque da ravvisarsi nell'opportunità, tutta politica, di non punire fatti pur meritevoli e bisognosi di pena⁵⁴. Così il furto, anche ingente, a danno del proprio ascendente o discendente non è meno meritevole e bisognoso di pena del furto, dai risvolti patrimoniali magari anche più contenuti, commesso nei confronti di terzi; ciononostante nel primo caso il reo è esente da pena ai sensi dell'art. 649 c.p. perchè il legislatore preferisce non compromettere ulteriormente un ambiente

le categorie della tipicità e della colpevolezza rimangono prive di alcun contenuto. Sulle teorie prima richiamate e sulla critica che può esser loro mossa si veda ROMANO, *Meritevolezza di pena*, cit., 43 - 44 - 45.

⁵⁰ ROMANO, *Meritevolezza di pena*, cit., 42. Anche DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1668 - 1669, condivide l'idea che merito e bisogno di pena si intreccino indissolubilmente nel fatto tipico. Per i due Autori le categorie in analisi svolgono allora una funzione meramente euristica di politica criminale, nonché di verifica della legittimazione delle fattispecie incriminatrici.

⁵¹ PADOVANI, *Un intento*, cit., 19.

⁵² PADOVANI, *Un intento*, cit., 19.

⁵³ Ovi sono i costi umani che la sofferenza della pena produce, così come il rilevante dispendio economico cui la società deve far fronte per mantenere il complesso apparato dell'esecuzione penale. In aggiunta a ciò non si deve dimenticare che, come scritto da von Listz, paradossalmente "la pena è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici"; in quest'ottica diviene chiaro come la pena, nella misura in cui comporta il sacrificio di beni giuridici riferibili al reo (il patrimonio, la libertà e, in certi ordinamenti, addirittura la vita) per proteggere altri interessi sostanziali, implica anche un "costo" giuridico. La citazione del von Listz è presa da DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1656.

⁵⁴ ROMANO, *Meritevolezza di pena*, cit., 50; VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 618.

familiare evidentemente già non idilliaco⁵⁵. In altre parole, e in estrema sintesi, con le cause di non punibilità si tiene conto delle ragioni politiche che, malgrado il bisogno di pena, suggeriscono di non punire⁵⁶. Tanto premesso l'art. 131 *bis* c.p. si rivela essere un'esimente affatto particolare in quanto, diversamente dalle altre cause di non punibilità in senso stretto, non è fondata su semplici ragioni di contingente opportunità politica⁵⁷, ma sulla carenza del bisogno di punire la condotta dell'agente. Si è detto prima che, in casi eccezionali, una condotta astrattamente meritevole e bisognosa di pena potrebbe non essere tale in concreto; qualora a venir meno fosse il merito di pena, dunque l'offensività, si avrebbe il reato impossibile di cui all'art. 49 co. 2 c.p.; qualora invece difettesse il bisogno di pena, e dunque la sanzione non fosse necessaria per i fini che le sono propri, si avrebbe la tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.. Si avrà modo di tornare più approfonditamente su queste considerazioni; per il momento è sufficiente aver individuato il fondamento dogmatico della tenuità del fatto, averne tratteggiato il legame profondo con i fini della pena⁵⁸ e aver compreso la notevole peculiarità dell'esimente in questione⁵⁹.

⁵⁵ L'esempio è tratto da ROMANO, *"Meritevolezza di pena"*, cit., 48.

⁵⁶ ROMANO, *"Meritevolezza di pena"*, cit., 49.

⁵⁷ NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPC*, 2017, 168, ritiene che l'art. 131 *bis* c.p. non sia una mera eccezione al principio del *nullum crimen sine poena*, ma rappresenti una direttiva del sistema espressiva di un principio di rilievo costituzionale (quello di sussidiarietà).

⁵⁸ Per questa impostazione, DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 890 - 891.

⁵⁹ Posto che il fatto è particolarmente tenue laddove non si pongono i fini della pena, nel tipizzare il reato bagatellare improprio il legislatore dovrebbe dare rilievo a quegli indici dai quali possa indursi il venir meno delle esigenze di prevenzione. In quest'ottica è stato autorevolmente sostenuto che l'esiguità dell'illecito (ovvero, per usare le espressioni dell'art. 131 *bis* c.p., le modalità della condotta e il danno o pericolo cagionato) costituisce un imprescindibile momento di valutazione e un significativo indizio circa il difetto del bisogno di pena; così DE FRANCESCO, *L'esiguità*, cit., 892 - 893. L'impunità non può però discendere direttamente dalla sola scarsa consistenza dell'illecito, essendo necessarie ulteriori valutazioni volte ad accertare l'effettiva carenza delle esigenze di prevenzione generale e speciale; si veda DE FRANCESCO, *L'esiguità*, cit., 893.

Tanto premesso emerge chiaramente come il concetto di tenuità cui si è ritenuto di aderire differisca notevolmente dalle nozioni classiche di reato bagatellare improprio. Innanzitutto, il modello c.d. di commisurazione anticipata della pena (sul quale PALIERO, *Minima*, cit., 724 ss.) non tiene in debito conto le esigenze di prevenzione generale, ininfluenti in sede di commisurazione della pena, ma rilevanti nel giudizio di punibilità; il modello c.d. di Krümpelmann (sul quale PALIERO, *Minima*, cit., 718 ss.) è basato sulla sola esiguità delle componenti graduabili del reato (illecito e colpevolezza, quest'ultima intesa come *Tatschuld*), senza alcuna considerazione per le finalità di prevenzione; il modello proposto da Paliero nell'opera più volte citata (PALIERO, *Minima*, cit., 741 ss.) individua la tenuità del fatto nell'esiguità di illecito e colpevolezza, ma condiziona l'impunità al limite esterno delle esigenze di prevenzione speciale, senza che queste ultime definiscano dall'interno la tenuità del fatto.

3. L'art. 131-*bis* c.p.: alcuni profili della disciplina

Fermo restando che non è questa la sede opportuna per approfondire i dettagli della disciplina prevista all'art. 131-*bis* c.p., ci si limiterà a svolgere qualche osservazione su taluni aspetti, apparentemente inspiegabili laddove si osservi la tenuità del fatto da una prospettiva di continuità con l'inoffensività⁶⁰, che divengono comprensibili nel momento in cui si realizza, come si è finora venuti dicendo, che l'esimente si inserisce in una visione teleologica della pena.

