



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



ACTIO FINIUM REGUNDORUM DELL'ART. 131 BIS DEL CODICE PENALE

La particolare tenuità del fatto a distanza di oltre tre anni dalla sua introduzione, rapporti con il principio di effettività della pena.

di **Crescenzo Granata**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Venerdì 25 Maggio 2018

Sommario: 1. Il principio di effettività e l'incidenza della particolare tenuità; 2. Natura giuridica; 3. L'analisi dei presupposti: limiti edittali e tenuità dell'offesa; 4. La non abitualità del comportamento; 5. Conclusioni.

1. Il principio di effettività e l'incidenza della particolare tenuità

Il principio di effettività della pena indica la capacità di raggiungere gli scopi e di osservare le funzioni che istituzionalmente vengono ad essa attribuite. Le funzioni della pena, oltre alla tradizionale opera retributiva consistente nel suo carattere afflittivo-sanzionatorio, sono compendiabili nelle funzioni di prevenzione generale o speciale e di rieducazione del reo come sancito dall'art. 27 c.3 Cost. In altre parole, una pena effettiva è una pena adeguata (comminata secondo gli indici di cui all'art.133 c.p. che tengono conto della gravità del fatto e della capacità a delinquere) proporzionale al disvalore giuridico-penale del fatto, in grado di esplicitare una reale forza dissuasiva, tendente a conseguire la risocializzazione del reo. Fondamentale, al fine di garantire l'effettività della pena, è l'osservanza di certe regole espressive del principio di legalità della pena ex art. 25 Cost. Si tratta dei principi di certezza della pena, prevedibilità, sub specie di calcolabilità delle conseguenze penali di un fatto, proporzionalità ed eguaglianza, e non ultimo a seguito della ormai riconosciuta valenza sostanziale della prescrizione, l'impossibilità di infliggere la sanzione a fronte del trascorrere di un ragionevole lasso di tempo dalla commissione del reato. Nel processo penale, l'applicazione e il rispetto di tali principi sono assicurati non solo nella prima fase di cognizione, in cui la pena è in concreto determinata e irrogata, ma anche mediante il giudizio di esecuzione, che mira proprio ad attendere alle determinazioni fatte dal giudice della cognizione nell'ambito della sentenza di condanna.

Tracciato il quadro teorico di riferimento, l'attenzione si concentra sull'istituto della particolare tenuità del fatto introdotto dal D. L.vo 16 Marzo 2015 n. 28. La norma è in grado di incidere pesantemente sull'effettività della pena poichè sancisce la non punibilità del fatto quando, l'offesa, risulti, alla luce di una serie di parametri, valutabili dall'interprete, di "particolare tenuità". La nuova fattispecie, pertanto, pur a fronte di un fatto tipico, consente di non applicare la sanzione penale, posto che, in presenza di certe condizioni e presupposti, si evince che l'offesa è minima. L'istituto opera, in questo modo, una vera e propria depenalizzazione in concreto. Di solito, il legislatore cancella la rilevanza penale di un fatto o mediante una totale abolitio criminis, oppure, mediante una depenalizzazione in astratto, che consiste nella riduzione di un illecito penale, ad illecito meramente amministrativo o civile. Invece, la nuova fattispecie, si applica a fatti che sono penalmente rilevanti in quanto tipici, antiggiuridici e offensivi, vincolando la valutazione in ordine alla non punibilità, al riscontro degli indici criteri indicati dalla norma. Si coglie, allora, la distinzione rispetto al reato impossibile ex art. 49 c.2 c.p. Il reato

