



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

**Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

La particolare tenuità del fatto

Relatore
Prof.ssa Antonia Menghini

Laureanda
Camilla Menegoni

Tenuità - offensività - geringfügigkeit - punibilità - deflazione

Anno Accademico 2015/2016

INDICE

Introduzione.....p. 1

Capitolo I

UN PRIMO INQUADRAMENTO GENERALE: RETROTERRA

CULTURALE, PROBLEMATICHE E PRECEDENTI

SPERIMENTAZIONI DELLA PARTICOLARE TENUTA'

1.1. La nuova causa di non punibilità ed il principio di offensività.....p. 4

1.2. La teoria realistica del reato ed il suo lascito nella attuale riflessione e
costruzione dell'odierno sistema penale.....p.10

1.3. Il concetto di “speciale” tenuità del fatto ed il rapporto con la presenza
della sottile linea di discrimen della rilevanza.....p. 20

 1.3.1. Riflessioni conclusive.....p. 30

1.4. I “gemelli diversi” presenti da tempo nel processo penale a carico di minori
(ed in particolare) dinanzi al Giudice di pace: punti di contatto
differenze.....p.32

 1.4.1. L'art. 34 del D.lgs 274/2000: un quadro generale.....p.34

 1.4.2. I requisiti: caratteri e possibili profili di
illegittimità costituzionale.....p.37

 1.4.3. Il ruolo “unico” della persona offesa nell'ordinamento del Giudice di
pace.....p. 43

1.4.4. Conclusioni.....p. 51

Capitolo II

GLI ASPETTI SOSTANZIALI DEL NUOVO ISTITUTO

2.1. Un inquadramento generale.....p.59

 2.1.1. L'art. 131 bis c.p.: punto di arrivo di un lungo e complesso
 cammino riformatore.....p.69

 2.1.2. Il risultato finale della lunga epopea della particolare tenuità
 del fatto.....p. 79

2.2. Il contesto costituzionale.....p. 83

2.3. Natura giuridica e disciplina applicativa.....p.92

 2.3.1.(segue): l'applicazione.....p.103

2.4. L' ambito di applicazione ed i requisiti strutturali della particolare tenuità.....p.111

 2.4.1. Il limite astratto della pena edittale.....p.118

 2.4.2.L'indice-criterio della particolare tenuità dell'offesa.....p.128

 2.4.3.La non abitualità del comportamento.....p.137

 2.4.3.1. Le questioni relative alle figure di recidiva,
 concorso, continuazione e reiterazione.....p.145

Capitolo III

GLI ASPETTI PROCESSUALI

3.1. Alcune preliminari considerazioni.....	p. 151
3.2. Il ruolo della persona offesa nella nuova disciplina codicistica della particolare tenuità.....	p. 158
3.3 Un'archiviazione “garantita”? Luci ed ombre.....	p. 170
3.3.1. L'innovativo avviso all'indagato ed il suo ruolo inedito in fase di archiviazione.....	p. 176
3.3.2.(segue): l'irrinunciabilità della causa ed il rapporto complesso con l'art. 6 CEDU.....	p. 182
3.3.3. Ulteriori nodi problematici e snodi procedurali.....	p. 194
3.3.4. Il rapporto con la riapertura delle indagini.....	p. 209
3.4. L'udienza preliminare.....	p. 212
3.5. Il proscioglimento predibattimentale nell'ipotesi della non punibilità per particolare tenuità del fatto.....	p. 219
3.6. L' epilogo dibattimentale.....	p. 227
3.7 Gli effetti extrapenali: un'originale efficacia e un sistema “sofferto”.....	p. 232
3.8. La curiosa assenza di una modifica anticipata e non attuata: l'art. 129 c.p.p.....	p. 240
3.9. Le impugnazioni.....	p. 245
3.9.1. La declaratoria di non punibilità in Cassazione.....	p. 246
3.9.2. Le problematiche di diritto intertemporale.....	p. 249

3.10. La causa di non punibilità nei riti speciali.....p. 250

Capitolo IV

UNO SGUARDO COMPARATO ALL'ESPERIENZE TEDESCA, AUSTRIACA E SVIZZERA

4.1. Alcuni brevi cenni su il *Deutsches Strafsrecht*: il *Legalitätsprinzip*.....p. 253

 4.1.2 Una prima analisi critica nell'ottica degli
 §§ 153 e 153a StPO.....p. 256

4.2. L'archiviazione “semplice”: il §153 StPo.....p. 263

 4.2.1. I requisiti: la colpevolezza esigua.....p. 268

 4.2.2. L'assenza di interesse pubblico.....p.269

4.3. L'archiviazione ai sensi del § 153a StPo e l'ampliamento dell'istituto
anche alla criminalità “non piccola”.....p. 271

 4.3.1. Peculiarità strutturali ed applicative rispetto all'archiviazione
 “semplice”. Il consenso e la natura “condizionata”.....p. 277

4.4. L'istituto della tenuità in Austria: tratti salienti e problematiche.....p. 280

4.5. Nel sistema elvetico.....p. 287

4.6. Conclusioni critiche rispetto alla novella italiana.....p. 290

Conclusioni

LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO TRA VOCAZIONE

ATTUAZIONE: UNA FINALE VALUTAZIONE

5.1. Il punto di partenza ed attuazione dell'idea della tenuità: un esperimento riuscito?.....	p. 299
5.2. Le maggiori perduranti criticità di ordine pratico.....	p. 303
5.2.1. (segue): nella nuova archiviazione.....	p. 310
5.2.1.2. L'apparentemente insuperabile rifiuto ad un'archiviazione condizionata: scelta motivata?.....	p. 314
5.2.2. Il rapporto con i suoi precedenti “speciali”.....	p. 318
5.3. Un bilancio conclusivo della riforma: traguardi vincenti oltre le problematiche.....	p.322
Bibliografia.....	p.329

INTRODUZIONE

ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITA' PER PARTICOLARE TENUITA' DEL FATTO

L'istituto della “Esclusione per particolare tenuità del fatto”, introdotto recentemente con il D.lgs 16 marzo 2015, n. 28, in vigore dal 2 aprile dello stesso anno, si inserisce nel vasto e complesso quadro di interventi normativi di revisione dell'attuale sistema sanzionatorio, disegnato dalla Legge delega n. 67/2014¹.

Tale ingresso nell'ordinamento, di un istituto “reclamato ormai da decenni e proposto praticamente in moltissimi progetti di riforma”², dalla chiara finalità deflattiva³, si pone quale vera e propria novità nel sistema penale, nonostante fosse già presente, con risultati eccellenti, ancorché in entrambi i casi in maniera autonoma ed indipendente stante la loro sostanziale e naturale diversità, in altri sottosistemi di giustizia penale: si allude al procedimento penale dinanzi al Giudice di pace con l'“esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto” ed al processo penale minorile con la “sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto”⁴. Importante è sottolineare come, nonostante le similitudini, tali istituti siano, sia cronologicamente, essendo quello previsto nel processo a carico di minori più risalente, sia sostanzialmente, stante la diversa natura di causa di non punibilità del primo e di

¹ Il decreto si pone quale punto di arrivo dell'intenso lavoro di riflessione ed elaborazione condotto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Palazzo, la quale ha portato a compimento quanto previsto dall'art. 1, c. 1, lett. m, della l. n.67/2014, che assegnava al Governo delega “per escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”. La legge delega, in netta controtendenza con la prassi degli ultimi decenni, presenta una forma stilistica notevolmente stringata, che ovviamente si riverbera nel contenuto del delegato, il quale si pone, in alcuni tratti, quale vera e propria sfida per l'interprete, chiamato a dare un significato coerente e completo alla nuova disciplina.

² F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in (a cura di) CONTI, MARANDOLA, VARRASO *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, pp. 149 e ss.

³ Cfr. RELAZIONE allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, trasmesso alla Presidenza del Senato il 23 dicembre 2014. Si veda lo Schema di decreto legislativo recante “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto”, audizione dei rappresentanti ANM in Commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015. Sul punto anche F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1706.

⁴ Tra i tanti, S. QUATTROCOLO, *Irrilevanza del fatto (diritto processuale penale) in Enc. Dir., Annali, II, tomo I*, Milano, 2008, p.519 e ss. Contributo interessante circa la natura giuridica, profondamente diversa, dell'istituto in esame da quello previsto nel procedimento dinanzi al Giudice di pace, C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Pen. On line*, 2015. Per una disamina sulla natura giuridica dell'istituto previsto dal processo penale minorile, si veda, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, pp. 154 e ss.

procedibilità del secondo, estremamente differenti tra loro: si comprende allora facilmente come, nell'emanazione della disciplina del d. lgs. n. 274/2000, riguardo al processo dinanzi al Giudice di pace, non si sia proceduto ad una semplice estensione di quanto già operante per gli imputati minorenni nel relativo sottosistema, volendosi mantenere (ed evidenziare) una nuova ferrea e ferma autonomia di normativa⁵.

Il nuovo istituto dell'art. 131 *bis* c.p., coerente con i principi di proporzionalità, nella sua declinazione di principio di offensività e di sussidiarietà, è stato introdotto attraverso apposite norme, nel codice penale e di procedura penale ed impone, in armonia con la ancestrale visione del diritto penale quale *ultima ratio*, la rinuncia a perseguire penalmente condotte che, per la loro esiziale esiguità non risultano meritevoli di sanzione penale, ottemperando quindi alla necessità immanente di legittimare la stessa risposta sanzionatoria.⁶

Inoltre, la *ratio* dell'istituto dell'irrilevanza contribuisce a dare corpo al bisogno di attuazione di un alleggerimento del carico giudiziario, a maggior ragione allorché la definizione del giudizio, attraverso l'istituto in esame, possa risolversi già nelle prime fasi del processo.

L'art. 131 *bis* c.p. attua un ingente intervento di depenalizzazione sul piano concreto⁷ e

⁵ La differenza emerge chiaramente in una pronuncia della Corte Costituzionale, sentenza n. 250 del giorno 21 maggio 1991, dove viene evidenziato come l'istituto dell'irrilevanza del fatto è assolutamente nuovo nel nostro sistema penale...” Anche se per autorevole dottrina l'art 27 D.P.R. n. 448 del 1988 è dichiaratamente il modello di riferimento dell'istituto previsto dalla legge delega n. 479/1999, anche se la proposta venne abbandonata nel corso dei lavori preparatori. Per una visione generale sul difficile e variegato panorama di interventi e riflessioni circa l'introduzione di un istituto che richiamasse un trattamento previsto per l'irrilevanza del fatto, come nel processo a carico di minori ed in forza di una lettura critica della *Relazione al d.lgs. 28 agosto 2000, “Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace”*, in *Dir. Giust.*, 2000, n. 31, p. 57, dove si richiamano già i precedenti e numerosi tentativi di introduzione di tale disciplina per gli imputati adulti, sulla falsariga di quanto previsto per gli imputati minorenni. Sul punto, I. CALAMANDREI, *L'irrilevanza penale del fatto nella prospettiva processuale*, in *Giur. it.*, 2000, c. 2207. Od ancora, S. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica del dir.* 1998, n. 4, pp. 274 e ss.

⁶ Sul tema, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.* 2015, p. 661. Come notevole e vasta dottrina ha affermato, l'istituto si ispira alla logica del “*de minimis non curat praetor*”, ossia la realizzazione, in concreto, di una depenalizzazione, che permette una concretizzazione, demandata al raziocinio del giudice, circa la valutazione di immeritevolezza di sanzione, anche nelle prime battute del processo (potendo questo concludersi con un'archiviazione). Per una trattazione estesa sull'argomento, non recentissimo, ma che ha conservato una notevole attualità, il basilare contributo di C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”. *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁷ Importante è sottolineare come l'istituto ex art 131 *bis* c.p. attribuisca all'organo giudiziario il potere di valutare, all'atto pratico, se i fatti meritino o meno una punizione, stante la modalità, la natura lieve del danno o del pericolo causato e l'occasionalità, e la lesività che, se particolarmente esigua, comporta l'immeritevolezza della pena. È quindi profondamente distante dal fenomeno della depenalizzazione *tout court*: con essa, il Legislatore statuisce il venir meno della natura di reato per una serie precisa e determinata di condotte, a prescindere dalla modalità con cui esse vengono ad

sostanziale, che fornisce alla magistratura un importante strumento di valutazione e scelta, riguardo l'immeritevolezza di pena per quei fatti che, astrattamente previsti dalla legge quali reato, presentano invero, natura bagatellare.

Il legislatore delegato ha quindi operato un'importante modifica del diritto penale sostanziale, come emerge chiaramente dall'inserimento di tale norma nel codice penale e dalla sua modificazione del Titolo *V* del Libro *I*, che ora recita “Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena” e del suo specifico Capo *I*, “Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena”. A tali modifiche, in primissima istanza sostanziali, il Legislatore ha fatto seguire l' introduzione di nuove discipline coordinative anche in ambito processuale: in tema di archiviazione⁸, con l'introduzione di una nuova ipotesi, prevista dall' art. 411 co. 1 c.p.p., con la disciplina particolare riguardo la partecipazione del soggetto offeso, *ex art* 411 co. 1 *bis* c.p.p.; riguardo al proscioglimento predibattimentale, con la possibilità di pronuncia da parte del giudice di sentenza di non doversi procedere, previa audizione dell'offeso, se questi compare, *ex art* 469 c.p.p., co. 1 *bis* c.p.p.. Interventi riguardo i profili processuali hanno coinvolto ulteriormente, gli effetti della sentenza di proscioglimento *ex art.* 131 *bis* c.p. pronunciata all'esito del dibattimento, secondo quanto previsto dall'art. 651 *bis* c.p.p., prevedendone l'efficacia di giudicato anche in giudizi amministrativi e civili. Ulteriore modifica è intervenuta sulla disciplina del T.U. del casellario giudiziale, prevedendo la necessaria iscrizione dei provvedimenti di non punibilità, *ex art.* 131 *bis* c.p.

esistenza. Come osserva S. SERRA nel suo contributo, *La causa di non punibilità per “particolare tenuità del fatto” ex art. 131 bis c.p., sintesi delle problematiche*, l'art. 131 *bis* c.p. è il risultato della lunga osservazione e riflessione della pratica giudiziaria, la quale ha dimostrato come fatti, astrattamente gravi e sanzionati dal Legislatore severamente, siano nel concreto, stante l'esiguità della gravità e dell'offesa, non meritevoli di sanzione penale, e che, viceversa, fatti puniti lievemente, e considerati non gravi, siano sul piano pratico fortemente lesivi del bene giuridico protetto.