La disposizione può innanzitutto operare solo nei confronti dei reati puniti con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni ovvero con la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena. Ai fini della determinazione della pena detentiva non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle autonome e ad effetto speciale⁶¹; non si applica il bilanciamento previsto dall'art. 69 c.p., salvo il caso in cui concorrano circostanze eterogenee autonome o ad effetto speciale⁶².

Si è criticato il fatto che il legislatore abbia limitato l'ambito di applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. in funzione del massimo edittale, anziché del minimo. Si è sostenuto infatti che, inerendo l'esimente alle ipotesi di condotte scarsamente offensive, sarebbe stato più coerente definire i presupposti della non punibilità in funzione dei minimi edittali poiché essi indicano la reazione indefettibile che l'ordinamento appronta a fronte della lesione minima dell'interesse protetto dalla norma, quando invece i massimi, a garanzia del reo, definiscono la soglia oltre cui non può spingersi la reazione dell'ordinamento⁶³.

Per quanto finemente argomentata, la critica non pare condivisibile nella misura in cui presuppone che la particolare tenuità del fatto coincida con la particolare tenuità dell'offesa, e che l'art. 131 *bis* c.p. abbia lo scopo di mandare

⁶⁰ Si veda *supra* a p. 12.

⁶¹ Si ritiene che debbano essere considerate anche le circostanze indipendenti, ovvero che fissano una nuova cornice edittale, purché l'aumento di pena massimo sia superiore a un terzo; così GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1949.

⁶² GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1949; allo stesso modo si veda *Relazione*, cit., 4.

⁶³ PADOVANI, *Un intento*, cit., 20. Questa critica è molto condivisa dalla dottrina; si vedano MARANDOLA, *Particolare*, cit., 509; NISCO, *Sulla legittimità*, cit., 164; SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 36. In Corte cost., n. 207 del 2017, in *Cass. pen.*, 2017, 4012, è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale con cui si era censurato il fatto che l'art. 131 *bis* c.p., a causa dei limiti edittali previsti, non potesse essere applicato alla ricettazione attenuata di cui all'art. 648 co. 2 c.p. Il giudice delle leggi, in tale decisione, ha affermato che la previsione di massimi edittali cui subordinare la non punibilità di un reato rientra nella insindacabile (salvo manifesta irragionevolezza) discrezionalità del legislatore; per un commento a questa sentenza si veda NISCO, *Sulla legittimità*, cit., 160 ss..

esente da pena tutte quelle condotte il cui disvalore di evento sia trascurabile⁶⁴. In realtà il fondamento teleologico dell'art. 131 *bis* c.p. comporta che non vengano sanzionate quelle condotte in relazione alle quali non si pongono le finalità preventive della pena, tra cui la prevenzione generale⁶⁵. Si badi che le valutazioni di prevenzione generale, considerate inammissibili in sede di commisurazione della pena, sono legittime ai fini della determinazione circa la punibilità del reato⁶⁶. Giudizio di punibilità e giudizio di commisurazione sono infatti distinti l'uno dall'altro, poiché il primo consiste nel definire se sussiste, nelle circostanze concrete e secondo una logica di prevenzione, il bisogno di pena; il secondo interviene in un momento successivo e ha lo scopo di definire la misura della pena⁶⁷. Certa dottrina si era duramente opposta all'introduzione dell'irrilevanza del fatto nel nostro ordinamento sulla scorta dell'idea per cui tale istituto avrebbe comportato un affievolimento dell'efficacia preventiva delle fattispecie incriminatrici, sottolineando che un precetto intanto è degno di rispetto in quanto abbia efficacia generalizzata in relazione a tutti i comportamenti concreti ascrivibili al tipo astratto⁶⁸. Tanto premesso, il limite edittale fissato in ragione del massimo di pena acquisisce una sua ragionevolezza: con esso il legislatore ha inteso sottrarre l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. alle fattispecie di reato più gravi, cioè quelle più severamente sanzionate in astratto. Per queste ultime l'osservanza scrupolosa della legge è imposta in termini indefettibili e senza possibilità di deroghe⁶⁹; in caso di violazione, la pena deve essere applicata quale che sia l'esiguità dell'offesa o della colpevolezza, perchè per i reati più gravi si è voluto mantenere inalterata la portata generalizzata del precetto e quindi l'efficacia dissuasiva di quest'ultimo⁷⁰. In altre parole, in presenza

⁶⁴ Che gli Autori di cui alla nota precedente abbiano una tale idea della tenuità del fatto, emerge dalle loro stesse riflessioni. Ad esempio, PADOVANI, *Un intento*, cit., 20-21, ritiene che tanto i limiti edittali quanto i requisiti della non abitudine del comportamento rispondano a logiche preventive non comprese nella tenuità del fatto, ma aventi una mera funzione negativa, di argine, di limitazione "dall'esterno" della tenuità stessa. NISCO, *Sulla legittimità*, cit., 167, ritiene che l'esiguità debba essere definita come la sproporzione tra l'offesa concretamente causata e il minimo di pena applicabile. MARANDOLA, *Particolare*, cit., 509, afferma che solo un'offesa "adeguata" giustifica l'irrogazione della pena.

⁶⁵ DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 59 ss..

⁶⁶ DE FRANCESCO, *L'esiguità*, cit., 891.

⁶⁷ DE FRANCESCO, *L'esiguità*, cit., 891 - 892. È paradossale del resto ritenere che il giudizio di punibilità sia una commisurazione anticipata della pena, nella misura in cui si quantifica una sanzione che non viene applicata; così NISCO, *Sulla legittimità*, cit., 167.

⁶⁸ RONCO, *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Crit. pen.*, 1998, 18.

⁶⁹ PADOVANI, *Un intento*, cit., 20.

