

**STORTURE DI EQUITÀ DI GIUSTIZIA SOSTANZIALE NEL RAPPORTO FRA LA CAUSA DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ/IRRILEVANZA DEL FATTO EX ART. 131-BIS C.P. E LA SUA APPLICABILITÀ ALLE FATTISPECIE AGGRAVATE NON COPERTE DALLA DEPENALIZZAZIONE EX D.LGS 15.01.2016, N°8.**

*Fine ultimo del presente commento, è quello di analizzare sotto un profilo strettamente descrittivo e comparativo l'istituto di diritto sostanziale di nuova introduzione (la c.d. "speciale tenuità del fatto") e la normativa di decriminalizzazione che, di recente, ha travolto e snaturato talune figure di reato, soffermandoci in particolare sulle conseguenze applicative che ne possono discendere in termini di trattamento sanzionatorio (amministrativo e penale), nella sua più pura funzione «punitiva, general - special preventiva e rieducativa».*

---

Il D.lgs. 16.3.2015, n°28, in esecuzione della Legge delega 28.4.2014, n°67, ha introdotto al Libro I, Titolo V, Capo I «Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena», l'art. 131- bis c.p., rubricato: «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto».

La normativa in questione muove dall'implicita ed ovvia premessa che la c.d. "irrilevanza del fatto" sia istituito differente da quello della c.d. "inoffensività del fatto".

Quest'ultimo, infatti, attiene alla totale mancanza di offensività penale dell'episodio in contestazione che, pertanto, risulta assolutamente privo di un suo elemento costitutivo.

Il primo, invece, presuppone un fatto tipico da ritenere non punibile alla luce dei principi cardine di proporzione ed economia, procedimentale e processuale *latu sensu*, con ciò realizzando una «depenalizzazione solo in concreto», attraverso l'espunzione dall'area della sanzionabilità di quei fatti storici che ne appaiono immeritevoli, per mutamento delle necessità di protezione, degli usi e dei costumi sociali (l'*ethos* e la morale sono in perpetua metamorfosi e la scienza del diritto penale deve adattarsi anche ad esse) ovvero anche per le più disparate ragioni ed opportunità di politica criminale.

Sotto il profilo processuale, la disposizione in disamina, contribuisce a realizzare l'esigenza di deflazione del carico giudiziario, soprattutto nella misura in cui la definizione del procedimento penale si collochi alla primissima fase delle indagini preliminari.

I presupposti applicativi della nuova speciale causa di non punibilità sono: la pendenza di un procedimento penale per un reato per il quale è prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva; la particolare tenuità del fatto contestato e la non abitudine del comportamento, alla luce delle modalità della condotta del reo e dell'esiguità del danno cagionato o della messa in pericolo del bene, valutabili con i parametri *ex art. 133, 1° comma, c.p.*

La disposizione precisa, altresì, che l'offesa al bene non può essere ritenuta di particolare tenuità quando l'autore abbia agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimenti all'età della stessa ovvero quando il comportamento ha causato, o da esso che sono derivate, anche quali eventi non voluti, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il D.Lgs 15.01.2016, n°8, al primo comma dell'art. 1, ha previsto la trasformazione dei reati puniti con la sola pena pecuniaria della multa o dell'ammenda in illeciti amministrativi.

Essendo stata prevista dal Legislatore per questi reati una pena costituita dal solo pagamento di una somma ha fatto ritenere, in prosieguo di tempo e nelle mutate condizioni e costumi sociali, la sussistenza di una ridotta capacità offensiva, che perciò giustifica la trasposizione degli illeciti dal settore penale a quello amministrativo.