⁸ Sulle problematiche, che verranno trattate più estensivamente in seguito, un primo accenno, E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (..ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art 131bis c.p.*, in *Arch. Pen.Online*, 2015, n. 1, pp. 8 e ss.

CAPITOLO I.

UN PRIMO INQUADRAMENTO GENERALE: RETROTERRA CULTURALE, PROBLEMATICHE E PRECEDENTI SPERIMENTAZIONI DELLA PARTICOLARE TENUTA'

Sommario: 1.1 La nuova causa di non punibilità ed il principio di offensività; 1.2 La teoria realistica del reato ed il suo lascito nell'attuale riflessione e costruzione dell'odierno sistema penale; 1.3 Il concetto di “speciale” tenuità del fatto ed il rapporto con la presenza della sottile linea di discrimen della rilevanza; 1.3.1 Riflessioni conclusive; 1.4 I “gemelli diversi” presenti da tempo nel processo penale a carico di minori (ed in particolare) dinanzi al Giudice di pace: punti di contatto e differenze; 1.4.1 L'art. 34 del D. lgs 274/2000: un quadro generale; 1.4.2 I requisiti: caratteri e possibili profili di illegittimità costituzionale; 1.4.3 Il ruolo “unico” della persona offesa nell'ordinamento del Giudice di pace; 1.4.4 Conclusioni;

1.1 La nuova causa di non punibilità ed il principio di offensività

La logica dell'istituto in esame dà voce a quella necessità costituzionale, democratica e garantista, di attuazione del principio dell'*ultima ratio*, il quale, con l'ausilio del principio di proporzione, nella concettualizzazione dottrinale dell'offensività, ottempera alla legittimazione della risposta sanzionatoria per quei soli fatti che si rendono meritevoli di punizione nella pratica giudiziaria.

Il concetto di “offensività” invero, nella sua accezione di “lesività” e “messa in pericolo” dell'interesse giuridico protetto, è stato, ed è tutt'oggi, uno dei frutti più maturi della vastissima produzione dottrinale penalistica italiana⁹, la quale lo ha

⁹ L'elaborazione del concetto di bene giuridico, *Rechtsgutslehre*, per la cui panoramica si veda M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1975, pp. 278 e ss., costituisce la base più esaustiva, ancora oggi, rispetto all'enucleazione del principio di necessaria offensività. Il concetto lo si è visto nascere nell'Ottocento, in Germania, dalla mente di eminenti studiosi, tra i quali, Birnbaum, che lo definisce quale *bene comune*, con una visione che si è proposta di contrapporsi alla teoria giusnaturalistica di Feuerbach della violazione dei diritti soggettivi, con una nuova dogmatica costruita sul concetto di offesa del *bene giuridico*, che sarà poi, in verità, forgiato in maniera più compiuta dal più celebre Binding, con una ripresa della definizione jheringhiana di bene come *ciò che può al popolo servire*. A tale ricostruzione si contrappose il ramo “metodologico” con GRUNHUT, *Methodische Grundlahgen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Frank-Festgabe I*, Tubingen, 1969, p. 8, e HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, , 1919, p. 94, ed il loro accento sulla visione del reato, come violazione di un comando. Alla teorica del bene giuridico di Binding, definita dai più, sistematica ed interpretativa, su cui si è costruita la visione classica di A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1939, ha fatto da contraltare,

riconosciuto, e considerato, talvolta come “categoria”, talvolta quale “principio”. Categoria, nella sua natura di “misura”, la quale permette di caratterizzare una condotta prevista in una fattispecie incriminatrice rispetto ad un bene giuridico tutelato, concretandosi poi nei concetti più comuni di “danno” e “pericolo”¹⁰; principio, come concetto che si colloca nella zona intermedia tra la dimensione giusnaturalistica e positiva, il quale talvolta si tende sino a concretarsi nella estrema forma di *norma*.¹¹

L'indispensabilità dell'offesa quindi, nella sua accezione di lesione o di messa in pericolo, è il nucleo pulsante del principio di offensività, riassumibile in maniera estremamente efficace nel celebre e fondante brocardo, *nullum crimen sine iniuria* che, ponendosi al loro fianco, completa i principi di tipicità formale, *ex art. 1 c.p.* e di materialità del reato.

Il principio di offensività, da sempre chiave di lettura e di ispirazione degli interventi in materia di politica criminale, si pone, sempre più costantemente, quale parametro a cui il Legislatore suole riferirsi, e deve riferirsi, nella razionalizzazione della legittimità dell'opzione penale e nell'applicazione concreta delle diverse fattispecie incriminatrici.

Le attese e l'affidamento, intrinsecamente presenti in tale principio, nella sua dimensione assiologica di politica criminale, ma anche epistemologica e dogmatica, hanno consentito, secondo autorevole dottrina, uno tra i tanti, Fiandaca, l'individuazione e caratterizzazione dell'offensività, quale principio “inespresso” della Carta Costituzionale¹², ponendosi quale baluardo per fondare e disciplinare nei contenuti, e

successivamente, lo spirito “critico” di Hassamer, circa la possibilità di intravedervi la natura di criterio di giudizio esterno e pre-positivo. Le risultanze circa la teorica del bene giuridico, sono state, come è ovvio, terreno di lavoro e di ispirazione per la dottrina italiana del 1970 ed oramai divenuta, a pieno titolo, diritto vivente.

¹⁰ Tale distinzione, a cui segue la conseguente divisione in reati di danno e di pericolo, è determinata frequentemente dalla diversità del bene giuridico oggetto di tutela: alcuni di essi hanno l'intrinseca facoltà di essere lesi, in tutto o in parte, nella loro integrità; altri, per cui è sufficiente la loro messa in pericolo. È evidente qui come il *discrimen* si ponga a livello di “momento” e come la tutela, assicurata dai reati di pericolo, si ponga in una dimensione anteriore. Da tale assunto, si ricava l'interpretazione maggioritaria che si è susseguita negli anni successivi all'emanazione del nuovo codice penale, che sarà più estensivamente trattata in seguito, con l'analisi della Concezione realistica del reato. Per una disamina generale dell'argomento, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 179. Sulla distinzione, non sempre ferma, tra reati di danno e di pericolo, interessante ancorché non recente, PATALANO, *Significati e limiti della dottrina dei reati di pericolo*, Napoli, 1979. Ancora sull'argomento, con particolare focalizzazione sui reati di pericolo, P. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo ed i reati di attentato.*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1985, pp. 689-690.

¹¹ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; pp. 1 e ss. Come sottolinea l'Autore, rispetto a tale punto è interessante la posizione assunta dal Fiandaca, il quale caratterizza il concetto di “principio” in materia distinta da quello di “norma”, in FIANDACA- DI CHIARA, *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, Napoli, 2003, pp. 6 e ss.

¹² Tale teorizzazione “costituzionale” è stata affermata strenuamente in epoca recente, da illustre ed autorevole dottrina, G. FIANDACA, *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, in cit.

nei limiti, l'azione penale. L'approccio costituzionale si è posto come *fil rouge*, che ha consentito di rintracciare una linea di pensiero comune e trasversale alle diverse Scuole Penali che si sono susseguite nel panorama dottrinale dell'ultimo secolo, affidando al principio di offensività e di necessaria lesività, il compito di parametro in base al quale legittimare la gestione del sistema sanzionatorio e repressivo¹³.

Nella costruzione del sistema penale, e nella scelta delle politiche di intervento e di tutela, l'offensività ha assunto un ruolo protagonista di indirizzo nella scelta degli oggetti e degli interessi passibili di protezione, nonché nelle problematiche conseguenti alla delineazione del cosiddetto bene giuridico da tutelare alla luce dei principi costituzionali che, oltre ad assurgere quali elementi fondamentali di bilanciamento, costituiscono basilari canoni interpretativi e strumenti ermeneutici, nel solco di quanto era affermato dalla celebre, seppur alquanto risalente, “Concezione realistica del reato”¹⁴, che poneva, ulteriormente, nuovo accento ed attenzione riguardo al profilo sostanziale dell'elemento antiggiuridico, traducendosi anche in una valutazione sociale, pre-extra giuridica con ampi risvolti e conseguenze sulla tematica delle fonti del diritto penale. Valutazione sociale necessaria per adattare il sistema penale, ispirato sin dalla sua nascita al pensiero ed al retroterra fascista e tradizionalista in cui è sorto, al mutamento socio-economico, nonché culturale e politico, che ha preso le mosse nel lontano 1948, con l'emanazione della nostra Costituzione.

Il principio di necessaria offensività è il punto di arrivo di un lungo cammino posto in

FIANDACA- DI CHIARA; Per una trattazione generale dell'argomento, di veda, sempre dello stesso Illustre, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2010. In un'ottica di modernizzazione del diritto penale con l'ausilio di tale principio, ancorché implicito, poiché sintesi di quel equilibrio tra efficienza del sistema e garanzie individuali, E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pp. 10 e ss.

¹³ Alcuni esempi illustri di dottrina risalente e recente, a testimonianza della “costituzionalizzazione” italiana, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol- XIV, 1973, p. 14 e ss.; p. 82 e ss. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore C. Mortati*, Milano, 1977, pp. 445 e ss. Interessante risulta anche il lavoro di rielaborazione della relazione, svolta al Convegno organizzato dall' Ass. S. Sandano a Roma, il giorno 25 maggio 2012, in onore di Mireille Delmas- Marty, sul tema “*I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*”, a cura di M. DONINI, *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*. Sempre dello stesso Autore, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro Italiano* V, 2001, p. 29 e ss. E G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 617 e ss.

¹⁴ Il movimento penalistico italiano nato agli inizi degli anni Settanta, la cui figura di maggior riferimento la si ritrova in F. Bricola, auspicava una visione della Costituzione quale fondamento del diritto penale. In particolare affidava al principio di offensività il ruolo fondamentale di chiave di lettura ed indirizzo nella gestione garantistica dell'intervento penale. Non mero limite quindi, ma ispirazione e guida per il potere discrezionale legislativo.

essere da ogni civiltà che possa definirsi democratica e liberale: dal combinato disposto degli artt. 25 co. 2 e 27 Cost. si ricava il principio secondo cui un soggetto può essere condannato per un fatto che costituisce reato solo se la medesima fattispecie è minuziosamente disciplinata dalla legge e se, contemporaneamente, la condotta medesima ha leso, o potenzialmente leso, un determinato bene od interesse giuridico tutelato dalla Costituzione. Tale garantistica visione fa sì che un fatto divenga punibile solo ed esclusivamente in quanto esso sia idoneo ad incidere nel mondo esterno al soggetto agente in modo da pregiudicare, come danno o pericolo, qualcosa, cui il contesto sociale ed il diritto penale attribuiscono un preciso valore e che tecnicamente viene definito bene giuridico¹⁵.

Emerge chiaramente come il legame indissolubile tra il principio di offensività e la teorica del bene giuridico è sempre stato in costante dialettica con le scelte di politica criminale del Legislatore: con la visione sostanziale dell'illecito penale, quale espressione dell'impianto ideologico del Legislatore penale, il bene giuridico e la sua definizione, assumono ruolo estremamente pregnante, ancorché dai contorni non perfettamente nitidi.

Come Vittorio Manes afferma, la parafrasi *offesa del bene giuridico* appare sempre più come un “paradigma senza regole”, che si presta ad essere oggetto di diverse ed individuali spinte interpretative: in particolare l'idea di bene giuridico, lungi dall'adempiere al suo naturale compito di criterio di selezione, più che criterio guida per le scelte di politica criminale, sembra esserne diventato invero, seguace e giustificatore.

Nonostante le evidenti incertezze nel classificare il bene giuridico quale criterio “di respiro” del generale sistema penale, espresse chiaramente dalla stessa politica criminale ispirata al più puro giuspositivismo, non può tralasciarsi l'immensa importanza che viene ad esso riservato nella costruzione della *Allgemeine Verbrechenlehre* (La teoria generale del diritto penale). Certamente la sua natura *user-friendly*, la sua malleabilità nell'adattarsi all'eterogeneità di fini e funzioni, anche in aderenza delle diverse istanze che via via apparivano all'orizzonte come *Kulturnormen* o

¹⁵ A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 689-690. Tale lavoro, in generale, presenta una completa disamina circa le diverse definizioni di bene giuridico, nella sua teorizzazione “critica” ed orientata alla politica criminale, sostenuta dall'Autore, ed in quella opposta, sostanzialmente metodologica o “formale”. La prima, il cui principale esponente è Hassemer, fa riferimento ad una visione del concetto sociologica, quale trascendente e trasversale il sistema, esterno e preposto; la seconda è invece una classificazione che pone il concetto quale mera giustificazione e ricalco di quanto già posto a livello positivo.

lo stesso sostrato sociale, ha fatto sì che ne venisse tradita la portata selettiva, piegata all'intento di giustificare, e non indirizzare, le scelte legislative. Queste ultime mutano al mutare del diverso contesto storico-culturale in cui maturano, potendo sfociare, in egual modo, in una tendenza ipertrofica criminalizzante di protezione penale o, all'opposto, in una, seppur rara, riduzione di azione e copertura penale¹⁶.

Tale mancanza di rigidità nel definire, in maniera ferma e decisa, cosa possa assurgere alla qualificazione di *Rechtsgutbegriff*¹⁷ (concetto di bene giuridico), ha avuto, come verrà analizzato in seguito, ampi strascichi anche sul piano dell'offesa, potenzialmente graduabile nella classificazione di “danno” e “pericolo”, ed in particolare, in quest'ultimo, riguardo i profili problematici attinenti alla dimensione astratta e presunta, e nella più globale ricostruzione della struttura del reato e della sua interpretazione.