⁷⁰ Condivide l'idea che il limite applicativo fissato in funzione del massimo edittale sia strumentale ad assecondare al meglio le istanze di prevenzione generale, BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 665.

di condotte sussumibili nelle fattispecie più severamente sanzionate il legislatore, anche laddove non vi sia alcuna esigenza di prevenzione speciale, ritiene sempre sussistente il bisogno di pena a causa delle necessità di prevenzione generale. Ciò su cui si può se mai eventualmente discutere è l'assunto di politica criminale per cui la prevenzione generale dei reati più gravi passerebbe attraverso la punizione indiscriminata di tutte le condotte che li realizzano. Non è invece censurabile il riferimento ai massimi edittali che, individuando i reati più gravi ai quali non è applicabile l'esimente per ragioni di prevenzione generale, risultano coerenti con la prospettiva teleologica della pena.

Infine si osservi che, ai sensi del co. 2 dell'art. 131-*bis* c.p., l'offesa non è tenue quando la condotta abbia cagionato la morte o le lesioni gravissime della vittima. Tale disposizione ha il chiaro scopo di sottrarre all'esimente gli illeciti di omicidio colposo, lesioni personali gravissime colpose, i reati rientranti nell'art. 586 c.p. e quelli aggravati dall'evento (ad esempio, rissa aggravata di cui all'art. 588 co. 2)⁷¹. Anche in questo caso lo scopo perseguito dal legislatore è quello di attribuire ai precetti penali il massimo effetto deterrente.

Dalle osservazioni che precedono si ricava che l'art. 131-*bis* c.p., in armonia con la teoria del bisogno di pena, è correlato a una logica di prevenzione generale.

Non solo. Affinché l'esimente possa essere applicata, è necessario che il comportamento non sia abituale⁷², presupposto quest'ultimo ispirato da esigenze di prevenzione speciale, nel senso che la pena non può venir meno laddove vi sia

⁷¹ GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1955. La dottrina ritiene che, in mancanza di questa precisazione, si sarebbe potuto applicare l'art. 131 *bis* c.p. anche ai reati colposi ad evento naturalistico di morte o lesioni personali gravissime. Come acutamente osservato, infatti, nessun reato è a priori non esiguo nel disvalore di evento, persino l'omicidio (nel caso in cui si sia ad esempio abbreviata la vita di un uomo soltanto di pochi istanti). In proposito GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1955; NISCO, *Sulla non punibilità*, in Mantovani, Curi, Tordini Cagli, Torre, Caianiello, *Scritti*, cit., 256; Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, C. P., cit., 7; Id., Sez. un., 25 febbraio 2016, T. G., cit., 5. *Contra* BARTOLI, *Lesclusione*, cit., 667, che ritiene che la morte e le lesioni gravissime siano eventi di per sé non tenui.

⁷² Il co. 3 dell'art. 131 *bis* c.p. ha posto alcuni problemi interpretativi. Le questioni sono sorte, in particolare, nel tentativo di capire cosa il legislatore abbia inteso indicare sotto le denominazioni di condotte plurime, abituali, reiterate. Nella dottrina si sono fornite numerose soluzioni, fra le quali quella di GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1958, che ritiene che le predette espressioni facciano riferimento ai reati necessariamente abituali. Diversamente PADOVANI, *Un intento*, cit., 22, che opina che "reiterate" sia un mero sinonimo di "abituale", e che "plurime" indichi il concorso di persone nel reato. Infine, BARTOLI, *Lesclusione*, cit., 668, afferma che con "plurime" si intende la ripetizione di più atti tipici nello stesso contesto temporale (più minacce, più lesioni, ecc.); con "abituale" si richiamano i reati eventualmente abituali (solo nell'ipotesi in cui si sia concretamente verificata l'abitudine e vi siano quindi stati più episodi criminosi); con "reiterate" si indicano i reati necessariamente abituali.

la necessità di neutralizzare e di rieducare l'autore del reato⁷³. Certa dottrina critica gli indici di non abitudine tassativamente⁷⁴ elencati al co. 3 dell'art. 131 *bis* c.p. poiché li ritiene connotati da una mera capacità diagnostica, e quindi rivolti al passato, manchevoli dell'idoneità a sviluppare una prognosi sul pericolo di recidiva⁷⁵. Si fa l'esempio di chi, pur avendo precedenti specifici, commette un furto a causa di una situazione di vita contingente, come la perdita del lavoro⁷⁶; anche se la prognosi indurrebbe a ritenere che l'agente, che ha commesso il reato spinto da circostanze del tutto occasionali, si asterrà dal commettere in futuro nuovi illeciti, in questa ipotesi l'esimente non potrebbe essere applicata in ragione di una valutazione meramente diagnostica⁷⁷. Se considerata in relazione all'esempio ora esposto, l'obiezione è condivisibile, ma non può nascondersi il fatto che, generalmente, la commissione di più reati può costituire la premessa per una carriera criminale⁷⁸. Conseguentemente, gli indici di cui al co. 3 dell'art. 131 *bis* c.p. costituiscono dei validi, ancorché imperfetti, parametri per definire il pericolo di reiterazione di condotte criminose. Dalle osservazioni che precedono emerge che con l'art. 131 *bis* c.p. il legislatore ha inteso fissare le condizioni al cui ricorrere è necessaria l'applicazione della pena in virtù del pericolo di recidiva che esse comportano; trova dunque anche qui riscontro quel legame, di cui prima si è detto, tra la particolare tenuità del fatto e le finalità preventive della sanzione criminale⁷⁹.

⁷³ SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 62. Analogamente GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., sub art. 131 *bis*, 1956; NISCO, *Sulla non punibilità*, in Mantovani - Curi - Tordini Cagli - Torre - Caianiello, *Scritti*, cit., 260; PADOVANI T., *Un intento*, cit., 21.

⁷⁴ CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *DPC*, 2015, 93; MARANDOLA, *Particolare*, cit., 509; PADOVANI, *Un intento*, cit., 22. La giurisprudenza condivide questa impostazione; si vedano, ad esempio, Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2016, C. P., cit., 8; Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2016, T. G., cit., 7.

⁷⁵ CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 94.

⁷⁶ DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 85.

⁷⁷ DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 85 - 86.

⁷⁸ PALIERO, *Minima*, cit., 752.

