5/2017

ART. 131-BIS C.P. E ART. 34 D.LGS. 274/2000 A CONFRONTO: UN RAPPORTO DI NECESSARIA COMPATIBILITÀ

Osservazioni a margine di Cass., Sez. III, ord. 4 aprile 2017 (dep. 28 aprile 2017), n. 20245, Pres. Cavallo, Rel. Andronio, Ric. P.G. in proc. P. e R.

di Cristina Maria Celotto

Abstract. *Sin dalla introduzione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ad opera del l d.lgs. 16/03/2015, n. 28, emesso in attuazione della legge delega n. 67 del 28/04/2014, uno dei principali nodi gordiani da sciogliere ha riguardato l'applicabilità della disposizione dell'art. 131-*bis *c.p. anche ai procedimenti di competenza del giudice di pace. Di recente, con ordinanza della Terza Sezione Penale emessa in data 4 aprile 2017 e depositata in data 28 aprile 2017, la questione è stata rimessa al vaglio delle Sezioni Unite Penali, le quali si riuniranno a tal fine il prossimo 22 giugno. Il presente contributo, in attesa del verdetto finale della Suprema Corte, si propone di fotografare lo stato attuale della giurisprudenza di legittimità, divisa tra due contrapposti orientamenti e di fornire una ricostruzione il più possibilmente coerente con il nostro sistema penale.*

SOMMARIO: 1. Il silenzio del legislatore e le interpretazioni della giurisprudenza di legittimità: il contrasto. – 2. *Lux in tenebris*: la parola alle Sezioni Unite Penali. – 3. "Non c'è nulla di più pratico di una buona teoria": la relazione strutturale tra gli articoli 131-bis c.p. e 34 D.lgs. 274/2000 ed i criteri di soluzione delle antinomie normative. – 4. La ratio e la genesi storica dei due istituti. – 5. L'importanza sistematica dell'art. 131-bis c.p. come clausola generale di consacrazione del principio di tenuità/esiguità dell'offesa. – 6. Il ruolo della persona offesa dal reato e lo spazio riservato alla tutela dei suoi interessi. – 7. Un caso concreto. L'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. nei reati che prevedono soglie legali di rilevanza penale: Cass. Sez. Un. n. 13681/2016.

1. Il silenzio del legislatore e le interpretazioni della Giurisprudenza di legittimità: il contrasto.

Nel silenzio del legislatore del 2015 che, lungi dall'esprimersi sul rapporto tra gli artt. 131 bis c.p. e 34 del d.lgs. 274/2000, ha rimesso l'infelice compito all'interprete, la giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi circa la possibilità applicativa dell'istituto ex art. 131 bis anche nel procedimento dinnanzi al giudice di pace, sin dalla prima sentenza in materia (n. 31920/2015), ha escluso tale possibilità sulla base di una

serie di argomentazioni, riprese ed in qualche caso rielaborate dalle successive sentenze: in primo luogo, si sostiene che i due istituti avrebbero ambiti applicativi differenti giacché l'uno, quello ex art. 34 D.lgs. 274/2000 destinato ad operare esclusivamente nei procedimenti dinanzi al giudice di pace, l'altro, quello ex art. 131 bis c.p., destinato ad operare nei procedimenti dinanzi al giudice ordinario. Nel fare ciò, questa Giurisprudenza ricostruisce la relazione strutturale tra le due disposizioni (art. 34 e art. 131 bis) in termini di specialità, nel senso che l'art. 34 sarebbe norma speciale rispetto all'art. 131 bis che sarebbe invero norma generale e, facendo applicazione del criterio di specialità dettato dall'art. 16 c.p. che, nello specifico, regola i rapporti tra il codice penale ed altre leggi penali, nel ritenere che nei rapporti tra il codice penale, legge generale, ed il disposto della L. 274/2000, legge speciale, le disposizioni del primo si applichino anche alle materie regolate dalle seconde in quanto non sia da queste diversamente stabilito, la Giurisprudenza finisce per escludere l'applicabilità della disposizione del codice penale, *lex generalis*, nella materia regolata dalla legge speciale (la l. 274/2000) che nel caso di specie già detterebbe una disciplina specifica.

In secondo luogo, si fa leva sulla diversità "ontologica" degli istituti, disciplinati in maniera non coincidente, con riguardo ai presupposti applicativi, al diverso ruolo svolto dalla persona offesa (e dell'indagato/imputato) nel corso dei due procedimenti, nonché alla finalità conciliativa propria del giudizio dinanzi al giudice di pace. Dalla diversità degli istituti e della loro rispettiva disciplina la Giurisprudenza fa discendere, ancora una volta, la conseguenza della esclusione della operatività dell'articolo 131 bis c.p. nel procedimento di competenza del giudice di pace.

In terzo luogo, si adduce, a sostegno della tesi negativa, la mancanza di qualsivoglia indicazione normativa che deponga a favore dell'applicabilità dell'istituto anche dinnanzi al giudice di pace.[1] Ed anzi proprio dalla circostanza che dalla *Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 28 del 2015* risulti che non siano state accolte le sollecitazioni ad operare un opportuno coordinamento con la disposizione ex art. 34 suggerite dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sul rilievo che l'invocata attività di coordinamento sarebbe stata estranea alle indicazioni della legge delega, questa stessa Giurisprudenza fa derivare magicamente una qualche volontà del legislatore di escludere l'applicazione del 131 bis nei procedimenti di competenza del giudice di pace.

Al contrario, però, una recente apertura della Giurisprudenza di legittimità, sconfessando l'orientamento finora maggioritario, si è mostrata favorevolmente disposta a percorrere la strada dell'applicabilità dell'istituto anche in sede di

[1] Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31920, in *CED*, Rv. 264420; in senso conforme: Cass. pen., Sez. Feriale, 20 agosto 2015 (dep. 24 settembre 2015, n. 38876, in *CED*, Rv. 264700; Cass. pen., Sez. VII, 4 dicembre 2015 (dep. 15 gennaio 2016), n. 1510, in *CED*, Rv. 265491; Cass. Pen. Sez. V, 1 luglio 2016 (dep. 28 luglio 2016), n. 26854, in CED, Rv. 268047; Cass. Pen. Sez. V, 14 luglio 2016 (dep. 2 novembre 2016) n. 45966, in CED, Rv. 268144; Cass. Pen. Sez. V, 15 settembre 2016 (dep. 10 novembre 2016), n. 47518, in CED, Rv. 268462; Cass. Pen. Sez. V, 20 ottobre 2016 (dep. 28 dicembre 2016), n. 55039, in CED, Rv. 268865; Cass. Pen. Sez. V, 28 novembre 2016 (dep. 20 dicembre 2016), n. 54173, in CED, Rv. 268754.

procedimento dinanzi al giudice di pace. In particolare, è stata ammessa tale applicabilità sulla base di tre argomentazioni, ossia: l'assenza di una indicazione normativa che conforti la tesi negativa; il dato che proprio le differenze fra i due istituti e la disciplina sostanzialmente di maggior favore prevista dall'art. 131 bis cod. pen. sarebbero tali da indurre a ritenere che quest'ultima sia applicabile – nel rispetto dei soli limiti espressamente indicati dalla norma – a tutti i reati ivi compresi quelli di competenza del giudice di pace; l'irrazionalità ed il contrasto coi principi generali di una disciplina sulla tenuità del fatto che, trovando la sua ispirazione proprio nel procedimento penale avanti al giudice di pace, risulti poi inapplicabile proprio a questi reati, 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, e rispetto ai quali, invece, dovrebbe farsi unicamente riferimento a quella specifica e più stringente di cui all'art. 34 citato[2].

2. *Lux in tenebris*: la parola alle Sezioni Unite Penali.