La considerazione del *Rechtsgutbegriff*, nella sua accezione critica e trascendente, esterno e preposto al sistema, è la più convincente espressione di fedeltà al concetto liberale di bene giuridico, sintetizzato efficacemente da Jäger¹⁸, che evidenzia come il compito del Legislatore sia quello di ricavare e tutelare, valori e bene che già preesistono alla codificazione. Preesistenza alla dimensione positiva, con le evidenti problematiche che ne conseguono soprattutto sul piano dell'utilizzabilità in chiave dogmatica. Qui si percepisce lo sforzo di mantenere il concetto, nella sua naturale funzione di indirizzo e guida; lo si percepisce ancora maggiormente, nel tentativo di riconversione “positiva” attuato attraverso l'individuazione di tali interessi e beni, come contenuti tutelati dalla Costituzione, sovraordinata alla legge ordinaria. È la più matura espressione di quella che prende il nome di Concezione personale del bene giuridico,

¹⁶ Sulla criticità di tale punto, G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA- DI CHIARA, cit. L'Autore conduce un'interessante analisi sulla responsabilità dell'utilizzo del concetto di bene giuridico, quale slogan giustificatore, della ipertrofia criminale degli ultimi anni, che ha portato alla continua produzione di protezione penale per ogni sorta di valore o interesse, come appunto bene giuridico da tutelare. Sempre sul tema, M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed. Milano, 2004, pp. 299 ss, 301 e ss., che evidenzia i requisiti del concetto liberale del bene giuridico. La funzione di indirizzo del concetto di bene giuridico, non è da tutti condivisa, in forza di una lettura “critica” di quanto teorizzato da Birnbaum prima, e più compiutamente da Binding, poi, più giustificatoria che dirimente a dire il vero. Si veda G. ZUCCALA, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione “critica” e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Rivista Italiana Diritto Penale*, 2004, pp. 839 e ss.

¹⁷ Oltre a M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., un'interessante ricostruzione riguardo al tema, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 6 e ss.; dove sottolinea, secondo Manes in maniera eccessivamente *tranchante*, l'assenza di capacità critica ed anche dogmatica della ricostruzione “critica”. ed ancora D. SANTAMARIA, *Per una storia del bene giuridico*, in *Studi senesi*, 1964, pp. 301 e ss.

¹⁸ JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterchutz bei den Sittlichkeitsdelikttern*, Stuttgart, 1957. In particolare il passo a cui Manes si riferisce, circa la esaustiva definizione del concetto, p. 13.

ossia la volontà di rendere tutelabili quei beni ed interessi concreti e personali, non astratti e passibili di protezione solo in una semplice realtà formalizzata. Tale approdo alla *Grundgesetz* come fondamento, non risolve però in toto la problematica di definire cosa sia bene ed interesse giuridico, perdendosi nella propria realtà esterna di limite all'azione politico-criminale, teleologica e finalizzata più che altro al mantenimento di un sistema penale coerente con il suo scopo, più che rimanere nella propria realtà interna di risposta alle esigenze richiamate a gran voce dalla società, sempre nel rispetto dei più generali principi costituzionali.

A latitudine emisferalmente opposta si pone la concezione “formale” o metodologica, in una dimensione più dottrinale che precettiva, che pone le basi dell'enucleazione del concetto di bene giuridico quale dato infrasistemico: teoria votata alla legittimazione delle norme penali. Un rigido e permeante giuspositivismo, fedele al più antico dettato voluto dal Binding, che per primo a forgiato lo stesso concetto, che come sottolinea Manes, ha sofferto, largamente, dell'impianto dogmatico in cui è venuto alla luce. Formalismo e fedeltà alla realtà normativa, che ha trovato in Italia, fedele seguace in Arturo Rocco, il quale nonostante, insieme al Binding, accetti la natura preposta dei beni giuridici, aderendo all'indirizzo giuspositivista, finisce per virare verso una visione giustificativa, in forza del concetto stesso, delle scelte politico-criminali. Una visione del Legislatore quale autonoma entità, emblema della nuova visione astratizzante della concezione metodologica del bene giuridico, quale scopo del sistema. Funzione che si può riassumere come interpretativa e non di limite alla scelta e valutazione circa la protezione penale, e da qui la susseguente concezione della violazione, non come offesa ad un valore od interesse, ma mera disobbedienza ad un precetto legislativo penale¹⁹.

Questa teoria ebbe grande fortuna sino agli anni immediatamente successivi al dopoguerra e, nonostante sembrino definitivamente accantonate per una necessità storica di superamento di un periodo che ha condizionato enormemente anche la visione giuridica, sembrano avere ritrovato nuova fortuna negli ultimi anni, in un recupero, seppur diverso, del bene giuridico quale concetto di metodo, soprattutto nella volontà di

¹⁹ Per una più ampia trattazione di tale concezione, come ricordato da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 13 HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Leipzig, 1919, e la Scuola di Marburgo. La concezione metodologica, stante la scelta di cosa definire bene giuridico demandata unicamente al Legislatore, è stata base (ed influenzata a sua volta) dall'ideologia nazionalsocialista, stante la natura autoritaria ed accentratrice, volta a colmare il divario tra legge e politica, del pensiero. Si guardi, C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, trad. it. a cura di STELLA, Torino, 2002, pp. 64, 73.

creazione di ordine sistematico di modelli capaci di adattarsi ai veri e continui interventi legislativi,²⁰ simili talvolta, ad onor del vero, alla visione “classica”, critica e sociologica del bene giuridico di Hassemer, in una visione però invece *ex post* giustificativa della legittimazione a punire, e non di indicazione di cosa deve essere tutelato.

1.2 La teoria realistica del reato ed il suo lascito nella attuale riflessione e costruzione dell'odierno sistema penale

Tutti gli spunti di riflessione e interpretazioni fin qui trattati, di ricchezza inestimabile, circa la teoria del bene giuridico²¹, costituiscono un punto di partenza, ma non l'unico, di quella costruzione dogmatico dottrinale che, agli inizi degli anni Settanta, ha dato alla luce la fondamentale Teoria realistica del reato, dell'illustre Prof. F. Bricola.²², dove viene sottolineato l'inossidabile legame che si sostanzia tra la violazione, potenziale od effettiva, di una norma ed il valore o bene costituzionalmente tutelato, al fine di definire se una condotta sia penalmente rilevante e sanzionabile.

È stato, ed è ancora, compito del Legislatore adattare l'impianto normativo a quanto previsto dalla Carta, riconducendo a coerenza l'elemento della tipicità e la realtà sociale, culturale e storica; compito del giudice, rimane quello di determinare se un fatto, oltre ad essere tipico, presenti o meno i profili dell'offensività.

La visione della Costituzione come base fondante, e quindi non solo mero argine, del diritto penale, rintracciabile anche in diversi contesti europei- stante la spinta democratica e liberale che ha attraversato il Vecchio Continente negli anni successivi al secondo scontro mondiale- ha garantito interessanti sviluppi circa, *in primis*, l'individuazione del bene giuridico come meritevole di protezione, poiché espressamente o implicitamente previsto costituzionalmente, quali condizioni minime

²⁰ In Italia, F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, 1940, In *Scritti di diritto penale*, 1955, Milano. Grande fortuna, più recentemente, G. JAKOBS, su cui si è sviluppata la produzione sull'argomento di EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in (a cura di) MARINUCCI-DOLCINI., *Diritto penale in trasformazione*, 1985, Milano.

²¹ Anche se Manes ricorda, in *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit. come le premesse dell'approccio costituzionale vengono anche da studi non esplicitamente ricolti al bene giuridico; SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd. 3,2 Halband, 1959, pp. 909 e ss.

²² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto it.*, vol. XIX, Torino, 1973. In particolare, sul punto in questione, pp. 81 e ss.

dell'esistenza in comune²³, anche se non (ancora) direttamente previsti come tutelabili dalla Carta, ma in rapporto di subordinazione rispetto a valori od interessi ivi previsti. In secondo luogo, la visione costituzionalmente orientata ha avuto importanti riflessi circa il criterio dell'offensività, nella sua forma di proporzione dell'intervento penale sanzionatorio come risposta a condotte connotate da offensività concreta: questo in fede al principio del diritto penale di *ultima ratio*, come già precedentemente affermato; ma anche in coerenza con le caratteristiche e le finalità che la Carta fondamentale assegna alla pena, la quale deve essere personale, con funzione rieducativa e deve rientrare nell'alveo del principio, cardine del sistema, di legalità.

Un principio che si suole ricavare, in via sistematica e rielaborativa, dagli artt. 27 e 25 co. 2 Cost.

La dottrina ha invero sempre sottolineato come non vi sia un esplicito ed espresso riferimento, costituzionale o di legge ordinaria, al principio dell'offensività: questo non ha però impedito una ricostruzione precisa ed articolata del suddetto principio, che, rintracciato e modellato, si è posto quale pietra miliare, accanto ai più classici e generalmente riconosciuti, di legalità, tassatività e retroattività, dalla Carta Costituzionale e, più generalmente, dall'ordinamento.

Secondo quanto teorizzato da Bricola, l'illecito penale è necessariamente a contenuto lesivo. Questo enunciato, così apparentemente semplice e limpido in tutte le sue parti, può a pieno titolo essere definito, e lo è dai più, un'assoluta e formidabile intuizione, non solo lessicale, ma ideologica: la portata del principio di necessaria lesività così ricostruito, sulla carta, ha la forza di porsi quale strumento gerarchicamente sovraordinato di risoluzione, e di eventuale dichiarazione di illegittimità se ad esso contrastanti, riguardo problemi relativi a modelli strutturali appartenenti a piani diversi, come ad esempio l'anticipazione del momento di risposta penale, nei reati a pericolo astratto o nelle misure *ante delictum*.

Un concetto di offensività arricchito da una serie di connessioni trasversali, prima tra tutte, con la teorica del bene giuridico di rilevanza costituzionale, che va al di là della concezione tradizionale del *nullum crimen sine iniuria* come enunciazione di quella qualità di limite operante per l'azione penale, e che contribuisce a fornire uno strumento di scelta circa i contenuti a cui deve rivolgersi la protezione, ed un parametro circa la misura della protezione stessa: l'estremizzazione di quelle che erano le idee embrionali

²³ E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 111 e ss, 124 e ss.

della dottrina della dannosità sociale, di matrice giusnaturalistica sintetizzata da Grozio e da Beccaria nel celebre “Dei delitti e delle pene”, e della seguente teoria del *Rechtsgutlehre* (bene giuridico), già ampiamente trattata, calate invero nella realtà giuridica penale che ne richiamava a gran voce una razionalizzazione concreta²⁴.

Le argomentazioni alla base della teoria “realistica” muovevano dalla sintesi della funzione della pena, tra retribuzione e rieducazione, come voluta dall'art. 25 e 27 co. 3 Cost. alla luce nel “nuovo filtro” costituito dalla necessaria presenza della commissione di un fatto offensivo, di danno o di pericolo, dell'interesse tutelato.

L'illecito penale è tradizionalmente e positivamente definito, e mi si consenta di dire, oramai minoritariamente, come di natura formale e di fonte legale²⁵; questo soprattutto in forza dell'art 25 co. 2 Cost., il quale presenta la facoltà di rendere concreta e palpabile la rigidità del principio di tassatività, eliminando qualsiasi residuale dubbio circa la possibilità di estensione e di analogia in *bonam partem*, nonché ogni tentativo di modernizzazione e adattamento alla mutevolezza della realtà sociale.

In forza di tale posizione, sembra non ravvisare alcuno spazio residuale all'utilizzo di criteri extralegali come strumenti per sanare i contrasti, sempre più evidenti, di un sistema penale che non sembra in grado di sostenere il passo, accelerato, della società: tali criteri sembrano aver invece assunto un ruolo, che lo stesso Bricola, definisce, interno all'ordinamento giuridico, nonché “sussidiario di interpretazione”²⁶, dove emerge, in tutta la sua non espressa, ma immanente, forza, il principio di proporzionalità, nel difficile compito di bilanciamento con altri valori costituzionali. Destinatario non è, come si potrebbe ad un primo sguardo ritenere, l'interprete, bensì il Legislatore, chiamato a mantenere intatto il sistema penale in forza ed in coerenza con il tessuto costituzionale. Intervento che è però mancato, sfociando spesso in un'ingiustificata apatia, le cui motivazioni si rifanno ad un'incapacità sotterranea di allontanamento dalla prospettiva tradizionale dell'indirizzo tecnico-giuridico, strettamente normativa e

²⁴ F. BRICOLA, *La teoria del reato*, cit. e si veda anche, in armonia, DE VERO, *Corso di diritto penale*, pp. 121 e ss.

²⁵ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 229 e ss. Chiari riferimenti, in parziale contrasto, per la costruzione della propria concezione, in *La teoria generale del reato*, cit., a quanto teorizzato dal Suo Sommo Maestro, P. NUVOLONE, che, in *I limiti taciti della norma penale*, G. Priulla, Palermo, 1947, pp. 92 e ss. evidenzia la preminente necessità di mantenimento dei principi di tassatività e legalità in materia penale, anche a costo di non risolvere i contrasti inevitabili tra il sistema penale come originariamente delineato, ed i bisogni della nuova società. La Costituzione è per Nuvolone *limite* per l'opzione penale, in forza di due principi cardine, di uguaglianza e rispetto dei diritti di libertà.

²⁶ Sempre di F. BRICOLA, *Il carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984.

positiva, e di avvicinamento a una dimensione più comunicativa con l'universo della politica, della società, della psicologia. Questo è stato invece portato a compimento da un altro interlocutore, la Corte Costituzionale, che, attraverso le declaratorie di illegittimità ha dato voce alla nuova corrente appunto detta “costituzionale” quale parametro che proviene dall'alto, dirigendosi al Legislatore.

L'enunciazione della possibilità di individuazione di un'antigiuridicità sostanziale, e la conseguente concezione dell'illecito penale materiale, concetto chiave della dottrina assiologica di Bricola, ha fatto sì che si cominciasse a porre l'attenzione sul legame, indeffettibile, rintracciabile tra il fatto tipico e la situazione di interessi e valori per cui la norma è posta a tutela: il requisito dell'effettiva lesività del fatto.

Tale legame ha permesso l'affermazione finale del principio di offensività quale elemento che si poneva all'interno, dandole nuova forza e veste, della tipicità e dei limiti da essa tracciati, attraverso l'ausilio nuovo e garantista dei criteri rinvenibili nella Carta costituzionale, esterni, ma non definibili certamente, extranormativi. Una visione teleologica, dove i diversi principi garantistici della Costituzione (legalità, offensività, responsabilità personale e colpevolezza...) si intersecano e si affiancano nella costruzione di un sistema unitario penale, che recupera la propria idea di *extrema ratio* ed allo stesso tempo getta le basi di un nuovo corso di pensiero, che non voleva una mera sistemazione di quanto già dettato, ma l'uso dell'approccio costituzionale al fine di creare un nuovo campo di innovazione precettiva per il Legislatore penale ordinario, dotandolo di nuovi mezzi e scopi di tutela e garanzie. L'intersecarsi così stretto di questi principi, appartenenti tutti al medesimo tessuto liberale e democratico, affiancati, come precedentemente già anticipato, al fine rieducativo della pena, disegnavano i contorni di un illecito penale “materiale”, carico di disvalore e lesività, sentito e conosciuto dalla coscienza sociale, a cui consequenzialmente si rivolgeva un giudizio di colpevolezza su cui poteva operare la finalità rieducativa della pena. Un sistema perfettamente calibrato su meccanismi e nessi, forgiati dalla società e dalla politica criminale, alla luce delle garanzie e dai limiti posti dalla Carta, nel più cristallino tentativo di dare forza all'assioma dell' *extrema ratio*.