⁷⁹ Lasciano perplessi tutti quegli orientamenti dottrinali che criticano il legislatore per aver subordinato l'applicabilità dell'esimente alla non pericolosità dell'agente. Il presupposto di queste teorie è sempre lo stesso: ciò che definisce l'istituto dell'irrelevanza del fatto è l'esiguità del disvalore di evento, mentre le valutazioni di tipo preventivo, oltre che essere meramente accessorie e limitative, per così dire, dall'esterno, risultano per certi versi inopportune; così DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5. Si denuncia, ad esempio, che in un diritto penale del fatto simili valutazioni non dovrebbero trovare alcuno spazio, e che se l'accaduto è lieve, come tale deve essere sanzionato, anche se non lieve è la capacità criminale dell'agente; così SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 62. Analogamente NISCO, *Sulla non punibilità*, in Mantovani - Curi - Tordini Cagli - Torre - Caianiello, *Scritti*, cit., 264. Anche BARTOLI, *L'esclusione*, cit., 667 - 668, ritiene che le valutazioni di prevenzione speciale siano estranee al giudizio di irrilevanza, che deve essere incentrato sul

Alla luce di tutto ciò, l'impostazione funzionalistica sembra essere la chiave di lettura privilegiata dell'art. 131 *bis* c.p. e, in generale, della categoria dogmatica del reato bagatellare improprio. Si osservi che la nozione di fatto tenue incentrata sul disvalore di evento, come più volte precedentemente rilevato, pone l'esiguità in continuità con l'inoffensività: a seconda che la lesione dell'interesse protetto sia totalmente mancante oppure lieve, le norme da applicare sono rispettivamente l'art. 49 c.p. o l'art. 131 *bis* c.p.. Se però questo fosse vero, bisognerebbe allora trarre tutte le dovute conseguenze; in particolare, così come l'art. 49 c.p. non può essere applicato ai reati senza offesa⁸⁰, allo stesso modo dovrebbe essere per l'art. 131 *bis* c.p.. Non si capisce infatti come sia possibile giustificare sulla base del lieve disvalore di evento la non punibilità di quei reati che già astrattamente sono privi di offesa. Al contrario, la giurisprudenza e la

solo disvalore del fatto e non anche su esigenze securitarie; a partire da quest'ultima considerazione, l'Autore ritiene che il requisito del non aver commesso più reati della stessa indole debba essere interpretato nel senso che l'applicabilità dell'esimente è preclusa nel caso in cui, nell'ambito di uno stesso procedimento, una persona sia chiamata a rispondere di più reati della stessa indole. L'impostazione cui è preferibile aderire dà invece, come visto, piena cittadinanza alle valutazioni preventive nel giudizio di punibilità; le critiche esposte *supra* alla rilevanza della prevenzione speciale nell'ambito di un diritto penale del fatto possono essere superate richiamando quanto detto prima in merito alle differenze tra il giudizio di punibilità e quello di commisurazione della pena. Mentre quest'ultimo è finalizzato a determinare, nel rispetto dei limiti edittali, una sanzione proporzionata al fatto commesso, il primo ha come obiettivo la determinazione circa la sussistenza delle esigenze di prevenzione; sul tema della commisurazione della pena e della discrezionalità del giudice si vedano CARUSO, *La discrezionalità penale*, Padova, 2009, 238 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

Per quanto riguarda il requisito del non aver commesso più reati della stessa indole, è condivisibile l'interpretazione data in Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, C. P., cit., 11, secondo la quale si devono intendere due situazioni: quella in cui in un procedimento l'imputato sia chiamato a rispondere, oltre che del reato per il quale si prospetta l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., di almeno altri due reati della stessa indole; quella in cui l'imputato di un reato risulta esser già stato condannato, o consta che già si sia giovato dell'esimente, per almeno altri due reati della stessa indole. Condivide questa interpretazione GULLO, in Marinucci, Dolcini, *Codice penale commentato*, cit., *sub* art. 131-*bis*, 1957, che evidenzia l'incompatibilità tra recidiva reiterata e specifica e tenuità del fatto. In un'interessante sentenza del Trib. Torino, Sez. IV, 05 ottobre 2016, Tizio, in www.penalecontemporaneo.it; con nota di BARTOLI, *Particolare tenuità del fatto: condanne irrevocabili risalenti nel tempo possono escludere, anziché fondare, l'abitudine del comportamento*, si è applicata l'esimente nonostante all'imputato fosse stata contestata la recidiva reiterata e specifica, perchè i precedenti penali erano talmente risalenti nel tempo da non poter costituire indici della pericolosità sociale del reo. In altre parole, si è ritenuto che il rischio di recidiva debba essere valutato in concreto, e non presunto dalla legge; tali conclusioni del Tribunale meritano apprezzamento. Della stessa opinione è BARTOLI, *Particolare tenuità*, cit., § 6.

⁸⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 191 - 192.

dottrina sono concordi nel ritenere che l'art. 131 *bis* c.p. abbia una portata applicativa generale⁸¹: ciò dimostra che la premessa da cui si è partiti, in base alla quale l'art. 131 *bis* c.p. atterrebbe alla sola offensività, è falsa. Questo ragionamento corrobora l'impostazione funzionalistica che riconduce la tenuità del fatto al bisogno di pena e colloca dunque l'art. 131 *bis* c.p. su un piano distinto da quello del reato impossibile, giustificandone l'applicabilità generale.

4. Perché la soluzione fornita dalle Sez. un. 53683/2017 non può essere condivisa

Non convincono le argomentazioni addotte dalla Corte di cassazione per giustificare l'inapplicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ai reati di competenza del giudice di pace.

Inconferenti sono innanzitutto i richiami alle decisioni con cui il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente legittimo il fatto che innanzi al giudice di pace non possa aversi il patteggiamento (art. 2 d.lgs. 274/2000) o la sospensione condizionale della pena (art. 60 d.lgs. 274/2000)⁸²; in questi casi, infatti, l'inapplicabilità è stata espressamente sancita, mentre nel caso dell'art. 131-*bis* c.p. una tale esplicita limitazione manca⁸³. In difetto di una presa di posizione sul punto da parte del legislatore, la questione della rilevanza dell'esimente per i reati attribuiti al giudice onorario deve essere risolta sulla base di un'interpretazione sistematicamente coerente.

