

QUESITI

RAFFAELE TECCE

La particolare tenuità del fatto. Dalla pena alla pena “opportuna”

Il contributo analizza la disciplina dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto (genesi dell'istituto; natura giuridica, finalità; ambito di applicabilità), anche alla luce delle più interessanti soluzioni interpretative che, in materia, sono state offerte dalla giurisprudenza di legittimità, con l'obiettivo di offrire una lettura della disciplina volta a sostenere che la novella legislativa, che ha introdotto l'istituto in commento nel nostro ordinamento, ha, in sostanza, delegato al giudice il potere di depenalizzare fatti costituenti reato.

The contribution analyzes the discipline of the institute of non-punishment for particular tenuousness of the fact (genesis of the institution, legal nature, purpose, scope of applicability), also in light of the most interesting interpretative solutions that, in this regard, were offered by the jurisprudence of legitimacy, with the aim of offering a reading of the discipline aimed at maintaining that the legislative novel, which introduced the institute commented in our legal system, has essentially delegated to the judge the power to decriminalize facts constituting the crime.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La natura giuridica - 3. I rapporti con il principio di obbligatorietà dell'azione penale - 4. L'efficacia retroattiva della causa di non punibilità - 5. Le implicazioni processuali in sede di legittimità - 6. L'applicabilità nei processi pendenti dinanzi al giudice di pace - 7. La sanzione penale come *extrema ratio* e l'idea di pena “opportuna”.

1. Premessa

La non punibilità per particolare tenuità del fatto, disciplinata dall'art. 131 bis c.p. ed introdotta con d.lgs. n. 28 del 16 marzo 2015 (in esecuzione della legge delega n. 67/2014)¹, si applica a tutti quei “reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena”. A tenore della norma, “la punibilità è esclusa quando per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale”.

Si tratta di una opzione normativa non riconducibile a scelte di depenalizzazione, dato che il reato è pur sempre oggetto di verifica giurisdizionale e la

¹ In attuazione della L. 728 aprile 2014 n. 67 recante la “delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie”, sono state introdotte le “disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto” di cui alla lettera m) dell'art. 1, comma 1 della summenzionata legge delega. L'introduzione di questa normativa ha prodotto una significativa innovazione del sistema penale attraverso modifiche al codice penale e al codice di procedura penale. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Giustizia pen.attuale*, Roma, 2015. CASCINI, *Tenuità del fatto: le prime applicazioni anche in fase predibattimentale*, in questa *Rivista*, 2015, 2.

sentenza di assoluzione di menzione nel casellario giudiziario². La previsione postula, insomma, il completo accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e si limita a rimettere al giudice la valutazione sulla “meritevolezza” della risposta sanzionatoria.

Puntualmente definiti sono i presupposti sostanziali che delimitano il campo di operatività della causa di non punibilità. Sotto il profilo processuale, “la particolare tenuità del fatto” è istituto capace di esplicitare i propri effetti in molteplici momenti dell’*iter* procedurale: dalle indagini preliminari al proscioglimento predibattimentale, fino alla sentenza di proscioglimento, con particolare riguardo alle conseguenze che tale pronuncia produce nei giudizi civili ed amministrativi.

2. La natura giuridica

Se all’istituto non è sottesa l’idea di una depenalizzazione, neanche può dirsi che regoli la evenienza di un fatto non offensivo, essendo chiaro che la “particolare tenuità” implichi, pur sempre, la sussistenza delle connotazioni tipiche di un reato perfetto in tutti i suoi elementi, inclusa la lesione del bene giuridico protetto.

Né, tantomeno, è riconducibile alla diversa categoria del reato impossibile (art. 49, co. 2, c.p.). Qui, infatti, il giudice, verificata la sussistenza di una condotta incapace di ledere o mettere in pericolo quanto oggetto di tutela³, accerta l’insussistenza del fatto per carenza di tipicità⁴. *Apertis verbis*, se nell’ipotesi regolata dall’art. 131 bis c.p. l’offesa, seppur tenue, si è comunque verificata, in caso di reato impossibile, invece, il bene risulta inviolato e, di conseguenza, la condotta, in ossequio al principio costituzionale di necessaria offensività, è lecita⁵.