A fronte del contrasto giurisprudenziale registratosi sulla questione in discorso, con ordinanza della Terza Sezione Penale emessa in data 4 aprile 2017, depositata in data 28 aprile 2017 e pervenuta alla cancelleria delle Sezioni Unite penali nella medesima data, è stata disposta la rimessione alle Sezioni Unite penali del ricorso di cui al procedimento 46599/2015 R.G., ordinanza con cui si chiede sostanzialmente alle Sezioni Unite penali di fornire una risposta alla rilevante questione di diritto circa l'applicabilità dell'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di pace.

L'ordinanza di rimessione tra origine, in punto di fatto, dal ricorso proposto dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Venezia avverso la sentenza del Giudice di pace di Verona del 14 luglio del 2015 con cui venivano dichiarati non punibili gli imputati, ritenuta la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis cod. pen., in relazione ai reati di cui agli articoli 110 e 731 cod. pen. loro contestato per avere, in concorso tra loro, quali genitori di un minore, omesso, senza giusto motivo, di impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare. Il Giudice di pace ritiene che l'art. 131-bis cod. pen. sia applicabile anche nei procedimenti disciplinati dal d.lgs. n 274 del 2000, perché sì pone in rapporto di specialità con l'art. 34 di tale decreto legislativo, il quale prevede la non procedibilità, e non la non punibilità, per i reati connaturati da particolare tenuità.

Avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Venezia, deducendo l'inosservanza dell'art. 131-bis cod. pen. Secondo la prospettazione del ricorrente, si tratterebbe di una

[2] In Tal senso: Cass. Pen. Sez. IV, 19 aprile 2016 (dep. 29/09/2016), n. 40699, in CED, Rv. 267709; Cass. Sez. IV, 29 settembre 2016, n. 40699, in Processo penale e giustizia; Cass. Pen. Sez. V, 28 febbraio 2017, n. 9713.

disposizione non applicabile nel procedimento davanti al giudice di pace, perché in esso è già prevista l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto di cui all'art. 34 del d.lgs. n.274 del 2000. In ogni caso, l'art. 2 di tale d.lgs. opererebbe, sempre nella prospettazione del ricorrente, in assenza di previsioni contenute nel decreto stesso, un rinvio alle sole norme del codice di procedura penale e non anche a quelle del codice penale.

L'ordinanza, dopo aver ricostruito il fatto, a fronte della rilevanza della questione di diritto ai fini della decisione pone il seguente quesito: *"se l'art. 131-bis cod. pen. sia applicabile nei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di pace"*.

A questo punto, per dar conto del contrasto giurisprudenziale in corso sulla questione in oggetto, nell'ordinanza vengono esposti i due distinti orientamenti giurisprudenziali e le principali argomentazioni a favore dell'uno e dell'altro, di cui già si è avuto modo di discorrere.

In siffatto modo, nell'ordinanza, dapprima viene illustrato quello che ancora oggi può ritenersi l'orientamento maggioritario (ex *multis*, Sez. 5, n. 54173 del 28/11/2016, Rv. 268754; Sez. 5, n. 55039 del 20/10/2016, Rv. 268865; Sez. 5, n. 47523 del 15/09/2016, Rv. 268430; Sez. 5, n. 47518 del 15/09/2016, Rv. 268452; Sez. 5, n. 45996 del 14/07/2016, Rv. 26 8144; Sez. 5, n. 26854 del 01/06/2016, Rv. 268047; Sez. 7, n. 1510 del 04/12/2015, dep. 2016, Rv. 265491; Sez. F, n. 38876 del 20/08/2015, Rv. 264700; Sez. 4, n. 31920 del 14 / 07 / 2015, Rv. 264420), e secondo il quale la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. non è applicabile ai procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace, per i quali trova applicazione soltanto la disciplina speciale di cui all'art. 34 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che si inscrive nell'ambito della "finalità conciliativa" che caratterizza la giurisdizione penale del giudice di pace.

L'attenzione poi si sposta sugli elementi differenziali delle due fattispecie, ossia ambito di applicazione[3], presupposti applicativi[4], ruolo della persona offesa nel

---

[3] "La delimitazione dell'area dei reati suscettibili di declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto ex art. 34 non conosce – a differenza della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cit. (applicabile ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni) – alcuna limitazione *quoad poenam*."

[4] "Se, nell'uno e nell'altro caso, il punto di riferimento dell'accertamento giudiziale è la fattispecie concreta (così, per l'art. 34 cit., ex *plurimis*, Sez. 5, n. 29831 del 13/03/2015, Rv. 265143 e, per l'art. 131-bis cod. pen., Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016), la declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al giudice di pace implica la valutazione congiunta degli indici normativamente indicati, ossia l'esiguità del danno o del pericolo, il grado di colpevolezza e l'occasionalità del fatto (Sez. 5, n. 34227 del 07/05/2009, Rv. 244910): valutazione, questa, alla quale deve associarsi la considerazione del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato, ossia la considerazione di interessi individuali che siano in conflitto con l'istanza punitiva. Invece, la causa di non punibilità introdotta con l'art. 131-bis cod. pen. fa leva su un giudizio di particolare tenuità del fatto e di non abitualità della condotta, ancorato ad una valutazione complessa che ha ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell'art. 133 cod. pen. (Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016); vi sono, inoltre, parametri di definizione negativa della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis, comma 2) e di definizione positiva dell'abitualità del comportamento (art. 131-bis, comma 3): nell'una e nell'altra direzione, detti parametri si riferiscono ad elementi ostativi alla configurabilità della causa di non punibilità."

perfezionamento delle fattispecie[5] ed infine la finalità conciliativa del procedimento davanti al giudice di pace, tratto peculiare del sistema delineato dal D.lgs. n. 274/2000.

Evidenziati tali elementi differenziali, l'orientamento giurisprudenziale in esame, giunge ad escludere che l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 sia stato tacitamente abrogato dalla novella del 2015, non sussistendo il presupposto dell'incompatibilità tra le due diverse discipline, come confermato dai lavori preparatori della novella del 2015 (Sez. F, n. 38876 del 20/08/2015, cit.). Tale conclusione troverebbe conferma nell'art. 16 cod. pen. secondo cui nei rapporti tra il codice penale, come legge generale, e le leggi speciali, le disposizioni del primo si applicano anche alle materie regolate dalle seconde in quanto non sia da queste diversamente stabilito: ricorre quest'ultima ipotesi nel caso in esame, alla luce dei profili di specialità propri della disciplina ad hoc delineata dall'art. 34 cit., la sola applicabile nel procedimento davanti al giudice di pace.

A questo punto, l'ordinanza di rimessione si premura di mettere in risalto il secondo orientamento interpretativo, minoritario, ma non per questo meno autorevole (Sez. 5, 12/01/2017, n. 9713; Sez. 4, n. 40699 del19/04/2016, Rv. 267709), secondo cui la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen. si distingue strutturalmente dall'ipotesi di esclusione della procedibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, perché le differenze fra i due istituti (e la disciplina sostanzialmente di maggior favore prevista dall'art. 131-bis) inducono a ritenere che quest'ultimo sia applicabile – nel rispetto dei soli limiti espressamente indicati dalla norma – a tutti i reati, ivi compresi quelli di competenza del giudice di pace, anche perché sarebbe altamente irrazionale e contrario ai principi generali che una norma di diritto sostanziale – nata per evitare alla persona offesa 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.