Non è condivisibile inoltre il richiamo all'art. 16 c.p. per definire i rapporti tra l'art. 131 *bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. 274/2000⁸⁴. Autorevole dottrina ha infatti persuasivamente spiegato come la *ratio* dell'art. 16 c.p. sia quella di impedire la creazione di diritti penali particolari, svolgendo esso una funzione di aggregazione dogmatica tra il diritto penale fondamentale (quello del codice) e il diritto penale complementare (ovvero, per usare la terminologia dell'art. 16 c.p., le "leggi penali speciali" oppure le "altre leggi penali", con le quali espressioni si intendono tutte le leggi penali di diritto sostanziale diverse dal codice penale

⁸¹ BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 177, afferma l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. anche ai reati senza offesa; così pure Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, C. P., cit., 6. Si ritiene che l'art. 131 *bis* c.p. sia applicabile, ad esempio, all'art. 73 co. 5 d.p.r. 309/1990 (GULLO, in Marinucci - Dolcini, *Codice penale commentato*, Vicenza, 2015, sub art. 131 *bis*, 1951), pur essendo quest'ultimo un reato di possesso di cose (e dunque senza offesa; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 218).

⁸² Il riferimento è a Corte cost., n. 50 del 2016, cit., 2398; Id., 47 del 2014, cit., 1154.

⁸³ MOSTARDINI, *A proposito dell'inapplicabilità dell'art. 131 bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace*, in www.penalecontemporaneo.it, § 10.

⁸⁴ Importante dottrina sostiene questa soluzione, ad esempio BARTOLI, *L'esclusione*, cit., 664; PADOVANI, *Un intento*, cit., 22.

come, ad esempio, i codici penali militari)⁸⁵. Tale coordinamento risponde a un bisogno sociale di ordine, razionalità e sistematicità ed è coerente con una delle principali finalità della codificazione: la definizione di principi generali tali da garantire, per quanto possibile, l'omogeneità di trattamento⁸⁶. Ciò considerato, è chiaro che l'art. 16 c.p. non può venire in gioco nel definire i rapporti tra le due norme sulla particolare tenuità del fatto, essendo l'una, l'art. 131 *bis* c.p., una causa di non punibilità di diritto sostanziale, l'altra, l'art. 34 d.lgs. 274/2000, una condizione di improcedibilità di diritto processuale; affermare che tra le due vi sia un rapporto di specialità ai sensi dell'art. 16 c.p. è errato, perchè significa paragonare tra loro entità non omogenee⁸⁷. In altre parole, i rapporti tra il codice penale e il d.lgs. 274/2000 si pongono al di fuori dell'art. 16 c.p., perchè la funzione di aggregazione di quest'ultima norma non può realizzarsi tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, settori dell'ordinamento distinti e dogmaticamente autonomi⁸⁸.

Poco convincenti sono anche i rilievi sulla finalità conciliativa del giudizio innanzi al giudice di pace. Quest'ultimo infatti, al di là delle particolarità che ne caratterizzano il rito, è un giudice ordinario a tutti gli effetti⁸⁹ e pertanto suo dovere indefettibile è l'accertamento della sussistenza o dell'insussistenza del dovere di punire⁹⁰, non la conciliazione delle parti⁹¹. Non pare corretto ritenere

⁸⁵ BASSI, in Dolcini - Marinucci, *Codice penale commentato*, Vicenza, 2015, sub art. 16, 344; DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980, 55; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, sub art. 16, 189 ss..

⁸⁶ ROMANO, *Commentario*, cit., sub art. 16, 190. Si sottolinea l'importanza della norma di cui all'art. 16 c.p. in VASSALLI, *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, Varese, 1960, 273.

Il concetto di specialità tra leggi di cui all'art. 16 c.p. è più ampio di quello di cui all'art. 15 c.p.: il primo infatti definisce il rapporto sussistente tra il codice penale e tutte le ulteriori leggi di diritto penale sostanziale (in questo senso, ad esempio, il codice penale militare è speciale rispetto al codice penale); il secondo invece definisce il rapporto tra il codice penale e tutte le ulteriori leggi di diritto penale sostanziale che disciplinano fatti di per sé già disciplinati dal codice (in questo senso una legge può essere, allo stesso tempo, speciale e integrativa al codice a seconda che la norma presa in considerazione disciplini o non disciplini un fatto già regolamentato dal codice). Sul punto si veda il fondamentale studio di MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 450 ss..

⁸⁷ IANNUZZIELLO, *Le convergenze parallele e la norma dimenticata*, in *Giur. pen. web*, 2017, 9. Il rapporto di specialità sussiste invece tra il codice di procedura penale e il d.lgs. 274/2000, come sancito all'art. 2 co. 1 di quest'ultimo decreto.

⁸⁸ IANNUZZIELLO, *Le convergenze*, cit.,

⁸⁹ SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Varese, 2013, 279.

⁹⁰ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Varese, 1963, 179 - 181.

⁹¹ Si veda la sentenza delle Sezioni unite Cass. pen., 31-05-2005, L. C., in *Cass. pen.*, 2005, 2874; con nota di ARIOLLI, *Il procuratore generale può proporre impugnazione avverso le sentenze emesse dal giudice di pace*, 2879, nella quale si è affermato che le finalità del giudice di pace e del rito ordinario sono le medesime. Come osserva giustamente IANNUZZIELLO, *Le convergenze*, cit., 4, la conciliazione è un risultato meramente eventuale del giudizio innanzi al magistrato onorario, e si realizza in uno spazio

che tale ultimo esito, meramente accessorio ed eventuale, possa far premio sul principio di sussidiarietà consolidato nell'art. 131 *bis* c.p.⁹². E comunque, quand'anche si ritenesse che uno dei capisaldi del diritto penale debba soccombere perchè incompatibile con le presunte finalità del giudice di pace, sarebbe tutt'altro che dimostrata la predetta incompatibilità. È davvero possibile che quest'ultima possa essere considerata la cifra del rapporto tra gli artt. 131 *bis* c.p. e 34 d. lgs. 274/2000, norme tra loro tanto diverse per presupposti, struttura e finalità⁹³? Sulla base di quanto si è brevemente osservato in nota, la ri-

esterno al procedimento (per mezzo di istituti come la remissione della querela e relativa accettazione) e come alternativa a quest'ultimo, poiché l'autonomia che fonda qualsiasi tipo di conciliazione mal si concilia con l'eteronomia del processo penale.

⁹² NISCO, *Sulla non punibilità*, in Mantovani - Curi - Tordini Cagli - Torre - Caianiello, *Scritti*, cit., 255.

⁹³ Dei presupposti, della struttura e del fine dell'art. 131 *bis* c.p. già si è detto *supra*. Sui requisiti dell'art. 34 d. lgs. 274/2000 si vedano MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento penale di pace: considerazioni critiche tra obiettivi perseguiti e raggiunti alla luce dei principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 2009, 174 ss.; PAGLIANO - STANZIOLA, *La particolare tenuità del fatto nel processo davanti al giudice di pace: un bilancio sulla funzionalità dell'istituto*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 614 ss.; QUATTROCCOLO, in Chiavario - Marzaduri, *Giudice di pace e processo penale*, Torino, 2002, sub art. 34, 309 ss..

Diversamente dall'art. 131 *bis* c.p. che, in quanto causa di non punibilità in senso stretto, si pone in rapporto diretto con l'art. 25 co. 2 Cost., la legittimità della condizione di procedibilità di cui all'art. 34 d. lgs. 274/2000 è da valutare alla stregua dell'art. 112 Cost.; così CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 153. La natura processuale dell'art. 34 è coerente con la circostanza che il legislatore abbia valorizzato elementi estranei al fatto criminoso, come la sussistenza dell'interesse della persona offesa, la mancata opposizione di quest'ultima e dell'imputato, il pregiudizio arrecato dal procedimento alle esigenze di vita dell'indagato o dell'imputato; così MATTEVI, *Esclusione*, cit., 181. Autorevole dottrina processualista ha infatti evidenziato come attraverso le condizioni di procedibilità si impedisca l'esercizio dell'azione penale dando rilievo a interessi esterni alla dinamica processuale; così ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. Pen.*, X, Torino, 1995, 44.

Considerati gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 34, nonché la sua struttura di causa di improcedibilità, condivisibile dottrina ritiene che questa norma abbia il fine di ottemperare al principio di minima offensività del processo e di deflazionare il carico pendente presso gli uffici giudiziari; così BARTOLI, *Le definizioni*, cit., 174; CESARI, *Le clausole*, cit., 136. Molti autori si spingono oltre, affermando che l'art. 34 abbia, al pari dell'art. 131 *bis* c.p., lo scopo di attuare anche il principio di sussidiarietà; specularmente altri studiosi ritengono che l'art. 131 *bis* c.p. abbia, al pari dell'art. 34, un fine deflativo. Per il primo orientamento si veda BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1500 - 1501; per il secondo, SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 6. Queste impostazioni non sono accettabili perchè sembrano a monte condizionate da un vizio: quello di non distinguere le condizioni di improcedibilità dalle cause di non punibilità. L'errore ha origine dalla constatazione che il processo costituisce un presupposto essenziale per l'applicazione della pena, al punto tale che negare il dovere di procedere equivarrebbe a negare il dovere di punire. In realtà nessuno può disconoscere che la mancata celebrazione del giudizio comporti la non applicazione della pena, ma ciò è una conseguenza indiretta e meramente pratica, senza alcun fondamento sul piano dogmatico, per il quale, anzi, le questioni processuali devono essere tenute ben distinte da quelle sostanziali; così ORLANDI, *Procedibilità*, cit., 43; VASSALLI, *Cause*, cit., 609.

sposta a questa domanda non può che essere negativa. Il giudice di pace, riscontrata la sussistenza di tutte le condizioni di procedibilità, deve applicare la sanzione soltanto quando abbia accertato il dovere di punire, la cui esistenza è esclusa in mancanza del bisogno di pena e, dunque, laddove possa essere applicato l'art. 131-*bis* c.p.. Ritenere che, per salvaguardare presunte finalità conciliative, si debba punire nonostante la mancanza del bisogno di pena, significa attribuire agli illeciti del magistrato onorario uno statuto eccezionale e infrangere così l'unitarietà della teoria del reato⁹⁴. La coerenza del sistema depone quindi in favore dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. anche ai reati di competenza del giudice di pace. È dunque auspicabile che la Corte costituzionale, interpellata sul punto dal Tribunale di Catania⁹⁵, si pronunci in favore di tale estensibilità.

La questione sollevata innanzi al giudice delle leggi pare fondata, in quanto gli

La causa di non punibilità è coerente con il fine di concretizzare il principio di *extrema ratio* perchè, per mezzo di essa, la sanzione non viene irrogata in quanto difetta il bisogno di pena; il che sembra essere ben diverso dalla situazione in cui l'impunità consegue a una mancata celebrazione del processo, perchè in questo caso il reato è, nelle valutazioni di politica criminale del legislatore, ancora bisognoso di pena. L'esimente non è del resto lo strumento più idoneo per conseguire finalità deflative; ciò è denunciato da quella stessa dottrina che ritiene che scopo dell'art. 131 *bis* c.p. sia l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari (SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 7). Questa criticità è agilmente superabile prendendo atto che in via principale l'obiettivo dell'esimente è l'attuazione in concreto del principio di sussidiarietà e che soltanto in via incidentale si consegue un effetto deflativo. Quest'ultimo è invece massimamente realizzabile attraverso le condizioni di procedibilità le quali, essendo previste dall'art. 129 c.p.p., possono essere dichiarate d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento; in proposito CESARI, *Le clausole*, cit., 151 - 152; KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrelevanza del fatto"*, in *I nuovi binari del processo penale*, Milano, 1996, 212.

