

Non punibilità per particolare tenuità del fatto: prime osservazioni

§ 1. Premessa.

Il decreto legislativo 16/3/2015 n. 28, emanato in forza della delega contenuta nell'art. 1 comma 1 lettera m) della legge 28/4/2014 n. 67, ha introdotto il nuovo istituto della *non punibilità per particolare tenuità del fatto* disciplinandone gli aspetti sostanziali e processuali.

§ 2. La disciplina sostanziale.

L'art. 1 del decreto legislativo, dunque, introduce una *causa di esclusione della punibilità* che, come tale, presuppone la sussistenza di un fatto tipico e attiene alla (non) applicazione della pena. Ciò spiega la collocazione dell'art. 131 bis c.p. dopo il titolo III sul reato e nell'ambito del titolo V la cui rubrica, appunto modificata nell'occasione, riguarda la punibilità e la pena¹.

Pertanto, il nuovo istituto costituisce applicazione dei *principi generalissimi di proporzione e economia processuale*, a suo tempo evocati relativamente ai consimili istituti disciplinati dal processo minorile (art. 27 D.P.R. 448/88) e dal processo penale davanti al giudice di pace (art. 34 D.Lgs. 274/00)². Il che distingue nettamente la particolare tenuità del fatto, intesa quale sua irrilevanza, dalla sua inoffensività, perché il fatto inoffensivo è un fatto insussistente dal punto di vista penale, mancando un elemento costitutivo del reato e quindi costituendo un fatto atipico (art. 49 c.p.).

L'art. 131 bis c.p. esclude la punibilità *solo per alcuni reati*.

Si tratta dei reati punibili con pena detentiva non superiore a cinque anni o con pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena detentiva.

Di qui un primo problema interpretativo: *quid iuris* in caso di reati punibili con pena alternativa? Probabilmente l'attuale formulazione della norma è frutto di una semplice "incuria terminologica" del legislatore, che non preclude l'applicazione del nuovo istituto anche a tali fattispecie, essendo del resto manifestamente irragionevole l'opposta soluzione.

Un secondo problema interpretativo riguarda i reati che prevedono soglie di punibilità (alcuni reati del c.p. come l'art. 316 ter c.p., numerosi reati tributari, alcuni reati stradali): è legittimo che l'interprete metta in discussione le scelte del legislatore ritenendo irrilevante penalmente ciò che supera la soglia legale di rilevanza penale? La soluzione positiva è la più convincente, visto che il superamento della soglia può comunque essere di particolare tenuità (così Cass. 9/7/2004 n. 40203 in un caso di guida in stato di ebbrezza con un superamento minimo della soglia) e la fattispecie può soddisfare gli altri requisiti di cui all'art. 131 bis c.p.

¹ Pertanto, *il nuovo istituto non ha a che vedere con le cause di estinzione del reato*, il che per es. non consente di affermare la responsabilità dell'ente in caso di non punibilità ex art. 131 bis c.p., a differenza di quanto accade per le cause di estinzione del reato diverse dall'amnistia, come la prescrizione (art. 8 D.Lgs. 231/01).

² Peraltro, *il nuovo istituto sembra applicabile nel procedimento davanti al giudice di pace*, come alcune prime pronunce danno per scontato (G.d.p. di Sanremo, ordinanza 7/7/2015, che, in seguito a richiesta predibattimentale, ha riservato la chiesta applicazione dell'art. 131 bis c.p. all'esito dell'istruzione dibattimentale e della discussione e quindi in sede di sentenza). Giova evidenziare, del resto, che, mentre l'art. 131 bis c.p. introduce una causa di esclusione della punibilità, l'art. 34 D.Lgs. 274/00 disciplina una mera causa di esclusione della procedibilità, e che, mentre l'art. 131 bis c.p. (e le relative norme processuali) non riserva alla persona offesa alcun potere di interdizione, l'art. 34 lo fa sostanzialmente ammettendo quello sbocco processuale "solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento" prima dell'esercizio dell'azione penale mentre successivamente solo se la persona offesa non si oppone. Del resto, per l'applicazione dell'art. 34 occorre anche l'accertamento dell'esistenza di un pregiudizio a indagato o imputato quale possibile effetto dell'ulteriore corso del procedimento.

