

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/05/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37102-la-causa-di-esclusione-della-punibilit-per-particolare-tenuit-del-fatto-de-minimis-non-curat-praetor>

Autore: Cipriano Leonardo

La causa di esclusione della punibilità “per particolare tenuità del fatto”. “De minimis non curat Praetor”.

La causa di esclusione della punibilità “per particolare tenuità del fatto”. “*De minimis non curat Praetor*”.

Di Leonardo Cipriano

1. Natura giuridica. 2. Profili costituzionali ed istituti affini. 3. Profili di applicazione. 4. Conclusioni.

1. Natura giuridica

Il D.lgs 16 marzo 2015, n. 28, in attuazione della delega contenuta nell’art.1, comma 1, lett. m) della L. 28 aprile 2014, 67, ha introdotto nel Codice Penale l’art. 131 bis che disciplina una nuova causa di esclusione della punibilità “per particolare tenuità del fatto”.¹

Atteso che nell’ordinamento penale sono presenti una pluralità di istituti che comportano l’esclusione della punibilità, nonostante venga realizzato il fatto tipico previsto da una norma incriminatrice, occorre preliminarmente individuare la natura giuridica e la ratio di tale nuova esimente, onde procedere al corretto inquadramento dogmatico della medesima ed all’applicazione delle disposizioni generali previste per la categoria di cause di non punibilità cui essa appartiene.

Al riguardo, occorre rilevare che la stessa Relazione allo schema della citata Legge delega, afferma che “*l’operatività della nuova esimente si pone in relazione a fatti tipici costituenti reato (...) da non ritenersi punibili in ragione dei principi generalissimi di proporzione ed economia processuale*”.

Anche dai presupposti applicativi individuati nell’art. 131 bis, (“quando per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell’articolo 133, primo comma, l’offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale”) sembra potersi dedurre inequivocabilmente che l’applicazione dell’istituto giuridico in esame, presuma il perfezionamento di una fattispecie di reato, sia dal punto di vista dell’elemento oggettivo che di quello soggettivo.

Alla luce di tali parametri ermeneutici, si può, in primo luogo escludere che la causa di non punibilità in esame appartenga alla categoria delle cause oggettive di esclusione della punibilità (c.d. scriminanti) di cui agli artt. 50 – 54 c.p..

Infatti, per la prevalente opinione, le cause di giustificazione comportano il venir meno dell’antigiuridicità della condotta che - sebbene astrattamente ascrivibile ad una disposizione incriminatrice - è tuttavia giustificata alla luce di altre disposizioni normative o da principi generali, a garanzia di un interesse o bene di valore eguale o superiore a quello, di volta in volta, tutelato dalla norma penale.²

Ne discende che in presenza di una scriminante, non sussiste alcun illecito penale³, mentre, con riguardo alla causa di non punibilità in esame, il perfezionamento di un reato ne costituisce il presupposto di applicazione, rilevando, a tal fine, elementi logicamente afferenti o consequenziali al

¹In vigore dal 2 aprile 2015.

² Secondo la c.d. teoria bipartita del reato (che le considera elementi negativi della fattispecie) le medesime escludono la stessa tipicità oggettiva della fattispecie concreta. Cfr. BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, pag. 394 e ss..

³ Né, in realtà di alcun tipo di illecito.

reato stesso, come le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo, la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento.

Parimenti, la fattispecie di cui all'art. 131 bis c.p. non sembra riconducibile alle cause soggettive di esclusione della punibilità (o scusanti).

Ed infatti, tale tipologia di esimenti - relative a situazioni che inficiano il processo motivazionale dell'agente (ad es: l'errore sul fatto) o che implicano l'impossibilità di pretendere umanamente dal medesimo un comportamento conforme al precetto penale (ad es: art. 348 c.p.)⁴ - incidono sul fatto tipico dal punto di vista dell'elemento soggettivo ed in particolare escludono la colpevolezza.