Sono le basi, di quella che si suole definire concezione materiale, o realistica, dell'illecito penale, la cui sorgente codicistica tradizionalmente si rintraccia nell'art. 49 c.p., sancendo la sostanzialità dell'illecito penale, ed in particolare, del suo elemento

antigiuridico, sviolando, come si dirà meglio in seguito, il suddetto articolo, dalla disciplina del delitto tentato e quindi, come pura e mera conferma della non punibilità dell'eccezionale previsione del tentativo impossibile, prevista dal comma secondo²⁷.

Più nello specifico, in base alle riflessioni svolte da N. Modona, ne “Il reato impossibile”, è oramai assodata la conclusione secondo cui l'art. 49, co. 2 c.p. sia funzionalmente indipendente rispetto al delitto tentato previsto all'art. 56: è l'enunciazione più limpida di un principio generale, la cui applicabilità è estesa a tutte le figure criminose, sia consumate sia tentate. Questa visione sembra trovare ampio riscontro in quanto ricavato ermeneuticamente dai testi dei lavoratori preparatori e delle relazioni ministeriali del Codice Rocco, nonostante successivamente, in giurisprudenza ed in dottrina, si sia travisata, per non dire stravolta, tale visione, ancorando l'art. 49 c.p. all'art. 56 c.p.²⁸

Tale “ritrovata” autonomia ha permesso di creare, appositamente per l'art. 49 c.p., un concetto di idoneità “dell'azione”, o “del fatto”: un' idoneità statica, successiva, circa il verificarsi o meno dell'offesa del bene od interesse tutelato specificatamente, alla violazione della norma incriminatrice²⁹. Qualsiasi considerazione esterna alla realizzazione del tipo descrittivo va tenuta, strenuamente e per ragioni di determinatezza e precisione, distante da qualsiasi valutazione accuratamente condotta caso per caso nella pratica, nell'alveo normativo, come previsto dall'art. 25, co. 2., della Costituzione:

²⁷ Tra i primi a parlare di concezione materiale del reato, VANNINI, *Il reato impossibile*, in *Ap*, 1949, I, pp. 363 e ss. Più recentemente, e lo si richiamerà successivamente, N. MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965. E come richiama Manes, in *Principio dell'offensività*, cit. per una prospettiva critica e iure condendo, ID, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di E. Gallo*, Milano, 2004, pp. 89 e ss.

²⁸ Ancora fedeli a tale interpretazione, G. ZUCCALA', *Profili del diritto di attentato*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 1977, pp. 1251 e ss, *idem*, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984, III, p. 1689. ed ancora PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976. Contrario, N. MODONA, *Il reato impossibile*, cit, p. 200. Secondo l'Autore, questo stravolgimento sembra trovare il suo motivo nella volontà di far arretrare ad una dimensione presuntiva l'azione penale rispetto alla voluta soglia “realistica”. Affermazione che non convince Bricola, il quale evidenzia la natura “nera” del codice, e l'impossibilità per l'art. 49 co. 2 c.p. di frenare la repressione fascista, spesso fondata su fattispecie di pericolo presunto o di attentato, nonché su reati di puro atteggiamento interiore, nonostante la formale tutela di alcuni beni, per l'appunto, solo formale. Ampiamente su tale posizione, in *La teoria generale del reato*, F. BRICOLA, in (a cura di) S. CANESTRARI e A. MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, p. 744.

²⁹ Sul punto M. GALLO scrive le parole che meglio sintetizzano il pensiero maturato dalla dottrina maggioritaria di quegli anni: oltre alla condotta tipizzata e qualificata come criminosa dal Legislatore, vi deve essere, per necessità, l' idoneità dell'azione ad arrecare una lesione. Si veda, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970. L'anno precedente, L'Autore, alla luce del nuovo pensiero “realistico” denunciava l'illegittimità dello schema del reato di pericolo presunto, concentrando l'attenzione su una valutazione patologica della condotta, quale parametro di pericolosità, contrastava evidentemente, con gli artt. 25 e 27 Cost., confondendo i rigidi argini che il doppio binario del Codice penale, aveva tracciato. Tale riflessione la si rinviene in M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *FP*, 1969, pp. 1 e ss.

si crea così un ampio ventaglio di possibilità, a seconda della tecnica legislativa di descrizione della condotta, generica o minuziosamente dettagliata, che possono fraporsi tra la conformità del tipo e la presenza di un' offesa, sostanziandosi ad esempio, in fatti non lesivi nella sostanza, ma coerenti al modello legale, rispondendo come efficacemente sottolinea Bricola- alla necessità di sviluppo normativo dell'interesse tutelato, che può cambiare alla luce di diversi Principi costituzionali e dello stesso Spirito della Carta. Questo a testimonianza del cambiamento insito nella nostra storia, che ha visto susseguirsi nello scorso secolo, un regime totalitario fascista, ispirato e fedele al dettato formale e normativo ed una Carta democratica e garantista, con ampissima apertura e tutela nei confronti interessi e valori sociali, sempre più numerosi e liberali. Da tali considerazioni si può trarre la seguente conclusione, che va però accuratamente adattata alle diverse circostanze ed ai diversi interessi costituzionali tutelati : l'art 25 co. 2 Cost. si pone quale controaltare dell'art 49 co. 2 c.p.: dove l'uno si amplia, l'altro deve restringersi. La tassatività del primo non deve essere mantenuta immutabilmente, stante la sempre possibile esistenza di quello scarto minimo intrinseco nella realtà concreta. Scarto, che invece perde completamente di consistenza nelle fattispecie di delitto tentato, dove discernere le due dimensioni non è gioco semplice. Si può quindi comprendere l'atteggiamento cauto e sospettoso che si è tenuto nei confronti dei reati di pericolo astratto³⁰, dove il pericolo, che invece è elemento del reato per quelli di pericolo concreto, è elemento totalmente esterno, concretandosi invero, in un giudizio probabilistico e antecedente formulato dal Legislatore in base a dati e risultati statistici, e totalmente svincolato dalla concretezza e specificità del caso. Questo potrebbe condurre, la repressione penale, ad una ricaduta nelle antiche dinamiche di punizione della mera disobbedienza ad un comando, più che all'effettiva messa in pericolo del bene giuridico da tutelare.

Tuttavia, come si suole dire, “Non è tutto oro quel che luccica”: la posizione

³⁰ F. BRICOLA, in *La teoria generale*, cit. rilevava le problematiche derivanti dal Suo nuovo corso di pensiero, in particolare per le fattispecie incentrate su presunzioni di pericolo, su reati di attentato, per reati a dolo specifico “neutro” (eccezioni all'art 115 c.p.), i reati di sospetto, i reati d'opinione ed i reati contravvenzionali, dove la pericolosità presunta fa da padrone. Qui l'Autore sottolinea come il principio di offensività assuma il ruolo di scintilla per una riconversione del sistema alla sua luce. Più recenti, ZINCANI, *Reati di pericolo*, in *Il Diritto Enc. Giur. Il Sole 24ore*, 12, Milano, 2007, pp. 662-663. Circa i dubbi avanzati in merito alla compatibilità di suddetti reati al principio di necessaria offensività, di cui è riconosciuta la natura costituzionale, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 441 e ss. Sempre del medesimo Autore, circa la indispensabile natura oggettiva della pericolosità dell'offesa del bene, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p.175.

costituzionalizzata, così celebre e generalmente condivisa, con ampi successi, anche in altri contesti, basti pensare alla Spagna all'indomani della fine dell'epoca franchista, che ha usato le risultanze di tale teoria in numerosi progetti di revisione legislativa del codice penale riferendosi alla propria nuova *Constitucìon*, non ha trovato fedele seguito nell'esperienza applicativa italiana degli ultimi decenni del secolo scorso,³¹ ed in quella dottrinale³² che, sempre più soggette a diverse e contrarie spinte circa il concetto e la definizione di cosa potesse assurgere a “bene giuridico da tutelare”³³, non hanno saputo,

³¹ In realtà tale affermazione va precisata, in quanto la Corte Costituzionale ha invece smentito, ampiamente e frequentemente, la staticità dell'elenco dei valori costituzionalmente tutelati, ponendosi quale dinamico e attento interlocutore della società, concretando di volta in volta, novità e necessità di protezione. Alcuni esempi: Sentt. 329/1997, 518-519/2000. Raccolta di pronunce, in A. VALENTI, *Valori costituzionali e politiche penali*, p. 73 e ss. Del medesimo Autore, per una trattazione specifica del tema, ID, *Principi di materialità e offensività*, in (a cura di) G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Aa. Vv. *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, pp. 359 e ss. Ed ancora, più recentemente, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in (a cura di) G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 91 e ss. Si guardi anche, V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, n. 1/2012, pp. 99 e ss. Per la giurisprudenza ordinaria, esplicito riferimento alla concezione realistica del reato, la si ritrova, benché datata, in *Cass. Pen.*, n. 5633, 1994, dove vi è stata un'attenta e concreta valutazione delle circostanze di reato, ed il non riconoscimento del reato in quanto l'azione non aveva leso alcun bene giuridico da tutelare. (In tal caso si trattava del reato di alterazione del corso di un torrente). Ed ancora, *Cass*, sez. I, 8527/89, anche se come sottolinea Nodona, più che di reato impossibile, lo sparo verso una persona protetta da vetro antiproiettile, si configura più come tentativo inidoneo.

³² Per la strada percorsa dalla maggioranza della dottrina successiva che rifiutava l'eccessiva restrizione dei beni tutelabili a quelli previsti dalla Costituzione, lo stesso Maestro di Bricola, P. NUVOLONE, in *La problematica penale della Costituzione*, in *Il diritto penale negli anni settanta*, Padova, 1982, pp. 468 e ss.. Qui emerge la posizione di rifiuto nei confronti dell'uso della Costituzione come fondamento. Nello stesso senso, ID, *Il sistema del diritto penale*, II ed. Padova, 1982, pp. 49 e ss. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2001, p. 15 e ss, dove viene sottolineata la concreta possibilità di distinguere nettamente i fatti lesivi, da quelli che, conformi al modello legale, sono dotati di scarsa od assente lesività. Si sottolinea inoltre come tale Autore, fervido sostenitore dell'impostazione costituzionalizzata del principio, non vi ravvede però un possibile criterio ermeneutico e di diretta utilizzazione ai fini di declaratorie di illegittimità. In particolare egli, pur riconoscendo il valore di disposizione generale e trasversale all'art. 49 c.p. nella sua autonomia, e riconoscendo la lesività come requisito necessario, ammette l'esistenza di reati senza offesa o senza scopo, che per la loro natura, non possono in alcun modo essere soggetti a rivalutazione ermeneuticamente orientata in chiave di offensività. Per tale riflessione, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, p. 447 e ss. Anche FIANDACA-MUSCO, cit. pp. 442-443, che sottolineando il rischio di ricadere in una dimensione inevitabilmente soggettiva e di pericolo per la certezza del diritto, quando si affidi al giudice il compito di accertare, oltre alla tipicità della fattispecie, l'effettiva o meno lesività, portando inoltre ad una confusione dei piani giudiziario e legislativo. Più recentemente, G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit. pp. 115 e ss. Invece Musco traccia una pungente analisi circa il destino di tale concezione, che si è trovata ad operare in un contesto politico votato all'emergenza e al febbricitante intervento ampliativo dell'area di punibilità: un rovesciamento del diritto penale pensato originariamente come ultima ed *extrema ratio*, divenuto invece soggetto-attore protagonista e primario, in MUSCO, *L'illusione penalistica*, p. 63

³³ Autorevole dottrina, ha espressamente rilevato come l'art. 49 c. 2 c.p. come espresso dalla concezione realistica, può costituire criterio sicuro e fisso, fintantoché lo si ancori ad una determinazione altrettanto sicura e ferrea del bene od interesse giuridico da tutelare: compito non sempre facile. Ad esempio F. ANTOLISEI, fedele all'impostazione voluta dalla concezione realistica del diritto penale, non ha mai accettato con pienezza la ricostruzione dell'art. 49 c.p. quale disposizione generale

e potuto, porre il principio di offensività quale elemento dirimente ed effettivo, definito dalla maggioranza della manualistica italiana, quale principio fondamentale costituzionale, ma nella pratica poco limpido e privo di quella funzione di limite alla discrezionalità legislativa penale necessaria. Per chiarezza di spiegazione, facendo fede ad una classificazione che ha avuto grande seguito, il principio in questione non ha avuto quella forza di legge “dimostrativa” necessaria, tale da poter essere considerato cogente rispetto all'emanazione di nuove norme penale e direttamente applicabile anche fondando una declaratoria di illegittimità di precetti ad esso contrari³⁴.

La forza della teoria, ossia il suo aggancio al novero dei valori ed interessi previsti dalla Costituzione, è divenuto presto il suo tallone di Achille: riconoscere un catalogo di beni, rintracciati nella Carta, era presto divenuta, secondo i suoi “detrattori”³⁵, una sistemazione statica, un *numerus clausus*, incapace di adattarsi ai mutamenti sociali e culturali: questo, non considerando il riconoscimento, evidenziato sin dall'inizio da Bricola, anche di quei valori impliciti del tessuto costituzionale. La teoria realistica, indicando contenuti e scopi della tutela, non voleva porre una sorta di obbligo costituzionale di intervento legislativo penale, bensì un volano per la risistemazione in chiave precettiva del sistema³⁶.

Un sistema soggetto ai continui sviluppi e rielaborazioni dei valori che la società, nella sua evoluzione sociale e costituzionale, indica di volta in volta, come meritevoli di tutela. Un utilizzo “blando” delle risultanze della teoria, con una valenza di criterio “esterno” e limite al ricorso alla risposta penale solo quando questa non si pone in contrasto con la Costituzione e le sue libertà fondamentali. Si è persa quella originaria selezione di meritevolezza di protezione, che ha, come già notato, portato all'inverso, ad una ipertrofia del diritto penale³⁷.

Come richiamato alla nota 19, anche rispetto ai reati di pericolo astratto, la concezione

operante in ogni settore dell'ordinamento, quasi a rintracciare un principio di necessaria lesività codicistico. Per una ampia panoramica circa la posizione dell'illustre Autore, l'edizione più recente ed aggiornata, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. XVI, Milano, 2003, pp. 502 e ss.