Si osservi inoltre che è nella logica dell'*extrema ratio* che un fatto non bisognoso di pena, ma pur sempre meritevole di sanzione perchè lesivo di un interesse protetto, venga contrastato con strumenti diversi dal diritto penale; è coerente con questa idea di una strategia sanzionatoria multilivello l'efficacia di giudicato prevista all'art. 651 *bis* c.p.p.. Un tale effetto non potrebbe aversi qualora il proscioglimento avvenisse per mancanza di una condizione di procedibilità, poiché in questo caso giuridicamente (ancorchè non materialmente, visto che la tenuità del fatto presuppone che si sia accertato, per lo meno in via ipotetica, che il fatto sia stato colpevolmente commesso e che costituisca reato; si veda DIES, *Questioni*, cit., 6 ss.; MATTEVI, *Esclusione*, cit., 182; SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 21 - 25) non si avrebbe alcun accertamento di merito (ORLANDI, *Procedibilità*, cit., 44; SANTORIELLO, *La clausola*, cit., 17) che possa dispiegare un qualche effetto conformativo nei giudizi civili o amministrativi.

In estrema sintesi, dunque, l'art. 34 d. lgs. 274/2000 deflaziona dando rilievo a interessi esterni al procedimento, mentre l'art. 131-*bis* c.p. concretizza il principio di sussidiarietà, tipizzando le circostanze sussistenti le quali viene meno il bisogno di pena; ciascuna delle due norme non è adeguata a conseguire il fine proprio dell'altra.

⁹⁴ Sulla generalità della teoria del reato si veda DONINI, *Teoria del reato*, Verona, 1996, 2 ss.. Anche IANNUZZIELLO, *Le convergenze*, cit., 8, ritiene che la non applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. implichi una frammentazione della teoria del reato.

⁹⁵ Trib. Catania, Sez. II, 06 marzo 2018, Cutrona, cit..

esempi prospettati dall'autorità rimettente sui reati di cui agli artt. 582 e 612 c.p. ben evidenziano le disparità cui inevitabilmente conduce l'interpretazione dell'art. 131 *bis* c.p. adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione: è chiaro che il fatto di applicare l'esimente al reato più grave (minaccia aggravata, lesioni lievissime aggravate) e di punire il corrispondente reato meno grave (minaccia semplice, lesioni lievissime semplici) viola l'art. 3 co. 1 Cost. Si noti che la questione di legittimità è stata sollevata nella forma del giudizio diadico di ragionevolezza intrinseca della norma, non triadico⁹⁶: le minacce e le lesioni lievissime non individuano infatti l'oggetto della questione di legittimità, ma vengono citate al solo fine di dimostrare la contraddizione che si crea tra lo scopo dell'art. 131 *bis* c.p. e il risultato conseguito escludendo l'applicabilità dell'esimente ai reati di competenza del giudice di pace⁹⁷.

⁹⁶ La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia penale fa ampiamente ricorso al criterio di ragionevolezza. Quest'ultimo è sancito all'art. 3 Cost. e, secondo condivisibile dottrina, può assumere tre diverse forme: il giudizio di eguaglianza, il giudizio triadico di ragionevolezza, il giudizio diadico di ragionevolezza; si veda RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *DPC*, 2015, 61 - 62. Il primo ricorre tutte le volte in cui il legislatore viola il divieto di discriminazione posto dal co. 1 dell'art. 3 Cost.. Il secondo si ha quando l'irragionevolezza di una norma emerge dal confronto con un'altra norma ad essa omogenea; in questo caso il giudizio di ragionevolezza è detto triadico perchè necessita di un *tertium comparationis* in relazione al quale definire l'illegittimità costituzionale della norma impugnata. Il terzo consiste nell'individuare l'irragionevolezza intrinseca della norma, ad esempio comparando la gravità del fatto tipizzato con i limiti edittali previsti (come avvenuto nella sentenza Corte cost., 10 novembre 2016, 236, in *www.cortecostituzionale.it*) oppure ancora la disciplina sancita per un certo istituto con lo scopo di quest'ultimo; in questo caso il giudizio di ragionevolezza è detto diadico perchè la norma di legge impugnata viola direttamente l'art. 3 Cost., senza che tra quest'ultimo e la prima si interponga il *tertium comparationis*. In proposito si vedano NISCO, *Legittimità*, cit., 170; RECCHIA, *Le declinazioni*, cit., 61 - 62.

Tanto per il giudizio triadico quanto per quello diadico di ragionevolezza si pone un problema di attrito con il principio di riserva di legge sancito dall'art. 25 co. 2 della Costituzione nella misura in cui le declaratorie di illegittimità incidono sulle scelte legislative di criminalizzazione e di trattamento sanzionatorio. Per questo motivo la Corte ha sempre mostrato una particolare prudenza nell'accogliere le questioni sollevate ai sensi dell'art. 3 Cost. e ha subordinato le pronunce positive all'accertamento della sussistenza di un'irragionevolezza così palese da sconfinare nell'arbitrarietà; in proposito RECCHIA, *Le declinazioni*, cit., 62.

⁹⁷ Sul punto, Trib. Catania, Sez. II, 06 marzo 2018, Cutrona, cit., 6. Il giudice rimettente avrebbe potuto sollevare la questione di legittimità anche nella forma del giudizio triadico di ragionevolezza, ponendo come *tertium comparationis* le lesioni lievissime aggravate. In tale ipotesi un'eventuale pronuncia di accoglimento avrebbe avuto degli effetti più contenuti di quelli che si potrebbero avere qualora la questione di ragionevolezza intrinseca dell'art. 131 *bis* c.p. venisse accolta perchè, nel primo caso, l'applicabilità dell'esimente sarebbe stata estesa alle sole lesioni lievissime, mentre nel secondo caso verrebbe riconosciuta per tutti i reati di competenza del giudice di pace.

