

## TEMI D'ATTUALITÀ

---

**MARCO GAMBARDELLA**

### **Chi ha paura dell'art. 131-bis c.p.? Sull'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati di competenza del giudice di pace**

Il contributo si sofferma sull'applicazione - "contrastata" in giurisprudenza - della nuova causa di non punibilità, di cui all'art. 131-bis c.p., nel procedimento innanzi al giudice di pace; in quest'ultimo procedimento, come è noto, è prevista la diversa causa di esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000).

*The article focuses on the application, "contrasted" with the case law, the new cause of non-punishment referred to in art. 131-bis c.p. In the proceedings before the court of peace, which contains the different cause of the exclusion of procedurally in cases of particular tenuity of the facts (art. 34 of Legislative Decree 274/2000).*

**SOMMARIO:** 1. L'iniziale diffidenza verso il nuovo istituto. - 2. La generale operatività della nuova causa di non punibilità. - 3. L'art. 16 c.p.: i rapporti tra codice penale e leggi penali "speciali". - 4. La relazione normativa di eterogeneità tra l'art. 131-bis c.p. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000. - 5. Qualche riflessione di sintesi.

#### **1. L'iniziale diffidenza verso il nuovo istituto**

Negli ultimi anni, tra le riforme portate a termine dal legislatore, non v'è dubbio che un posto di rilievo spetta all'introduzione nella parte generale del codice penale dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Eppure, una parte della prassi giudiziaria ha accolto con diffidenza l'istituto in questione. Diffidenza che si è tradotta in una immediata opera di delimitazione del campo applicativo della nuova causa di non punibilità del fatto di "scarsa gravità"<sup>1</sup>.

Diciamolo subito, si tratta di un tentativo che al momento fortunatamente non sembra riuscito, ma che proprio in relazione all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nei procedimenti concernenti reati di competenza del giudice di pace affronta la sua prova più difficile.

A riprova di ciò, si esaminano brevemente due esempi di notevole importanza pratica, in cui si è manifestata una (considerevole) diffidenza nei confronti della nuova causa generale di non punibilità; scetticismo poi mitigato a seguito

---

<sup>1</sup> Sulla perdita di consensi dell'attesa riforma, cfr. le riflessioni di R. RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, 459 ss.

dell'intervento risolutivo delle Sezioni unite penali.

Anzitutto si è messa in dubbio l'immediata applicazione della causa di non punibilità nei procedimenti pendenti in cassazione. Inoltre si è contestato l'impiego dello strumento in questione rispetto ai reati caratterizzati dalla presenza di soglie di punibilità.

Per i procedimenti penali in corso, nessun limite può sussistere dal punto di vista temporale e di "fase" all'impiego del nuovo istituto contemplato all'art. 131-*bis* c.p.: deve essere applicata necessariamente la legge più favorevole tra quelle succedutesi dal momento di commissione del fatto a quello della sentenza definitiva (art. 2, co. 4, c.p.)<sup>2</sup>. Si è trattata invero di una modifica che ha inciso in senso favorevole nel sistema penale, e dunque la nuova causa di non punibilità appare assoggettabile alle garanzie previste dal principio di retroattività della legge penale più favorevole, che ormai beneficia di copertura costituzionale e convenzionale<sup>3</sup>.

In tal senso, le Sezioni unite si sono pronunciate affermando che la causa di non punibilità ha natura sostanziale ed è dunque applicabile anche ai procedimenti in corso, ivi compresi quelli pendenti in sede di legittimità, in cui la Corte *ex art.* 609, co. 2, c.p.p. può rilevare d'ufficio le condizioni di applicabilità della nuova disciplina, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della decisione impugnata; e in caso di valutazione positiva annullare senza rinvio (art. 620, co. 1, lett. *I* c.p.p.)<sup>4</sup>.

Per quanto concerne i reati in cui il legislatore ha inserito una soglia per la rilevanza penale della condotta sotto la quale la condotta stessa viene in rilievo come illecito amministrativo, si è respinta la soluzione negativa prospettata da una parte della dottrina e della giurisprudenza secondo cui non è applicabile la nuova causa di non punibilità perché la particolare tenuità dell'offesa è confinata al di là del limite normativo, nell'ambito del penalmente irrilevante<sup>5</sup>.

Ebbene non si può qui escludere in astratto l'applicabilità del nuovo articolo

---

<sup>2</sup> Cfr. R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2015, 1330 e 1333.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 210 del 2013; Corte EDU, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un. 25 febbraio 2016, Tushaj, in *Mass. Uff.*, n. 266593 e n. 266594. Cfr. in proposito per una ricostruzione delle varie questioni R. APRATI, *Profili processuali della "tenuità del fatto"*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2017, 605 ss.

<sup>5</sup> Per la compatibilità si era espressa, ad es., R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., 1320 ss.

131-*bis* c.p., giacché l'offesa è sempre graduabile ulteriormente, anche se minima<sup>6</sup>. E correttamente le Sezioni unite hanno affermato in questo senso che la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto è configurabile anche in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza non essendo, in astratto, incompatibile con il giudizio di particolare tenuità la presenza di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica, rapportate ai valori di tassi alcolemici accertati, anche nel caso in cui, al di sotto della soglia di rilevanza penale, vi è una fattispecie che integra un illecito amministrativo<sup>7</sup>.

In una seconda coeva pronuncia le Sezioni unite hanno ribadito tali principi, ritenendo applicabile la nuova causa di non punibilità con riferimento ai reati di pericolo astratto e/o presunto e a quelli strutturati su una mera disobbedienza (come il reato di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolemico)<sup>8</sup>.

## 2. La generale operatività della nuova causa di non punibilità

Ora, venendo alla applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di pace, come è noto sulla questione si è sviluppato un contrasto giurisprudenziale. L'orientamento maggioritario esclude l'operatività dell'istituto nella giurisdizione onoraria per la presenza della "speciale" disciplina di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000. Pertanto, opportunamente, la soluzione della controversa questione è stata affidata alle Sezioni unite (ai sensi dell'art. 618 c.p.p.)<sup>9</sup>.

In primo luogo, la soluzione in senso positivo della questione rimessa al massimo Consesso può correttamente rinvenirsi nell'orizzonte in cui si iscrive la nuova causa di non punibilità: si tratta di uno strumento di depenalizzazione in concreto e non di depenalizzazione in astratto. Mentre quest'ultima è una vicenda del tutto assimilabile alla *abolitio criminis*: eliminazione dal catalogo delle incriminazioni di una figura di reato, attraverso una degradazione della figura di illecito da penale ad amministrativo; viceversa la prima opera unicamente rispetto al singolo "fatto in concreto", espungendo dall'area della punibilità quei fatti storici che ne appaiono "immeritevoli".

La particolare tenuità del fatto non è dunque un elemento costitutivo, generalmente applicabile ai reati per i quali è stabilita la pena detentiva non supe-

<sup>6</sup> Cfr. ampiamente al riguardo lo studio di P. POMANTI, *La esiguità da criterio di selezione della "tipicità bagatellare" ad indice di esclusione della punibilità*, Pisa, 2017, 16 ss.

<sup>7</sup> Cass., Sez. un. 25 febbraio 2016, Tushaj, in *Mass. Uff.*, n. 266589.

<sup>8</sup> Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, Coccomiglio, in *Mass. Uff.*, n. 266595.

<sup>9</sup> Cass., Sez. III, ord. 4 aprile 2017, n. 20245. Sulla rimessione alle Sezioni unite e ai contrastanti orientamenti, cfr. C.M. CELOTTO, *Art. 131-bis e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ss.

riore nel massimo a cinque anni; non connota ulteriormente tutte queste figure di reato, restringendone l'astratta fattispecie, così da determinare una parziale *abolitio criminis* con effetti iperretroattivi. L'istituto della particolare tenuità di cui all'art. 131-*bis* c.p. concerne il modo in cui si è realizzato il "fatto storico" nel momento in cui è stato commesso.

Il nuovo istituto presuppone un fatto tipico, antiggiuridico, colpevole e anche offensivo, ma l'autore di esso non viene punito sulla scorta di una valutazione di opportunità legata al caso concreto, perché il fatto è di particolare tenuità. Si tratta di una causa di non punibilità generale, "oggettiva" e in senso stretto: l'offesa per essere "esigua" deve comunque ricorrere. Il fondamento costituzionale (e razionale) della causa di non punibilità risiede perciò nel principio di proporzionalità: il fatto concreto è di così scarsa gravità che risulta inferiore alla misura minima della pena che il giudice dovrebbe infliggere<sup>10</sup>.

E quindi netta distinzione dall'istituto del reato impossibile (art. 49, co. 2, c.p.) in cui vi è una mancanza totale di offensività, e pertanto il fatto è "atipico"; manca qui un requisito costitutivo del reato e il fatto di conseguenza non costituisce reato<sup>11</sup>.

Come ben spiegato dalla giurisprudenza di legittimità - in materia di coltivazione di piante di *cannabis* - l'art. 131-*bis* c.p. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti: presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità; ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato<sup>12</sup>.

Orbene, non v'è dubbio allora che la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. opera riguardo a qualsiasi figura criminosa, in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti fissati dal legislatore nella disposizione stessa. Altre delimitazioni, oltre quelle che il legislatore del 2015 ha individuato all'interno della disciplina specifica, non ne possiamo identificare. E se non ne siamo soddisfatti, la strada è quella di invocare l'opportuna modificazione legislativa, ovvero investire la Corte costituzionale della ragionevolezza delle scelte legislative *illo tempore* compiute<sup>13</sup>. Proprio perché banalmente l'istituto

<sup>10</sup> Si veda in tal senso F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 612 ss.; della stessa opinione G. AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, Giuffrè, 2017, in corso di pubblicazione, 6 ss. (dattiloscritto); R. RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, cit., 463 ss.