La previsione della “particolare tenuità” agisce, dunque, sul versante della punibilità⁶. Lo si evince dalla rubrica (“*esclusione della punibilità*”) e dal tenore

² I provvedimenti (sentenza, ordinanza e decreto motivato) emessi per particolare tenuità del fatto ai sensi dell’art. 131-bis c.p. sono iscritti nel casellario giudiziale. Le relative iscrizioni sono eliminate, solo se, trascorsi dieci anni dalla pronuncia (art. 5 lett. d-bis D.P.R. n. 313/2002).

³ Cfr. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.

⁴ Cfr. FIORE, *La concezione realistica dell’illecito*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma.*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 87 ss.

⁵ Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350.

⁶ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2015, 409; PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, 20; BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1473; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517.

re letterale della norma (“*la punibilità è esclusa*”). E lo confermano gli obiettivi perseguiti dal legislatore: assicurare la proporzionalità tra fatto e risposta punitiva; alleggerire i carichi giudiziari⁷.

3. I rapporti con il principio di obbligatorietà dell’azione penale

Possibili profili di frizione con il principio di obbligatorietà dell’azione penale, che esclude ogni valutazione di opportunità nelle determinazioni inerenti all’esercizio (o meno) dell’azione, sono attenuati dall’essere la opzione per la “non punibilità” ancorata a precisi e rigorosi presupposti, che vanno accuratamente valutati all’esito di un procedimento giurisdizionale assistito dalla regola del contraddittorio⁸.

Per garantire parità di trattamento ed evitare che il titolare dell’azione utilizzi metri di valutazione diversi - esigenza che è alla base della scelta per l’obbligatorietà dell’azione - sono predisposti accorgimenti atti a far sì che l’ufficio del pubblico ministero si attivi, al fine di evitare inutili attività procedurali e processuali, in favore di una richiesta di archiviazione⁹.

La richiesta può essere avanzata se la tenuità emerge sin dalle indagini. Ne

⁷ CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 ss.

⁸ DANIELE, *L’archiviazione per tenuità del fatto fra velleità dell’attive ed equilibristici procedurali*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchi, Torino, 2015, 42 ss.; CHIAVARO, *L’espansione dell’istituto della “tenuità del fatto”: frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, *ibid.*, 242; PERELLI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Minime riflessioni “a caldo”*, in www.questionegiustizia.it; ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it; CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 195; CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida Dir.*, 2015, 67; SANTORELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.archiviopenale.it; CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com

⁹Al magistrato del Pubblico Ministero è riconosciuto un ruolo propulsivo nell’applicazione dell’art. 131 bis del c.p. Tanto è vero che il legislatore con il d. lgs. 28/2015 ha introdotto il comma 1 bis all’art. 411 c.p.p., apportando le seguenti modifiche: a) al comma 1, dopo le parole: «condizione di procedibilità» sono inserite le seguenti: «che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell’articolo 131-bis del codice penale per particolare tenuità del fatto»; b) dopo il comma 1 è aggiunto il seguente: «1-bis. Se l’archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l’opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell’articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell’articolo 409, commi 4 e 5.

vanno informati, a mezzo notifica, l'indagato e la persona offesa, i quali hanno diritto di interloquire, entro il termine di dieci giorni, sugli elementi che escludono la non punibilità. Non si tratta di un potere di veto conferito alla persona offesa, bensì del diritto di proporre opposizione alla richiesta di archiviazione. All'indagato, invece, è riconosciuta la facoltà di esercitare il diritto di difesa, al fine di far emergere elementi di insussistenza del fatto o di estraneità alla commissione dello stesso.

La "tenuità del fatto" può essere, altresì, affermata in udienza preliminare, in sede di giudizio abbreviato, negli atti introduttivi del dibattimento¹⁰ o anche, ovviamente, all'esito del dibattimento. In ciascuno di questi momenti è sempre garantito il contraddittorio e spetta, naturalmente, al giudice la valutazione dei presupposti per la declaratoria di non punibilità.