³⁴ Sul principio dell'offensività, M. DONINI, sottolinea come tale concetto, frutto di intensa giurisprudenza costituzionale, sia stato utilizzato “strumentalmente” nelle argomentazioni delle sentenze, talvolta come avente valore dimostrativo, talvolta come di mero indirizzo politico-costituzionale, rispetto ad altri principi costituzionali: primo tra tutti quello di *extrema ratio*. Si veda, M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, p. 111

³⁵ D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 498. L'Autore sottolinea come vi sia il rischio di ricaduta in una staticità definitoria, quale freno all'evoluzione ed adeguamento alle richieste emergenti dalla società.

³⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 502.

³⁷ Si veda, nota 14.

realistica, che aveva gettato i semi per la loro messa in discussione circa la “costituzionalità”, ha trovato una battuta d'arresto, soprattutto in forza delle scelte di politica criminale per la protezione di quei beni primari da tutelare (libertà ed integrità fisica della persona). Quanto affermato dalla teoria realistica, ossia che la costituzionalizzazione del principio di offensività comportava un'illegittimità evidente di questo tipo di reati dalla pericolosità presunta, sembra aver trovato ampi e convincenti argomenti contrari. Il fondamento stesso di tali fattispecie è la valutazione, sì di pericolosità talvolta oggettiva, del Legislatore, circa la condotta tipizzata, al fine di tutelare adeguatamente certe beni ed interessi giuridici, da determinate forme di offese³⁸. La concretezza sembra essere, secondo un'opinione generalmente condivisa, ad onor del vero, sempre preferibile, quando possibile. Non si ritiene tuttavia praticabile l'eliminazione *tout court* di tale protezione in dimensione anticipata, in particolare per quei valori, interessi e beni che attengono alla sfera intima e fondamentale della persona, gerarchicamente, nella stessa Carta, sovraordinati.

La costruzione autonoma ed indipendente dell'art. 49 co. 2 c.p., come prevista dalla teoria realistica quindi, lascia però non pochi dubbi, in particolare rispetto all'ipotesi di reato impossibile per inesistenza dell'oggetto, la quale, per moltissimi aspetti, sembra giustificare una volontà legislativa sottesa alla disciplina del tentativo: l'inesistenza dell'oggetto comporta l'impossibile verificarsi dell'offesa scaturente dall'evento pericoloso e quindi la non conformità alla fattispecie legale per mancanza di un elemento costitutivo. Tale previsione, espressa nell'art. 49 co. 2 c.p., se non vi fosse, farebbe rientrare tale circostanza, a pieno titolo, nell'alveo del tentativo. Sotto questo aspetto, che si pone accanto, nel medesimo articolo, al più generale principio di offensività, ricostruito “realisticamente”, che si applica alla generalità dei reati, si rinviene quello che invece è un più semplice limite alla punibilità a titolo di tentativo: sembra qui essere coerente lo sforzo, svolto da dottrina e giurisprudenza, di tenere uniti ed in reciproca limitazione, l'art. 49 co. 2 c.p. e l'art. 56 c.p..³⁹

L'offensività, come frutto della trasversalità garantistica del sistema

³⁸ Il più grande costituzionalista di tutti i tempi, V. ZAGREBELSKY, in *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro*, in *Enc. Dir.*, ed. XXX, Milano, 1980, partendo dall'analisi della specifica fattispecie, delinea come la concezione materiale dell'art. 49 c.p. quale principio trasversale del sistema, comporta un obbligo, nella realtà e nella volontà originaria mai previsto, di concretezza, anche nelle ipotesi di reato a pericolo presunto. L'Autore riconosce tale eccezionale operatività di tale articolo allorché vi sia eccezionale distanza dalla conformità allo schema tipico legale e lesività della condotta.

³⁹ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 80.

“costituzionalizzato”, punto di incontro e filtro qualitativo dell' illecità, sembra quindi essere rimasta tra quei principi, definiti dalla dottrina, informatori e di indirizzo, con effetti operanti nella sfera politico-argomentativa: un valore, più che un modello effettivamente precettivo⁴⁰. Un mutamento, che avrebbe potuto a pieno titolo definirsi “copernicano”: la concezione della Carta, quale base fondante e non meramente limite per il Legislatore ordinario, lontano dall'approccio classico della scienza normale e supportata dall'avvento del diritto costituzionale, quale diritto “principe” della nuova era, e dalla (discussa) teorica dell'eccesso di potere legislativo, avrebbe potuto inaugurare un nuovo corso per la politica-criminale e per il brocardo, rivisitato, *nullum crimen sine culpa*, con più ampio respiro e nuove potenzialità per i principi costituzionali⁴¹.

Un' evidente sottovalutazione, che ha relegato il principio di offensività ad un ruolo subalterno rispetto a principi di “nuovo” conio, ritenuti immediatamente, e più semplicemente, applicabili, che avrebbero invero a loro volta tratto ampi vantaggi e ispirazioni dalla “nuova” teorica costituzionalmente orientata: uno tra tutti, quello della ragionevolezza. Questo, slegato dal suo tradizionale ruolo di parametro di congruità della comminatoria della sanzione, nelle mani della Corte Costituzionale, ha assunto quella veste che astrattamente apparteneva, e dovrebbe ancora appartenere, al principio dell' offensività: garantire una scelta equilibrata circa l'esperimento dell' azione penale.

Tale principio, avrebbe potuto avere un utilizzo più sentito e più coerente alla sua originaria natura, insieme a quello di proporzionalità, come corollari dell'art. 3 Cost.; avrebbe potuto darsi nuovo contenuto alla finalità rieducativa della pena, ex art. 27 Cost., avvicinandolo sempre di più al più evoluto concetto di risocializzazione. Nonostante le critiche dottrinali e le scelte politiche portate in avanti negli anni, la teoria realistica ha gettato le basi, ineliminabili, per un ripensamento ideologico circa il bene giuridico ed il valore della Costituzione in ottica “positiva”.

Attraverso l'introduzione dell'istituto oggetto di tale studio, dove la diade proporzione-offensività risulta essere nuovamente il fulcro della valutazione, demandata all'organo giudiziario, circa l'opzione penale, il principio di offensività sembra essere tornato

⁴⁰ Sull'impossibilità di fondare una revisione “modernizzata” del sistema penale, in forza dell'offensività, G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro Italiano*, 2000, V, pp. 137 e ss, pp. 141; e più recentemente, sempre dell'Illustre, *L'offensività è principio codificabile?*, in *Foro it*, 2001, vol. 124, pp. 1-2; 9-10. In disaccordo, E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, cit.

⁴¹ V. MANES, *Il principio di offensività come canone di politica criminale*, cit. p. 55.

proprietario della propria qualità di parametro qualitativo dell'illecito penale, in un'ottica nuova, che ha però salde radici, come si è visto, già nella tradizione dottrinarie penalistica, e costituzionale, del secolo scorso.

1.3 Il concetto di “speciale” tenuità del fatto ed il rapporto con la presenza della sottile linea di discrimen della rilevanza.

Definire la “speciale tenuità”⁴² del fatto è un profilo notevolmente problematico rispetto alle riflessioni fino a qui svolte, ed in particolare, all'applicabilità del nuovo istituto a quei reati che prevedono “soglie di punibilità” o di rilevanza penale⁴³.

È noto come nell'alveo della competenza del giudice ordinario vi siano una serie di reati per i quali il Legislatore previamente ed astrattamente disciplina quando la condotta, prevista per particolari fattispecie, possa essere considerata anche offensiva, oltre che tipica. In alcuni la linea di *discrimen* separa fattispecie a rilevanza penale da semplici illeciti amministrativi, come nel caso dei reati tributari previsti al D. lgs. n. 74/2000,⁴⁴ dei reati contenuti nel Codice della strada, ad esempio la guida in stato di ebbrezza, in tema di scarichi industriali, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato⁴⁵, ecc. La domanda circa la possibilità per l'organo giudiziario, una volta rilevata l'inoffensività del fatto e la conseguente immeritevolezza di una punizione, di applicare la nuova causa di non punibilità, allorché si sia però verificato il superamento della soglia di rilevanza penale astrattamente prevista dal Legislatore, ad un primo sguardo può apparire di facile soluzione: è stata invece oggetto ad ampi dibattiti, fuori e dentro le Corti, ermeneutici ed ideologici, giuridici e di politica-criminale⁴⁶.

⁴² Per una panoramica storica sull'argomento, S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, (a cura di) DOLCINI- PALIERO, Torino, 2006.

⁴³ Per uno sguardo generale sul tema delle soglie di punibilità, D. FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione norma culturale*, Torino, 2007.

⁴⁴ In riferimento a tali reati, M. CAPUTO, *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in (a cura di) R. BORSARI, *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013.

⁴⁵ Medesimo discorso si svolge per il reato di cui all'art. 2 co. 1 bis D.L n. 463/1983, conv. In L. n. 638/1983, tenendo presente la depenalizzazione, con delega al Governo con la L. 67/2014, su gli omessi versamenti non eccedenti il limite di 10.000.00 euro annui

⁴⁶ Cass. Pen. Sez. IV Ordinanza, 03 dicembre 2015, n. 49824., in *Quotidiano giuridico* 2016, In tema di reato di guida in stato di ebbrezza, considerato il potenziale contrasto giurisprudenziale, si ravvisa l'opportunità di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, affinché venga fornita indicazione, circa l'applicabilità o meno dell'istituto della non punibilità per la particolare tenuità del fatto. In dottrina, M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano 2006, pp. 1721 e ss. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, pp. 1 ss

Diverse tesi hanno affrontato l'annosa questione, contrapponendo tesi ed argomentazioni volte a sostenere l'applicabilità della neo disciplina, talvolta invece disconoscendone l'operatività.

Per alcuni⁴⁷ il giudizio e la disciplina prevista astrattamente dal Legislatore, che delimita i contorni oggettivi della punibilità, attraverso quello che è dagli esperti del settore definito, “diritto penale della soglia” sembrano già offrire una definizione e valutazione “quantitativa” circa la rilevanza penale, sulla quale al giudice non è data possibilità di intervento: questo perché si considera anche la disciplina dell'art. 131 bis c.p. come istituto avente carattere meramente quantitativo, ancorché meno preciso e definito rispetto alle soglie normativamente previste.

Mediante la tecnica dell'incriminazione, la legge avrebbe operato già a monte una selezione dei fatti tenui, collocati al di sotto della soglia stabilita, e comportando, per converso, la rilevanza penale di tutti i fatti cosiddetti sopra-soglia.

Tale conclusione tuttavia, come si darà più estensivamente in seguito, si sforza di superare un evidente “paradosso interpretativo” che si verrebbe a creare con l'applicabilità della causa di esclusione della punibilità in esame, avuto riguardo alle fattispecie d'illecito amministrativo concernenti condotte collocate entro il limite, come ad esempio, la guida in stato d'ebbrezza ex art. 186 co. 2 lett. a) d. lgs. 285/1992: in questi casi, difatti, l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. esenterebbe da conseguenze sanzionatorie il soggetto che abbia oltrepassato la soglia di rilevanza penale, ma non colui che sia rimasto al di sotto⁴⁸.

⁴⁷ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir*, 2015, n. 15, p. 21. nella medesima posizione, anche R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 13 settembre 2015, p. 21. dove l'Autore afferma: “qualora la soglia di non punibilità integri una mera condizione obiettiva di punibilità ovvero, pur essendo un elemento costitutivo del reato, non afferisca comunque direttamente all'offesa, sembra doversi escludere qualsiasi tipo di incompatibilità all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. Quando, invece, esse si configurino come “soglie espresse di offensività” sembra altrettanto ragionevole ipotizzare maggiori difficoltà, perché se il legislatore ha fissato una determinata soglia di offesa per ritenere penalmente rilevante il fatto un superamento anche esiguo rende per ciò solo ed in via di principio punibile il fatto.”. Ancora sul tema, L. PACIFICI, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2015, pp.2 e ss.

⁴⁸ Una precisazione importante è stata espressa dalla Procura di Palermo a proposito del *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, p. 23, in quanto le medesime ambiguità non sembrano porsi in tema dei delitti tributari. L'art. 21 D. lgs. 74/2000 prevede una deroga espressa ai principi di specialità e di reciproca autonomia tra le due tipologie di illecito: l'ufficio finanziario competente irroga le sanzioni amministrative per le violazioni tributarie oggetto di notizia di reato; l'esecuzione viene soltanto “sospesa” nei confronti dei soggetti ritenuti anche penalmente responsabili, con la possibile riattivazione qualora il procedimento penale sia definito favorevolmente per l'imputato, con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto. La definizione del procedimento per particolare tenuità del fatto non sembra precludere la successiva riscossione delle sanzioni amministrative già irrogate e rimaste in

In realtà questa affermazione, come dottrina autorevole ha osservato⁴⁹, è eccessivamente generalizzante, in quanto è accettabile la considerazione che la soglia non impedisca di graduare l'offesa degli illeciti che si collocano sopra di essa: ciò va tuttavia temperato con riflessioni che involgono la qualificazione che si dà alle soglie, ad esempio come condizione obiettiva di punibilità o di elemento costitutivo.

Se il superamento della soglia condiziona l'elemento della punibilità, quale fattore estrinseco, si consente all'istituto della tenuità del fatto di operare in modo indipendente proprio nella qualificazione dell'offesa stessa. Qualora invece la soglia si atteggi quale fattore intrinseco, coinvolgendo quindi la punibilità, ma anche l'offensività, il superamento della soglia partecipa alla configurazione costitutiva dell'illecito, poiché indica la misura minima da cui poter considerare un fatto come penalmente rilevante, non il parametro superato il quale l'offesa non è più da ritenere tenue.

La tesi ora divenuta dominante, afferma l'operatività del nuovo istituto anche nelle ipotesi di illecito penale soggette alla tecnica legislativa della soglia.⁵⁰

Principio ricavato dalle more delle primissime motivazioni delle sentenze che si sono affacciate all'indomani dell'emanazione del d. lgs. n. 28/2015.

Già immediatamente dopo l'entrata in vigore della norma, la Cassazione si è espressa in senso affermativo, riconoscendo l'applicabilità del nuovo istituto.

Un'affermazione per nulla banale, ma frutto di un'attenta e complessa analisi della *ratio* della nuova disposizione, con il mantenimento della coerenza del sistema⁵¹. La presenza

attesa della definizione penale.