Se invece si valorizzano, da un lato, le accennate finalità "deflative" del contenzioso, che hanno spinto il legislatore ad introdurre nell'ordinamento l'esimente di cui all'art. 131 bis c.p. e, dall'altro, la sua operatività all'esterno del fatto tipico di reato, si può ragionevolmente inquadrare la fattispecie in esame nell'ambito delle cause di non punibilità in senso stretto, la cui ratio è di inibire l'applicazione della pena laddove lo richiedano rilevanti esigenze di opportunità e di politica criminale.

La conseguente applicazione dello statuto giuridico relativo a tale categoria di cause di esclusione della pena comporta, tra l'altro, che: a) l'esimente di cui all'art. 133 bis c.p. non è estensibile analogicamente, essendo istituito che fa eccezione alla regola generale di punibilità dei reati; b) non si applica se vi è errore circa la sua sussistenza da parte dell'agente⁵; c) la non punibilità non si estende agli eventuali concorrenti nel reato; d) la reazione della persona offesa dal reato - pur se il suo autore non è punibile in virtù dell'esimente in questione - può costituire legittima difesa, ove ne ricorrano gli altri presupposti normativi; e) il soggetto danneggiato dal reato (che permane comunque come fatto illecito, nonostante la presenza dell'esimente in parola) può agire nei confronti dell'autore per il risarcimento del danno; f) la formula da utilizzarsi per il proscioglimento del soggetto agente a seguito di applicazione dell'art. 133 bis c.p. è "perché il fatto non è punibile".

2. Profili costituzionali ed istituti affini.

Poiché la nuova causa di non punibilità introdotta dal legislatore consente agli organi giurisdizionali di effettuare una "scrematura" tra i fatti di reato meritevoli di essere processualmente vagliati, si pone il problema di valutare la compatibilità della medesima con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) che, rigidamente applicato, imporrebbe l'esercizio della giurisdizione penale in relazione a qualunque fattispecie criminosa, ancorché di minima rilevanza.

Al riguardo, occorre rilevare che sebbene l'istituto in esame costituisca effettivamente un'eccezione al citato principio, tale deroga appare funzionale e coerente ad altri principi costituzionali non meno importanti di quello citato.⁶

In primo luogo, avendo un effetto deflattivo del contenzioso penale, l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. consente, da un lato, di concentrare le risorse della giustizia sulla repressione di reati

⁴ Peraltro la c.d. inesigibilità della condotta conforme a legge non è ritenuta dalla prevalente giurisprudenza un principio generale.

⁵ Non si può procedere all'applicazione della esimente putativa come nel caso delle scriminanti (art. 59, comma 4 c.p.).

⁶ Peraltro, la stessa Corte costituzionale con la recente sentenza del 3 marzo 2015 n. 25 ha avallato il nuovo istituto.

più gravi e che destano un maggior allarme sociale, dall'altro di ridurre la durata globale dei procedimenti penali, in attuazione del principio della ragionevole durata del (giusto) processo (art. 111 Cost.).

Inoltre, atteso che l'istituto in esame comporta la non punibilità di fatti criminosi che si mantengono al di sotto di una determinata soglia di gravità (da valutarsi, nel caso concreto, in base ai criteri della particolare tenuità dell'offesa e della non abitualità del comportamento) risulta evidente che il legislatore abbia voluto limitare l'area del penalmente rilevante a quei fatti che in modo significativo ledono o mettono in pericolo i beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici, in tal modo rafforzando nell'ordinamento penale il ruolo del principio di offensività (e dei suoi fondamenti costituzionali)⁷.

Infine, anche sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività (art. 25 Cost.) il legislatore ha operato un'opportuna delimitazione sostanziale dell'istituto in esame, sia definendo la tipologia dei reati (quoad poenam) cui esso può astrattamente applicarsi, sia offrendo al giudice minuziose coordinate applicative dell'istituto, mediante rinvio all'art. 133 c.p. per la determinazione degli elementi indicatori della "particolare tenuità del fatto" e mediante l'indicazione di ipotesi specifiche in cui comunque tale elemento va escluso.⁸

D'altra parte, la particolare tenuità del fatto è elemento rilevante ai fini dell'applicazione di altri istituti a carattere "deflattivo" presenti nel nostro ordinamento, che operano nel processo minorile ed in quello dinanzi al Giudice di pace.