Tale indirizzo prende le mosse, così si legge nell'ordinanza di rimessione, dal principio, affermato da Sezioni Unite, n. 13681 del 2016, per cui l'art. 131-bis cod. pen. è applicabile ai processi non definiti con sentenza passata in giudicato in quanto più favorevole al reo, in base al principio di legalità penale enunciato dall'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona: l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, avendo natura sostanziale, è applicabile, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione e per solo questi ultimi la relativa questione, in applicazione degli artt. 2,

[5] "La disciplina di cui all'art. 34 cit. attribuisce alla persona offesa una "facoltà inibitoria" ricollegabile alla «valutazione del legislatore circa la natura eminentemente "conciliativa" della giurisdizione di pace, che dà risalto peculiare alla posizione dell'offeso del reato» (Sez. U, n. 43264 del 16/07/2015); al contrario, l'istituto previsto dall'art. 131-bis cod. pen. non prevede (salvo che per la particolare ipotesi di cui all'art. 469 cod. proc. pen.) «alcun vincolo procedurale conseguente al dissenso delle parti» (Sez. 4, n. 31920 del 14/07/2015, cit.)."

comma quarto, cod. pen. e 129 cod. proc. pen., è deducibile e rilevabile d'ufficio ex art. 609, comma 2, cod. proc. pen. anche nel caso di ricorso inammissibile.

Fatta questa premessa, le sentenze in esame sottolineano che gli istituti presi in considerazione, pur facendo entrambi riferimento, nelle rubriche degli articoli che li contemplano, alla «particolare tenuità del fatto», hanno struttura e ambito di applicazione non coincidenti[6].

Da tali elementi differenziali, il secondo orientamento giurisprudenziale fa conseguire che l'operatività del d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, è subordinata a condizioni più stringenti di quelle richieste dall'art. 131-bis cod. pen., in quanto la prima norma esige che "il fatto" (e non solo l'offesa) sia di particolare tenuità e perché l'esistenza – oggettivamente valutata – di un interesse della persona offesa preclude l'immediata definizione del procedimento[7].

I problemi posti dalla convivenza nell'ordinamento penale dei due istituti sopra esaminati non possono essere risolti – ad avviso dell'orientamento giurisprudenziale in commento – facendo applicazione del principio di specialità in materia penale, perché le disposizioni sopra richiamate non presuppongono la medesima situazione di fatto, ma situazioni solo parzialmente convergenti.

A tali considerazioni si aggiunge che nessuna indicazione normativa conforta la tesi negativa[8].

---

[6] "L'art. 131-bis cod. pen., prevede, infatti, una causa di esclusione della " punibilità" allorché – per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo – l'offesa all'interesse protetto sia particolarmente tenue; l'art. 34 cit. contempla una causa di esclusione della " procedibilità" quando il fatto – valutato nella sua componente oggettiva (esiguità del danno o del pericolo) e soggettiva (occasionalità della condotta e grado della colpevolezza) – sia di particolare tenuità. Quanto alle condizioni dell'applicazione, la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. richiede che sia "sentita" la persona offesa (artt. 411 e 469 cod. proc. pen.), mentre l'applicabilità del d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, è subordinata – nella fase delle indagini preliminari – alla condizione che «non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento» e, nella fase del giudizio, alla mancata opposizione sia dell'imputato che della persona offesa."

[7] "E non si tratterebbe di differenze di poco conto, perché " il fatto" previsto dall'art. 34 cit. può – sebbene rechi una minima offesa all'interesse protetto – non essere di particolare tenuità per mancanza di occasionalità (elemento da cui prescinde, invece, l'art. 131-bis cod. pen., salve le ipotesi di cui ai commi 2 e 3), mentre il diverso ruolo giocato – per l'art. 34 – dall'interesse della persona offesa (o dal diritto potestativo di questa e dell'imputato, dopo l'esercizio dell'azione penale) colloca i due istituti su piani diversi di praticabilità, subordinando l'operatività di quest'ultimo ad una valutazione più ampia di quella richiesta dall'art. 131-bis cod. pen., che è, invece, ancorato (essenzialmente, anche se non solo) al grado dell' offesa."

[8] "Si sostiene, infatti, che il d.lgs. n. 274 del 2000, art. 2 – secondo cui nel procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è previsto dal decreto stesso, si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale e nei titoli I e II del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 – richiamato dalla giurisprudenza avversa, si riferisce, all'evidenza, alle norme di procedura, ma non anche agli istituti sostanziali, qual è, secondo la giurisprudenza di questa Corte, quello contemplato dall'art. 131-bis cod. pen. (Sez. U, Sentenza n. 13681 del 2016; Sez. 5, n. 5800 del 02/07/2015, Rv 267989; Sez. 3, n. 31932 del 02/07/2015; sez. 6, n. 39337 del 23/6/2015). Né indicazioni in senso contrario vengono dal parere espresso dalla Commissione Giustizia sullo schema di decreto legislativo il 3 febbraio 2015, ove si invitava il Governo a valutare «l'opportunità di coordinare la disciplina della particolare tenuità del fatto prevista dal D.Lgs. 28 ottobre 2000, n. 274, art. 34, in riferimento ai reati del giudice di pace, con la disciplina prevista dal provvedimento in esame» e dal fatto che la sollecitazione suddetta non fu accolta. Secondo l'orientamento

Ne deriva – per l'indirizzo interpretativo minoritario – che il carattere di maggior favore della disciplina prevista dall'art. 131-bis cod. pen. induce a ritenere che quest'ultima sia applicabile a tutti i reati, ivi compresi quelli di competenza del giudice di pace, anche perché sarebbe altamente irrazionale e contrario ai principi generali che una norma di diritto sostanziale sia inapplicabile proprio ai reati che sono ritenuti dal legislatore di minore gravità.

A questo punto, di fronte all'evidente contrasto giurisprudenziale, non si può far altro che attendere con impazienza l'ultima parola spettante alle Sezioni Unite penali, le quali si riuniranno per la trattazione del ricorso in esame il 22 giugno del 2017.

Tuttavia, una precisazione si ritiene doverosa: l'ordinanza di rimessione, nel dar conto dello stato della giurisprudenza sulla questione di diritto in oggetto, fa riferimento e riporta le sentenze delle Sezioni della Suprema Corte pronunciate sino a quel momento. In questa sede si vuole, invece, in onore di una maggiore completezza, segnalare che esistono almeno altre due sentenze favorevoli all'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. provenienti dalla Seconda Sezione penale e riconducibili al c.d. orientamento minoritario.

Orbene, in attesa di conoscere il responso dell'oracolo di Piazza Cavour sulla questione controversa, chi scrive intende proporre in questa sede una breve ricostruzione, che prende le mosse dal locus da cui dovrebbero muovere tutte le riflessioni connotate da un certo grado di serietà, ossia la teoria generale del diritto.

3. "Non c'è nulla di più pratico di una buona teoria": la relazione strutturale tra gli articoli 131-*bis* c.p. e 34 D.lgs. 274/2000 ed i criteri di soluzione delle antinomie normative.

A fronte di questi due orientamenti che, partendo sostanzialmente dalla stessa premessa (ossia la diversità tra i due istituti), giungono a conclusioni diametralmente opposte (il primo contrario, mentre il secondo favorevole, all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nei procedimenti di competenza del giudice di pace), occorre verificare, preliminarmente, su un piano di teoria generale del diritto, la correttezza delle argomentazioni dedotte dall'uno e dall'altro orientamento, al fine di giungere ad una soluzione che sia, al contempo, costituzionalmente legittima e coerente con il nostro sistema.

Anzitutto, l'affermazione secondo cui l'art. 131 bis c.p., in quanto norma generale, sarebbe destinata ad operare soltanto dinnanzi al giudice ordinario, laddove, invece, l'art. 34 del d.lgs. 274/2000, in quanto norma speciale, troverebbe applicazione esclusivamente nei giudizi di competenza del giudice di pace, si risolve in una mera petizione di principio, che si limita a dare per dimostrato ciò che invece occorre ancora dimostrare. Se la causa di non punibilità ex art. 131 bis sia applicabile solo dal giudice

---

in commento, tale determinazione fu adottata per il solo fatto che il coordinamento tra le due discipline fu ritenuto estraneo alle indicazioni della legge delega; da qui la necessità che la possibile interferenza tra diverse disposizioni sia risolta dall'interprete."

ordinario e non anche dinanzi al giudice di pace è conclusione cui si potrà correttamente pervenire solo all'esito di una puntuale ricostruzione dell'istituto e della sua esatta qualificazione giuridica, nonché del suo rapporto strutturale con la causa di improcedibilità ex art. 34 D.lgs. 274/2000.