impossibile per inidoneità dell'azione o per inesistenza dell'oggetto, comporta la totale assenza dell'offesa. Nella particolare tenuità, l'offesa sussiste, ma è minima. In linea teorica, dunque, la linea di demarcazione è tracciata, ma la questione si complica sul piano pratico, con riferimento ad alcune ipotesi, come si dirà in seguito. La rilevanza della questione, ad ogni modo, si manifesta per le possibili ricadute processuali. Infatti, oltre alla applicazione della misura di sicurezza prevista per l'ipotesi dell'art. 49 c.p. ma applicabile anche al caso della particolare tenuità, in forza delle regole generali della materia, la non punibilità in base all'art. 131 bis comporta comunque l'iscrizione nel casellario giudiziale, e la sentenza di proscioglimento potrebbe sempre rilevare nei giudizi civili e amministrativi (nei limiti del nuovo 651 bis c.p.p. introdotto ad opera della medesima legge). Per queste ragioni, si afferma, che l'imputato potrebbe avere interesse a proseguire il giudizio, per ottenere una sentenza di proscioglimento. Da quanto sin qui illustrato è possibile cogliere la ratio della normativa in esame. La pena, applicata al fatto tenue, verrebbe percepita come ingiusta e sproporzionata, e dunque non sarebbe in grado di soddisfare le condizioni che l'art. 27 Cost. impone secondo quando in precedenza esposto. Il principio di sussidiarietà o extrema ratio del diritto penale, poi, confermerebbero l'assunto. In verità, contestualizzando storicamente e giuridicamente la vicenda che ha condotto all'introduzione della norma in esame, possono ravvisarsi ulteriori ragioni giustificative. Il riferimento, va da una parte, al problema del sovraffollamento carcerario, che affligge la gran parte degli istituti penitenziari, e dall'altra si ricorda la condanna subita dall'Italia ad opera della Corte EDU, nella nota vicenda Torreggiani, proprio a causa del sovraffollamento carcerario e delle condizioni in cui versavano i detenuti violative del principio indicato dall'art. 3 della Convenzione. Questo breve quadro storico-giuridico, consente allora di individuare l'ulteriore ratio della nuova disciplina, nell'esigenza di deflazione penale, sia sul versante processuale consentendo di alleviare il carico giudiziario, sia sul conseguente piano penitenziario.

2. Natura giuridica

A questo punto, prima di passare all'analisi dei fondamentali presupposti legittimanti la non punibilità dettati dal nuovo art. 131 bis, si rende necessaria, una presa di posizione, sul piano della natura giuridica della nuova causa di esclusione della punibilità. I principali dubbi, attengono alla valenza sostanziale o soltanto processuale della norma in esame. Secondo un primo orientamento l'art. 131 bis avrebbe una portata di carattere processuale, alla stregua di una condizione di procedibilità. Tale tesi sembra ispirata dalla presenza di istituti apparentemente affini, quali la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto nel diritto minorile (art. 27 d.p.r. 448/1988) e l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto per i reati di competenza del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 274/2000). Tali istituti, sono generalmente ricondotti nell'ambito di condizioni di improcedibilità, proprio ad onta del tenore letterale delle fattispecie, ove non si parla affatto, di non punibilità del reato. La giurisprudenza di legittimità,

invece, sottolinea la portata sostanziale dell'art. 131 bis, e non meramente processuale, valorizzando elementi di carattere letterale e sistematico. Da un lato, vale l'espresso richiamo alla "non punibilità", dall'altro, l'inserimento nel Titolo V del Libro I relativo alla "applicazione ed esecuzione della pena". In dettaglio, dal punto di vista della classificazione dogmatica, si tratta, di una causa di escusione della punibilità in senso stretto, presupponendo la sussistenza di un reato, in tutti i suoi elementi costitutivi. Perciò, è stato affermato, che la fattispecie manifesta la non opportunità, di punire fatti ritenuti non meritevoli di pena per ragioni, di proporzionalità e sussidiarietà, in precedenza esaminate. La qualificazione in termini di causa personale di esclusione della punibilità, comporta l'applicazione del conseguente regime giuridico, ossia la non estensibilità al concorrente, e l'applicazione oggettiva in capo all'agente, ossia a prescindere dalla conoscenza che questi ne abbia.

3. L'analisi dei presupposti: limiti edittali e tenuità dell'offesa

Ciò posto, punto nevralgico della disciplina è la corretta individuazione degli indici criteri che consentono di ritenere integrata la fattispecie, e quindi di non punire un determinato fatto. Proprio in tale sede, si annidano i maggiori problemi ermeneutici in punto di effettività della pena. Infatti, i parametri vanno individuati in modo chiaro, nel rispetto dei principi di tassatività e determinatezza, onde delimitare la discrezionalità dell'interprete ed evitare prassi giurisprudenziali dissonanti ove un medesimo fatto, possa essere ritenuto in un caso, non punibile, per particolare tenuità, e in un altro, invece, punibile, minando il principio di effettività della pena. Dunque, il primo presupposto, della causa di non punibilità è rappresentato dal limite edittale della pena detentiva prevista per il commesso reato, che non può superare i cinque anni, ovvero da una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta. L'art. 131 bis specifica al c. 4 che ai fini della determinazione della pena non si tiene conto delle circostanze, eccetto quelle indipendenti o a effetto speciale. In quest'ultimo caso non si terrà conto del giudizio di bilanciamento ex art. 69. L'eccezione relativa al computo delle circostanze autonome e ad effetto speciale conduce alla non applicazione dell'art. 131 bis c.p. anche a fattispecie molto comuni, come ad esempio, il furto aggravato che pure potrebbero essere suscettibili di integrare gli estremi del fatto di particolare tenuità. Tuttavia la giurisprudenza ne recupera l'applicabilità sul piano del tentato furto aggravato. La norma nulla dispone quanto al tentativo. Pertanto secondo un orientamento non sarebbe ad esso applicabile, dovendosi tenere conto dei limiti edittali previsti per la fattispecie base. Invece, la dottrina e la giurisprudenza hanno optato per l'applicazione anche al tentativo sulla base dell'autonomia della fattispecie tentata rispetto a quella consumata, dovendosi allora calcolare la pena attraverso la riduzione ex art. 56 c.p. Il caso, è quello del tentato furto aggravato nei supermercati che come confermato dalle Sezioni Unite si configura nella forma tentata e non consumata quando, a seguito della sottrazione, non vi sia il materiale conseguimento della res essendo la condotta compiuta sotto il costante controllo della

vigilanza, poi tempestivamente intervenuta. Maggiormente complessa risulta invece l'analisi degli indici criteri della "tenuità dell'offesa" e della "non abitualità" del comportamento congiuntamente richiesti. La norma indica anche i c.d. sub-requisiti da cui desumere la tenuità dell'offesa, ovvero "le modalità della condotta" e "l'esiguità del danno o del pericolo" valutate in base all'art. 133 c. 1 c.p. Il mancato riferimento al secondo comma dell'art 133 c.p. è un chiaro segno che si è voluto escludere dalla valutazione la capacità a delinquere del reo. Nonostante che tutti i requisiti indicati siano di carattere oggettivo, (per ancorare a parametri certi l'individuazione dei presupposti nella norma) il sindacato sull'elemento soggettivo avente ad oggetto l'intensità del dolo o il grado della colpa, può essere recuperato, attraverso l'indice requisito delle modalità della condotta interpretato secondo il 133 n. 3) che si riferisce proprio a tali elementi. Quanto al secondo sub requisito si pone uno dei problemi più delicati della disciplina in esame. In primo luogo si è discusso se l'esiguità del danno dovesse tenere conto anche delle conseguenze civili in termini di danno risarcibile. La giurisprudenza in proposito ha riconosciuto, ad esempio, la sussistenza della particolare tenuità anche a fronte di condotte riparatorie successive al fatto reato, nonostante che il mancato richiamo al 133 c.2 c.p. sembra impedire, la possibilità di prendere in considerazione la condotta susseguente al reato. (133 c.2 n. 3 c.p.). In secondo luogo sussiste un sottile margine di applicazione della causa di non punibilità in esame anche nell'ipotesi in cui ricorra l'attenuante della speciale tenuità del danno ex 62 n.4 oppure quando la lieve entità del fatto sia considerata elemento costitutivo di una fattispecie autonoma meno grave ad esempio art. 648 c.2 c.p. e 73 c.5 d.p.r. n. 309 del 1990 (T.U. Stupefacenti). In linea teorica, la questione è presto risolta, dato che lo stesso art. 131 bis al c.5 consente espressamente l'applicazione della particolare tenuità, anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante. Ma sul piano pratico il problema resta. Infatti, come anticipato, se l'offesa manca del tutto dovrà applicarsi il reato impossibile. Se l'offesa invece è lieve nel senso del riconoscimento della circostanza attenuante, dovrà ulteriormente considerarsi l'ipotesi in cui si evince un disvalore ancora inferiore, tale da rendere non punibile il fatto. Una valutazione non del tutto agevole. In proposito si ricorda l'orientamento della Cassazione che ritiene applicabile l'attenuante della speciale tenuità del danno anche al delitto tentato, in considerazione di un giudizio prognostico da cui risulti che il reato, ove consumato, sarebbe stato di lieve entità. Infine, analogamente all'ipotesi della circostanza attenuante, anche quando la lieve entità rappresenti un elemento costitutivo del reato, (ipotesi non contemplata dal predetto 131 bis c.5 c.p.) si reputa ammissibile anche la particolare tenuità di quel fatto già tenue. In dettaglio, per quanto concerne l'art 648 c.2 c.p. si è già fuori dai limiti edittali per l'applicazione della disciplina. Per tale motivo era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art 131 bis per contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di offensività. La Corte però ha agevolmente dichiarato infondata la questione posto che non possono ravvisarsi vincoli costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell'individuazione dei presupposti. Sempre con riguardo alla tenuità dell'offesa, molto discussa è la possibilità di applicare la fattispecie nei casi di reati con soglie di punibilità. Tali fattispecie, non sono

infrequenti nella legislazione penale, si considerino ad esempio i reati tributari, o quelli in materia ambientale, e nel codice della strada la guida in stato di ebbrezza (art. 186 c.d.s.). Secondo una prima impostazione il superamento delle soglie comporta la piena integrazione dell'offesa (da intendersi come offensività in astratto) al bene giuridico tutelato, mentre il fatto sotto soglia non è punibile perchè atipico e dunque inoffensivo. Così ragionando non vi è spazio per l'applicazione della particolare tenuità. Del resto, si afferma, che nei reati in cui il fatto sotto- soglia integra una sanzione amministrativa, ove si applicasse la particolare tenuità sorgerebbe un paradosso, la sanzione penale per un fatto più grave (sopra soglia) non si applicherebbe, mentre quella amministrativa meno grave (sotto soglia) verrebbe comunque irrogata. Un diverso orientamento invece oppone che la valutazione del legislatore operante in astratto non esclude, l'applicazione del 131 bis che opera in concreto. Infatti, nulla impedisce, che il lieve sfioramento della soglia seppure tipico e offensivo, possa considerarsi particolarmente tenue alla luce di un giudizio complessivo. Ciò dunque, non equivale a sostenere che il dato quantitativo del lieve superamento, sia automaticamente foriero della particolare tenuità, ma la valutazione dovrà essere comunque compiuta alla luce di tutte le circostanze del fatto storico. Tale discorso è stato confermato proprio dalla Cassazione con riferimento alla guida in stato di ebbrezza. In conclusione invece deve desumersi l'automatica esclusione della particolare tenuità per le specifiche ipotesi indicate dal 131 bis c.2 c.p. idonee a detrimere un'offesa grave o comunque non lieve.

4. La non abitualità del comportamento

Il secondo criterio è rappresentato dalla non abitualità del comportamento. Anche in questo caso la ricostruzione del parametro passa per alcuni sub-requisiti che necessitano di puntuale decodificazione. La non abitualità può infatti desumersi in tre ordini di casi indicati dal 131 bis c.4: a) nella previa dichiarazione di abitualità professionalità o tendenza a delinquere; b) la commissione di reati della stessa indole; c) quando i reati abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate. Quanto al primo requisito non vi sono molti dubbi, posto che si tratta di casi predeterminati dagli artt. 102, 103, 105, 107, c.p. (potendosi estendere anche al contravventore abituale ex art. 104 c.p.). Più complessa è l'individuazione degli ulteriori requisiti. Per quanto riguarda i reati della stessa indole certamente il riferimento va alla recidiva reiterata specifica. Tuttavia, i dubbi riguardano il se per la pluralità di reati sia anche necessaria la sentenza di condanna irrevocabile o sia sufficiente anche l'esercizio dell'azione penale. In merito a questa seconda soluzione si è pronunciata la Cassazione. L'ipotesi più controversa è invece quella indicata alla lettera c). Il richiamo a condotte plurime infatti è da considerarsi atecnico. Mentre condotte le abituali o reiterate può sembrare una inutile ripetizione. Perciò sforzandosi di individuare dei significati puntuali, si è sostenuto, che la pluralità delle condotte potrebbe intendersi come riferita alle c.d. norme a più fattispecie in grado cioè di essere integrate da una pluralità di condotte (an esempio: 600 bis c.p. reclutare, indurre alla prostituzione