Lo stesso art. 131 bis c.p. disciplina i criteri di determinazione della pena, che deve essere individuata considerando la pena edittale aumentata o diminuita solo in caso di circostanze del reato a effetto speciale o a esse assimilabili, senza che possa aver luogo il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.³

Un primo requisito dell'art. 131 bis c.p. è che l'*offesa sia di particolare tenuità*.

La norma stabilisce che il giudizio sull'irrilevanza del fatto sia dato in base alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o del pericolo⁴.

La valutazione è condotta in base agli elementi di cui all'art. 133 comma 1 c.p. che impone, fra l'altro, di considerare anche l'elemento soggettivo del reato (in forza del n. 3 del comma 1, secondo cui rileva l'intensità del dolo o il grado della colpa).

E' esclusa la particolare tenuità del fatto nei seguenti casi: - motivi abietti o futili; - crudeltà o uso di sevizie; - minorata difesa; - morte o lesioni gravissime di persone per colpa o come conseguenza non voluta (art. 131 bis comma 2 c.p.).

E' ammessa, invece, la particolare tenuità del danno in caso di reato circostanziato dalla particolare tenuità del danno o del pericolo, per esempio in caso di reati contro la p.a. di particolare tenuità ai sensi dell'art. 323 bis c.p.: si tratta di capire come coordinare le due nozioni di particolare tenuità, e sembra che la soluzione più trasparente sia quella fondata semplicemente sui criteri di applicabilità dell'art. 131 bis c.p., per il che, nell'esempio appena menzionato, la causa di esclusione della punibilità opererebbe a condizione che l'imputato non avesse serbato una condotta abituale.

Altro requisito dell'art. 131 bis c.p. è che la *condotta non sia abituale*.

La norma stabilisce che il comportamento ascritto all'imputato non deve essere stato preceduto da una *dichiarazione di pericolosità sociale* ovvero dalla *commissione di reati della stessa indole*: ci si chiede anzitutto se la preclusione operi anche quando tale commissione non sia stata accertata giudizialmente (per la soluzione affermativa v. le recenti linee guida della Procura della Repubblica di Palermo); ci si chiede inoltre se la preclusione operi in caso di recidiva, purchè non specifica né reiterata (per la soluzione negativa v. la relazione al decreto legislativo).

La norma stabilisce inoltre che il comportamento ascritto all'imputato non deve consistere in *condotte abituali, reiterate o plurime*, come potrebbe accedere nel caso del reato continuato: ci si chiede, peraltro, se la preclusione operi in caso di continuazione tra due soli reati (per la soluzione negativa, sia pure in astratto, v. le citate linee guida palermitane).

§ 3. La disciplina processuale.

Gli art. 2 e 3 del decreto legislativo disciplinano il modo in cui la nuova causa di esclusione della punibilità può trovare applicazione nel processo, stabilendo che ciò può avvenire solo nelle *fasi decisorie del procedimento*: pertanto ne è esclusa la declaratoria ex art. 129 c.p.p., ordinariamente ammessa in ogni stato e grado del procedimento, perché precluderebbe una diretta interlocuzione sul punto da parte di tutti gli interessati (persona offesa compresa); peraltro non ne sarebbe esclusa la declaratoria incidentale in sede cautelare, che precluderebbe l'applicazione di misure precautelari e cautelari, se non altro in forza del principio di proporzionalità di cui all'art. 275 comma 2 c.p.p.

³ Il concorso di circostanze di questo tipo resta disciplinato dall'art. 63 c.p.

⁴ L'esiguità del danno o del pericolo, peraltro, non sono necessariamente legati alla presenza di una persona offesa, come può accadere nel caso dell'art. 116 c.d.s., in cui pertanto la valutazione di tale esiguità è richiesta.