<sup>11</sup> Cfr. ancora F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 613.

<sup>12</sup> Cass., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254. V. anche M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017, 292.

<sup>13</sup> In senso difforme, cfr. però BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in

in questione non attiene alle astratte figure di reato, ma va messo in rapporto con il fatto storico: con la condotta così come è stata posta in essere dall'agente in carne ed ossa; una causa di non punibilità in senso stretto, che opera unicamente rispetto ad un determinato accadimento concreto, in presenza di una particolare tenuità del fatto storico, rendendo non opportuno perché non "proporzionato" assoggettare a sanzione penale il singolo autore. E ciò è stato chiarito in modo ineccepibile dalle Sezioni unite Tushaj: il riferimento nel testo dell'art. 131-*bis* c.p. alle "modalità della condotta" rende evidente che la nuova causa di non punibilità non prende in esame la "condotta tipica", bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del "comportamento storico", al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena<sup>14</sup>. Aggiungono le Sezioni unite Tushaj che la novella del 2015 ha inteso riferirsi alla connotazione storica della condotta, essendo in questione non la conformità al tipo, ma l'entità del suo complessivo disvalore. E pertanto essendo in esame «la caratterizzazione del fatto storico nella sua interezza, non si dà tipologia di reato per la quale non sia possibile la considerazione della modalità della condotta; ed in cui sia quindi inibita ontologicamente l'applicazione del nuovo istituto». Non dovendosi erroneamente - per sostenere il contrario - sovrapporre in modo improprio il fatto tipico e il fatto storico (l'offesa e la sua entità). Con il concreto rischio di un esito paradossale: l'esclusione dal campo di applicazione dell'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. dei reati bagatelari, di quei reati cioè ascrivibili a tipologie di reato astrattamente meno gravi<sup>15</sup>.

### 3. L'art. 16 c.p.: i rapporti tra codice penale e leggi penali "speciali"

Nell'art. 16 c.p. è "miniaturizzata" la logica dell'ordinamento penale: al codice penale è assegnato il compito di provvedere alla tutela penale di interessi generali e molto rilevanti - si tratta della Legge fondamentale. Alle "altre leggi" (speciali/complementari) è attribuita invece la tutela di interessi particolari ad integrazione del codice penale<sup>16</sup>. Secondo la giurisprudenza, il codice penale rappresenta così la legge fondamentale chiamata a fornire alla applicazione

---

*Dir.pen. proc.*, 2015, n. 6, 664 ss., secondo cui l'art. 131 *bis* c.p. non trova applicazione all'interno del sistema penale minorile e del giudice di pace.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un. 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

<sup>15</sup> Cass., Sez. un. 25 febbraio 2016, Tushaj, cit. Nel senso che l'art. 131-*bis* c.p. è applicabile ad ogni fattispecie criminosa, cfr. anche la coeva Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, Coccomiglio, cit.

<sup>16</sup> Cfr. la spiegazione particolarmente chiara fornita da C. SALTELLI, E. ROMANO, DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. I, Torino, 1940, 127 ss. V. adesso per una valorizzazione dell'art. 16 c.p. nel senso della "centralità del codice" A. FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione*, Torino, 2016, 54 ss.

delle leggi speciali e complementari i necessari principi<sup>17</sup>. Tale schema generale era già contenuto nel codice Zanardelli del 1889 all'art. 10 c.p., con una formulazione normativa che ricalcava quella attuale.

A ben vedere tuttavia è soltanto nella porzione iniziale dell'art. 16 c.p. che è espresso il principio della centralità del codice penale e delle sue regole, le quali si applicano perciò anche alla legislazione penale complementare (o "speciale"). Vi è dunque un presupposto implicito o sottinteso nella disposizione: che nella legislazione complementare non vi sia alcuna regolamentazione in proposito, non si prenda dunque in considerazione quella "materia". La seconda porzione dell'enunciato dell'art. 16 c.p. svolge invece un ruolo diverso all'interno del sistema penale, che condivide con l'art. 15 c.p. e con le altre disposizioni codicistiche sul concorso di norme (artt. 68 e 84 c.p., reato complesso e circostanza complessa). L'art. 16 c.p. nella parte finale contiene in effetti una "meta-norma": non detta ossia una disciplina che regola direttamente una condotta umana, bensì stabilisce in presenza di un concorso tra due norme (la norma codicistica e la norma della legislazione complementare) quale si applichi, rendendo così il concorso di norme soltanto "apparente" e non "reale". Anche nella prima sezione dell'enunciato dell'art. 16 c.p. è racchiusa a ben vedere una "meta-norma", che serve però a prevenire le possibili lacune di disciplina nella legislazione complementare.