La disciplina così articolata non permette di paventare lesioni del principio di obbligatorietà. Ampio è, comunque, il potere discrezionale del giudice nel valutare la sussistenza dei presupposti, potere normativamente guidato dai criteri dettati in tema di tenuità dell'offesa e di non abitudine del comportamento.

La discrezionalità valutativa è, in ogni caso, esclusa - e la declaratoria di particolare tenuità non consentita - quando l'autore del reato abbia agito per motivi abietti o futili, con crudeltà anche in danno di animali, adoperando sevizie o approfittando dello stato di minorata difesa della vittima, ovvero cagionando, anche come conseguenza non voluta, la morte o le lesioni gravissime di una persona (art. 131-*bis*, co. 2, c.p.). Si tratta di ipotesi dotate di intrinseca gravità, rispetto alle quali l'apprezzamento del giudice incontra un doveroso limite¹¹.

4. L'efficacia retroattiva della causa di non punibilità

È pacifico che la previsione dell'art. 131-*bis* c.p., determinando l'esclusione della punibilità ed avendo, dunque, carattere favorevole, sia destinata ad operare per tutti i procedimenti in corso e per i reati commessi prima della sua entrata in vigore¹².

La giurisprudenza di legittimità, nell'evidenziare come il d.lgs. n. 28 del 2015

¹⁰ Ai sensi dell'art. 469 del comma 1 bis c.p.p. è consentita, anche per la causa di non punibilità in parola, pronuncia di improcedibilità nella fase introduttiva del dibattimento, previa audizione delle parti.

¹¹ ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, *ibid.*

¹² SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, *Diritto e giustizia minorile*, 2015, 17; Contra Cass. Sez. I n. 46567 del 4 novembre 2016 in cui si legge: "Il giudice dell'esecuzione non può applicare retroattivamente la disciplina di favore della particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131 bis, poiché trattandosi di causa di non punibilità che non esclude la sussistenza del reato, non può applicarsi la disciplina in materia di successione delle leggi penali di cui all'art. 2"

non abbia previsto una disciplina transitoria, ha sottolineato la natura sostanziale della causa di esclusione della punibilità e riconosciuto la retroattività della legge più favorevole al reo, secondo quanto dispone l'art. 2, comma 4, c.p.¹³.

La conclusione rinviene fondamento nella garanzia del *favor libertatis*¹⁴, che assicura al cittadino il trattamento penale più mite tra quello vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza definitiva di condanna. Si tratta della concretizzazione del più generale principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) ed in esso, dunque, trova ragione.

5. Le implicazioni processuali in sede di legittimità

La prassi interpretativa ha riconosciuto che, nei giudizi pendenti in sede di legittimità, alla data della entrata in vigore dell'art. 131 bis c.p., la questione della sua applicabilità è rilevabile d'ufficio in considerazione della natura sostanziale dell'istituto¹⁵. È, tuttavia, necessario che il ricorso per cassazione non sia inammissibile per la manifesta infondatezza dei motivi prospettati, dato che, in tale caso, l'inammissibilità impedirebbe la declaratoria di "particolare tenuità"¹⁶.

Tale declaratoria presuppone, comunque, valutazioni di merito e la interlocuzione con i soggetti interessati. Ciò impone che, nel giudizio di legittimità, debba preventivamente verificarsi la sussistenza, in astratto, delle condizioni per il riconoscimento della causa di non punibilità, procedendo poi, in caso di esito positivo della verifica, all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di merito, affinché valuti se dichiarare il fatto non punibile o meno¹⁷.

Al riguardo, è necessario dar conto di due diversi orientamenti giurisprudenziali, che attribuiscono differente valenza alla regola del contraddittorio.

¹³ Cfr. Cass. n. 15449 dell'8 aprile 2015; GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131bis c.p.)*, in www.penalecontemporaneo.it; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 660.