In particolare, nel processo minorile, l'art. 27 D.P.R. n. 448/1998 consente al giudice di concludere il procedimento penale con "sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore", mentre, ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, il Giudice di pace, può, durante le indagini preliminari, dichiarare con decreto d'archiviazione il non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, quando non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento.

Senonché - pur rilevando anche per quest'ultimi istituti l'elemento della scarsa offensività del fatto in concreto posto in essere dal reo - i medesimi si fondano su presupposti diversi rispetto all'art. 131 bis c.p. (rispettivamente, è necessario accertare "se l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore" o se "non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento")⁹

3. Profili di applicazione.

L'ambito oggettivo di applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis concerne tutti i reati (delitti o contravvenzioni) per i quali è prevista la sola pena detentiva fino a

⁷ L'art. 13 Cost., che tutelando la libertà personale, osta all'estensione della punibilità penale a fatti non offensivi di beni costituzionalmente rilevanti; l'art. 25 Cost., che distinguendo tra pene e misure di sicurezza (con funzione esclusivamente preventiva) osta all'applicazione di pene a condotte che siano solo indice di futuri reati; l'art. 27, comma 2, Cost., che assegnando alla pena anche una funzione rieducativa, presuppone che una condanna debba essere comminata non per mere violazioni di doveri, ma solo se il fatto è effettivamente offensivo di un bene giuridico.

⁸ "Appaiono, dunque, conciliate le esigenze di "delimitazione" - sostanziale e processuale - dell'istituto con la opportunità di evitare l'ulteriore corso dei procedimenti relativi a fatti di particolare tenuità, perciò non "funzionali" a una razionale tenuta del sistema processuale". F. Menditto. Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, su Diritto Penale Contemporaneo, Milano, pag. 4.

⁹ Nell'ipotesi di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, cambiano parzialmente - rispetto all'art. 131 bis c.p. - anche le coordinate per l'individuazione della particolare tenuità del fatto. Inoltre tale fattispecie ha natura di causa di non procedibilità.

cinque anni (massimo edittale) ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva.

Secondo un'autorevole opinione¹⁰, non si può dubitare della configurabilità della condizione di non punibilità in esame anche quando il fatto contestato è rimasto al mero stadio di tentativo, atteso che non vi sarebbe alcuna ragione logica per escludere che la "particolare tenuità dell'offesa" possa essere riscontrata anche nel caso di mancata consumazione.¹¹

Peraltro, in tal caso il limite edittale di cinque anni dovrà necessariamente riferirsi alla pena stabilita per il reato tentato dall'art. 56 c.p. (riduzione nel minimo di 1/3 di quella prevista per il reato consumato) "in quanto il reato tentato costituisce pacificamente ipotesi autonoma di reato"¹².

Inoltre, sempre al fine della determinazione del limite di pena edittale per l'applicazione della causa di non punibilità in esame (ed al fine di evitare un'estensione troppo ampia della medesima) il legislatore prevede che non si debba tener conto delle circostanze attenuanti ed aggravanti, ad eccezione di quelle (aggravanti) per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale (nel qual caso non si procede al giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti, di cui all'art. 69 c.p.).

In ogni caso, non ostano all'applicazione dell'esimente eventuali previsioni normative che in relazione al reato commesso stabiliscano una specifica circostanza attenuante concernente la particolare tenuità del danno o del pericolo.¹³

Occorre a questo punto passare in rassegna i presupposti dell'esimente in questione normativamente previsti, ossia la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento.

Quanto al primo elemento, si richiede un'offesa che abbia superato di poco la soglia di rilevabilità, al di sotto della quale la fattispecie dovrebbe - verosimilmente - confluire nell'ambito applicativo dell'art. 49 c.p. (reato impossibile).

Al riguardo, i parametri che devono essere compresenti per configurare il citato presupposto sono le "modalità della condotta" e l'"esiguità del danno o del pericolo".