Ebbene nell'enunciato dell'art. 16 c.p. possono allora individuarsi due autonomi segmenti (peraltro separati tra loro nel testo dell'articolo da una virgola) che regolano situazioni diverse.

Nella prima parte dell'enunciato si prende in considerazione la situazione in cui nella legge complementare un certo caso non è disciplinato, ma è disciplinato unicamente dal codice penale. E qui si stabilisce il solenne principio di unità dogmatica dell'intero diritto penale: l'applicabilità delle disposizioni del codice penale anche alle "altre leggi penali speciali" (secondo l'espressione della rubrica dell'art. 16 c.p., le leggi diverse dal codice penale ossia "complementari")<sup>18</sup>.

Si estendono le disposizioni del codice penale alle leggi penali complementari: non solo quelle della parte generale (ad esempio, la regola dell'art. 42 c.p. sulla necessità per i delitti di una espressa previsione della colpa), ma altresì quelle della parte speciale del codice Rocco. Un esempio di quest'ultimo caso è fornito dalle disposizioni di carattere definitorio dislocate nella parte speciale del codice penale: si pensi alla nozione di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o

<sup>17</sup> Cass., Sez. I, 19 novembre 1965, in *Mass. Uff.*, n. 100030.

<sup>18</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, 175 ss.

di incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.) ovvero alla nozione di prossimo congiunto (art. 307, co. 4, c.p.); si tratta di qualificazioni soggettive dettate “agli effetti della legge penale” come si evince dall’*incipit* delle disposizioni appena menzionate<sup>19</sup>.

È solo nella seconda parte dell’enunciato dell’art. 16 c.p. che si regola il fenomeno del concorso di norme e si risolve in pratica il concorso tra le norme coesistenti. Sicché è necessario collocare tale disciplina nel più ampio ambito già segnato dal precedente e attiguo, sotto il profilo topografico, art. 15 c.p.

In definitiva, nella seconda parte dell’art. 16 c.p. si prende in esame il concorso di norme, in quanto viene disciplinata la situazione in cui nella legislazione complementare si regola esplicitamente il caso regolato anche dal codice penale. Ecco che sorge dunque un concorso di norme: la teorica convergenza cioè di più norme su un medesimo accadimento.

Ai sensi del secondo segmento dell’enunciato di cui all’art. 16 c.p., le disposizioni del codice penale non si applicano alla legislazione complementare se in quest’ultima è “stabilito altrimenti”. È evidente dunque che tale seconda parte dell’enunciato legislativo non regoli più una situazione in cui il caso trova la sua disciplina soltanto nel codice penale, bensì vi è una disciplina dell’accadimento tanto nel codice penale quanto nella “legge penale speciale”. L’art. 16 c.p. nell’ultima parte condivide con l’art. 15 c.p. la seguente funzione: serve in pratica ad evitare il concorso di norme e ad imporre l’applicazione di una sola norma, la speciale, quando vi siano due norme poste tra loro in rapporto di genere a specie (e dunque regolano per forza la “stessa materia” nel lessico del codice).

L’art. 16 c.p., nella parte in cui affronta il fenomeno del concorso di norme (norma del codice penale e norma della legislazione complementare) che regolano lo stesso caso, dev’essere raccordato al precedente art. 15 c.p.: è un’ipotesi di peculiare applicazione del principio di specialità e pertanto deve essere interpretato – come per l’art. 15 c.p. – nel senso di riferirsi non al generico fenomeno del concorso di norme, ma unicamente al concorso di norme che si trovano in rapporto di specialità tra loro<sup>20</sup>. Di quelle ipotesi, dunque, di concorso di norme risolte nel senso dell’apparenza del concorso, poiché è imposta l’applicazione della sola norma speciale. Nell’art. 15 c.p. la legge speciale “deroga” alla legge generale, nel senso infatti che ne circoscrive

<sup>19</sup> Sul punto cfr. T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, 27 ss.

<sup>20</sup> In dottrina, in relazione all’art. 15 c.p. così M. ROMANO, *Commentario del codice penale*, vol. I, cit., 159 ss.; in giurisprudenza per questa soluzione Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano, in *Mass. Uff.*, n. 248864.

l'ambito di efficacia.

L'inciso finale dell'art. 16 c.p. ("in quanto non sia da queste stabilito altrimenti") ci segnala che nella legge penale complementare si è presa in considerazione specificamente quella "materia" regolata anche dal codice penale. E dunque che si è instaurata un'astratta relazione concorsuale tra due norme (codicistica/extracodicistica) in rapporto di genere a specie, le quali disciplinano lo stesso caso.