¹⁴ GALLO, *La legge penale (Appunti delle lezioni)*, Torino, 1967, 22 ss; SINISCALCO, *Iretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, 98 ss

¹⁵ Cass., Sez. III, 30 novembre 2015, n. 47256; Id., Sez. III, 8 aprile 2015, MAZZAROTTO, in *Mass. Uff.*, n. 263308; Id., Sez. IV, 17 aprile 2015, Mauri, *ivi*, n. 263496

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 24 giugno 2015; Cass., Sez. F., 18 agosto 2015, n. 40152

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. V, n. 48020 del 7 ottobre 2015 in cui si legge "nei casi in cui risulti palese dalla sentenza impugnata la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali della causa di non punibilità e vi sia e un apprezzamento del giudice di merito che consenta di ritenere coerente la conclusione che il caso di specie debba essere ricondotto alla previsione di cui all'art. 131-bis, la Corte di cassazione può applicare direttamente la disposizione"

Secondo un primo indirizzo, il fondamento del potere di dichiarare l'esistenza della causa di non punibilità andrebbe ravvisato nell'art. 620, comma 1, lett. *h*, c.p.p., a norma del quale è prevista la pronuncia di sentenza di annullamento senza rinvio “*in ogni altro caso in cui la corte ritiene superfluo il rinvio ovvero può essa medesima procedere alla determinazione della pena o dare i provvedimenti necessari*”¹⁸.

Altro orientamento sostiene, invece, che la dichiarazione di non punibilità all'esito del giudizio di legittimità, per gli effetti negativi che produce - *in primis* per la possibile rilevanza nei giudizi civili ed amministrativi e per l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale - non sembra poter prescindere dall'instaurarsi di un pieno contraddittorio (che nel giudizio di legittimità non sarebbe garantito).

A tal fine acquistano rilevanza le valutazioni di merito effettuate nei precedenti gradi di giudizio, sicché il giudice di legittimità non potrà che basarsi “su quanto emerso nel corso del giudizio di merito tenendo conto, in modo particolare, della eventuale presenza, nella motivazione del provvedimento impugnato, di giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto, riguardando, la non punibilità, soltanto quei comportamenti (non abituali) che, sebbene non inoffensivi, in presenza dei presupposti normativamente indicati, risultino di così modesto rilievo da non ritenersi meritevoli di ulteriore considerazione in sede penale”¹⁹.

L'imprescindibile regola del contraddittorio, indipendentemente dall'esegesi prescelta, assume rilievo essenziale, tanto è vero che essa appare rinvigorita da un recente intervento della giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto precluso al giudice per le indagini preliminari disporre l'archiviazione per particolare tenuità del fatto se prima non abbia udito le parti in contraddittorio²⁰. L'instaurarsi di una relazione dialettica tra le parti, a garanzia dell'inviolabile diritto di difesa, assume rilievo in ogni fase del processo. In ossequio a quanto disposto dall'art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p., l'eventuale provvedimento di archiviazione deve essere preceduto da apposita richiesta da parte del magistrato del pubblico ministero, tenuto a portare a conoscenza delle parti la volontà di archiviare, in modo che possa essere instaurato il contraddittorio in camera di

¹⁸ Un precedente, specificamente relativo all'applicazione retroattiva da parte della Corte di Cassazione di una causa di non punibilità intervenuta nelle more del giudizio di legittimità, è offerto dalla Sent. Sez. VI, 26 aprile 2012, n. 17065, Cirillo, in *Mass. Uff.*, n. 252506. In tale vicenda, la Corte ha annullato senza rinvio, rilevando la sussistenza della causa di non punibilità della ritrattazione, di cui all'art. 376 c.p.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. III, sent. n. 15449 del 2015, in *www.foroitaliano.it*.

²⁰ Cfr. Cass., Sez. V, settembre 2016, n. 36857.

consiglio.

6. L'applicabilità nei processi pendenti dinanzi al giudice di pace

L'obiettivo di snellire i carichi giudiziari era esigenza particolarmente avvertita ben prima dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. Erano, in effetti, già presenti, nel nostro ordinamento, norme regolanti la "tenuità del fatto", sia pure limitate a due casi specifici: il procedimento minorile e quello davanti al giudice di pace.

Quanto al primo²¹, l'obiettivo non è tanto concludere il procedimento il più rapidamente possibile, ma, piuttosto, ridurre al minimo i disagi che il minore possa subire dalla partecipazione al giudizio penale, soprattutto per i risvolti che ne possono derivare sulla sua personalità²². A tale scopo sono stati predisposti, dal legislatore, una serie di strumenti tesi alla definizione anticipata del procedimento; tra essi particolare importanza riveste la "sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto", ex 27 del d.P.R. n. 448 del 1988.