La cognizione del fatto ed il potere sanzionatorio si sposta dal Giudice Penale all'Autorità Amministrativa; i principi tipicamente penalistici del nesso psichico e della volontarietà dell'azione sono impiegati se richiamati dalla norma amministrativa e sempre secondo le peculiarità e le connotazioni ermeneutiche attribuite agli stessi in questo comparto del diritto; la capacità giuridica e la capacità d'agire dell'autore dell'illecito (ad es. anche le persone giuridiche, nel diritto amministrativo e nel diritto civile, sono considerati soggetti attivi titolari di precisi obblighi di osservanza dei precetti e delle relative sanzioni) è disciplinata da normative differenti plasmate alle specificità dei settori; le violazioni depenalizzate diventano formalmente estranee alla complessa normativa di parte generale inerente, tra le altre, le varie circostanze del reato, la continuazione, la recidiva, la pena sospesa, il perdono giudiziale, l'ammnistia e l'indulto, ecc...

Il D.Lgs 15.01.2016, n°8, al secondo comma dell'art. 1, estende la depenalizzazione ai reati per i quali, nelle fattispecie aggravate, è prevista anche la pena detentiva, della reclusione o dell'arresto, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria.

Le ipotesi aggravate cui si riferisce il Testo di Legge in commento sono quelle determinate dalla presenza di circostanze aggravanti, in funzione del completamento della descrizione del fatto antigiuridico penalmente sanzionato e che comportano una variazione quantitativa o qualitativa della pena edittale prevista per il reato.

Le ipotesi aggravate sono da ritenersi fattispecie autonome di reato: la fattispecie "semplice" subisce la depenalizzazione; la fattispecie "aggravata" (verificata dall'interprete come applicabile al fatto in contestazione), per la quale è disposta la pena detentiva, rimane a costituire una figura di reato, diverso nella natura, separato e autonomo da quella assunta dalla fattispecie che in precedenza ne rappresentava un aspetto ridotto di offensività.

L'art. 5 del D.Lgs n°8/2016 stabilisce che, quando i reati suscettibili di essere trasformati in illeciti amministrativi sono aggravati in conseguenza della recidiva e, per questa ragione, sono esclusi dalla depenalizzazione, per "recidiva" è da intendersi la reiterazione dell'illecito depenalizzato: la recidiva nelle fattispecie semplici configura la circostanza aggravante che dà luogo ad un reato autonomo che sfugge, pertanto, alla depenalizzazione.

Terminata questa indispensabile ricognizione del dato normativo, poiché la causa di esclusione della punibilità della "*speciale tenuità del fatto*" è applicabile anche ai reati puniti con la sola pena pecuniaria, l'interprete dovrebbe avvertire l'esigenza di individuare i rapporti che possono sorgere tra i reati che nelle fattispecie semplici sono depenalizzati ed i reati che, in quanto contestati nella loro forma aggravata, rimangono a costituire figure di illecito penale, escluse *tout court* dal campo della depenalizzazione.

L'interrogativo pone serissimi dubbi sulla "coerenza" e sulla "logicità" di un ordinamento normativo troppe volte rimaneggiato con scarsa attenzione sistemica e sull' "equità" di una giustizia sostanziale, abbandonata sotto il profilo della funzione e della finalità del previsto trattamento sanzionatorio (amministrativo e penale).

Infatti, nella fattispecie semplice depenalizzata, il suo autore è assoggettato esclusivamente ad una sanzione amministrativa pecuniaria (di regola di modesta entità), mentre, nella fattispecie aggravata rimasta reato, l'Autorità Giudiziaria procedente, potrebbe ravvisare i presupposti *ex art. 131-bis c.p.*, applicando la speciale causa di esclusione della punibilità, e con ciò archiviando il procedimento nella fase delle indagini preliminari ovvero prosciogliendo l'imputato per "*particolare tenuità del fatto*".

Pertanto, alla condanna al pagamento di una somma di danaro per la fattispecie depenalizzata, sull'assunto che essa non rivesta più offensività penale, si contrappone l'archiviazione ovvero il proscioglimento dell'indagato/imputato - che va dunque esente da qualunque tipologia di pena - per la fattispecie aggravata rimasta invece reato, proprio perché, secondo la *ratio legis*, essa dovrebbe essere carica di attuale offensività penale.

Con ciò, ogni ulteriore valutazione è rimessa al buon raffinato giurista di chiosa!

Reggio Calabria, 26.09.2016

Avv. Francesco Albanese

Avv. Valentina Privitera