Il concorso di norme è risolto dall'ultima parte dell'art. 16 c.p. in favore della norma extracodicistica, che deve trovare dunque da applicazione. Ma deve esserci un concorso di norme in rapporto di specialità tra loro: se non si configura siffatta relazione di genere a specie tra la norma codicistica e quella della legislazione complementare non opera la seconda parte dell'art. 16 c.p. Opera invece la prima parte dell'art. 16 c.p., con l'applicazione della norma codicistica non essendo quel caso effettivamente preso in considerazione anche dalla norma extracodicistica.

In realtà, nel nostro sistema abbiamo esempi in cui, operando l'art. 16 seconda parte c.p., non si applica (almeno integralmente) la disciplina codicistica relativa al fatto di particolare tenuità. Uno di questi è rinvenibile in materia di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.). Invero, la disciplina della non punibilità per particolare tenuità fatto è nella legge penale complementare (art. 2621-ter c.c.) "speciale" rispetto a quella dell'art. 131 *bis* c.p. e deve essere applicata dunque in luogo di quella del codice penale. Il legislatore del 2015 ha inserito infatti all'art. 2621-ter c.c. (l. n. 69 del 2015) una disciplina che, rispetto a quella del codice penale (art. 131-*bis* c.p.), contiene "in aggiunta" un requisito specializzante: il dovere del giudice di valutare, ai fini della non punibilità per la tenuità del fatto offensivo, l'entità del danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori.

Gli incisi finali degli artt. 15 e 16 c.p. hanno, in definitiva, una logica completamente diversa. Mentre quello dell'art. 15 c.p. permette di escludere il concorso di norme non solo sulla base dell'utilizzo del criterio della *lex specialis*, ma impiegando altri criteri (come ad esempio quelli di assorbimento e consumazione) e comunque rinvia alle clausole di riserva previste nelle singole norme incriminatrici che in alternativa al principio di specialità evitano il concorso<sup>21</sup>; viceversa l'inciso finale dell'art. 16 c.p. introduce un caso concernente un concorso di norme (norma del codice penale e norma della legislazione complementare), risolvendolo in favore della applicazione dalla sola norma extracodicistica per la sua natura di *lex specialis*.

---

<sup>21</sup> Cfr. in tal senso Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino.

#### 4. La relazione normativa di eterogeneità tra l'art. 131-*bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000

Se sono allora corrette le premesse, soltanto qualora la disciplina della causa di non punibilità codicistica e quella della causa di non procedibilità ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 siano in rapporto di genere a specie appare possibile sostenere che l'art. 131 *bis* c.p. non operi nei procedimenti penali di competenza del giudice di pace, ai sensi della seconda parte dell'art. 16 c.p.

Al cospetto di una relazione di incompatibilità o interferenza normativa, opererebbe altrimenti la prima porzione dell'art. 16 c.p., che estende le disposizioni del codice penale - e dunque l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p. - alle leggi complementari (e qui alla competenza penale del giudice di pace) se per quel caso non è prevista una disciplina specifica.

Proviamo dunque a verificare se l'art. 131-*bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 siano o meno in rapporto di specialità tra loro. Ribandendo che se le norme sono in rapporto di specialità, nella giurisdizione onoraria deve trovare applicazione soltanto l'art. 34; per contro, se si configura un rapporto di interferenza (o di incompatibilità) il giudice di pace può impiegare anche lo strumento codicistico di depenalizzazione "in concreto".

Innanzitutto, il sintagma "rapporto di specialità tra norme" implica un concetto di relazione in cui una norma si trova con un'altra. In presenza di tale relazione normativa, poi, la norma speciale sostituisce la sua disciplina del caso a quella della norma generale.

Il predicato della specialità consegue, pertanto, ad un giudizio di comparazione tra due norme: si tratta di un giudizio "relativo" di comparazione, perché una norma non è generale in sé e per sé, ma in relazione ad un'altra norma, la norma speciale appunto<sup>22</sup>.

Si definisce (anche nella giurisprudenza delle Sezioni unite) norma speciale quella che sul piano della struttura della fattispecie contiene tutti gli elementi della norma generale e che presenta uno o più elementi che hanno funzione specializzante; cosicché le classi di fattispecie riconducibili sotto la norma speciale se quest'ultima mancasse ricadrebbero nell'ambito applicativo della norma generale<sup>23</sup>.

Non sono riconducibili a una relazione di genere a specie quelle norme che, instaurato un raffronto logico-strutturale tra gli elementi costitutivi delle rispet-

---

<sup>22</sup> Così N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 53 ss. Sul tema, cfr. l'ampia opera di S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010.

<sup>23</sup> Espressamente in tal senso Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano, cit.; in dottrina, ad es., così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2015, 487.

tive fattispecie, presentino requisiti eterogenei sul piano della struttura della fattispecie.

In primo luogo, la relazione tra norme va definita non di “specialità”, bensì di “incompatibilità” quando le fattispecie che costituiscono le due norme in raffronto sono tra loro in rapporto di completa (o significativa) eterogeneità strutturale.