Anche nel processo dinanzi al giudice di pace, tra le definizioni alternative del procedimento, è prevista l'esclusione della procedibilità nei casi di irrilevanza del fatto. Ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, il giudice può, durante le indagini preliminari, dichiarare, con decreto di archiviazione, non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, quando non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini. Se è già stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono. I presupposti sono i medesimi, anche se hanno una portata più limitata, correlata allo specifico interesse tutelato.

L'esigenza di "rinunciare" alla persecuzione di fatti caratterizzati da ridotta gravità e da minore allarme sociale è sottesa a tali previsioni.

È tuttavia, mentre l'art. 131 bis c.p. ha, come detto, natura giuridica di causa oggettiva di "esclusione della punibilità"²³, l'art 34 d.lgs. n. 274 del 2000, inve-

²¹ MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, 2009, 41

²² GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile, profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, 157.

²³ MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V, Milano, 2015, 409.

ce, per espressa previsione normativa, si caratterizza come causa di “esclusione della procedibilità”. La differenza non è di poco conto, in quanto ha dei risvolti soprattutto dal punto di vista del diritto sostanziale. Se nel primo caso ci troviamo di fronte ad un reato perfettamente configurato che si preferisce non punire, nel secondo, rilevando l’assenza di offensività dell’illecito, non sussiste lesione ad alcun bene giuridico. In altri termini, in quest’ultimo caso, il reato non si configura affatto.

La differenza tra i due istituti va rimarcata soprattutto in relazione alla diversa tutela degli interessi che intendono realizzare le norme che li disciplinano. Il mancato esercizio dell’azione penale, ex art. 34 d.lgs. 274 del 2000, si applica per quei reati che violano interessi a carattere pressoché individuale, tutelando prevalentemente beni giuridici afferenti a singoli soggetti. Invece, l’art. 131 bis c.p. ha una portata molto più ampia, riferendosi a diverse tipologie di reato, dai delitti alle contravvenzioni, includendo sia i reati di pericolo, che quelli di danno e coinvolgendo anche interessi pubblici e diffusi. La maggiore efficacia estensiva di quest’ultimo istituto implica un più ampio margine di discrezionalità del giudice nel valutare, da un lato, se sussiste o meno la particolare tenuità del fatto, soprattutto in riferimento alla sua intrinseca pericolosità sociale, e dall’altro, se la condotta è meramente occasionale.

Il concetto di “individualità degli interessi giuridici” ha una particolare valenza, ben presa in considerazione dal legislatore. Alla persona offesa è, infatti, attribuito un ruolo preminente sia nella fase iniziale del procedimento, che in quella finale. La persona offesa dal reato “è vista come una figura centrale del procedimento che viene coinvolta con una serie di facoltà e attribuzioni maggiori rispetto a quelli tipici del codice di rito”²⁴; evidentemente, si cerca di rivalutare l’interesse della persona offesa dal reato, condividendo, pienamente, l’idea di un giudizio di pace che abbia una finalità tendenzialmente “conciliativa”²⁵.

Quindi, la valutazione della particolare tenuità del fatto, nei giudizi pendenti dinanzi al giudice di pace, a differenza della maggiore discrezionalità riservata al giudice dall’art. 131 bis c.p., si caratterizza per una maggiore attenzione nei confronti della persona offesa. L’interesse, di cui è portatore la vittima del rea-

PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, 15, 20. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449 in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GATTA.

²⁴ COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, in *La giustizia penale differenziata*, II, coordinato da Santoriello, Torino, 2010, 14.

²⁵ MARZADURI, *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Compendio di procedura penale* a cura di Conso, Grevi, Bargis, Padova, 2015, 1267.

to valutato tanto nella fase delle indagini preliminari (in cui il giudice può disporre, con decreto di archiviazione, di non doversi procedere “solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento”), quanto a seguito dell’esercizio dell’azione penale, posto che “la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l’imputato e la persona offesa non si oppongono”.