L'*archiviazione* per non punibilità per particolare tenuità del fatto è consentita in esito a un procedimento caratterizzato da alcune particolarità rispetto a quello ordinario di archiviazione: 1) l'*avviso del deposito della richiesta di archiviazione* è dovuto sia alla persona offesa sia all'indagato (il che può porre di fronte al problema dell'irreperibilità di quest'ultimo); 2) l'*opposizione all'archiviazione* è ammessa sia da parte della persona offesa sia da parte dell'indagato, i quali sono tenuti, a pena di inammissibilità, a esporre le ragioni del dissenso (in luogo delle indicazioni ordinarie, prescritte dall'art. 410 c.p.p., cioè l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova)⁵; 3) la *decisione sulla richiesta di archiviazione* da parte del giudice per le indagini preliminari, in caso di suo non accoglimento, può limitarsi a disporre la restituzione degli atti al pubblico ministero (senza necessità di ordinare a quest'ultimo di effettuare ulteriori indagini o di formulare l'imputazione).

Il *proscioglimento predibattimentale* per non punibilità per particolare tenuità del fatto è consentito in esito a un procedimento che presenta una particolarità rispetto al procedimento ordinario predibattimentale, e cioè l'*audizione anche della persona offesa se compare* (art. 469 comma 1 bis c.p.p.): tuttavia, così come accade nel procedimento di archiviazione, quest'ultima non dispone di alcun potere di veto, a differenze delle altre parti - imputato e pubblico ministero - che invece possono opporsi precludendo la declaratoria in questa sede.

Il *proscioglimento dibattimentale* per non punibilità per particolare tenuità del fatto è consentito solo in esito al giudizio essendo esclusa l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. come già osservato: la relativa sentenza, divenuta irrevocabile, assume efficacia nel giudizio civile e amministrativo di danno quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato l'ha commesso (art. 651 bis c.p.p.): tale efficacia non è riconosciuta, peraltro, alle pronunce di archiviazione o di proscioglimento predibattimentale.

§ 4. Il casellario giudiziale.

L'art. 4 del decreto legislativo disciplina l'iscrizione della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto in vista di un *eventuale successivo giudizio* sulla sussistenza del requisito di non abitualità della condotta.

Due aspetti meritano di essere brevemente considerati: 1) non è espressamente prevista l'*iscrizione del provvedimento di archiviazione ex art. 131 bis c.p.*, che tuttavia sembrerebbe logico includere tra quelli suscettibili di iscrizione se la finalità è quella sopra menzionata; 2) è espressamente esclusa la *menzione del provvedimento ex art. 131 bis c.p. in caso di rilascio di certificato generale e penale a richiesta dell'interessato* (art. 24 e 25 lettera f bis) del d.p.r. 313/02), a differenza di quanto accade per il provvedimento ex art. 168 bis c.p.⁶.

Eugenio Aluffi

⁵ Quanto al termine per proporre opposizione, previsto dal nuovo comma 1 bis dell'art. 411 c.p.p. in dieci giorni, ci si è posti il problema della sua estensione ai fini dell'opposizione all'archiviazione in materia di delitti commessi con violenza alla persona per i quali è fissato, ai sensi dell'art. 408 comma 3 bis c.p.p., in venti giorni: chi propende per la specialità di quest'ultima norma, e quindi per la sua applicazione anche al caso dell'archiviazione richiesta ex art. 131 bis c.p., si trova di fronte al rischio di una disparità di trattamento tra persona offesa e indagato, se a quest'ultimo fosse riconosciuto solo il termine ordinario di dieci giorni; ci si interroga quindi se debba essere presa in considerazione la prospettiva di estendere il più lungo termine anche a quest'ultimo.

⁶ La logica di questa disposizione rende ancora più evidente l'illogicità del quadro normativo tratteggiato dalla L. 67/14 che invece consente la menzione dei provvedimenti di sospensione del procedimento con messa alla prova nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato.