

Le convergenze parallele e la norma dimenticata.

di *Mario Iannuzziello*

CASSAZIONE PENALE, SEZ.III, 28 APRILE 2017 (UD. 4 APRILE 2017), N. 20245
PRESIDENTE CAVALLO, RELATORE ANDRONIO

Sommario: **1.** La decisione ricorso. – **2.** Lo stato della giurisprudenza. – **3.** Considerazioni. – **4.** L’auspicabile soluzione delle Sezioni Unite.

1. La decisione ricorso.

Il 14 luglio 2015, il Giudice di pace di Verona dichiarava la non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131*bis* c.p. per il reato di cui agli artt. 110 e 731 c.p., riconoscendo l’applicabilità di questa norma anche dinanzi ai procedimenti di sua competenza poiché si pone in “rapporto di specialità” con l’art. 34 del d.lgs. n. 274/00, che prevede la non procedibilità per i reati di particolare tenuità.

Contro tale sentenza, ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Venezia denunciando l’inosservanza dell’art. 131*bis* c.p., ritenuto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, non applicabile in quel procedimento in cui opera soltanto l’art. 34 cit., ‘Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto’. A ciò, aggiunge il ricorrente che l’art. 2 d.lgs. 274/00 attua “un rinvio alle sole norme del codice di procedura penale e non anche a quelle del codice penale”.

2. Lo stato della giurisprudenza

La Corte di Cassazione, III sezione penale, riconoscendo un contrasto giurisprudenziale, con ordinanza n. 20245, resa all’udienza del 4 aprile 2017, ha rimesso, ex art. 618 c.p.p., alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “*se l’art. 131bis c.p. sia applicabile nei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di pace*”.

Una prima linea nomofilattica, largamente predominante¹, sostiene che la causa di non punibilità ex art. 131*bis* c.p. non trova applicazione nei procedimenti di competenza del Giudice di pace per cui è prevista la “disciplina speciale” dell’art. 34 d.lgs. n. 274/00, in ragione della ‘finalità conciliativa’ che denota tale giurisdizione². Tale orientamento fonda detta interpretazione riconoscendo tre elementi che distinguono

¹Cfr., fra tutte, Corte Cass., sezione feriale, sent. n. 38876 del 20/08/2015; Corte Cass., VII sez. pen., sent. n. 1510 del 04/12/2015.

²*Ex multis* Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 47518/16 .

le due ipotesi: l'ambito di applicazione, i presupposti applicativi ed il ruolo della persona offesa.

Circa il primo, la causa di non procedibilità ex art. 34 cit. non conosce, a differenza della causa non punibilità ex art. 131*bis* c.p., alcuna limitazione *quoad poenam*. Riguardo ai presupposti, poi, le due norme, accomunate dall'accertamento di un fatto penalmente rilevante, quindi di un reato perfetto, divergono perché la prima richiede la "valutazione congiunta" di "indici normativamente indicati" e del "pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento" può arrecare alle esigenze dell'indagato o dell'imputato (art. 34 co. 1 d.lgs. n. 274/00) "ossia la considerazione d'interessi individuali 'in conflitto' con l'istanza punitiva". La seconda desume, invece, la particolare tenuità del fatto da una serie di criteri valutati ai sensi dell'art. 133 co. 1 c.p. (art. 131*bis* co. 1 c.p.) e prevede, al contempo, dei parametri che la escludono (art. 131*bis* co. 2 e 3).

Infine, fattore divergente tra le due norme è la funzione della persona offesa nel "perfezionamento della fattispecie": nella prima, infatti, gioca un ruolo "inibitorio" riguardo alla "valutazione del legislatore circa la natura eminentemente 'conciliativa' della giurisdizione di pace, che da peculiare risalto alla posizione dell'offeso dal reato (SS.UU., sent. n. 43264 del 16/07/2015 – dep. 27/10/2015, Steger)³; al contrario, la seconda non le riconosce alcuna rilevanza, eccezion fatta per l'ipotesi di cui all'art. 469 c.p.p. Tale differenza costituisce il "fondamento giustificativo"⁴ dello spazio di applicazione della causa di non procedibilità ex art. 34 d.lgs. n. 274/00 anche in ragione della semplificazione del procedimento dinanzi a questo giudice, che pone – secondo questo orientamento – in primo piano la funzione conciliativa. Inoltre, il ruolo dell'offeso esclude l'abrogazione tacita di detta norma e porta a non ammettere, in ragione dell'art. 16 c.p., l'applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. dinanzi al Giudice di pace. Il Supremo Collegio dichiara che "l'art. 16 c.p. conferma la conclusione secondo cui nei rapporti tra il codice penale, come legge generale, e 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"⁵. Tale orientamento, poi, trae altro argomento per l'inapplicabilità dell'art. 131*bis* c.p. considerando che "prima ancora che sul terreno processuale (e, dunque, sulla base della disciplina del Decreto Legislativo n. 270 del 2000, ex art. 2, comma 1), l'art. 16 c.p., esclude, sul terreno sostanziale, l'applicabilità della norma codicistica ai reati di competenza del giudice di pace."⁶ Inoltre, la Corte regolatrice esclude l'applicazione della causa di non punibilità in questione anche in ragione dell'"interpretazione sistematica orientata a

³Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 45996/16.

⁴Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 45996/16.

⁵Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 47518/16.

⁶Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 47523/16.

valorizzare il favor per la conciliazione⁷, che “verrebbe, inevitabilmente, compromessa”⁸ dalla possibilità di rendere operativo l’art. 131**bis** c.p. dinanzi al Giudice di pace, in quanto “svincolata dai peculiari profili”⁹ dell’art. 34 d.lgs. n. 270/00.

Altro indirizzo interpretativo, invece, ritiene applicabile la norma introdotta nel 2015 anche dinanzi al Giudice di pace poiché “si distingue strutturalmente” dalla causa di non procedibilità ex art. 34 cit. e, pertanto, dichiarabile, sempre nel limite edittale massimo di anni cinque di pena detentiva, anche dinanzi a quest’ultimo. Tale orientamento, partendo dalla natura sostanziale dell’art. 131**bis** c.p., come del resto affermato dalle Sezioni Unite penali con la sentenza n. 13681/16, ritiene “altamente irrazionale e contrario ai principi generali”¹⁰ che una causa di non punibilità non sia applicabile dinanzi al Giudice della conciliazione. Infatti, le due norme hanno uno spettro applicativo coincidente nella ‘particolare tenuità del fatto’, ma divergente nella struttura normativa – la causa di non punibilità si riferisce all’offesa, mentre la causa di non procedibilità al fatto – e nello spazio operativo in ragione del ruolo assegnato alla persona offesa. Pertanto, l’art. 34 cit. ha margini di dichiarabilità più stringenti rispetto all’art. 131**bis** c.p. Il primo, infatti, richiede un fatto, inteso nelle sue componenti oggettive e soggettive, particolarmente tenue e occasionale che ha causato un danno o un pericolo esiguo a cui è da aggiungersi il bilanciamento tra l’eventuale pregiudizio che può derivare dalla prosecuzione del procedimento all’indagato/imputato e l’interesse della persona offesa al proseguimento dello stesso. Il secondo, invece, poiché attiene alla punibilità e non alla procedibilità, richiede una valutazione solo dell’offesa arrecata al bene giuridico, che, in ragione delle modalità della condotta e dell’esiguità del danno o del pericolo causato, valutati secondo la regola dell’art. 133 co. 1 c.p., sia particolarmente tenue. Pertanto, secondo questa linea di legittimità, gli eventuali conflitti tra queste due norme non possono risolversi in forza dell’art. 16 c.p. poiché attengono a situazioni di fatto non totalmente coincidenti.

L’art. 2 d.lgs. n. 274/00, poi, si riferisce alla disciplina procedurale e non agli istituti sostanziali applicabili ed il mancato coordinamento tra le due norme è da leggersi in ragione della sua estraneità nella legge delega e quindi la risoluzione del conflitto viene assegnata all’interprete.

In conclusione, questo orientamento ritiene applicabile l’art. 131**bis** c.p. anche dinanzi al Giudice di pace.

3. Considerazioni

È da rilevare, in prima battuta, come la limitazione *quoad poenam*, circostanza in base alla quale l’orientamento maggioritario argomenta l’inapplicabilità dell’art. 131**bis** c.p. dinanzi al Giudice di pace, si rileva un dato falsato dall’art. 4 d.lgs. n.

⁷Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 40268/16.

⁸Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 40270/16.

⁹Così, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 47518/16.

¹⁰Testualmente, Corte Cass., V sez. pen., sent. n. 9713/17.

274/00, che individua la competenza dei reati affidati alla cognizione di questo giudice e per cui valgono le regole di questo procedimento, art. 2. La “limitazione” per la causa di non punibilità, invece, è “un limite in funzione di prevenzione generale [...] e determina l’ambito del rischio penale”¹¹. Si tratta, quindi, di un criterio di selezione politico – criminale dei reati per cui è dichiarabile, a prescindere dal giudice a cui è demandato l'accertamento.

Sulla natura e sulla funzione della giurisdizione del Giudice di pace, la Corte di Cassazione (SS.UU. penali, sent. n. 22531/05) ha stabilito che questo rito “non è un procedimento speciale, ma un ordinario processo di cognizione, rivolto, come tale, all’accertamento dei fatti e della punibilità dell’accusato nonché alla determinazione dell’eventuale trattamento sanzionatorio. Esso è improntato, quindi, a finalità del tutto simili a quelle perseguite con i procedimenti che si svolgono davanti ai giudici competenti per i reati di maggiore impatto sociale, dai quali si distingue essenzialmente per la semplicità delle forme e per l’intento conciliatorio da cui è permeato”. La funzione conciliativa¹², prescritta nel d.lgs. n. 274/00 agli artt. 2 co. 2 e 29 co. 4, si presenta, quindi, come eventuale ed è da intendersi come una forma di ricomposizione, di natura negoziale, dei rapporti tra autore e vittima del reato¹³, che si colloca in uno spazio esterno al procedimento penale¹⁴ e si manifesta nella remissione della querela (art. 152 c.p.) e nella relativa accettazione (art. 155 c.p.), attività processuale o extraprocessuale che conduce all’improcedibilità dell’azione (art. 29 co.5 d.lgs. n. 274/00). La conciliazione si manifesta, quindi, come alternativa al processo penale dinanzi al Giudice di pace poiché “l’autonomia della mediazione da reato può difficilmente convivere con l’eteronomia del processo penale”¹⁵: tale procedimento, infatti, eleva “la cooperazione dell’offeso a elemento indispensabile per realizzare l’estinzione del reato”¹⁶. È da considerare, poi, che è lo stesso d.lgs. a compromettere, in taluni casi, la funzione conciliativa del rito e ad estromettere l’offeso: l’art. 29 co. 6 consente, infatti, la proposizione della domanda di oblazione, che, se accolta, estingue il reato (artt. 162 e 162bis c.p.). In tal caso, il querelante deve adire il giudice civile per ottenere il ristoro del danno¹⁷.

Questo procedimento, pertanto, è volto, come quello ordinario, a vincere la presunzione di cui all’art. 27 co. 2 Cost., la cui conseguenza, in caso positivo, deve

¹¹Testualmente, PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20.

¹²Fra tutti, EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1318 e ss.; ID., *Profili della finalità conciliativa del diritto penale*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1123 e ss.

¹³Sul punto, MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3095 e ss.

¹⁴VARRASO, voce *Giudice di pace (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. Annali II, Tomo I*, Milano, 2008, p. 338.

¹⁵MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I, Napoli, 2005, p. 40.

¹⁶Così, PATANÈ, voce *Mediazione penale*, in *Enc. Dir., Annali II, I*, Milano, 2008, p. 588.

¹⁷Sul punto, Corte Cost., sent. n. 73/93.

essere quella del comma 3 del medesimo articolo. Non altra. In verità, le argomentazioni dell'orientamento maggioritario tradiscono un'impostazione di chiara matrice polifunzionale della pena¹⁸: il ruolo "inedito"¹⁹ che il d.lgs. n. 274/00 assegna a chi afferma di essere offeso²⁰ si palesa, infatti, in grado di determinare l'irrogazione della sanzione criminale, che assume quasi i connotati di una 'punizione' perché il presunto reo non si è conciliato con la presunta vittima, facendone trasparire l'aspetto deterrente a discapito dell'unico fine costituzionalmente legittimo. Si trascura, così, il caso in cui tal evenienza si è verificata per una ragione non ascrivibile al primo²¹, ma, soprattutto, si fanno coincidere funzione conciliativa del procedimento e funzione rieducativa della pena. La prima è un modo di attuazione della procedura e, pertanto, in grado di interrompere l'iter dell'accertamento, mentre la seconda è il dover essere della sanzione criminale²² e richiede un dato da cui partire (la condanna) perché rivolta alla "riconciliazione"²³ ovvero alla "responsabilizzazione del reo"²⁴.

Questa linea di legittimità, quindi, pare sovrapporre fine del procedimento – archiviazione/azione – fine del processo – accertamento (positivo/negativo) – e fine della pena – rieducazione/integrazione sociale.

Il tema, quindi, è di delineare i rapporti tra l'art. 34 d.lgs. n. 274/00 e l'art. 131bis c.p., che si strutturano in rapporto di complementarità e non già di alternatività, come sostenuto dalla giurisprudenza dominante. Infatti, il primo è un'ipotesi di 'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto', che opera sul procedimento e sul processo, paralizzandoli, e non influisce sulla pena, a differenza del secondo che è 'causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto', che si spiega sulla pena, non applicandola ad un reato accertato. Sono, infatti, istituti diversi, come sostenuto dalla nomofilachia minoritaria, poiché rispondono a ragioni politico – criminali differenti, come dimostra la relativa dommatica. L'art. 34 cit., infatti, che fa riferimento al fatto complessivamente inteso²⁵, contempla un presupposto sostanziale, comma 1, volto ad un interesse procedurale²⁶, che condiziona le forme della sua applicabilità a seconda che non sia stata, comma 2, o sia stata, comma 3, esercitata l'azione penale. Gli indici di tenuità²⁷, quindi, sono

¹⁸Per una critica a detta teoria della pena, si veda ESPOSITO, *Poenale a poena vocatur. Funzione della pena ed implicazioni politico – criminali*, Napoli, 2016, p. 27 e ss.

¹⁹VARRASO, *op. cit.*, p. 351.

²⁰CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 428.

²¹Sul tema, PATANÈ, *op. cit.*, p. 589.

²²Ampiamente ESPOSITO, *Poenale a poena vocatur*, cit., p. 47 e ss.

²³WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, trad. it. L. EUSEBI, Miano, 1987, p. 169.

²⁴Testualmente, ESPOSITO, *op. cit.*, p. 303.

²⁵Sulle componenti oggettive e soggettive della nozione di fatto penalmente rilevante si veda FIANDACA, *Fatto del diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 152 ss. Più in generale DELITALA, *Il "Fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

²⁶In tal senso, NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 724 e ss.

²⁷Sul punto, QUATTROCOLO, voce *Irrilevanza del fatto (dir. proc. pen)*, in *Enc. Dir., Annali II, Tomo I*, Milano, 2008, p. 531 e ss.

funzionali alle fattispecie processuali a queste conseguenti (decreto di archiviazione o sentenza di non doversi procedere). Per questo la figura della persona offesa assume quel “potere inibitorio”,²⁸ capace di incidere sull’esclusione della procedibilità: questa è titolare del diritto di querela e, disponendone (nei casi consentiti), può paralizzare l’ulteriore corso del procedimento stesso. Il suo ruolo, quindi, nel “perfezionamento della fattispecie” manifesta la natura procedurale di detta norma, configurando una “clausola processuale di irrilevanza”²⁹. Questa essenza dell’art. 34 cit. è, del resto, confermata anche nel caso del comma 3 che richiede una sentenza di ‘non doversi procedere’ ex art. 529 c.p.p. e non di assoluzione ex 530 co. 3 c.p.p.³⁰. Il *favor conciliationis* ivi sotteso risponde anche a logiche di prevenzione generale e speciale positiva poiché l’avvenuta conciliazione tra autore e vittima significa un “componimento del conflitto derivante dall’illecito, con risultati positivi anche in termini di ‘rassicurazione’ della comunità [...] e che un intervento stigmatizzante ulteriore potrebbe risultare addirittura disfunzionale e controproducente in termini di efficacia della risposta giudiziaria”³¹. Pertanto, al positivo esito della procedura di cui all’art. 34 cit. consegue una sentenza di rito di ‘non doversi procedere’.

L’art. 131bis c.p., invece, è un’esimente³² ovvero una fattispecie di natura sostanziale, come affermato anche dalla Suprema Corte³³, che, in ragione dei principi di *extrema ratio*, sussidiarietà e frammentarietà, rende non punibili quei reati che offendono un bene giuridico in modo ‘particolarmente’ tenue³⁴. Si tratta, quindi, di una causa di non punibilità intesa come causa “di esclusione della responsabilità penale”³⁵, che risponde ad un’impostazione della teoria della pena in chiave relativa³⁶ e teleologicamente orientata alla rieducazione/integrazione sociale “perché non avrebbe senso pretendere di assoggettare a pena, e quindi di rieducare, gli autori di fatti microoffensivi”³⁷. Le clausole di esclusione di detta causa di non punibilità (commi 2 e 3), la prima relativa al fatto non definibile particolare tenue e la seconda inerente all’autore, che “non rinuncia alla stigmatizzazione personale in ragione di

²⁸PANSINI C., *Contributo dell’offeso e snodi procedurali*, Padova, 2004, p. 178.

²⁹Si veda ampiamente QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 533.

³⁰Così, SSUU penali, sent. n. 43264/15.

³¹Letteralmente, DE FRANCESCO, *L’esiguità dell’illecito penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 893.

³²“La categoria delle esimenti si enuclea nell’ambito più generale delle condizioni che escludono l’applicabilità della pena per un fatto in cui ricorrono i presupposti di una rilevanza giuridico – penale” questa la definizione di SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di LA MONICA), Milano, 1996, p. 126 e ss.

³³Fra tutte, Corte Cass., III sez. pen., sent. nn. 15449/15; 24358/15.

³⁴Sul tema dell’offesa si vedano, fra tutti, MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato in costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1978, p. 447 e ss.; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 617 e ss.

³⁵Così, ESPOSITO, *Poenale a poena vocatur*, cit., p. 284.

³⁶Sul punto, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 40.

³⁷Testualmente, ESPOSITO, *op. cit.*, p. 287.

caratteristiche soggettive che richiamano il modello negativo del *Tätertyp*³⁸, fungono da limite alla sua applicabilità, ma non certo da criterio dirimente per la questione se sia o non sia dichiarabile dal Giudice di pace. Il procedimento, poi, dato il carattere oggettivo di questa esimente, si snoda tramite l'art. 59 c.p. e porta ad una assoluzione ex art. 530 co.3 c.p.p. ovvero perché vi è una causa personale di non punibilità³⁹. Qui, nel processo, non trova spazio alcuno l'opposizione della persona offesa, prevista nel procedimento (art. 411 co.1*bis* c.p.p.), o il suo dissenso, previsto negli atti preliminari al dibattimento (art. 469 co.1*bis* c.p.p.): la natura sostanziale delle cause di non punibilità si manifesta nel suo essere ancorata alla “necessità di pena”⁴⁰, criterio che attiene al rapporto autore – reato – pena e che si colloca “al di là dell’edificio sistematico del reato”⁴¹.

Anche la collocazione sistematica dei due istituti porta a riconoscerne la rispettiva complementarità. L'art. 34 cit. si inserisce, infatti, nel capo V, ‘Definizioni alternative del procedimento’, ovvero in un segmento parallelo al capo IV, ‘Giudizio’, proprio perché incide sull’azione ed sul suo prosieguo. L'art. 131*bis* c.p., invece, nel libro I, titolo V, capo I del codice penale, ossia nel luogo dedicato al potere discrezionale del giudice (art. 132 c.p.) volto a stimare la ‘gravità del reato’ per la ‘valutazione agli effetti della pena’ (art. 133), vale a dire sulle vicende della punibilità. La prima è, quindi, una condizione relativa al “dovere di procedere”, mentre la seconda al “dovere di punire”⁴²: pertanto, anche dinanzi al Giudice di pace dovrebbe potersi valutare quest’ultimo, proprio perché, come detto, attiene al bisogno di pena, valutazione che non può essere lasciata alla discrezione della persona offesa. Ciò anche in ragione della concezione gradualistica del reato⁴³: se il reato è un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, lesivo di un bene giuridico meritevole di pena⁴⁴, allora è ben possibile che tale reato, perfetto, non necessiti della sanzione perché non raggiunge quel grado di offensività minima che la giustifica. La pena, infatti, “deve essere disapplicata o degradata tutte le volte in cui la sua esecuzione primaria appaia inutile rispetto alle finalità dell’intervento”⁴⁵. Tanto se la

³⁸*Ibidem*, p. 286.

³⁹*Amplius*, VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 628. Circa i rapporti tra teoria del reato e formule assolutorie si veda FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, p. 107 e ss.

⁴⁰PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 19. Più in generale sul tema si veda, fra tutti, ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*Bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 e ss.

⁴¹DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1045.

⁴²Sulla distinzione tra condizioni di procedibilità e condizioni di punibilità, ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1999, p. 42 e ss.

⁴³Nella vastissima letteratura sul tema, si veda DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 285 e ss.

⁴⁴Per una panoramica sui rapporti tra meritevolezza di pena e bisogno di pena si veda FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 31 e ss.

⁴⁵Così, DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 86.

competenza (criterio di natura processuale) per l'accertamento è del Giudice di pace quanto se è del Giudice ordinario. In caso contrario, si negherebbero contemporaneamente sia la generalità della teoria del reato⁴⁶ e sia la teoria della pena, che possiede una "priorità metodologica"⁴⁷ sul concetto di illecito e sull'intero momento penale⁴⁸.

Pertanto, le due norme sono convergenti nel richiedere un nucleo di disvalore di evento e di azione del reato particolarmente esiguo, ma parallele nei presupposti, positivi e negativi, e negli effetti, anche di natura extrapenale.

L'orientamento maggioritario, poi, trae altra argomentazione per la tesi della non compatibilità dell'art. 131*bis* c.p. dinanzi al Giudice di pace, condivisa da autorevole dottrina⁴⁹, dall'art. 16 c.p., che disciplina i rapporti tra codice penale e altre leggi penali, dati i profili di specialità di cui è rivestito l'art. 34 cit. Ciò anche in ragione del mancato coordinamento delle due discipline in sede di lavori preparatori della novazione del 2015⁵⁰.

Sarebbe prospettabile un'interpretazione diversa. L'art. 16 c.p. è rivolto a garantire "la fondamentale unità dogmatica"⁵¹ dell'ordinamento penale: infatti, questa norma determina l'applicabilità degli istituti di parte generale in una "pluralità di materie" e crea il "presupposto perché intervenga, in seguito, il principio di specialità"⁵². La dizione 'legge penale' si manifesta nel binomio precetto – sanzione, che può essere infranto da alcune norme, le cause di non punibilità, che elidono il secondo termine dell'equazione, come l'art. 131*bis* c.p., e fanno sì che il soggetto vada esente da pena, cosa che non accade nell'ipotesi dell'art. 34 cit. dove lo stesso va esente dal procedimento.

La questione, quindi, è delineare i rapporti tra legge penale e legge processuale penale, fonti che non regolano 'la stessa materia', ma l'aspetto statico e quello dinamico del diritto penale, che, pur sviluppandosi in una prospettiva unitaria di politica criminale⁵³ e di una scienza penale integrata⁵⁴, conservano una propria autonomia dommatica. La fattispecie processuale penale sottostà alle regole del codice di rito e le eventuali antinomie sono risolte secondo i criteri propri di tale

⁴⁶Fra tutti, sulla generalità della teoria del reato, si vedano BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973, p. 24; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 43.

⁴⁷RICCIO, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1985, p. 24.

⁴⁸ESPOSITO, *Poenale a poena vocatur.*, cit., p. 1 e ss.

⁴⁹PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

⁵⁰Cfr. MAFFEO, *La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace*, in *Proc. pen. giust.*, n.2/2017, p. 317 e ss. spec. p. 320.

⁵¹Testualmente, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1 – 84, Milano, 2004, p. 190.

⁵²Così, ROMANO, *ult. op. cit.*, p. 191.

⁵³Sul tema BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 453 e ss.

⁵⁴Magistralmente, BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 22.

branca dell'ordinamento. Il d.lgs. n. 274/00 è, infatti, norma di rito, speciale rispetto al codice di procedura penale (art. 2 co.1), e, pertanto, in caso di conflitto tra i due testi deve applicarsi il criterio della specialità, che vale a risolvere un possibile conflitto tra l'art. 34 co.2 cit. e l'art. 411 co.1*bis* c.p.p. in favore del primo. La natura sostanziale dell'art. 131*bis* c.p., invece, consentirebbe la sua applicabilità, proprio in ragione dell'"unità dogmatica" dell'ordinamento, anche dinanzi al Giudice di pace, poiché si tratta di riconoscere un'esimente, che attiene, quindi, alla punibilità del reato e non già alla sua procedibilità. Affermare che tra una causa di non punibilità e una causa di non procedibilità vi è un rapporto di specialità, da risolversi in favore della seconda poiché ritenuta "disciplina penale specifica"⁵⁵, significa tentare di fare un paragone tra entità non omogenee⁵⁶. Occorrerebbe, dunque, riaffermare per mezzo dell'art. 16 c.p., norma dimenticata, "la predominanza codicistica"⁵⁷, e riconoscere – come fa la linea interpretativa minoritaria – l'applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. nel procedimento dinanzi al Giudice di pace. Del resto, il testo dell'art. 16 c.p. ha una "formula di chiusura 'rinnegante'"⁵⁸, che, riferendosi "alla materia regolate da altre leggi penali", rende applicabile il codice penale solo "in quanto non sia da queste altrimenti stabilito" ovvero sia altra legge penale a derogare il primo. Data, quindi, la diversità delle norme di cui agli artt. 131*bis* c.p. e 34 cit. ricorrere al principio di specialità per dirimere un eventuale contrasto tra una fattispecie sostanziale, la prima, ed una processuale, la seconda, si palesa come un argomento ultroneo alla lettera delle stesse disposizioni, che già contengono i canoni ermeneutici per la rispettiva applicazione.

4. L'auspicabile soluzione delle Sezioni Unite.

Il Supremo Consesso di legittimità non potrà ignorare i rilievi circa l'asserita inapplicabilità dell'art. 131*bis* c.p. dinanzi al Giudice di pace. Infatti, tale procedimento è un ordinario giudizio di cognizione (SS.UU. penali, sent. n. 22531/05) in cui "le deroghe alle forme ordinarie possono discendere soltanto dalla eventuale tassativa indicazione normativa e giammai da pretese caratteristiche arbitrariamente indicate come proprie in tale giudizio"⁵⁹. Pertanto, sarebbe auspicabile che si riconoscesse la complementarietà delle due norme in quanto espressioni di ragioni politico – criminali diverse e si delineassero, compiutamente, i rispettivi spazi applicativi. Infatti, la causa di non punibilità e la causa di non procedibilità si condizionano a vicenda in ragione del segmento processuale in cui

⁵⁵APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1321.

⁵⁶Sul punto si veda BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 15 marzo 2016, p. 12.

⁵⁷PALAZZO, *Requiem per il codice penale? (Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4065.

⁵⁸INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 11.

⁵⁹Testualmente, PANSINI G., *Basta oscillazioni, arriva un punto fermo: il processo davanti al GdP non è "speciale". Al di là delle divergenze, è una scelta che aiuta le sedi giudiziarie*, in *Dir. giust.*, 2005, p. 36.

operano. Per un reato di competenza del Giudice di pace, prima che sia esercitata l'azione penale deve trovare esclusiva applicazione l'art. 34 co. 2 d.lgs. n. 274/00 poiché speciale rispetto all'art. 411 co.1*bis* c.p.p. siccome contempla l'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Successivamente, deve trovare applicazione il comma 3 dell'art. 34 cit. dal momento che è disciplina specifica per tale giudizio. In caso di mancato accordo tra le parti, poi, circostanza che non consente la realizzazione della fattispecie processuale dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 529 c.p.p. (cfr. SS.UU. penali, sent. n. 43264/15), il Giudice di pace potrà escludere la punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131*bis* c.p. e quindi adottare una sentenza ex art. 530 co. 3 c.p.p.

La prima, infatti, pur avendo un presupposto sostanziale, disciplina un rapporto processuale ed è volta alla possibile conciliazione tra le parti. La seconda, invece, attiene al bisogno di pena per l'autore di un fatto particolarmente tenue ossia al rapporto tra reo e art. 27 co. 3 Cost. ed è orientata all'imprescindibile attuazione della finalità rieducativa della sanzione criminale. Subordinare questo scopo, costituzionalmente prescritto, a delle vicende procedurali significherebbe fare un uso simbolico del diritto penale. Diversamente, riconoscere la possibilità che l'art. 131*bis* c.p. espliciti la propria efficacia esimente anche dinanzi al Giudice di pace consentirebbe di giungere alla coerenza del sistema, che, in ragione dei principi sussidiarietà, adeguatezza e proporzione, prescrive la punizione per i soli fatti che offendono un bene giudico tanto da giustificare per l'agente "l'esigenza di avviare un percorso rieducativo"⁶⁰.

⁶⁰ESPOSITO, *Poenale a poena vocatur*, cit., p. 285.