Si deve inoltre escludere l’esistenza di un rapporto di specialità tra norme, allorché sul piano strutturale ciascuna delle fattispecie contenga – oltre ad un nucleo di elementi comuni – elementi esclusivamente propri ed estranei rispetto all’altra. Anche in tal caso si configura una situazione di eterogeneità. Si parla di “specialità reciproca bilateralmente per aggiunta”: entrambe le norme presentano, sotto il profilo della struttura di fattispecie, elementi eterogenei. Le norme sono dunque in rapporto di “interferenza” tra loro<sup>24</sup>.

Ora, sul piano strutturale, degli elementi di fattispecie, gli artt. 131-*bis* c.p. e 34 d.lgs. n. 274 del 2000 contengono requisiti differenti tra loro, sebbene esista un nucleo comune: l’elemento della esiguità dell’offesa (danno/pericolo). Non bisogna dunque farsi fuorviare dal comune elemento dell’esiguità del danno o del pericolo per l’interesse protetto dall’incriminazione, ciascuna delle due norme ha in più requisiti non previsti nell’altra e che sono vicendevolmente eterogenei<sup>25</sup>.

E pertanto dal punto di vista strutturale, non può instaurarsi fra l’art. 131-*bis* c.p. e l’art. 34 d.lgs. cit. una relazione normativa di genere a specie. Tra le due norme in questione si configura un legame di c.d. interferenza: avendo quanto alla struttura un nucleo in comune di fattispecie (l’esiguità della offesa al bene oggetto di tutela penalistica), ma elementi reciprocamente eterogenei<sup>26</sup>.

In ben due pronunce la Corte costituzionale ne ha sottolineato la diversa “natura”. Si è scritto, infatti, che l’art. 131-*bis* c.p. «costituisce una disposizione

<sup>24</sup> Cfr. GA. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980, 59 ss.; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 205 ss.; M. GAMBARDELLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 234 ss.

<sup>25</sup> Si tratta di “due modelli profondamente diversi di proscioglimento per tenuità”, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 2, 104. In una pronuncia la Corte di cassazione ha, ad esempio, evidenziato che tra i due istituti presi in esame esiste un rapporto di specialità reciproca poiché, intorno ad un nucleo fondamentale comune ruotano una serie di istituti e riti speciali, funzionali alle esigenze proprie di ciascun procedimento (Cass., Sez. fer., 20 agosto 2015, n. 38876).

<sup>26</sup> Ricostruisce correttamente il rapporto tra le due norme (art. 131-*bis* c.p. e art. 34 d.lgs. n. 274/2000) in termini di “interferenza”, C.M. CELOTTO, *Art. 131-bis e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto*, cit., 10 ss. In senso contrario, v. però R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 664.

sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, perché configura la particolare tenuità dell'offesa come una causa di non punibilità, invece che come una causa di non procedibilità». Aggiungendosi inoltre che l'art. 131 *bis* c.p. nella sua formulazione «non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla “non abitudine del comportamento”), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato»<sup>27</sup>.

Diversità intrinseca dei due istituti che li rende non sovrapponibili, poiché il legislatore per il giudizio dinanzi al giudice di pace ha previsto un istituto processuale, mentre l'art. 131-*bis* c.p. disciplina un istituto sostanziale.

La Corte costituzionale - nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost. nella parte in cui non prevede(va) una formula di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto", "simmetrica ed analoga" a quella prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 - ha poi precisato che il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto" strutturata diversamente e senza richiedere tutte le condizioni previste dall'art. 34 cit.; confermando così che nulla impedisce a due diverse ipotesi di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto di coesistere nel medesimo ordinamento<sup>28</sup>.

Quanto al “profilo funzionale”, la nuova causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. rinviene la sua *ratio* nel principio di proporzione, evitando la punizione di una condotta concreta la cui gravità sia inferiore a quella considerata in astratto dal legislatore allorché ha stabilito la cornice edittale. Pertanto, la concreta condotta si situa al di sotto della meritevolezza di pena. L'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. implica nondimeno un accertamento di responsabilità, e inoltre l'iscrizione nel casellario giudiziale<sup>29</sup>.

Anche secondo le Sezioni unite Tushaj il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale. Esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed *extrema ratio*; con effetti anche in tema di deflazione. Lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti

<sup>27</sup> Corte cost., ord. 24 febbraio 2017, n. 46; Id., sent. 3 marzo 2015, n. 25. Nel senso che l'istituto delineato dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 integra una causa di non procedibilità, cfr. ad es. C. CESARI, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Torino, 2001, 334 ss.; G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Aggiornamento, II, 297 ss.

<sup>28</sup> Corte cost., n. 25 del 2015. Cfr. inoltre Cass., Sez. fer., 20 agosto 2015, n. 38876.