Si badi che le lesioni lievissime aggravate costituiscono una fattispecie perfettamente comparabile e omogenea rispetto a quella rilevante nel giudizio *a quo* e, pertanto, qualora il giudizio di ragionevolezza fosse stato sollevato nella forma triadica, non sarebbero potute valere le argomentazioni addotte dalla Corte Costituzionale (Corte cost., 17 luglio 2017, 207, cit.) per rigettare la questione di legittimità dell'art. 131

Ebbene, alla luce delle riflessioni che in questa sede si è avuto modo di svolgere, la valutazione del Tribunale di Catania non può che essere condivisa. Se la funzione dell'art. 131 *bis* c.p. è quella di concretizzare il principio di sussidiarietà, in modo tale che il bisogno di pena non sia posto una volta per tutte in astratto dal legislatore, ma debba essere riscontrato dal giudice sulla base delle circostanze del fatto concreto, trattare i reati di competenza del giudice di pace diversamente da quelli attribuiti al rito ordinario è irragionevole. Questo perchè la differenziazione è incongrua rispetto allo scopo dell'esimente nella misura in cui il principio di sussidiarietà ha valenza generale per tutti i reati e il suo contenuto prescinde dal diritto processuale e dalla ripartizione della competenza tra giudici. Inoltre la differenziazione implica la violazione sistematica del principio di ragionevolezza nella sua forma triadica, poiché comporta il trattamento ineguale di reati egualmente non bisognosi di pena: in quest'ottica potrebbe ritenersi fondata la questione di legittimità che prospettasse l'incostituzionalità dell'inapplicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. a un qualsiasi reato di competenza del giudice di pace (ad esempio la diffamazione), tenendo come *tertium comparationis* un qualsiasi reato del rito ordinario cui l'esimente sia astrattamente applicabile (ad esempio il furto); la comparabilità tra le due situazioni deriverebbe dal fatto che in entrambe si avrebbe un reato per il quale la pena non sarebbe necessaria alla stregua delle valutazioni di politica criminale del legislatore.

A sostegno della legittimità costituzionale dell'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite non possono essere richiamate le sentenze nelle quali il giudice delle leggi ha rigettato le questioni attinenti all'inapplicabilità della sospensione condizionale della pena e del patteggiamento al giudice di pace. Diversamente dalla particolare tenuità del fatto, questi istituti non sono la concretizzazione di un principio generale della teoria del reato, bensì attengono rispettivamente al diritto processuale e all'eseguibilità della pena⁹⁸. Riguardo ad essi può essere

bis c.p. nella parte in cui non è applicabile alla ricettazione attenuata di cui all'art. 648 co. 2 c.p.. Si osservi inoltre che l'inapplicabilità dell'esimente al reato meno grave quando il corrispondente reato più grave rimanga impunito configura una palese irragionevolezza, sindacabile pertanto in sede di giudizio di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost..

⁹⁸ Essendo correlata a una logica di prevenzione speciale, la sospensione condizionale della pena presenta delle analogie funzionali con la particolare tenuità del fatto. Vi è però un'importante differenza, perchè mentre nel caso dell'art. 131 *bis* c.p. l'ordinamento esclude il bisogno di pena, quest'ultimo è invece sussistente con gli artt. 163 ss. c.p.: l'esecuzione della pena è infatti sì sospesa ma, a monte, l'imputato è comunque condannato. La *ratio* della sospensione condizionale è di adeguare la risposta punitiva dello Stato alle particolari esigenze rieducative dei c.d. delinquenti primari, evitando per quanto possibile le pene detentive di breve durata. In altre parole la reazione dell'ordinamento non viene meno, essendovene bisogno, ma si adatta al reo; hanno dunque ragione coloro che sostengono che, in particolare grazie all'art.

allora condivisa l'idea del procedimento innanzi al giudice di pace come "microcosmo punitivo" modellato secondo l'insindacabile discrezionalità del legislatore⁹⁹, ma le particolarità di tale microcosmo non possono incidere in alcun modo sulle categorie di diritto sostanziale fondanti la teoria del reato, a meno di non voler rompere l'unitarietà dell'illecito penale con una scissione in due sottocategorie, di rito ordinario (per la quale il principio di sussidiarietà varrebbe in concreto) e di competenza del giudice di pace (per la quale il principio di sussidiarietà varrebbe solo in astratto)¹⁰⁰.

Alla luce delle considerazioni che precedono è allora auspicabile che la Corte Costituzionale, posta la chiara rilevanza della questione sollevata dal Tribunale di Catania nel giudizio *a quo*, dichiari con una sentenza interpretativa di accoglimento l'illegittimità dell'art. 131-*bis* c.p. per violazione dell'art. 3 Cost. là dove la norma sulla particolare tenuità del fatto non può essere applicata ai reati di competenza del giudice di pace secondo il diritto vivente consolidatosi con la decisione delle Sezioni unite della Cassazione.

PAOLO DANELLI

165 c.p., si sia previsto uno strumento sanzionatorio atipico di diversificazione in concreto della pena. Emerge dalle brevi considerazioni ora esposte sulla sospensione condizionale che essa, diversamente dall'art. 131 *bis* c.p., non può svolgere alcun ruolo nella teoria generale del reato, essendo fondata su valutazioni inerenti al *quomodo* della pena che non incidono sulla questione, a monte, dell'*an* della pena.

È coerente con la *ratio* dell'istituto la scelta del legislatore, all'art. 60 d.lgs. 274/2000, di escludere l'applicabilità della sospensione condizionale ai reati di competenza del giudice di pace. Per questi, infatti, è previsto un catalogo di pene (sanzione pecuniaria, lavori di pubblica utilità, permanenza domiciliare) nel quale non è prevista la detenzione: non vi è dunque ragione di sospendere l'esecuzione della pena poiché essa, non comportando il carcere, non pone il rischio di possibili effetti criminogeni.

Per l'analisi della sospensione condizionale della pena si veda COCCO - AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, Milano, 2018, 380 ss..

⁹⁹ Si allude al microcosmo punitivo anche in Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, P. P., cit., 12.

¹⁰⁰ Peraltro se l'applicazione in concreto del bisogno di pena riguardasse davvero i soli reati di competenza del giudice di pace, non si capirebbe perché mai il merito di pena, categoria dogmatica strettamente connessa a quella del bisogno, debba riguardare la valutazione in concreto di tutti i reati. In questa ipotesi la coerenza e la simmetria del sistema dovrebbero suggerire per i reati di competenza del giudice di pace l'esclusione, oltre che di ogni considerazione riguardante il bisogno di pena in concreto, anche di quelle sul merito di pena in concreto e, dunque, la non applicabilità dell'art. 49 co. 2 c.p.. Ciò però evidenzia ancor di più come, così opinando, si venga a frammentare la teoria dell'illecito penale in funzione del giudice competente.