ma anche favorire, sfruttare, gestire, organizzare) così che la realizzazione di più condotte rende inapplicabile la norma. Invece il riferimento alle condotte abituali o reiterate si distingue solo ove si appoggia la tesi che fa riferimento al reato eventualmente abituale, oltre che al reato abituale. Così opinando, le maglie del requisito ostativo sarebbero ampliate a quelle ipotesi in cui il reato può solo eventualmente realizzarsi con condotte ripetute. Infine quanto al requisito dell'abitualità dubbi sono sorti anche con riferimento al reato permanente e a quello continuato. Nel primo caso, la prevalente impostazione che riconosce carattere unitario al reato permanente, consente di applicare la particolare tenuità. Invece, per il reato continuato la Cassazione si è orientata nel senso della incompatibilità, poiché anche a voler considerare la fattispecie come unitaria, sarebbe comunque caratterizzata da una pluralità di condotte esecutive. Non contrasta invece con tale requisito il concorso formale, quando cioè vi è una sola azione od omissione idonea ad integrare una pluralità di reati, anche se poi, andrebbero verificati gli altri parametri quali il limite edittale e la tenuità dell'offesa, invero, non facilmente evincibile, a fronte di un concorso di reati.

5. Conclusioni

In conclusione dell'analisi, deve evidenziarsi, la tendenza ad applicare estensivamente la particolare tenuità del fatto per tutte le ragioni, di economia processuale, di "meritevolezza" e proporzionalità della pena, di deflazione penale, sin ora evidenziate. L'esigenza di ridurre il contenzioso su fattispecie bagatellari, tuttavia, non può tradursi in una prassi che metta in discussione la stessa applicazione alle norme incriminatrici dell'istituto in questione. Proprio in queste ipotesi, l'effettività della pena è minacciata, in quanto prima di tutto, una pena effettiva è una pena certa e prevedibile. Perciò, l'esigenza maggiormente avvertita, è proprio quella di individuare e risolvere i problemi ermeneutici relativi alla possibile estensione della fattispecie, che in quanto causa di esclusione della punibilità in senso stretto, si colloca fra quelle eccezionali ipotesi in cui il legislatore per ragioni di opportunità esclude la sanzione penale. Certo, non tutti i dubbi sono risolti, posto che di recente il problema qui analizzato si è posto con grande vigore, con riferimento alla responsabilità degli enti. Proprio in questo caso, il margine di estensione della norma ha subito un brusco arresto. Infatti, la Cassazione ha negato l'ammissibilità della particolare tenuità con riferimento alla responsabilità degli enti di cui al D. lgs. 231/2001. La questione sorge dal momento che non vi sono indici normativi che regolano espressamente la materia. Pertanto, al riguardo, sono sorti due orientamenti. Secondo il primo più aderente al dato letterale l'art. 8 del decreto non ricomprende la particolare tenuità fra le cause che impongono l'autonoma responsabilità dell'ente, dunque in questo caso dovrebbe tornare ad applicarsi la regola generale, in base alla quale la responsabilità dell'ente, sussiste, solo se ed in quanto, esista la responsabilità (per i reati specificamente previsti) dell'autore materiale inserito a vario titolo nella struttura dell'ente. Viceversa, l'orientamento contrario, afferma che anche in questo caso

dovrà comunque sostenersi l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dei soggetti preposti. Principio che trova espressione proprio nel fatto che l'ente risulta responsabile anche se il reato presupposto è dichiarato estinto. Tuttavia questa equiparazione tra le cause di estinzione del reato e della pena espressamente contemplate, e la particolare tenuità del fatto, risulta secondo la dottrina una vera e propria interpretazione analogica in malam partem. Dunque, nonostante la presa di posizione della Cassazione, la questione non pare del tutto sopita, così come le questioni politico criminali attinenti l'effettività e la legittimità della pena negli evidenziati casi problematici.