⁴⁹ L. PACIFICI, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, cit., passim.. G. PALUMBO, *Offensività ed art. 131 bis c.p.: la Corte di Cassazione varca ancora la soglia!*, in *www.iurisprudenzia.it*, 12 novembre 2015.

⁵⁰ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2012, p. 211, p. 401; si veda inoltre, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. Dir- Pen. Cont.*, 8 luglio 2015, p. 10. Già sulla disciplina del giudizio onorario, Cass. Pen. 28 aprile 2006 n. 24249, con nota di G. SALCUNI, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicazione dell'art. 34 d.lvo n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2901. Riguardo alla disciplina dell'art. 131 bis c.p. e anche qui la fattispecie della guida in stato di ebbrezza, Cass. pen. Sez. IV, 09 settembre 2015, n. 44132, L.D., in *Giur. It.*, 2016, 3, p. 707 nota di AMARELLI, la clausola può applicarsi anche alle fattispecie di reato con soglie di punibilità come la guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, 2° comma, lett. b), c.d.s. In tal caso, il giudice si limita a disporre direttamente la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida.

⁵¹ Si fa riferimento alla sent. Cass. Pen. Sez. III penale, n. 15449, Mazzarotto, del 2015, dove si è riconosciuta l'applicabilità del recentissimo art. 131 bis c.p. al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, previsto all'art. 11, D. lgs. n. 74/2000, per cui è prevista la punibilità della condotta quando questa abbia comportato una sottrazione di somme dovute a titolo di imposta, superiore al valore di euro 50.000, anche se è interessante sottolineare che nel caso di specie l'art. 131 bis c.p. non è stato applicato dalla Corte, la quale ha giudicato l'offesa in questione, non di particolare tenuità. Ulteriore profilo che merita menzione è come, stante la natura di requisito richiesto dalla

di “soglie”, potrebbe essere intesa già come una presunzione legale di rilevanza penale della condotta, e quindi, incompatibile con l'operare della nuova causa di non punibilità. La Suprema Corte, innovativamente, ha evidenziato come non vi fosse una valida ragione per non permettere, del tutto aprioristicamente, alla nuova disciplina della particolare tenuità dell'offesa di essere applicata in relazione a quei casi concreti, che, alla presenza del superamento della “soglia”, possedevano però una scarsa offensività, ponendosi poco al di sopra della soglia stessa⁵². È lo stesso testo dell'art. 131 *bis* c.p. a disciplinare come “l'offesa debba valutarsi avendo riguardo all'esiguità del danno o del pericolo”, facendo emergere come il giudizio in questione si ponga autonomo e volto all'esame delle condotte concretamente poste in essere, totalmente avulso da qualsiasi dissertazione circa la tipicità e l'offensività della fattispecie.

I piani su cui operano le “soglie” legislative e l'istituto della nuova causa di non punibilità sono quindi ontologicamente diversi: il primo attiene all'inesistenza del fatto; il secondo al canone dell'esiguità dell'offesa.

Non vi è quindi alcun ostacolo al contemporaneo lavoro delle due discipline.

Anche a voler affermare il contrario, residuerebbe in ogni caso, un margine di applicazione della tenuità, stante la necessità che la relativa declaratoria affondi le proprie motivazioni e giustificazioni in valutazioni diverse rispetto al minimo superamento della soglia, come ad esempio, specifiche modalità della condotta o situazioni “quasi scriminanti” che mostrino la particolare tenuità dell'offesa⁵³.

norma, la speciale tenuità può essere chiesta ed applicata anche dinanzi alla Corte di Cassazione, quando non vi è stata la possibilità nel merito. Nella medesima posizione, poco tempo dopo, si poneva anche Cass.Pen. sez. IV, n. 33821, 1 luglio 2015, in *Riv. Pen.* 2015, p. 983. Sul punto si vedano i rilievi svolti sulla prima pronuncia di legittimità qui citata, da G.L. GATTA, *Note a margine*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.* Nonché P. CORSO, *La particolare tenuità del fatto può essere riconosciuta anche per un illecito penaltributario*, in *Foro it.*, 2016, nonché F. PICCICHE, *La prima pronuncia della Cassazione sulla particolare tenuità del fatto*, in *Riv. Pen.* 2015, p. 531.

⁵² Va sottolineato che già precedentemente a tale pronuncia, la giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, aveva affermato, in materia di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella per uso personale, come la valutazione del giudice circa la necessaria offensività in concreto della condotta, può portare ad escluderne la rilevanza penale se l' "eccedenza accertata è di modesta entità" rispetto alla soglia predeterminata. In dottrina, ha fatto proprie le argomentazioni della Corte, A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 220. Ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 211. In realtà, come è stato sottolineato da altra dottrina, S. MILONE, *La "tenuità del fatto"*, cit., p. 996, i richiami non risultano pienamente calzanti. La giurisprudenza costituzionale, infatti, pur riferendosi al criterio dell'esiguità, accinge al principio di necessaria offensività utilizzato per distinguere i fatti tipici da quelli atipici o solo apparentemente tipici perché inoffensivi. L'odierna causa di non punibilità si rivolge, invece, a fatti, seppure esiguitamente, offensivi.

⁵³ Secondo tale impostazione, una tra tutti, G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 7, riferendosi a T. Foggia 10 aprile 2015 n. 1670, inedita, nella quale il giudice ha ritenuto rilevante, al fine di escludere la punibilità dell'imputato, per il reato di cui all'art. 10-ter D. lgs.

Tale presa di posizione tuttavia affronta, come già prima abbozzato con un approccio “generalizzante” la questione, sembrando dimenticare le implicazioni che derivano qualora di analizzi la particolare figura delle soglie : queste, impiegate dal Legislatore in forza di principi, esigenze e “logiche” spesso alquanto divergentivi, tendono ad un’irriducibilità di fondo ad un’ unica grande categoria omogenea ed unitaria.

Questo anche perché vi è spesso un’incerta qualificabilità alla base, per taluni elementi di fattispecie, come vere e proprie soglie.

Ricondurre ad una unica e medesima famiglia tutte le soglie contemplate nella legislazione penale tributaria, quelle proprie della disciplina in materia di stupefacenti, di guida in stato di ebbrezza; i valori limite di soglia impiegati nei delitti ambientali, alimentari, del lavoro ed infine la soglia di usurarietà, porterebbe ad una complicatissima catena di implicazioni teoriche nonché applicative.

Esse assumono diverse vesti: talvolta inquadrate quali limiti del fatto tipico; altre volte come cause di non punibilità in senso stretto, altre volte ancora classificate alla stregua di condizioni obiettive estrinseche, mentre talvolta si assumono come fattori qualificanti e attualizzanti l’offesa al bene giuridico protetto. In alcune circostanze divengono veri e propri elementi costitutivi del reato, che tuttavia non sempre si rivolgono direttamente all’offesa, limitandosi a connotare, sul piano tecnico o descrittivo, la condotta o il suo conseguente effetto.

La generalizzante operatività dell’art. 131 *bis* c.p. alla presenza di soglie di rilevanza penale è affermazione che per tale motivo necessita di ulteriori e specifiche precisazioni rispetto alle fattispecie astratte interessate: una di queste, ad esempio, affermata dalla dottrina maggioritaria, tende ad escludere l’incompatibilità con l’art. 131 *bis* c.p. ogniqualvolta la soglia dovesse qualificarsi condizione obiettiva di punibilità estrinseca o risultasse comunque estranea alla definizione dell’offesa al bene protetto.

Più articolate, e le pronunce ivi richiamate lo dimostrano, sono risultate le ipotesi in cui le soglie di punibilità concorrano direttamente alla definizione dell’offesa al bene protetto, come vere e proprie “soglie espresse di offensività”, ad esempio nei reati tributari, o nel delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato *ex art. 316 ter* c.p.

Prime innovative, ma sicuramente non timide, riflessioni a proposito, hanno assistito

74/2000, il successivo pagamento integrale del debito, rientrerebbero nell'alveo applicativo anche comportamenti successivi ma comunque idonei a far assumere all’offesa, nel caso concreto, una lesività minore di quanto non accada normalmente, ad esempio attraverso le condotte riparatorie.

alla loro definitiva affermazione e sistemazione, in due recentissime pronunce da parte delle Sezioni Unite.

In forza di una rimessione che la Sezione quarta aveva compiuto, circa la dubbia compatibilità della nuova disciplina con alcune ipotesi previste dal Codice della strada⁵⁴, con due celebri Sentenze gemelle n. 13681 e 13682 del 2016, così definite in forza della larga coincidenza delle rispettive motivazioni ed il contestuale deposito avvenuto nell'aprile 2016, le SS. UU hanno colto l'occasione per dirimere questioni, presenti ancora prima dell'operatività dell'istituto *ex art. 131 bis c.p.* , che la stessa sezione singola aveva già risolto in maniera parziale affermativamente, ma, che in alcuni aspetti emergenti dall'ordinanza, sembrava non aver trovato “il nocciolo della questione”.

In particolare, considerando quei reati volti alla protezione della regolare circolazione e sicurezza stradale⁵⁵, l'incertezza circa la possibilità o meno della graduazione dell'offesa, mai posta a in discussione nelle ipotesi in cui il bene tutelato fosse afferibile all'incolumità del singolo individuo, sembra invece presentarsi in tali contesti riferibili alla sicurezza della collettività, in forza di un'analisi testuale del testo, poiché il Legislatore ha lì previsto specifiche situazioni aggravanti, dotate di un'intrinseca e maggiore pericolosità, come ad esempio l'ora notturna: un criterio normativo che non permetterebbe astrattamente di considerare, mai in tali casi, l'offesa come di “particolare esiguità” .

Tuttavia le Sezioni Unite hanno sottolineato come l'art. 131 *bis* c.p. non ponga un unico criterio dirimente di natura quantitativa e di graduazione dell'offesa, riferendo la propria operatività alla presenza di requisiti che attengono alle modalità di condotta, l'esiguità del danno o del pericolo e particolari caratteristiche del reo⁵⁶. I reati in questione sono reati tipici ed offensivi, su cui si può condurre una valutazione concreta circa la

⁵⁴ Cass. n. 24249, 28 aprile 2006, in forza delle considerazioni svolte dalla Corte Cost., s. n. 333 del 1991, ha sancito la piena compatibilità tra reato di guida in stato di ebbrezza e causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto avanti il Giudice di pace.

⁵⁵ R. DIES, *Questioni varie*, cit., p. 25

⁵⁶ La condotta di guida è un'attività pericolosa: consentire un ampliamento indiscriminato dell'accesso alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto rischia di comportare una depenalizzazione in concreto delle norme del codice della strada che non è di competenza della magistratura. Inoltre, se si considera che il rilascio della patente di guida è sottoposto all'espletamento di complessi accertamenti da parte di soggetti pubblici circa l'idoneità, psichica e fisica, del guidatore, a tutela dell'intera collettività; consentire l'applicazione dell'articolo 131 *bis* c.p. ai casi di guida senza patente, senza i necessari accertamenti, potrebbe in astratto aggirare le cautele previste dal legislatore per evitare condotte di guida non adeguata.

condotta e il grado di colpevolezza, che, sono imprescindibili in qualsiasi figura di reato⁵⁷.

Già un'altra precedente sentenza di legittimità⁵⁸ sancendo l'applicabilità dell'istituto al reato di guida in stato di ebbrezza, reato a pericolo presunto per cui non è richiesta la prova in concreto della pericolosità della condotta tipicamente prevista, aveva espressamente esteso tale *dictum* a tutte le tipologie di soglie presenti nell'ordinamento. La Corte aveva preliminarmente rilevato come, l'introduzione della nuova causa di non punibilità nella parte generale del codice penale, fosse l'espressione migliore dell'evidente intento del legislatore di attribuire alla stessa, valenza generale, non limitata quindi ad alcune fattispecie criminose. Scelta rafforzata inoltre dalla previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 131 *bis* c.p, fosse votata all'esclusione di limitazioni tipologiche all'applicazione della norma oltre il perimetro tracciato dal Legislatore. Sul piano sostanziale, i giudici avevano evidenziato la possibilità di un giudizio di graduabilità per ciascun reato, in relazione al disvalore dell'evento e dell'azione o all'intensità della colpevolezza: ogni illecito penale potrebbe potenzialmente rientrare nell'orbita del nuovo istituto, compresi quelli che normalmente sono individuati come privi di offesa o di pericolo astratto o presunto.

Per questi, il giudizio di necessaria offensività aprirebbe all'individuazione di un'offesa anche minima al bene protetto e la particolare tenuità dell'offesa si apprezzerebbe per mezzo di un giudizio sintetico sul fatto concreto, elaborato alla luce di tutti gli elementi

⁵⁷ In particolare la motivazione della sentenza n. 13681 si caratterizza per la cristallina e completa motivazione circa l'applicabilità dell'istituto. Recita infatti: "L'art. 131 *bis* c.p. si applica ad ogni fattispecie criminosa, in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti fissati dalla medesima norma; esso è, quindi, compatibile con il reato di guida in stato di ebbrezza e con qualsiasi altra figura criminosa caratterizzata da soglie di punibilità. La soglia di punibilità ha proprio la finalità di determinare il valore minimo di disvalore della situazione di danno o pericolo. Tanto più l'offesa si pone al di sopra della soglia, più difficile risulterà l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.; mentre la situazione postasi poco sopra la soglia, potrà ben vedersi, nella pratica, applicata la nuova causa di non punibilità, alla presenza degli altri requisiti" Per una trattazione estesa di tale pronuncia, il testo in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 6, p. 782 nota di P. DI STEFANO, in *Foro. it.* La sentenza, per la delimitazione del principio di offensività si richiama a quanto definito dalle sezioni Unite, 18 luglio 2013, Sciuscio, in Cass. Pen. 2014, p. 802 con nota di AMARELLI. Anche, Cass. pen. Sez. IV, 24 novembre 2015, n. 48843, in CED Cass. 2015, rv. 265218, La causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* cp, è applicabile anche al reato di guida in stato di ebbrezza non essendo, in astratto, incompatibile con il giudizio di particolare tenuità la previsione di diverse soglie di rilevanza penale all'interno della fattispecie tipica. Per una panoramica sulla prima giurisprudenza del nuovo istituto, L. D'ALTILIA, "Particolare tenuità del fatto": prime pronunce, in *Ventiquattrore avvocato*, 2016, fasc. 2, p. 64 e ss.