Come rinvenuto correttamente dalla stessa Giurisprudenza di legittimità, gli artt. 34 e 131 bis c.p. delineano istituti assolutamente diversi.

A differenziare i due istituti è, anzitutto la rispettiva natura giuridica, processuale nel caso della causa di improcedibilità ex art. 34 del d.lgs. 274/2000 e sostanziale nel caso della causa di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p.[9]. Ma v'è di più.

Le differenze si manifestano altresì, e nei presupposti costitutivi ed applicativi dei due istituti e nel diverso ruolo riconosciuto alla parte offesa nei due diversi procedimenti.

Con riguardo ai presupposti applicativi[10], con riferimento alla causa di non punibilità ex art. 131 bis, questi vanno individuati nella punibilità del reato con la pena edittale ivi prevista (pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni, ovvero pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena), nella particolare tenuità dell'offesa desunta dagli indici criteri tanto oggettivi, ossia la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, quanto psicologici, ossia l'intensità del dolo ed il grado della colpa, ed infine la non abitualità del comportamento dell'agente[11].

Con riferimento alla causa di improcedibilità di cui all'art. 34 del D. Lgs. 274/2000, gli elementi costitutivi ed applicativi dell'istituto vengono individuati nella particolare tenuità del fatto rispetto all'interesse tutelato, desunta dall'esiguità del danno

---

[9] Sulla natura sostanziale della causa di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p., si vedano: G. ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, in *questa Rivista*, 21 maggio 2015; L. PACIFICI, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, in *questa Rivista*, 14 luglio 2015. Annoverano l'istituto tra le «cause oggettive di esclusione della punibilità», G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2015, p. 409. V. inoltre, per l'inquadramento tra le cause di esclusione della punibilità, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449 in *Guida dir.*, 2015, con nota di G. L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.).*

[10] Il legislatore, in fondo, sembra aver ripreso tutti gli indici della criminalità bagattellare richiamati dal modello di Krumpelmann (disvalore di evento, disvalore di azione e disvalore della colpevolezza) ed ancora di piena attualità. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlino, 1966, pp. 92 e 129; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1974, p. 130 e ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 388. Secondo il c.d. "modello di Krumpelmann", la nozione di esiguità riguarderebbe ogni elemento del reato. Il tradizionale modello di tipicità bagattellare, infatti, risulta caratterizzato dalla contemporanea esiguità del disvalore di evento, disvalore di azione e grado di colpevolezza ("una triarchia paritaria dei reati bagatellari"). Il disvalore dell'evento si traduceva nell'offesa al bene giuridico, mentre il disvalore dell'azione si poneva come l'intensità dell'offesa. Il modello bagattellare tracciato da Mayer e successivamente da Krumpelmann distingueva fra i reati bagatellari propri o autonomi ed i reati bagatellari impropri o non autonomi. I primi risultavano caratterizzati da una pena lieve e non dovevano essere sottospecie di delitti astrattamente gravi: possedevano dunque già in astratto, "agli occhi del legislatore", natura di micro violazioni e come tali venivano sanzionati.

[11] In tal senso si veda, tra gli altri: A. TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, Giuffrè, 2016, p. 9; C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali* Dike Giuridica Editrice, 2015, p. 29.

o del pericolo e dal grado della colpevolezza, nella occasionalità del fatto, nonché nel pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento potrebbe arrecare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'agente.

In merito poi al diverso ruolo della persona offesa nei due diversi procedimenti, mentre nel procedimento di cui all'art. 34, alla persona offesa viene riconosciuto un vero e proprio potere di veto che si specifica, nel corso delle indagini preliminari, nell'attribuzione di un interesse giuridicamente rilevante alla prosecuzione del procedimento e che ostacola l'operatività dell'istituto della particolare tenuità escludendone l'applicazione, e, dopo l'esercizio dell'azione penale, nella opposizione dell'offeso alla pronuncia della sentenza dichiarativa della tenuità del fatto, anche qui con l'effetto di escludere l'applicazione dell'istituto; invece nel sistema delineato dall'art. 131 bis c.p. alla persona offesa viene riconosciuto un mero potere di interlocuzione che, lungi dal paralizzare l'iter del procedimento penale, consente alla stessa, sia pure in misura meno stringente, di "opporsi" alla pronuncia di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Dunque, a questo punto, dopo aver messo in luce le divergenze tra i due istituti, il successivo problema da affrontare concerne la ricostruzione del rapporto tra gli stessi, e prima ancora tra le disposizioni che li prevedono, al fine di verificare in che modo questa diversità si specifichi e soprattutto quali conseguenze ne derivano.

Ed invero, il rapporto tra le due disposizioni (e quindi tra le due fattispecie) viene generalmente ricostruito in termini di specialità, per poi individuare nel criterio di specialità lo strumento tramite cui risolvere la presunta antinomia tra le due disposizioni e quindi ai fini della determinazione della disposizione, speciale, prevalente.

Ed ecco il punto. Occorre chiedersi se sia corretto ricostruire il rapporto strutturale tra le due fattispecie (*rectius* tra le due diposizioni) in termini di specialità, con conseguente applicazione della regola di cui all'art. 16 c.p., oppure non sia più plausibile, proprio alla luce dei caratteri differenziali tra i due istituti, rintracciare la sussistenza di una ben diversa relazione strutturale tra gli stessi.

Alcune premesse si ritengono doverose, al fine di evitare inutili equivoci ed apparenti giochi di parole: infatti, l'errore in cui facilmente si incorre consiste proprio nel sovrapporre due piani che dovrebbero, al contrario, essere mantenuti distinti: una cosa è la relazione strutturale di specialità che può intercorrere tra le fattispecie legali ed altra cosa è il c.d. criterio di specialità[12]. Infatti, mentre la prima costituisce una delle diverse modalità tramite cui è possibile ricostruire il rapporto tra fattispecie legali, tenendo conto degli elementi costitutivi propri di ciascuna, al fine di verificare la configurabilità o meno della convergenza di norme, apparente o reale che sia, invece il secondo costituisce uno dei criteri di soluzione delle antinomie tra norme, il quale permette la individuazione ermeneutica della norma applicabile al caso di specie in termini di prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale.

Con la precisazione, fondamentale, che intanto è possibile ricorrere al criterio di specialità al fine di risolvere un'eventuale antinomia normativa, in quanto sia

[12] In Tale senso vedi MANTOVANI, *Il concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1965.

effettivamente ravvisabile una siffatta antinomia, la quale si manifesta solo ed elusivamente in presenza di un rapporto di incompatibilità tra norme; incompatibilità che sussiste tra due norme giuridiche vigenti, appartenenti allo stesso ordinamento ed aventi lo stesso ambito di validità sotto i profili temporale, spaziale, personale e materiale[13].

Con l'ulteriore corollario per cui, esclusa la sussistenza di un rapporto di incompatibilità tra norme, risulterà automaticamente esclusa la possibilità di affermare qualsivoglia antinomia tra le stesse e quindi anche la necessità di ricercare un criterio che possa consentire l'applicazione di una delle norme al caso di specie con conseguente abrogazione o non applicazione *(rectius* esclusione di efficacia) dell'altra.