Con riguardo alle modalità della condotta, lo stesso legislatore, da un lato rinvia ai criteri di valutazione della gravità del reato (previsti per la determinazione della pena) di cui all'art. 133, comma 1 c.p.,¹⁴ e, dall'altro, fornisce all'interprete un elenco di "modalità" che escludono in radice la particolare tenuità dell'offesa.¹⁵

Anche con riferimento all'esiguità del danno o del pericolo, la valutazione deve essere

¹⁰ Cfr: F. Menditto. Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, su Diritto Penale Contemporaneo, Milano

¹¹ Anzi a maggior ragione il tentativo è di per sé una fattispecie criminosa meno offensiva del reato consumato.

¹² V. nota n. 10.

¹³ Parimenti deve ritenersi applicabile nel caso in cui la particolare tenuità del danno o del pericolo siano elementi costitutivi di un'autonoma fattispecie di reato. Alcuni dubbi di compatibilità emergono, invece, in relazione alle fattispecie criminose nelle quali sono previste specifiche cause di non punibilità, per le quali, il legislatore ha già previsto un'autonoma situazione che consente l'esenzione da pena.

¹⁴ Ad es: la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo ed il luogo dell'azione; l'intensità del dolo ed il grado della colpa (art. 133, comma 1, nn. 1 e 3 c.p.).

¹⁵ Se l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa.

condotta, sia alla luce dei criteri di cui all'art. 133 c.p.¹⁶, sia verificando l'assenza di situazioni ostative, già predeterminate dal legislatore.¹⁷

Infine, l'art. 133 bis comma 3, espressamente esclude la ricorrenza del secondo requisito (la non abitualità del comportamento) quando l'autore:

- "sia stato dichiarato delinquente abituale, professionalità o per tendenza", ricorrendo le ipotesi normative desumibili dagli artt. 102 – 105 e 108 del c.p.;

- "abbia commesso più reati della stessa indole¹⁸ ancorché gli stessi, isolatamente considerati, siano di particolare tenuità";¹⁹

- "abbia commesso reati che hanno ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate" (ad es: nel caso del reato di cui all'art. 612 c.p. "atti persecutori", c.d. "stalking" o di cui all'art. 570 c.p. "maltrattamenti in famiglia").

Al riguardo occorre osservare che, in base al dettato normativo sopra richiamato, il requisito in parola va escluso anche nel caso di commissione di più reati²⁰ colposi della stessa indole, laddove per la dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere è necessario che vengano reiterati delitti non colposi.

A maggior ragione a tale risultato interpretativo si deve pervenire nel caso di contestazione della recidiva per commissione di due reati non colposi della stessa indole (art. 99, comma 1, n. 1, c.p.).

4. conclusioni

Alla luce delle precedenti considerazioni, la nuova causa di non punibilità per "particolare tenuità del fatto" appare adeguatamente calibrata dal legislatore, che, lungi dall'aver voluto introdurre una velata forma di depenalizzazione, ha mirato ad ampliare l'applicabilità del principio del favor rei ad ipotesi in cui la commissione di un reato non grave sia stata solo meramente occasionale.

¹⁶ Benché, al riguardo, la norma richiamata non offra un vero e proprio ausilio interpretativo riferendosi tautologicamente agli stessi criteri che dovrebbe specificare: il comma 1, n. 2 di tale articolo prevede infatti che la pena debba essere valutata in base alla "gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa". Ne discende che per individuare l'esatto significato di "esiguità del danno o del pericolo" l'interprete dovrà fare riferimento a parametri di logica comune (misura molto modesta della lesione o della messa in pericolo del bene tutelato dalla norma penale)

¹⁷ quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

¹⁸ V. l'art. 101 c.p..

¹⁹ Si osservi che per escludere il requisito in parola rileva anche la commissione di più reati colposi della stessa indole, laddove per la dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere è necessario che vengano reiterati delitti non colposi. Inoltre in base al dettato normativo sopra richiamato anche la contestazione della recidiva per commissione di due reati non colposi della stessa indole (art. 99 c.p.) comporta l'inapplicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

²⁰ Quindi almeno due.