⁵⁸ Cass Pen. Sez IV, n. 44132, 9 settembre 2015, Longoni, CED 264829, "La causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p. è applicabile anche al reato di guida in stato di ebbrezza non essendo incompatibile con il giudizio di particolare tenuità la previsione di diverse soglie di rilevanza penale all'interno della fattispecie tipica . "

normativamente indicati.

“Che il legislatore abbia utilizzato o meno la tecnica della soglia per selezionare classi di ipotesi che, per essere in maggior grado offensive, impongono il dispiegarsi dell'armamentario penalistico, vi è in ogni caso la necessità di verificare se la manifestazione reale e concreta, il fatto unico ed irripetibile descritto dall'imputazione elevata nei confronti di un determinato soggetto, non presenti, rispetto alla cornice astratta, un ridottissimo grado di offensività”⁵⁹.

Una volta provata la tipicità della situazione pericolosa e la conformità all'astratta fattispecie, potrà, in concreto, applicarsi l'art. 131 *bis* c.p., quando, accanto alla condotta in esame, l'offesa del bene giuridico tutelato presenti le caratteristiche dell'esiguità e della tenuità, ad esempio nei casi di guida lungo brevissimi tratti di strada o in aree scarsamente frequentate, ed il reo particolari profili di colpevolezza.⁶⁰

Il profilo più delicato relativo si è posto, come si è prima accennato, sicuramente quando le soglie abbiano appunto il compito di tracciare il *discrimen* tra illeciti amministrativi, quando vi sono fatti sotto soglia, ed illeciti penali (ad esempio, per la guida in stato di ebbrezza o i reati fiscali o tributari)⁶¹. La valutazione del giudice dovrà

⁵⁹ Cass. Pen. Sez. V, 9 settembre 2015 n. 44132, massima e testo in *Foro it Massima Arch. Giur.* 2015, Rep. 2015, n. 103.

⁶⁰ In base a tali considerazioni, si potrebbe addivenire alla medesima conclusione anche in materia di stupefacenti, la cui disciplina si rinviene all' art. 73 co. 1 *bis* lett. a D.P.R. 309/1990. Questo qualora si ascriva natura soltanto indiziaria, di “mero indice probatorio in sede processuale” della destinazione della sostanza ad uso non esclusivamente personale, alla quantità di principio attivo maggiore ai limiti massimi indicati con decreto del ministro della salute. Sul tema, Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2015, n. 49476; Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2548; Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 3037; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 5254, annotate da C. BRAY, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, Testo delle sentenze e nota in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 23 maggio 2016. L'Autore sottolinea che la giurisprudenza di legittimità è lungi dall'aver raggiunto approdi sicuri nell'enucleazione dei criteri in base ai quali riconoscere il difetto di offensività della condotta di coltivazione, come dimostrano emblematicamente le quattro recenti sentenze che si sono pronunciate sul tema della rilevanza del principio di offensività in relazione alla fattispecie di coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti ex art. 73 D.P.R. 309/1990 (t.u. stup.): un tema che resta attuale anche dopo la recentissima sentenza n. 109/2016 della Corte costituzionale che conferma la legittimità costituzionale dell'esclusione di ogni valore esimente all'eventuale finalità di uso esclusivamente personale perseguita dall'agente con la condotta di coltivazione. Vi è però un espresso invito al giudice di allineare la figura criminosa in questione al canone dell'offensività “in concreto” nel momento interpretativo ed applicativo: in particolare allorché la condotta “risulti assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva”, dovendosi in tal caso escludersene la punibilità. Si segnala inoltre, La relazione dell'Ufficio del Massimario sull'offensività nel reato di coltivazione di piante stupefacenti, n. 36 del 2016, rinvenibile sul sito della Corte di Cassazione, della cui Relazione si è occupata M. BRANCACCIO, che si può rintracciare sul sito www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2016. In dottrina, A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Premessa al commento del d.l. 30/12/2005 n. 272 [stupefacenti]*, in *Legisl. Pen.* 2007, pp. 316 e ss.

⁶¹ Per questi reati in particolare, come osserva, P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*,

essere, in tali casi, estremamente rigorosa: non potrà limitarsi al mero rilievo del minimo superamento della soglia, ma dovrà svolgere una valutazione globale della condotta. Questo, per evitare quelle ingiustizie sostanziali nonché paradossali già accennate precedentemente, come quella di assolvere un imputato “sopra soglia” per particolare tenuità del fatto senza che subisca alcun tipo di conseguenza e consentire, al contrario, che un imputato “sotto soglia”, portatore di un disvalore giuridico minore per esplicita scelta legislativa, sia sottoposto invece alla relativa sanzione amministrativa⁶².

Riportando un orientamento non recentissimo, fatto proprio dalle Sezioni Unite⁶³, gli illeciti amministrativi e penali sono tra loro pienamente autonomi e le relative sanzioni possono applicarsi disgiuntamente: un fatto non ritenuto meritevole di sanzione sul piano penale, non necessariamente, ma potrà essere assoggettato a sanzione amministrativa⁶⁴.

Era stata quindi stabilita la compatibilità generale della nuova disciplina a dette fattispecie rammentando come sia, in ogni caso, potere-dovere del giudice applicare, ancorché mediante sentenza *ex art. 131 bis c.p.*, le sanzioni amministrative, che eventualmente conseguano all'accertamento del fatto di reato, come appunto avviene per la sospensione della patente di guida nelle ipotesi di guida in stato di ebbrezza.

Padova 2005, 147, nt. 60. , gli indici non indicano soltanto l'inopportunità di punire al di sotto del livello previsto, bensì siamo in presenza di soglie quantitative che si riferiscono in via immediata all'offesa, e ne contraddistinguono la dimensione penalmente rilevante. Sono veri e propri elementi costitutivi del reato.

⁶² Per ovviare a tale possibile incongruenza, la Procura della Repubblica di Palermo, cit. sostiene che il problema non si ponga per i reati tributari in cui l'evasione fiscale “sopra soglia” al cui attore sia stato applicato, assolvendolo, l' art. 131 *bis* cp, subisce comunque la sanzione amministrativa da parte dell'Ufficio finanziario, ex art. 21 comma 2 del D. Lvo. 74/2000, che si limita a sospenderne l'irrogazione sino al passaggio in giudicato della sentenza di assoluzione. Interessante tale affermazione in quanto questa non può trovare alcuno spazio per il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, non constando di una norma analoga all'art. 21 sopracitato e quindi davvero potrebbe porsi il paradosso che chi viene assolto *ex art. 131 bis* cp non subisce alcun tipo di conseguenza, mentre chi resta sotto soglia e dunque ha commesso una condotta meno grave è tenuto a pagare la sanzione amministrativa.. Sulle medesime problematiche di rischio di ingiustizie, relative al reato di guida in stato di ebbrezza e rifiuto a sottoporsi all'esame alcolemico Cass. SS. UU, sent. 25 febbraio 2016 (dep. 6 aprile 2016), pres. Canzio, n. 13681, con nota di P. DI STEFANO, in *Foro it*, 2016, II, 424; Cass. SS. UU, sent. 25 febbraio 2016 (dep. 6 aprile 2016), n. 13682, Pres. Canzio, con nota di E. ANDOLFATTO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, C.d.S.)* in *Riv. Dir. Pen. Cont.* , 29 aprile 2016.

⁶³Cass. SS.UU. 29 marzo 2012, n. 252694, in CED Cass. 2012.

⁶⁴ Contra, alcune pronunce di legittimità, che sottolineando l'autonomia esistente tra i due sottosistemi, come ad esempio, Cass. Pen., 13681, cit., e rifacendosi a quanto disposto da Cass. Pen. Sez. Unite, 29 marzo 2012, campagne, in *Foro it*, Rep. 2012, n. 19, ed in *Cass. Pen.* 2013 con nota di NUZZO, ha affermato come tale “presunta disparità” sia non rilevante, in tanto in quanto la sanzione penale, vera portatrice di afflittività, sembra essere l'unica ad essere soggetta a una necessaria ed attenta valutazione circa l'opportunità della sanzione. Non risulta quindi alcuna preclusione all'applicazione delle sanzioni amministrative, quali la sospensione della patente.

L'argomentare e la conclusione della Cassazione non sono parse tuttavia cogliere nel segno secondo autorevole dottrina⁶⁵ e giurisprudenza, specialmente nella loro pretesa "generalizzante".

Innanzitutto, alle ipotesi in cui il reato sussiste quando l'offesa si sostanzia in un grado d'intensità espresso in termini qualitativi, come ad esempio in tema di aggio di aggio societario, che postula la "sensibile alterazione" dei prezzi degli strumenti finanziari, o in quella di aggio bancario, connotata dall'incidere «in modo significativo» sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale delle banche o di gruppi bancari, paiono infatti incompatibili, sul piano logico e strutturale, con la particolare tenuità dell'offesa.

Questo anche perché il fatto tenue non è punibile, in quanto a priori estraneo al perimetro della tipicità. Qui, stante la vaghezza ed indeterminazione delle previsioni, è logicamente arduo riscontrare la coesistenza con la clausola di particolare tenuità dell'offesa, in quanto un fatto tenue è già di per sé non punibile, in quanto a monte escluso dalla tipicità.

Anche la giurisprudenza, come prima annunciato, si è orientata in tal senso in alcune pronunce. Affermando come, più in generale, l'ordinamento conosca ipotesi in cui, attraverso "soglie espresse di offensività", il legislatore non si limita a individuare il confine della tipicità, ma delinea i confini della punibilità al fine di selezionare i fatti bisognosi di sanzione penale, in quanto già "significativamente offensivi" sul piano astratto.⁶⁶

"L'incompatibilità come unica via per evitare di addivenire a paradossali esiti, per cui fatti integranti reati, ma ritenuti dal giudice tenui, andrebbero esenti da sanzione mentre per fatti in astratto meno gravi, non costituenti reato, si applicherebbero le sanzioni amministrative"⁶⁷.

In sintesi, il superamento della soglia costituisce il voler evitare i paradossali esiti per

⁶⁵ A. NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) G.M. BACCARI- K. LA REGINA- E.M. MANCUSO, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Milano. 2015.p. 222.

⁶⁶ Di questo avviso, una recentissima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 49825/2015, Tushaj, in www.penalecontemporaneo.it, sulla questione dell'applicabilità della particolare tenuità del fatto alla guida in stato di ebbrezza, in contrasto con la pronuncia appena sopra illustrata. La Corte ritiene non graduabile in concreto l'offesa tanto dal punto di vista delle modalità della condotta quanto sotto quello dell'esiguità del pericolo e mira a evitare che al giudice siano consentite valutazioni in grado di sostituire e vanificare le scelte effettuate in termini generali e astratti dal legislatore nell'esercizio delle sue prerogative.

⁶⁷ Nota alla sentenza n. 49825/2015 di G. ALBERTI, *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131-bis c.p.? La parola alle Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it

cui, fatti integranti reati, ma ritenuti dal giudice tenui, andrebbero esenti da sanzione mentre per fatti in astratto meno gravi, non costituenti reato, si applicherebbero le sanzioni amministrative. Le soglie in tal senso divengono elemento costitutivo del reato, di cui va provato l'elemento psicologico, non potendosi considerare una condizione obiettiva di punibilità⁶⁸.

La Corte di Cassazione, ancora oggi decisamente ondivaga sul punto, in alcune pronunce si è orientata in tal senso⁶⁹, con la conseguenza che il superamento della soglia non determina il perfezionamento del reato in difetto di altri elementi costitutivi del reato, ad esempio di dolo.

1.3.1 Riflessioni conclusive

Conclusione sulla compatibilità della nuova esimente con le fattispecie "a soglie" che si fa attendere, ma tutta da scrivere. Chiamate a tale compito sono le Sezioni Unite, che hanno già con successo iniziato, nei confronti di determinate fattispecie, a chiarire e a delineare i termini dell'applicabilità del nuovo istituto, in rapporto alla più generale problematica afferente natura e caratteri delle soglie di punibilità.

Ulteriore snodo problematico in riferimento alle contravvenzioni, si era posto subito successivamente l'entrata in vigore del Decreto, riguardo la loro sorte, la quale poteva sembrare ad un primo sguardo, alla vigenza dell'istituto, destinata a concludersi, il più delle volte, con una pronuncia di *non liquet*.

Evidente frustrazione della giustizia: non bisogna infatti confondere la particolare tenuità dell'offesa con il maggiore o minore valore riconosciuto al bene giuridico dal Legislatore.

Osservando la disciplina delle diverse forme di reato coinvolte e le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza ad ora elaborate, per la guida in stato di ebbrezza, e per le violazioni ambientali, stante la loro natura contravvenzionale, è previsto che, ai fini del giudizio di irrilevanza o meno del fatto, oltre al superamento dei valori-limite, deve essere sempre preso in considerazione oltre che i parametri già menzionati, *in primis* la

⁶⁸ Cass., Sez. III, 18 ottobre 2013, n. 42868, in www.giurisprudenzapenale.com, secondo la quale le soglie di punibilità previste per i reati tributari dal d.lgs. n. 74 del 2000 hanno natura di elementi costitutivi del reato e non di condizioni obiettive di punibilità.

⁶⁹ Cass. Pen. Sezioni Unite, sent. 28 marzo 2013, CED 255757, m. 37424, R, e Cass. Pen. SS UU, 28 marzo 2013, cit., n. 37425, F, con nota a sentenza di M.A. ICOLARI, *Il diritto penale tributario tra "particolarismo" e principi generali della disciplina sanzionatoria*.

concreta offesa al bene giuridico protetto, il grado della colpa, che trova nell'Autorità giudiziaria il solo soggetto capace di accertarla. L'accertamento tecnico di un certo valore soglia, per questi reati pressoché obbligato, implica come la causa di non punibilità possa operare tranquillamente, in quanto l'entità del superamento della soglia, si riverbera necessariamente sul requisito dell'esiguità dell'offesa. È però tuttavia da segnalare, come l'organo giudiziario si trovi spesso a dover vagliare ulteriori aspetti in quanto gli enti locali raramente si costituiscono parte civile nei processi per reati in materia ambientale o urbanistica: questo, nonostante l'incidenza negativa delle relative condotte violative nei loro territori, tanto da non costituire validi interlocutori sotto il profilo della valutazione dell'entità dell'offesa che andrà quindi verificata *ex officio*⁷⁰. È stato sottolineato come l'applicazione del nuovo istituto in tali casi, potrebbe comportare effetti di devastante incertezza ed ingiustizia circa situazioni che, sottosoglia, ricevono una sanzione amministrativa ed altre che, sopra soglia, rilevando quindi come illeciti penali, ma beneficiando dell'art. 131 *bis* c.p. , divengono non punibili poiché di particolare esiguità.