<sup>29</sup> In tal senso, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 615 ss.; v. altresì P. POMANTI, *La esiguità da criterio di selezione della “tipicità bagatellare”*, cit., 209 ss.

marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione s'intrecciano coerentemente<sup>30</sup>.

Diversamente la causa di improcedibilità di cui all'art. 34 rinviene il proprio fondamento giustificativo nella finalità conciliativa, che rappresenta una caratteristica fondamentale del sistema delineato dal d.lgs. n. 274 del 2000. Si tratta di un meccanismo di definizione "alternativo" del procedimento, funzionale alle prevalenti esigenze di ricomposizione del conflitto; esigenze che contraddistinguono il modello di giurisdizione onoraria<sup>31</sup>.

Come anche sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, al giudice di pace è istituzionalmente assegnato il compito di "favorire" per quanto possibile la conciliazione tra le parti (Corte cost., ord. 228 del 2005; Corte cost., ord. 27 del 2007).

Riguardo all'"ambito applicativo", la difformità tra i due istituti viene dedotta dal fatto che la declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 34 d.lgs. n. 274/2000 è applicabile a qualsiasi reato (di competenza del giudice di pace) senza alcuna delimitazione *quoad poenam*; a differenza dell'art. 131-*bis* c.p. che risulta applicabile solo ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni<sup>32</sup>.

E veniamo ai "requisiti costitutivi" dei due istituti, ai presupposti cioè per l'applicazione della causa di non punibilità e di quella di improcedibilità.

Ebbene, le due figure presentano chiaramente fattispecie strutturate, oltre che intorno al comune elemento della esiguità dell'offesa, su elementi eterogenei<sup>33</sup>. E in tal senso, può osservarsi quanto segue.

L'art. 131-*bis* c.p. prende in considerazione il requisito del "comportamento non abituale"; invece l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 si riferisce "all'occasionalità della condotta"<sup>34</sup>.

Unicamente la causa di non punibilità codicistica delinea il requisito, "negativo", di non poter trovare applicazione «nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate».

L'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 è tipizzato inoltre con riguardo al "grado della colpevolezza"; mentre l'art. 131-*bis* c.p. allude alle "modalità della condotta"

<sup>30</sup> Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

<sup>31</sup> Cfr. G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, cit., 295 ss.

<sup>32</sup> V. a tal proposito Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45996; Cass., Sez. V, 15 settembre 2016, n. 47523.

<sup>33</sup> Cfr. C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *questa Rivista*. In relazione all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 la giurisprudenza ha chiarito che i requisiti non sono alternativi ma concorrenti con l'esiguità dell'offesa (Cass., Sez. IV, 7 luglio 2005, in *Mass. Uff.*, n. 232230; Id., Sez. IV, 4 luglio 2003, n. 36990, in *Cass. pen.*, 2004, 4165).

<sup>34</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 93, 95 e 105.

seppure valutate ai sensi dell'art. 133, co. 1, c.p. (e quindi in qualche modo recuperando il profilo dell'intensità del dolo e del grado della colpa).

L'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 contiene l'elemento del pregiudizio sociale (e di salute) per l'indagato/imputato; per contro l'art. 131-*bis* c.p. prescinde da qualsiasi pregiudizio di tal genere, svincolando completamente la causa di non punibilità da valutazioni di tipo specialpreventivo concernenti i possibili effetti pregiudizievoli dalla prosecuzione del processo sulla personalità del reo<sup>35</sup>.

L'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, in una ottica conciliativa, dà rilievo all'interesse della persona offesa e dell'imputato; viceversa, l'art. 131-*bis* c.p. svaluta tale prospettiva: perché si ricollega al principio di proporzionalità e di meritevolezza della pena<sup>36</sup>.

In definitiva, il giudice unicamente nell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 è chiamato a operare valutazioni estranee alla condotta concreta, che coinvolgono, da una parte, gli interessi della persona offesa e soprattutto, dall'altra, il pregiudizio che può arrecare il procedimento penale all'indagato o all'imputato rispetto ad alcune situazioni significative, che possono verificarsi nei rapporti familiari, nel lavoro, nello studio ovvero in relazione alle condizioni di salute. Ripercussioni "sociali" che derivano dalla sottoposizione al procedimento penale per l'autore del fatto di particolare tenuità penalmente rilevante<sup>37</sup>.

A bene vedere, si nota una certa ambiguità altresì nella giurisprudenza che esclude l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ai procedimenti innanzi al giudice di pace. Per esempio, dapprima si parla delle «divergenze nella disciplina dei due istituti con riguardo alla definizione normativa dei relativi presupposti applicativi»; e poi tuttavia si afferma l'esistenza di una relazione di specialità regolata dall'inciso finale dell'art. 16 c.p. Ma si tratta di una inferenza logicamente insostenibile alla luce della tradizionale definizione del rapporto di specialità in precedenza esaminata: nella norma speciale tutti gli elementi della norma generale e la presenza di uno o più elementi specializzanti<sup>38</sup>.