A ben vedere, e come già anticipato, il rapporto di specialità è solo una delle possibili relazioni strutturali configurabili tra norme, in quanto, come evidenziato da autorevole Dottrina[14], le relazioni strutturali che possono intercorrere tra norme diverse possono essere così riassunte: relazione di identità, di specialità, di specialità bilaterale, di interferenza, di eterogeneità, ed infine di incompatibilità[15].

Orbene, a parer di chi scrive, una corretta ricostruzione delle relazioni intercorrenti tra le disposizioni di cui all'art. 131 bis e 34 D.lgs. 274, che muova dalla individuazione e valorizzazione degli elementi strutturali propri di entrambe, per poi proseguire nel raffronto tra gli stessi, non può che condurre ad una sola conclusione, ossia che non già di specialità possa parlarsi, bensì di interferenza.

La relazione di interferenza, capace di ricomprendere diverse sottofattispecie, e difficilmente distinguibile dalla relazione attigua di specialità reciproca, si caratterizza per il dato che ogni ipotesi, contemplata in una fattispecie, necessariamente non corrisponde ad alcuna ipotesi dell'altra fattispecie, ma soltanto a taluni elementi di questa, e viceversa. Conseguentemente, il fatto, integrante una fattispecie, non è capace di effetti giuridici, per gli stessi elementi, da parte dell'altra fattispecie, nel senso che tale fatto corrisponde solo per una parte (nel nostro caso la particolare tenuità del "reato") ad entrambe le fattispecie, mentre per le rimanenti parti corrisponde, disgiuntamente, all'una e all'altra: la parte comune (ossia la particolare tenuità dell'offesa) è di per sé incapace di effetti giuridici per nessuna delle due norme, la cui perfezione richiede altresì il verificarsi dei rispettivi presupposti applicativi dell'una causa di non punibilità, e dell'altra causa di improcedibilità.

Ricostruito il rapporto tra le due fattispecie in termini di interferenza, per poter correttamente predicare una effettiva e concreta diversità tra gli istituti, occorre verificare gli effetti prodotti dalle stesse, dal momento che, come autorevole Dottrina ha avuto modo di precisare, intanto è possibile predicare la differenza tra due disposizioni, in quanto queste si differenzino e nella fattispecie e negli effetti. Come abbiamo già avuto modo di constatare, non solo in punto di fattispecie le due disposizioni differiscono, ma anche con riguardo agli effetti ad esse ricollegati, giacché in un caso l'integrazione degli

---

[13] in tal senso, si veda A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, 2014, p. 8.

[14] MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale,* Zanichelli, 1965; FROSALI, *Concorso di norme e di reati*, Giuffrè, 1971.

[15] MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale,* già cit.

elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 131 bis, produce l'effetto di escludere la punibilità di un reato, nell'altro il ricorrere di tutti i requisiti richiesti ex art. 34 ai fini dell'integrazione di quella fattispecie, produce l'effetto di precludere l'esercizio dell'azione penale. Quindi diversità di fattispecie ed altresì diversità di effetti.

Queste considerazioni portano a concludere nel senso di ritenere che uno stesso fatto possa legittimamente ricadere sotto l'ambito applicativo delle due distinte disposizioni, ciascuna delle quali caratterizzata da presupposti applicativi propri e fonte di effetti giuridici, tra loro in alcun modo assimilabili.

Diversità che, tuttavia, non si traduce mai in una incompatibilità, relazione che altrimenti imporrebbe di scegliere la norma "prevalente" e quindi l'unica norma applicabile al caso di specie[16].

Per ricapitolare: una volta dimostrato, come qui si è tentato di fare, che il rapporto che lega le disposizioni di cui all'art. 131 bis e 34 del d.lgs. 274 sia di pura interferenza per l'elemento della speciale tenuità del fatto, e che un siffatto rapporto non implica mai incompatibilità, non rimane che concludere per l'assenza di qualsivoglia antinomia normativa, situazione, questa, che presuppone sempre, al contrario, un rapporto di incompatibilità tra norme.

Se questa premessa è fondata e se è dunque vero che un problema di antinomia normativa si pone solo allorquando sia configurabile una situazione di incompatibilità tra disposizioni non superabile in via ermeneutica, allora l'unica conseguenza plausibile, a fronte della affermazione di compatibilità tra le due norme, consiste nell'escludere l'applicabilità del criterio di specialità che trova espressa consacrazione nell'art. 15 c.p. e, nello specifico, nell'art. 16 c.p. che disciplina peculiarmente il rapporto tra il codice penale (generale) e leggi penali speciali. E ciò in quanto né può ricostruirsi il rapporto tra art. 131 bis c.p. e art 34 in termini di specialità, né può trovare applicazione il criterio di specialità come criterio di risoluzione di antinomie normative rispetto ad un caso che antinomia non è.

4. La ratio e la genesi storica degli istituti.

Tutto quanto sopra affermato trova altresì conferma nella ratio e nella genesi storica dei due istituti.

Ratio conciliativa[17] e ratio deflattiva fanno da sfondo, rispettivamente, alla fattispecie di cui all'art. 34 del D.lgs. 274/2000 ed a quella di cui all'art. 131 bis c.p.:

---

[16] Quanto appena sostenuto troverebbe una conferma anche in autorevole Dottrina, secondo la quale, di regola, tramite l'interpretazione, le antinomie tra norme (che sono le uniche vere antinomie), si dissolvono, potendosi desumere da disposizioni che si presentavano *prima facie* contraddittorie, norme tra loro assolutamente compatibili. Dunque, se ad un primo sguardo, le disposizioni di cui all'art. 34 e 131 bis sembrerebbero disciplinare la stessa materia in modo configgente, in realtà un'interpretazione letterale, sistematica e finalistica conduce ad escludere tale apparente discrasia e soprattutto a coordinare le norme in questione. In tal senso, si veda A. CELOTTO, *Fonti del diritto ed antinomie*, già cit.

[17] Il D.Lgs. n. 274/2000 abbia elaborato una sorta di sottosistema penale in materia di competenza del giudice di pace: la collocazione extracodicistica della relativa disciplina traccia i contorni di una procedura

proprio attorno alla finalità conciliativa del procedimento del giudice di pace (insieme al diverso ruolo della parte offesa e dei diversi presupposti applicativi delle due norme) ha ricostruito il rapporto di specialità tra le due fattispecie, per poi escludere che l'art. 131 bis, in quanto non rispondente a tale finalità, possa trovare applicazione in tali procedimenti, con l'avvertimento che, laddove si ammettesse il contrario, si finirebbe per scardinare tale meccanismo conciliativo.

Questa interpretazione non può essere condivisa.

Se è vero, infatti, che la previsione della causa di non procedibilità ex art. 34 risponde alla opportunità di predisporre un congegno procedurale che innalzi il momento conciliativo a privilegiato criterio di composizione della controversia penale dinanzi al giudice di pace, non è tuttavia vero che tale finalità non possa conciliarsi con la finalità deflattiva che fa da sfondo alla causa di non punibilità ex art. 131-bis c.p.

Ed invero, la nuova disciplina, non solo risulta ispirata a chiare finalità di deflazione del sistema penale nel suo complesso[18], ma si configura, soprattutto, come la indubbia concretizzazione dei principi di proporzione e di economia processuale che, come si evince nella relazione illustrativa che accompagna la bozza del decreto legislativo istitutivo, oramai hanno piena ed effettiva "dignità costituzionale" ed i quali impongono, nell'ottica di un diritto penale inteso quale *extrema ratio*, di rinunciare all'applicazione della sanzione criminale, a fronte di condotte che, sia pur conformi all'astratta previsione di una fattispecie penale incriminatrice, al completo di tutti i suoi elementi costitutivi, ed offensive di uno specifico interesse giuridico protetto, per la loro esiguità, da valutarsi alla stregua dei criteri individuati dal legislatore, non risultino "meritevoli" di pena[19].

L'istituto della esiguità, presupposto della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p., risulta indissolubilmente legato alla reale e persistente giustificatezza dell'intervento penale in quel determinato caso concreto e richiede, quindi, una verifica in ordine alla sussistenza o al venir meno della finalità punitiva sottesa alla previsione

---

essenzialmente fornita di una esclusiva fisionomia sistemica e di un'autonoma inclinazione teleologica che si sostanzia nel "favorire la conciliazione" in determinate situazioni penalmente rilevanti. Infatti, come ha più volte sottolineato la giurisprudenza costituzionale, la "finalità conciliativa" «costituisce il principale obiettivo della giurisdizione penale del giudice di pace» (Corte Cost., ord. n. 349 del 2004; conf. ord. n. 231 del 2003; ordd. nn. 10, 11, 55, 56, 57 e 201 del 4 2004), sicché al giudice di pace «è istituzionalmente assegnato il compito di «favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti» (Corte cost., ord. n. 27 del 2007; ord. n. 11 del 2004; ord. n. 231 del 2003); al quadro normativo che riconosce un particolare favor alla conciliazione tra le parti (Corte cost., ord. n. 228 del 2005) sono ricollegabili anche i tratti di semplificazione e snellezza del procedimento, tratti che ne esaltano la funzione conciliativa.

[18] R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 661; F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Guida dir.*, 8 luglio 2015, p. 3.

[19] In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 13681/2016, affermando che: "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 marginali, che non mostrano bisogno di pena e, neppure, la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione si intrecciano coerentemente".

dell'illecito[20]: il fatto così come è stato accertato è corredato di tutti gli elementi prescritti dalla norma penale incriminatrice, compresa l'offesa al bene protetto, ma nonostante ciò non risulta suscettibile di sanzione penale la quale nel caso concreto si configurerebbe come non opportuna, in quanto eccessivamente gravosa e sproporzionata e quindi irragionevole[21].

Il principio di esiguità, legato al tema della meritevolezza o bisogno della pena, diventa quindi una sorta di canone ermeneutico-applicativo, che esprime la mancanza dei presupposti legittimanti l'irrogazione della pena, legati alla necessità di punire quel determinato fatto e quel determinato individuo.

Così ricostruiti i principi e le *rationes* che si intrecciano indissolubilmente dentro la previsione della fattispecie di cui all'art. 131 bis c.p., diventa chiaro come il parametro della esiguità dell'offesa, che presuppone l'accertamento dell'esistenza di un fatto di reato offensivo e che risponde alle superiori esigenze di deflazione, proporzione ed economia processuale, debba poter trovare applicazione anche (e soprattutto) nel settore di competenza del giudice di pace, ontologicamente preordinato alla cognizione dei c.d. reati bagatellari.

Con riguardo poi alla genesi storica della causa di improcedibilità ex art. 34, questa risulta indissolubilmente legata alla epifania dell'art. 131 bis c.p. nel nostro sistema penale.

Infatti, Il microsistema normativo creato attorno alla figura del giudice di pace dal d.lgs. 274/2000 è da leggersi, nelle intenzioni del legislatore e nella opinione diffusa della dottrina, come una sorta di laboratorio di soluzioni processuali e sostanziali nuove, il cui valore sperimentale richiede una riflessione circa la loro effettiva esportabilità oltre i confini delle attuali previsioni legislative[22].

L'auspicio di una previsione dell'esiguità come clausola di parte generale era stato espresso a più riprese e da più parti in dottrina. Memorabile a tal riguardo è il contributo di Paliero che nella sua opera rimasta famosa nella storia ("*minima non curat praetor*") ritiene che "una clausola di parte generale che funga da chiusura del sistema, impedendo la punibilità dei fatti tipici così esiguamente lesivi da risultare non meritevoli di pena è, verosimilmente, indispensabile"[23].

Ed ancora sulla opportunità e sui possibili caratteri di una clausola di tenuità/esiguità del fatto, cui riconoscere portata generale, si sono in effetti concentrati diversi tentativi di elaborazione legislativa, i quali sono stati compiuti, a partire dai lavori di riforma avviati nel 1996 (Commissione Pagliaro), nel contesto di riflessioni

---

[20] In tal senso anche DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., p. 891, il quale riscontra la necessaria relazione tra l'esiguità, da un lato, e la pena e la sua giustificazione, dall'altro.

[21] In tal senso NATALINI, *De minimis non curat praetor*, cit., p. 3556, nel quale emerge soprattutto che la gravosità ed eccessività della pena in relazione ad un determinato fatto emerga chiaramente solo laddove sia chiara la funzione che quella pena dovrebbe svolgere e che nel caso concreto non risulta invece necessaria.

[22] In tal senso, si veda: E. MATTEI, PONGILUPPI, VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, IPSOA, 2009.

[23] C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

concernenti ora la sola area dei reati da trasferire alle nuove competenze del giudice di pace, in corso di delineazione, ora la revisione processuale in materia di giudice unico di primo grado. In particolare, in quella sede, venne prospettata l'opportunità di introdurre nel codice di procedura penale una causa di "esclusione della procedibilità per irrilevanza penale del fatto", poi mutata in "causa di non punibilità", e che potesse trovare la sua naturale sede applicativa nel procedimento dinnanzi al tribunale in composizione monocratica. Tuttavia, nel corso del successivo iter parlamentare tale proposta venne accantonata, con il duplice avvertimento però che se da un lato tale accantonamento lasciò spazio alla previsione applicativa più circoscritta di cui all'art.34, dall'altro lato esso non rappresentò un congedo definitivo al problema che invece continuava ad adombrare i tavoli di lavoro in sede di dibattito sulla riforma dei codici[24].

---

[24] A titolo meramente esemplificativo e senza pretese di completezza, si possono qui ricordare i diversi tentativi di elaborazione legislativa circa l'opportunità ed i possibili caratteri di una clausola di tenuità/esiguità del fatto avente portata generale A tal proposito si ricordi l'art. 74 del Progetto di riforma del codice penale, elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professor Grosso, articolo che, inserito nel Capo III, "Applicazione delle pene", prevedeva una vera e propria causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, in presenza di alcuni indici criteri enucleati nella "minima entità del danno o del pericolo" e la "minima colpevolezza dell'agente", l'occasionalità del comportamento e l'insussistenza di pretese risarcitorie e di esigenze di prevenzione generale o speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato.
Sulla stessa linea di tendenza delle precedenti legislatore si pone il contributo della Commissione per la riforma del Codice di Procedura penale presieduta dal Professor Giuseppe Riccio la quale, nell'affrontare il tema del principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e della "pratica impossibilità" di darvi attuazione, a causa dello squilibrio esistente tra il numero delle notizie di reato che pervengono agli uffici di procura e le risorse umane e materiali di cui tali uffici dispongono, nella Relazione al Progetto individua tra le possibili soluzioni, quella dell'"ampliamento normativo dei presupposti di operatività dell'archiviazione", da estendersi all'ipotesi in cui il reato ipotizzato non superi in concreto una soglia minima di offensività". In tale contesto, la Commissione si dice unanimemente a favore della estensione al processo ordinario l'istituto della tenuità dell'offesa, sinora confinato, a titolo sperimentale, nel sottosistema minorile ed in quello di pace", specificando come però – e questo sembra a parere di chi scrive un punto fondamentale – si ritenga "inopportuno configurare la tenuità del fatto come causa di improcedibilità" perché tale qualificazione è più coerente con la "valutazione di interesse ESTERNI al fatto ed al suo autore", e perché "la disciplina processuale dell'improcedibilità stenta a conciliarsi con i contenuti della declaratoria di tenuità, che non può prescindere dall'analisi del merito della causa e che dovrebbe intervenire, almeno in sede dibattimentale, soltanto dopo l'accertamento degli altri elementi costitutivi del reato".
Merita considerazione anche il "Progetto Pisapia" di riforma del codice penale, laddove, nell' Allegato I allo Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale, compare tra i Principi generali la direttiva relativa al "principio di offensività" e all'"irrilevanza del fatto", che distingue tre diverse ipotesi, rispettivamente legate la prima al profilo della necessaria offensività in astratto (nessuno sia punito per un fatto che non offenda beni giuridici di rilevanza costituzionale), l'altra alla necessaria offensività in concreto (nessuno sia punito per un fatto che in concreto non offenda i beni giuridici di rilevanza costituzionale) ed infine l'ultima rappresentata dalla non punibilità per "tenuità dell'offesa" e "occasionalità del comportamento". Stante la collocazione di tale previsione, pare evidente come l'intento fosse quello di conferire all'istituto valenza di principio generale, elevando (forse) il criterio della "Esiguità" ad estrinsecazione specifica della necessaria offensività del fatto.
Giungendo agli antefatti legislativi più prossimi, nel corso della XVI legislatura si deve all'iniziativa parlamentare (AC 2049) la presentazione di un disegno di legge in materia di definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto che, licenziato dalla Commissione giustizia della Camera, è però

In questo senso si può parlare, a ragione, della causa di improcedibilità ex art. 34 come di un istituto che, in via sperimentale, si prestava a saggiare le effettive potenzialità deflattive della macchina giudiziaria attraverso il ricorso a strumenti di semplificazione normativa. Non è dunque un caso che come terreno di prova nell'ambito del sistema del diritto penale degli adulti il legislatore abbia scelto il procedimento davanti al giudice di pace il quale, nell'architettura di un modello di giurisdizione che valorizzi la conciliazione e la composizione del conflitto tra le parti, più di tutti presenta spazi di aperture e compatibilità con il DNA proprio dei meccanismi deflattivi; e non a caso nel giudizio davanti al giudice di pace la tenuità del fatto sia stata congegnata in modo tale da operare come causa di improcedibilità, l'accertamento della cui sussistenza non richiede una previa definizione del merito della regiudicanda.

In conclusione, può qui ritenersi che la causa di improcedibilità di cui all'art. 34 costituisca il timido tentativo del legislatore di introdurre nel nostro ordinamento il concetto di esiguità, come sinonimo di scarsa offensività, che supera cioè le soglie della rilevanza penale in astratto ma che in concreto si attesta ad un livello minimo, in via sperimentale, in un settore specifico, quello dei procedimenti di competenza del giudice di pace; successivamente, con una apprezzabile presa di coraggio il legislatore si è spinto sino a costruire una congerie sostanziale e processuale che cristallizzasse, consacrandolo una volta per tutte e con vocazione universale, il principio della particolare tenuità del fatto, senza peraltro preoccuparsi di procedere ad un coordinamento con la disposizione ex art. 34 (D.Lgs. 274/2000).

Ora, che il legislatore fosse a conoscenza dell'esistenza di una siffatta disposizione è fatto di cui nessuno può ragionevolmente dubitare, ma che da siffatto silenzio si voglia far discendere una chiara e precisa *intentio legis* nel senso di escludere l'applicabilità dell'art. 131 bis nei procedimenti dinanzi al giudice di pace è affermazione che non può trovare condivisione. Tutt'al contrario, il silenzio del legislatore può essere

---

decaduto per fine della legislatura. Il testo, nello specifico, individuava i parametri alla cui stregua condurre l'accertamento della particolare tenuità del fatto e prevedeva una puntuale disciplina processuale dell'istituto, nonché modifiche al procedimento penale minorile ed al rito penale dinanzi al giudice di pace, ispirate a chiare finalità di coordinamento.

Il tema è stato nuovamente sottoposto all'attenzione della attuale legislatura dal ministro Cancellieri nell'ambito di una più ampia riflessione sulla riforma del sistema sanzionatorio. È stata così istituita, con decreto ministeriale 10 giugno 2013, una Commissione di studio ad hoc la quale, partendo dal disegno di legge n. 5019 del precedente Governo recante "Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili", anch'esso decaduto per fine legislatura, ne ha esteso in modo significativo l'orizzonte applicativo originario. La Commissione in questione, in 6 mesi, ha provveduto alla predisposizione di uno Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale. In particolare, la legge delega incide su quattro istituti in materia sanzionatoria che, prima facie, potrebbero apparire eterogenei, ma che in realtà sono accomunati sullo sfondo dalla riconducibilità, tutti, alla medesima ratio, ossia quella del diritto penale come extrema ratio. Con la Legge 67/2014, il Parlamento ha conferito delega al Governo ad introdurre il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto; a rivedere il sistema delle pene principali con l'introduzione della detenzione domiciliare; a depenalizzare alcuni reati in illeciti amministrativi e ad abrogare altri reati trasformandoli in illeciti civili puniti con sanzioni pecuniarie civili.

qui interpretato nel senso opposto, nella misura in cui si presti attenzione al dato insuperabile per cui, se il legislatore avesse voluto veramente escludere la validità dell'art. 131 bis con riguardo ai procedimenti di competenza del giudice di pace lo avrebbe fatto espressamente, attraverso il ricorso ad una clausola di riserva esplicita ("salvo che il caso non sia espressamente previsto da altra legge", o simili).

5. L'importanza sistematica dell'art. 131-*bis* come clausola generale di consacrazione del principio di tenuità/esiguità dell'offesa.

Lampante è l'importanza sistematica che assume una clausola come quella di cui all'art. 131 bis c.p.: non una semplice causa di improcedibilità che impedisce il mero esercizio dell'azione penale, ma una vera e propria causa di non punibilità che, al ricorrere dei presupposti indicati dalla legge, impedisce l'applicazione della sanzione penale che normalmente l'ordinamento ricollega alla commissione di un fatto di reato al completo dei sui elementi costitutivi.

La speciale tenuità, quale espressione del più generale concetto di esiguità, si mostra, dunque, come espressione del principio di *extrema ratio* del diritto penale, principio che deve poter trovare attuazione, in via generale, sia nel momento della formulazione della norma in astratto, sia nel momento dell'irrogazione della sanzione in concreto e con riferimento a qualsiasi tipo di procedimento nel corso del quale il giudice si trovi, in concreto, a valutare l'effettiva offensività del reato globalmente inteso.

A fronte di tali considerazioni, risulterebbe irragionevole ed in palese contrasto con i principi, anche costituzionali, vigenti in materia penale, precludere l'applicabilità dell'istituto in questione proprio nei procedimenti da cui lo stesso è stato mutuato. Del resto, questa è la stessa conclusione cui è pervenuta una parte della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale sarebbe "*altamente irrazionale e contrario ai principi generali che la disciplina sulla tenuità del fatto che trova la sua ispirazione proprio nel procedimento penale avanti al giudice di pace, sia inapplicabile per i reati attribuiti alla competenza di quel giudice, ove invece dovrebbe farsi unicamente riferimento a quella specifica e più stringente di cui all'art. 34 citato*"[25].

Considerato, inoltre, che quella messa a punto dall'art. 131 bis è disciplina più favorevole rispetto a quella di cui all'art. 34, e nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona ed in applicazione del principio di legalità penale enunciato dall'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, non rimane che concludere per la soluzione più coerente al sistema e più conforme ai principi generali, ossia l'applicazione della causa di non punibilità anche nel procedimento riservato alla competenza del giudice di pace.

[25] Cass. Sez. IV, 29 settembre 2016, n. 40699

6. Il ruolo della persona offesa dal reato e lo spazio riservato alla tutela dei suoi interessi.

Si è sostenuto a favore della tesi contraria all'applicazione dell'art. 131 bis davanti al giudice di pace che una simile estensione potrebbe pregiudicare irrimediabilmente la posizione della persona offesa dal reato, la quale sarebbe costretta a "subire" una conclusione sgradita del procedimento, in quanto si vedrebbe privata di adeguati strumenti per far valere le proprie ragioni, differentemente da quanto accade nel procedimento di competenza del giudice di pace, ove, coerentemente con la finalità conciliativa che lo connota, la persona offesa è titolare di un vero e proprio potere di veto con riguardo alle iniziative della pubblica accusa.

– Nel procedimento di cui all'art. 34 uno spazio rilevante, nella valutazione dei presupposti applicativi dell'istituto, è riconosciuto alla tutela degli interessi della vittima, la cui sussistenza è idonea ad impedire l'operatività del meccanismo di *diversion* sebbene gli indici principali di esiguità risultino comunque integrati. Tale modello predisposto dal legislatore rientra in una architettura sistematica tesa a valorizzare ed accentuare il ruolo della persona offesa e l'incidenza delle sue scelte sul rito e più in generale di quella componente, molto sentita nella criminalità di massa, rappresentata dalle percezioni e dai sentimenti delle vittime.

In generale l'analisi del ruolo e dei poteri della persona offesa conduce ad una più generale riflessione in termini di politica criminale sulla rilevanza del soggetto passivo nell'ambito del procedimento penale; infatti, a ben guardare, una politica criminale coerente, equilibrata e costituzionalmente orientata deve tendere alla costante sintesi delle posizioni della vittima e del reo, con la finalità ultima individuare il punto di equilibrio ed il giusto bilanciamento tra libertà individuale e difesa sociale. Nella storia del diritto e del processo penale, vittima ed autore del reato hanno conosciuto alterne fortune, a seconda del prevalere della retribuzione e general-prevenzione o della specialprevenzione ed indulgenzialismo[26].

– Con riferimento al procedimento ordinario, la scelta del legislatore di ridimensionare la posizione e la rilevanza dell'interlocuzione della persona offesa nel processo penale è da condividere, giacché evita di attribuire alla stessa una influenza pressoché decisiva nella individuazione delle modalità di definizione del processo penale e che mal si concilia con la ratio dell'istituto: come infatti affermato di recente anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 23/2015, con riferimento al rito monitorio ex art. 459 c.p.p., una volta introdotta una nuova ipotesi di non punibilità del fatto per particolare tenuità dello stesso, con il dichiarato scopo di assicurare la deflazione del carico giudiziale necessaria per l'effettivo funzionamento del rito accusatorio, l'attribuzione di una mera facoltà alla persona offesa, consistente nell'opposizione alla definizione del procedimento, introdurrebbe un evidente elemento di irrazionalità in quanto recherebbe un significativo vulnus all'esigenza della rapida definizione del processo.

---

[26] In tal senso MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 2015.

Ora, la persona offesa, o meglio la parte civile che rappresenta la trasfigurazione necessaria in sede processuale del soggetto leso dall'illecito penale, è titolare, per *voluntas legis*, di significativi poteri e facoltà processuali, come risulta dalla disciplina di cui agli artt. 74-82 c.p.p. A ben vedere, l'attribuzione di tali poteri in capo alla parte privata non è funzionale allo svolgimento del processo penale, né ad un più incisivo esercizio dell'attività inquirente, atteso che la ragione ultima della costituzione di parte civile nel giudizio criminale, nell'intento del legislatore del 1988, risiede nell'assicurare alla stessa una modalità di esercizio della relativa azione intesa ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'illecito penale[27]. Possibilità questa di cui la parte civile non viene privata nel procedimento ex art. 131 bis c.p., atteso che, la nuova causa di non punibilità è destinata ad operare, *"senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno"*. Infatti, l'art. 651 *bis* c.p.p. espressamente riconosce alla sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto. Dunque, nessun pregiudizio per le ragioni della parte offesa che potrà sempre far valere le sue pretese in sede civile.

7. Un caso concreto: l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei reati che prevedono soglie legali di rilevanza penale: Cass. Sez. Un. n. 13681/2016.

Da ultimo, occorre, infine, segnalare che, di recente, la Corte Suprema è stata investita della questione circa la compatibilità dell'art. 131 bis c.p. con le fattispecie legali che prevedono soglie di punibilità. Rispetto a queste ipotesi, si trattava di capire se l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. fosse incompatibile con l'individuazione di una soglia di offesa necessaria ai fini della punibilità, già oggetto di una precisa valutazione e scelta operata a monte dal legislatore, con conseguente sua possibile sostanziale vanificazione nell'ipotesi in cui fosse stata ammessa l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p.

Con riferimento particolare all'illecito di guida in stato di ebbrezza, la Corte suprema, con la sentenza a Sezioni Unite n. 13681/2016, ha concluso, dopo aver tratteggiato gli elementi caratterizzanti il nuovo istituto ex art. 131 bis, per la generale compatibilità dello stesso con il reato summenzionato, inquadrabile nell'ambito dei reati di pericolo presunto. Nello specifico, la Corte, rifacendosi alla sentenza Longoni, evocata nella ordinanza di rimessione, ha aderito alla prospettazione in base alla quale, "mentre la previsione di un valore – soglia per la configurazione del reato svolge la sua funzione sul piano della selezione categoriale, invece la particolare tenuità del fatto richiede un vaglio tra le "epifanie nella dimensione effettuale". In particolare, nel sostenere l'applicabilità dell'istituto al 131 bis, la suprema Corte sottolinea come "la novella abbia voluto chiaramente riferirsi alla connotazione storica della condotta e all'entità del suo

[27] C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, già cit., p. 81.

complessivo disvalore, nell'ottica di un giudizio che sia preordinato a valutare complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena". Da questa premessa, fa derivare la conseguenza in virtù della quale, "essendo in considerazione 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 inibita ontologicamente l'applicazione del nuovo istituto". Ma v'è di più.

La Corte aggiunge che ragionare diversamente, e quindi in termini di inapplicabilità del 131 bis a questi reati, condurrebbe a conseguenze paradossali, ossia l'inapplicabilità dell'istituto ai reati bagatellari (…), con conseguente frustrazione delle finalità deflattive sottese alla novella, in quanto pure per tali reati occorre considerare il contesto: l'entità, l'oggetto, gli effetti della condotta ed ogni altro elemento significativo.

Orbene, non v'è chi non veda come da tale sentenza possa ricavarsi qualche considerazione utile ai fini dell'analisi della questione in oggetto. Ora, con riferimento agli illeciti che presentano una soglia quantitativa che segna l'ambito di rilevanza penale del fatto, è chiaro che il superamento di tale soglia colga il minimo disvalore della situazione dannosa o pericolosa ed è altresì chiaro che quanto più ci si allontani dal valore soglia tanto più è verosimile che ci si trovi in presenza di un fatto non specialmente tenue. E proprio rispetto a questi reati, tuttavia, la Corte ha ritenuto che nessuna conclusione possa essere tratta in astratto, senza considerare le peculiarità del caso concreto.

Allo stesso modo ed a maggior ragione, risulta necessario argomentare con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace, trattandosi di reati dalla vocazione bagatellare, rispetto ai quali non può predicarsi l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. in assoluto, la quale comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento e conseguente violazione del principio di ragionevolezza costituzionalmente vietate.

In tale prospettiva, quindi, l'art. 131 bis, cristallizzando il principio della esiguità del reato riguardato nel suo complesso e consacrando definitivamente l'adesione del nostro codice penale alla concezione gradualista del reato[28], finisce per elevarsi, ancora una volta, a canone ermeneutico che, in una ottica funzionalistico-teleologica, deve poter assurgere a parametro di valutazione di qualsiasi fatto storico, nessuno escluso.

[28] In tal senso anche la Corte di Cassazione, a Sez. Unite, n. 13681/2016.