

**Fabio Fiorentin**

## Tenuità del fatto per i reati tentati. I giudici ampliano la portata della non punibilità estendendola agli illeciti commessi

Il Sole 24 Ore, 3 agosto 2015

L'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto (articolo 131-bis del Codice penale), introdotto dal Dlgs 28/2015, inizia a trovare applicazione nelle aule dei tribunali. Si tratta, per ora, di pochi casi, che rappresentano tuttavia un primo interessante indicatore di quello che potrà costituire, a regime, il campo di operatività del nuovo strumento, concepito per deflazionare il carico della giustizia da una massa di imputazioni "bagatellari" per le quali non appare giustificata - alla luce dei principi di proporzionalità e sussidiarietà della pena - l'infissione della sanzione penale. Prime applicazioni - Le prime applicazioni riguardano, tra l'altro, i casi seguenti:

- maltrattamento di animali (l'imputato aveva colpito con alcuni calci un cane che aveva sporcato di urina l'espositore dei giornali della sua edicola);
- tentato furto in un supermercato (una persona, dopo aver occultato sotto i vestiti alcuni articoli di modesto valore prelevati dagli scaffali, tentava di allontanarsi senza pagare ma era scoperta dal personale);
- violazioni della legge fallimentare (il socio accomandatario di una Sas dichiarata fallita aveva omesso di tenere nei tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento i libri e le altre scritture contabili previste dalla legge).

Ulteriori ipotesi che potrebbero rientrare nel campo di applicazione della speciale tenuità potrebbero riguardare reati edilizi, alcune violazioni in materia di Codice della strada e, probabilmente, fiscale.

Gli aspetti più rilevanti - Un aspetto interessante della prima giurisprudenza - al di là del "colore" degli episodi ritenuti non meritevoli di essere sanzionati penalmente - è la tendenza a comprendere nell'ambito di applicazione della neo-introdotta causa di esclusione della punibilità anche il delitto tentato, pure non contemplato espressamente dall'articolo 131-bis, che si riferisce testualmente ai soli reati consumati, puniti con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni ovvero con la pena pecuniaria, sola o congiunta alla medesima pena detentiva. Questo, sempre che - beninteso - sussistano nel caso concreto i limiti di pena stabiliti dal 131-bis, calcolati, tuttavia, non più con riguardo alla cornice edittale della fattispecie di reato consumato, bensì guardando a quella prevista per il tentativo (pena edittale ridotta in base all'articolo 56 del Codice penale).

Gli indici-criteri - Le prime applicazioni del nuovo istituto hanno dato, altresì, occasione di mettere a fuoco i presupposti applicativi (i cosiddetti indici-criteri) che fondano l'operatività dell'articolo 131-bis, costituiti dall'accertamento da parte del giudice che, per le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo:

- la lesione del bene giuridico, sia particolarmente tenue;
- il comportamento dell'imputato non sia abituale.

Le caratteristiche della condotta devono essere valutate con riferimento a tutti i parametri di cui all'articolo 133, comma 1 del Codice penale; dunque, anche con riferimento all'elemento soggettivo che accompagna il comportamento materiale, valutabile alla luce delle modalità che hanno contraddistinto la commissione del fatto. Tale configurazione, in cui entra la ponderazione di fattori soggettivi, porterebbe a escludere l'estensione della causa di non punibilità agli eventuali correi dell'imputato (articolo 119, comma 1, del Codice penale). È evidente, in ogni caso, l'ampio margine di discrezionalità del giudice nell'apprezzamento dei presupposti di ricorrenza dell'istituto in esame.

Le esclusioni - Sotto il profilo dell'individuazione dei casi di esclusione dell'operatività dell'istituto (comma 3 dell'articolo 131-bis), mentre deve ritenersi pacifico che la recidiva reiterata o specifica escluda l'applicazione del 131-bis, i dubbi applicativi hanno riguardato l'ipotesi di commissione di più reati della stessa indole e il caso di reati che consistano in condotte plurime, abituali e reiterate: distinguendo i reati che implicano necessariamente una pluralità di condotte (ad esempio reati permanenti), dai casi di continuazione e del concorso formale.

Su tale premessa si è affermata, nell'ipotesi di più reati della stessa indole uniti dal vincolo della continuazione, l'applicabilità dell'articolo 131-bis del Codice penale, in base al principio del favor rei e superando così il dato letterale ("più reati della stessa indole") che sembra escludere tale ipotesi

così effettuando una valutazione sulla particolare tenuità dei singoli fatti-reato.

La reiterazione va valutata nei singoli casi

Le Sezioni unite della Cassazione non si pronunceranno sulle problematiche interpretative emerse in sede di prime applicazioni dell'istituto della "particolare tenuità del fatto". Il primo presidente ha, infatti, restituito gli atti alla sezione rimettente (la terza).

Tra le questioni dedotte con tre ordinanze del 7 maggio 2015 (la 21014, la 21015 e la 21016), la più gravida di ricadute concerne il dubbio se il concorso formale di reati escluda l'applicabilità dell'istituto (ultima parte del comma 3 dell'articolo 131-bis, comma 3, del Codice penale) in rapporto alla qualificazione del "comportamento abituale" dell'imputato, che osta alla possibilità di riconoscere quale fatto tenue i reati che abbiano ad oggetto "condotte plurime, abituali e reiterate". La questione si pone poiché la norma considera ipotesi di "comportamento abituale" (e quindi ostativo) i casi di: 1 soggetto dichiarato delinquente abituale, professionale per tendenza; 1 persona che ha commesso più reati della stessa indole; 1 reati con condotte plurime; 1 reati con condotte abituali; 1 reati con condotte reiterate (ad esempio stalking). Il dubbio riguarda l'applicabilità della particolare tenuità del fatto all'ipotesi di concorso formale di reati e se tale possibilità permanga qualora alcuni reati siano, nel frattempo, estinti per prescrizione o per altre cause. Sul punto pare configurarsi un contrasto tra l'orientamento espresso dalla terza sezione della Cassazione - che riconduce le ipotesi di reato continuato alla previsione del comma 3 del 131-bis, in quanto integranti condotte plurime e reiterate - e le prime pronunce di merito, nelle quali il concorso formale è accostato a quello della continuazione, ed è ammessa la possibilità, per il giudice, di valutare se ciascuna condotta in sé considerata possa essere ritenuta un fatto di particolare tenuità. Importanti questioni interpretative interessano anche il piano processuale. La prima riguarda il quesito se, in sede di legittimità, possa essere dedotta per la prima volta - con memoria difensiva o in fase di discussione orale - la questione dell'applicabilità dell'articolo 131-bis, introdotto con normativa successiva alla presentazione del ricorso; e, in caso di soluzione positiva, se la Cassazione possa valutare tale deduzione o debba ogni caso, disporre l'annullamento con rinvio al giudice del merito (in questo caso, peraltro, si profilerebbe il rischio dell'annullamento automatico della decisione impugnata in tutti i casi in cui venga dedotta dal ricorrente l'astratta possibilità di applicazione dell'istituto).

Non è chiaro inoltre se tale vaglio sia consentito ai giudici di vertice a fronte di ricorso inammissibile perché manifestamente infondato, e se possa la Corte valutare, anche d'ufficio, l'applicabilità dell'istituto, introdotto con normativa successiva alla presentazione del ricorso, sulla base degli elementi desumibili dalla sentenza: la Cassazione sembra orientata per il no in quanto una pronuncia di non doversi procedere è consentita solo nell'ipotesi di legge successiva che comporti un'abolitio criminis.