## 5. Qualche riflessione di sintesi

È probabile che l'odierna sfiducia verso il legislatore per le inefficienze e le riforme mal riuscite abbia contribuito a creare un clima "ostile" verso il nuovo istituto della particolare tenuità del fatto.

<sup>35</sup> Su quest'ultimo punto così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 612 ss.; nonché F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 105.

<sup>36</sup> Cfr. G. AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, cit., 20 (dattiloscritto).

<sup>37</sup> Cfr. G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, cit., 296.

<sup>38</sup> Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45996.

Eppure, la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. opera sì in funzione di depenalizzazione "in concreto", ma declinando un principio fondamentale del diritto penale: il principio di proporzione. Non si tratta quindi di un meccanismo di mera deflazione, bensì prima ancora di dare attuazione al canone costituzionale di proporzione.

Questa diffidenza deve essere messa da parte per non cadere nell'equivoco, già alla base del duplice "felice" intervento in senso positivo delle Sezioni unite (Tushaj e Coccomiglio) nel 2016, le quali hanno in modo fermo respinto l'orientamento giurisprudenziale che riteneva non applicabile l'istituto codicistico della tenuità del fatto a determinate categorie astratte di illecito penale (reati con soglie di punibilità, reati di pericolo astratto/presunto, reati di mera disobbedienza).

Bisogna subito sgombrare il campo dall'equivoco: l'art. 131-*bis* c.p. (nel rispetto dei limiti e presupposti tracciati al suo interno) si applica a qualsiasi reato - e dunque anche ai reati di competenza del giudice di pace - per una semplice ragione: perché non va messo in raffronto con le singole figure astratte di illecito penale, bensì con le condotte storiche. È soltanto la condotta storica il punto di riferimento della tenuità del fatto, e non la norma incriminatrice. Non ha alcun senso, quindi, andare alla ricerca di limiti all'operatività del nuovo istituto in relazione alle tipologie di reato al di fuori dei presupposti applicativi tracciati proprio nell'art. 131-*bis* c.p. dal legislatore del 2015 sulla scorta della legge delega (l. n. 67 del 2014)<sup>39</sup>.

Neppure l'art. 16 c.p. può delimitare il campo applicativo dell'istituto della particolare tenuità del fatto: anzi ne avvalorava la generale applicabilità anche alla legislazione complementare. A meno che proprio nella legge complementare si rinveniva una disciplina posta in relazione di specialità con la disciplina codicistica dell'art. 131-*bis* c.p. Ma si deve trattare di una relazione normativa di genere a specie (come nel delitto di false comunicazioni sociali per i fatti di particolare tenuità, di cui all'art. 2621-*ter* c.c.), altrimenti non può operare il meccanismo previsto nella seconda parte dell'art. 16 c.p., che risolve il concorso di norme in rapporto di specialità tra loro, imponendo l'applicazione soltanto della norma speciale con l'esclusione così del concorso effettivo delle stesse.

Che non si configura una relazione di genere a specie tra l'art. 131-*bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, lo ha già detto chiaramente e autorevolmente la Corte costituzionale per ben due volte (sent. n. 25 del 2015, ord. n. 46 del

---

<sup>39</sup> La soluzione positiva è ampiamente condivisa, sulla scorta di numerosi argomenti, da C.M. CELOTTO, *Art. 131-bis e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto*, cit., 7 ss.

2017): si tratta di “disposizioni sensibilmente diverse”, la causa di non punibilità del codice penale è “strutturata diversamente” rispetto alla causa di non procedibilità del procedimento penale innanzi al giudice di pace.

E si è posto in evidenza come pure la giurisprudenza che esclude per i reati di competenza del giudice di pace l’impiego dello strumento codicistico contemplato all’art. 131-*bis* c.p., definendo l’istituto di cui all’art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 con profili di specialità propri, in realtà usa il concetto di specialità in modo “atecnico”: vuole comunque alludere a profili di divergenza strutturale tali da non potersi configurare una relazione normativa di genere a specie, bensì un rapporto di interferenza tra le due norme (art. 131 c.p. vs. art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000).

Non resta allora che ritenere la generale causa di non punibilità per tenuità del fatto concreto, disciplinata dall’art. 131-*bis* c.p., applicabile anche ai reati di competenza del giudice di pace: non avendo il legislatore del 2015 manifestato una scelta contraria; e neppure potendosi affermare che l’art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 esprima una norma logicamente speciale (rispetto all’art. 131 *bis*. c.p.), così da impiegarla in via esclusiva – nei procedimenti penali di competenza del giudice di pace – sulla base di quanto disposto dall’ultima parte dell’art. 16 c.p.