Sin dal suo varo, l’art. 131 bis c.p. ha avuto un ambito di applicazione ben preciso rispetto all’irrelevanza del fatto di competenza del giudice di pace. La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato la netta distinzione tra i predetti istituti ritenendoli, uno, di competenza del giudice di pace, l’altro, di competenza del giudice ordinario, in ossequio alla loro diversa valenza applicativa. Si è, in quest’ottica, affermato che “la nuova causa di non punibilità per tenuità del fatto non si applica nei procedimenti dinanzi al giudice di pace. In tali processi trova applicazione la diversa e specifica esclusione della procedibilità prevista dall’articolo 34 del Dlgs 274/2000. Il giudice di pace dispone cioè di una tenuità propria, diversa da quella cui all’articolo 131 bis c.p.”²⁵. Quest’ultimo troverebbe applicazione, quindi, unicamente nei processi dinanzi al tribunale.

L’orientamento, seppur maggioritario, è stato, tuttavia, disatteso da talune prese di posizione, tese a riconoscere che l’art. 131 bis c.p. sia applicabile, nel rispetto dei limiti espressamente indicati dalla norma, a tutti i reati, ivi compresi quelli di competenza del giudice di pace²⁷: “l’operatività del d.lgs n. 274 del 2000, art. 34, è subordinata a condizioni più stringenti di quelle richieste dall’art. 131 bis c.p.”, che determinano divergenze strutturali di non poco conto tra i due istituti. Oltre alla differenza terminologica²⁸, ciò che genera maggiore *impasse* per l’applicazione dell’istituto dinanzi al giudice di pace è la sussistenza di un diritto potestativo di opposizione, di cui sono titolari sia l’imputato che la persona offesa - nel caso in cui l’azione penale sia stata esercitata - mentre nella fase precedente, quella delle indagini preliminari, può risultare un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Ritorna, in maniera preponderante, il riferimento alla tutela degli interessi individuali di cui l’art. 34 d.lgs 274 del 2000 è palese espressione. Tanto è vero che, in ogni caso, al giudice è rimessa la valutazione del pregiudizio che l’ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di

²⁵ Cfr. Cass., Sez. V, n. 13093 del 31 marzo 2016, in questo senso si pronunciano altre sentenze della Cass. Cfr. Cass., 4 dicembre 2015, n. 1510; Cass., 14 luglio 2016, n. 45996 e Cass., 20 agosto 2015, n. 38876.

²⁷ Cfr. Cass., n. 9713 del 28 febbraio 2017.

²⁸ Nell’art. 34 del d.lgs 274 del 2000 si fa riferimento al “fatto” e non all’ “offesa”.

studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato.

In un certo senso, l'interesse della persona offesa assume una rilevanza pregnante nei giudizi dinanzi al giudice di pace, collocando i due istituti su piani diversi di praticabilità e subordinando l'operatività di quest'ultimo ad una valutazione più ampia di quella richiesta dall'art. 131 bis c.p., che è, invece, ancorato, essenzialmente, anche se non solo, al grado dell'offesa.

A detta della Suprema Corte "può darsi che un fatto non rientrante nella previsione dell'art. 34 (perché, per esempio, mancante di occasionalità; perché osta alla sua immediata definizione un interesse della persona offesa; perché, dopo l'esercizio dell'azione penale, vi è opposizione dell'imputato o della persona offesa) rientri, invece, nella previsione dell'art. 131 *bis* (per esempio, perché si tratta di imputato che deve rispondere di una percossa quasi simbolica); viceversa, possono esservi casi definibili *ex art. 34*, anche se l'offesa superi il livello di offensività presupposto dall'art. 131 bis c.p. (per esempio, perché ostano alla procedibilità le particolari condizioni di salute dell'imputato)"²⁹.

In conclusione, le differenze sostanziali che riguardano i due istituti hanno indotto a ritenere che la disciplina prevista dall'art 131 bis. c.p., in ragione dei suoi presupposti applicativi più flessibili, sia applicabile anche ai giudizi dinanzi al giudice di pace, osservando che "sarebbe altamente irrazionale e contrario ai principi generali che una norma di diritto sostanziale - nata per evitare il pregiudizio derivante dalla condanna per fatti di minima offensività, che la coscienza comune percepisce come di minimo disvalore, e per ridurre i costi connessi al procedimento penale - sia inapplicabile proprio ai reati che, per essere di competenza del giudice di pace, sono ritenuti dal legislatore di minore gravità"³⁰.

In altri termini, pur sussistendo differenze tra gli istituti, che di fatto non possono passare inosservate, evidente è la comune ragion d'essere delle fattispecie, che condividono l'idea di ridurre al minimo l'intervento statale nell'ottica della razionalizzazione dell'applicazione della sanzione penale, che va considerata soluzione estrema tra quelle possibili. Sullo sfondo si staglia il principio di proporzionalità, che informa entrambe le norme regolanti l'evenienza di un fatto particolarmente tenue ed occasionale, che non giustifica l'intervento penale. L'istituto avrebbe meritato, quindi, una qualificazione in "via generale ed astratta", attraverso un coordinamento (che è mancato) tra

²⁹ Cfr. Cass. n. 9713 del 28 febbraio 2017.

³⁰ *Ibid*

la disciplina dell'art. 34 d.lgs. 274 del 2000 e l'art. 131-*bis* c.p.

A dirimere i contrasti interpretativi sono dovute intervenire le Sezioni unite, che hanno affermato che la causa di esclusione della punibilità per **particolare tenuità del fatto**, prevista dall'art. 131-*bis* c.p., **non è applicabile** nei procedimenti relativi a reati di competenza del **giudice di pace**³¹.

7. La sanzione penale come *extrema ratio* e l'idea di pena "opportuna".

La novella dà conto del valore di *extrema ratio* che l'ordinamento vuole sia riconosciuto alla sanzione penale³².

Tale principio, che attraverso i numerosi reati contravvenzionali sembra essere disapplicato, impone la valutazione di un diritto penale a "carattere sussidiario"³³. Ciò significa che il ricorso alla pena statutale è giustificato solo quando gli strumenti di tutela predisposti dalle diverse branche del diritto, sia esso civile o amministrativo, risultino insufficienti alla realizzazione dello scopo di proteggere il bene giuridico.

La sussidiarietà del diritto penale è principio pienamente condiviso dall'art. 131 bis c.p. Esso, oltre ad assolvere la preminente esigenza di economia processuale, risulta essere pienamente in regola con i principi fondamentali della Carta costituzionale, soprattutto per quanto concerne i criteri di proporzionalità e meritevolezza della pena a cui un diritto penale del fatto, costituzionalmente orientato, deve necessariamente ispirarsi³⁴. Proporzionalità e sussidiarietà rappresentano un criterio logico che deve essere immanente in ogni Stato di diritto. Tale criterio impone che la restrizione dei diritti dei singoli, attraverso le pene e le misure di sicurezza, sia attuata nei soli casi di stretta necessità, onde evitare l'incentivazione ad uno stato di polizia³⁵.

Trattasi, insomma, di innovazione adesiva ad una concezione costituzionale del diritto penale, che porta con sé l'idea di pena come soluzione sanzionatoria estrema, da applicare in modo razionale ed intelligente, in linea con il duplice obiettivo di snellimento dei carichi giudiziari e di decarcerizzazione.

Emerge, da siffatto contesto normativo, la volontà di rendere effettivo il prin-

³¹ Cfr. Cass., Sez. un. sent. n. 53683 del 28 novembre 2017.

³² PALIERO, *Minima non curata preator. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 627 ss; DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 1654; DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale: profili generali introduttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 889 ss.

³³ Cfr. ROMANO, *Meritevolezza della pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

³⁴ BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 661 ss.

³⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Torino, 2011, 29 ss.

cipio del minor sacrificio dei diritti inviolabili, condiviso anche dalle “nuove pene detentive non carcerarie”³⁶.

Risulta, dunque, preminente l’obiettivo di rimediare all’endemico e radicato problema del sovraffollamento delle carceri. Esso, infatti, rappresenta una piaga per il nostro sistema penitenziario, che ha come unico risultato finale “un antistorico e incostituzionale incremento reale, effettivo, dell’afflittività della pena carceraria”³⁷.

Le misure di decarcerizzazione, a tale scopo, sono finalizzate a fronteggiare l’imbarazzante inadeguatezza di un sistema penitenziario che confligge col diritto di ogni detenuto ad una pena di certo retributiva, ma che dovrebbe essere prioritariamente rieducativa e non contraria al senso di umanità, nel pieno rispetto dell’art. 27, comma 3, Cost. La necessità impellente, quindi, è adeguare il nostro sistema penitenziario ai principi di legalità e di proporzionalità sviluppati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo³⁸.

In ogni caso, desta particolare preoccupazione la progressiva dilatazione della sanzione penale ed il conseguente allontanamento della pena dalla sua natura di *extrema ratio*. La conseguenza più evidente è la perdita della sua capacità general-preventiva. Infatti, se la sanzione penale deve operare solo quando non vi siano altri adeguati strumenti di tutela, la sua applicazione, per ogni minima violazione dei beni giuridici, determinerebbe uno svilimento della sua funzione deterrente. A fronte, quindi, di una depenalizzazione dei diversi reati contravvenzionali, che stenta ad arrivare, il nuovo istituto sembra, per lo meno, capace di assolvere i fondamentali principi di sussidiarietà, proporzionalità e meritevolezza a cui aspira il diritto penale.

In altre parole, in mancanza dell’effettività della pena, o meglio della sua certezza nella fase della esecuzione ed in presenza di un evidente problema di

³⁶ D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10

³⁷ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 102.

³⁸ VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU su sovraffollamento delle carceri Italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*; MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Dir. & Giurisd.*, 2015, 3 ss.

La sentenza della Corte EDU, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, dell’8 gennaio 2013 è l’ennesimo provvedimento di condanna nei confronti dell’Italia per violazione dell’articolo 3 della CEDU, a norma del quale “nessuno può essere sottoposto a pene o trattamenti inumani o degradanti”. La Corte Europea ha invitato il nostro Paese ad adottare un sistema di ricorsi interni necessari a garantire il rispetto di questo diritto. ADDANTE, *La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove*, in *questa Rivista*, 2016, 2. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l’interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis c.p.*, in *questa Rivista*, 2015, 2.

sovraffollamento carcerario, il legislatore ha operato una scelta di “opportunità”: depenalizzare il fatto ritenuto tenue.

Tale interpretazione viene confermata anche dalla sentenza³⁹ della Corte di cassazione n. 24100 del 2018, laddove si sottolinea la valutazione rimessa al giudice sul ridottissimo grado di offensività dell’illecito in contestazione.

Sul punto, inoltre, è necessario segnalare la recente pronuncia della Suprema Corte n. 39413, depositata l’8 settembre 2018, che ha ritenuto applicabile la causa di non punibilità della “particolare tenuità del fatto” ai reati di omissione di versamenti contributivi, per i quali il legislatore abbia fissato una soglia di punibilità, solo se gli importi omessi superino di poco l’ammontare di tale soglia, evidenziando, ancora una volta, la necessità di ancorare il giudizio alla offensività della condotta.

In conclusione, alla luce dei principi sanciti dalla giurisprudenza, non appare forzato ritenere che l’introduzione dell’art. 131 *bis* c.p.p. abbia delegato al giudice il potere di mandare esenti da pena fatti costituenti reato, piuttosto che depenalizzare quei reati per i quali la sanzione penale non avrebbe ragione di essere prevista.

³⁹ Cass. Sez. IV n. 24100 del 22 marzo 2018. “Occorre, dunque, compiere una valutazione relativa al fatto concreto; verificare se la irripetibile manifestazione dell’illecito presenti un ridottissimo grado di offensività. Il recente istituto di cui all’art. 131 bis cod. pen. si giustifica, infatti, alla luce della riconosciuta gradabilità del reato in relazione al disvalore d’azione e di evento nonché all’intensità della colpevolezza. Il legislatore, infatti, ha limitato il campo d’applicazione del nuovo istituto proprio in relazione alla gravità del reato, desunta dalla pena edittale massima; e alla non abitualità del comportamento. In tale ambito, il fatto particolarmente tenue va individuato alla stregua di caratteri riconducibili a tre categorie di indicatori: le modalità della condotta, l’esiguità del danno o del pericolo, il grado della colpevolezza”.