Per i reati fiscali e quelli tributari⁷¹ non vi è una preclusione aprioristica all'operatività dell'art. 131 *bis* c.p.: per essi deve essere più ponderato e preciso l'approfondimento conoscitivo sull'esiguità del danno da parte del giudice; avuto riguardo sì alla prossimità quantitativa dell'evasione rispetto alla soglia di punibilità⁷², ma in particolar modo al

⁷⁰ Cass. pen. Sez. III, 10 marzo 2016, n. 19111, in CED Cass. 2016, rv. 266586, nelle ipotesi di violazioni urbanistiche e paesaggistiche, la consistenza dell'intervento abusivo (tipologia, dimensioni e caratteristiche costruttive deve accompagnarsi alla valutazione di altri elementi quali, ad esempio, la destinazione dell'immobile, l'incidenza sul carico urbanistico, l'eventuale contrasto con gli strumenti urbanistici e l'impossibilità di sanatoria, il mancato rispetto di vincoli e la conseguente violazione di più disposizioni, l'eventuale collegamento dell'opera abusiva con interventi preesistenti, la totale assenza di titolo abilitativo o il grado di difformità dallo stesso, il rispetto o meno di provvedimenti autoritativi emessi dall'amministrazione competente, le modalità di esecuzione dell'intervento). Qui la Corte ha escluso l'applicabilità della speciale causa di non punibilità in quanto vi era una concorrente violazione di legge urbanistica, antisismica e in materia di conglomerato in cemento armato. Nel merito, Trib. Genova Sez. II, 06 maggio 2016, in *Massima redazionale*, 2016, rispetto all'imputazione per il reato all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001, per aver il prevenuto, realizzato opere edilizie in assenza del permesso di costruire, in area assoggettata a vincolo paesaggistico, si è pronunciato con sentenza di assoluzione, in ragione della causa di non punibilità introdotta con il D.lgs. 28/2015.

⁷¹ Si veda, Cass. Pen., Sez. III, ord. n. 21014 del 2015 § 15.7 In argomento, tra tanti, P. VENEZIANI, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in Aa.Vv., *Studi in onore di M. ROMANO*, Napoli 2011 (III), pp. 2141 ss. pm CAPUTO, *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in (a cura di) R. BORSARI, *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova 2013, pp. 27 e ss.

⁷² Cass. n. 40774, 5 maggio 2015, n CED Cass. 2015, rv. 265079, chiara sui criteri per descrivere l'applicabilità o meno dell'esimente: "Quando si procede per il reato di omesso versamento dell'Iva, la non punibilità per particolare tenuità del fatto è applicabile solo se l'ammontare dell'imposta non corrisposta è di pochissimo superiore a quello fissato dalla soglia di punibilità. La previsione di quest'ultima evidenza che il grado di offensività della condotta ai fini della configurabilità dell'illecito

numero di altre violazioni accertate (anche in ambito amministrativo) ed alle modalità di conduzione dell'impresa da parte dell'imputato, all'intensità del dolo, ecc.

1.4 I “gemelli diversi” presenti da tempo nel processo penale a carico di minori (ed in particolare) dinanzi al Giudice di pace : punti di contatto e differenze

Le ragioni dell'introduzione dell'istituto in esame, come già ampiamente evidenziato, rispondono primariamente a quell'esigenza urgente, negli ultimi anni sempre più avvertita, di deflazionare il carico di lavoro dell'amministrazione giudiziaria: il principio dell'ultima ed *extrema ratio* ha infatti ceduto il proprio ruolo in favore di un utilizzo, a pieno titolo definibile patologico, dello strumento penale. Sotto questo profilo sembra potersi rintracciare facilmente una radice comune del nuovo istituto *ex art. 131 bis c.p.* e degli strumenti ad esso simili, presenti nell'ordinamento minorile ed in quello penale di competenza del Giudice di pace⁷³ : per i reati di competenza di quest'ultimo, che sono connotati da scarsa offensività, è consentito a tale organo giudiziario di ricorrere all'esclusione della punibilità del soggetto che ha commesso il fatto⁷⁴.

Nelle intenzioni del legislatore, per realizzare quel fine conciliativo di cui all'art. 2 comma 2 D. lgs. 274/2000, lo strumento dell'improcedibilità *ex art. 34* sembrava, e

penale è stato già considerato dal Legislatore. La Corte nel caso di specie ha escluso l'applicabilità dell'istituto dell'art. 131 *bis* c.p. per insussistenza dei presupposti sul piano oggettivo, con riferimento ad un omesso versamento pari a poco più di 112.000 Euro, a fronte della soglia di punibilità fissata in Euro 103,291,30. Nel medesimo orientamento, Cass. pen. Sez. III, 20 novembre 2015, n. 13218, CED Cass. 2016, rv. 266570, la quale ha statuito l'applicabilità della causa di non punibilità in questione, è applicabile soltanto alla omissione per un ammontare vicinissimo alla soglia di punibilità, fissata a 250.000 euro dall'art 10 *ter* del D.Lgs. 74/2000, in considerazione del fatto che il grado di offensività che dà luogo a reato è già stato valutato dal legislatore nella determinazione della soglia di rilevanza penale: in particolare, la Corte ha ritenuto non particolarmente tenue, sul piano oggettivo, l'omesso versamento di 270.703 euro.

⁷³ Tantissimi testi hanno trattato il tema della giurisdizione penale del Giudice di pace. Tra i tanti, G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, 2009, passim. S. CAMPANELLA, *Sub. Art. 44*, in Aa. Vv. (a cura di) M. CHIAVARIO- E. MARZADURI, *Giudice di pace e processo penale. Commentario al D. lgs. 28 agosto 2000 n. 274 e alle successive modifiche*, Torino, 2003, passim. E. MARZADURI, *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in G. CONSO- V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010.

⁷⁴ Disciplina che mira quindi a rendere giustizia alla natura efficiente ed efficace, seppur mite, dell'ordinamento di competenza del Giudice di pace, votato non tanto alla punizione, ma alla composizione di quanto distrutto dal fatto illecito, come è chiarito efficacemente da D. BATTISTA, *Obiettivi del giudizio, la conciliazione, la riparazione e il risarcimento dei danni*, in *Dir. e Giust.* 2000, n. 33. Inoltre sul tema, P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 929 e ss. Deflazione e risparmio di risorse economiche ed umane nell'Amministrazione giudiziaria, nonché adattamento alla molteplice varietà delle situazioni criminali in continuo sviluppo. In generale l'Autore sottolinea come più in generale, tutta la disciplina circa la competenza penale affidata al Giudice onorario risponde all'esigenza di “decongestione” del carico di lavoro gravante sui giudici togati.

sembra, essere la via più efficiente ed efficace di realizzazione⁷⁵.

La *ratio* sembra quindi rispondere alle medesime esigenze in tutte queste normative⁷⁶.

Preliminarmente, merita in termini generali evidenziare come, rispetto all'istituto codicistico di recente introduzione, dette forme precedenti di deflazione, da un lato, si caratterizzino per la presenza di condizioni sostanziali e processuali più circostanziate, ancorché estranee al fatto; dall'altro, perseguano obiettivi intimamente connaturati al sistema processuale di cui costituiscono parte integrante⁷⁷.

L'art. 27 D.P.R. 448/1988⁷⁸ contempla un istituto di discussa qualificazione dogmatico-sistemica che ha la primaria finalità di garantire la rapida fuoriuscita da un procedimento potenzialmente dannoso per la personalità ancora in formazione, elemento quindi evidentemente estraneo alla logica strettamente punitiva. Dal punto di vista strutturale sono richiamati, oltre alla tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento e che il proseguo del procedimento pregiudichi le esigenze rieducative del minore. In tale contesto, è opinione unanime ammettere l'applicabilità prevalente e unica dell' art. 27 D.P.R. 448/1988, che è norma di diritto sostanziale e quindi, in ragione del principio di prevalenza del diritto minorile espresso dall'art. 1 co. D.P.R. 448/1998 e delle finalità di tutela della persona del minore, speciale rispetto alle previsioni del codice penale.

Lo Stato rinuncia alla propria pretesa e potestà punitiva nel caso in cui la lesione del bene giuridico sia sì presente, ma lo sia in misura talmente minima da non giustificare il ricorso allo strumentario penale. Entrambe le norme appartengono al recente e dominante flusso di interventi degli ultimi anni, volti al non perseguire condotte che possiedono intrinsecamente la natura dell'inoffensività⁷⁹.

⁷⁵ C. CESARI, *Efficienza della giustizia penale e strategie di depenalizzazione processuale*, in (a cura di) R. E. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo*, Torino, 2005, p. 97.

⁷⁶ Si preme subito di sottolineare, come riscontrato in numerosi ed autorevoli Testi consultati, che D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Leg. Pen.*, 2014, p. 455, il quale osserva che la norma contenuta nella legge n. 67/2014 “contiene un minor numero di requisiti di applicabilità (la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento) e, dunque, copre una costellazione di casi in linea di massima più estesa di quelli interessati dalle clausole speciali per gli imputati minorenni e per la giustizia mite del giudice di pace”.

⁷⁷ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 663

⁷⁸ Per una disamina generale, S. LARIZZA, *Le “nuove risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, V. Ancora, A. PRESUTTI - E. PALERMO FABRIS, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011, pp. 250 e ss. M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009, pp. 315 e ss.

⁷⁹ In termini critici, in riferimento all'istituto previsto nella disciplina per il giudice onorario, ma estensibili anche all'istituto di nuovo conio, F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in (a cura di) L. PICOTTI e G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale “conciliativa”*. *Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano

I punti di contatto tra la normativa preesistente, che regolamenta i procedimenti innanzi al Giudice di pace, e quella di nuova introduzione, ha fatto sì che la Commissione Giustizia della Camera invitasse il Governo a “valutare l'opportunità di coordinare la disciplina della particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 34 del d.lgs. 28 ottobre 2000, n. 274, in riferimento ai reati del Giudice di pace con la disciplina prevista dal provvedimento in esame”⁸⁰.

Le differenze intercorrenti però, si preme di ricordare essere pregnanti, nonché sostanzialmente notevolmente differenti^{81 82}.

1.4.1. L'art. 34 del D.lgs 274/2000: un quadro generale

In primo luogo va sottolineato come la disciplina della particolare tenuità nel processo dinanzi al Giudice onorario richiami l'istituto dell'improcedibilità. In ottemperanza a quanto disciplinato dalla legge delega n. 468/1999, all'art. 17 lett. f), con gli adattamenti e le semplificazioni necessarie per adattare tale modello alla composizione monocratica di tale giudice, l'art. 34 del D. lgs n. 274/2000, inserito al Capo V, titolante “Definizioni alternative del procedimento”, ha introdotto l'esclusione della *procedibilità* nei casi di particolare tenuità del fatto:

2002, p. 159. L'Autore osserva che l'art. 34 D. lgs. 274/2000 sia “espressione di una tendenza che, almeno a mio giudizio, suscita varie perplessità: cioè la tendenza alla depenalizzazione tramite il processo, cioè la tendenza alla depenalizzazione non delle norme incriminatrici in astratto bensì della fattispecie concreta, ed operata dal giudice nel caso concreto”.

⁸⁰ Cfr. Testo del parere approvato sullo schema del D. lgs. del 3 febbraio 2015. Tale sollecitazione è stata però respinta, poiché tale coordinazione è stata ritenuta estranea al potere conferito ed a quanto indicato, dalla legge delega. È subito stato chiaro, e per un approfondimento si veda, G. AMATO, *Rischio incoerenza con la disciplina del Giudice di pace*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15. come ci si dovesse preparare a tollerare la coesistenza dei due istituti, con le problematiche notevoli che ne conseguono, a cui dovranno rivolgersi gli interpreti, ed in particolare il giudice di legittimità, in un continuo e costante tentativo di armonizzazione.

⁸¹ La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 25, in data 3 marzo 2015, “battezzando” il definitivo vigore della disciplina ex art. 131 bis c.p., pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p., circa la mancata previsione della causa di proscioglimento per la tenuità del fatto, presente invece all'art. 34 D. lgs. 274/2000, ha affermato “Certo, il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la “particolare tenuità del fatto” strutturata diversamente e senza richiedere tutte le condizioni previste dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000”. La causa di non punibilità introdotta è “una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, perché configura la particolare tenuità dell'offesa come una causa di non punibilità, invece che come una causa di non procedibilità, con una formulazione che, tra l'altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla non abitualità del comportamento), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato”. Disciplina che successivamente a tale pronuncia è stata introdotta, seppur, a ragione, in forza e in presenza di presupposti diversi.

⁸² Per una trattazione specifica sulle differenze intercorrenti tra i due istituti, C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Pen.On line*, 2015, *passim*.

“ Il fatto e' di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne e' derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato ”⁸³.

In estrema sintesi, mentre l'istituto previsto dal nuovo art. 131 *bis* c.p. appare caratterizzabile, in termini sostanziali, quale causa di non punibilità, così riconosciuta dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, l'art.34 del D.lgs. 274/2000 si riferisce, per espressa menzione legislativa, alla procedibilità e all'esecuzione dell'azione penale⁸⁴.

Questo, anche se non sono mancate valide e peculiari obiezioni da altra parte di autorevole dottrina ⁸⁵.

La scelta a favore della sistemazione nelle cause di improcedibilità è inoltre sostenuta dal fatto che, tra i presupposti applicativi dell'istituto, è presente l'istituto della “carenza di un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento e dunque, all'accertamento processuale” ⁸⁶.

Ciò risulta però particolarmente interessante in quanto, l'istituto presente nel diritto penale minorile da tempo nel nostro sistema penale, e modello di ispirazione per il D. lgs n. 274/2000, è come già anticipato prima, considerato comunemente come causa di non punibilità, operando quindi sul terreno sostanzialistico, come sancito in maniera

⁸³ Come evidenzia efficacemente, C. CESARI, in *La particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) G. GIOSTRA- G. ILLUMINATI, *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 328, “Rischia di essere sostanzialmente iniqua, benché corretta, un'indifferenziata applicazione delle norme penali, reattive rispetto ad alcune caratteristiche essenziali dei comportamenti umani, ma spesso insensibili ai chiaroscuri, pur se accentuati. L'improcedibilità per fatti particolarmente tenui permette di evitare il processo e la pena, in ragione della loro scarsissima lesività, malgrado siano riconducibili a una norma incriminatrice e non del tutto innocui.”

⁸⁴ Sulla condizione di procedibilità *ex art. 34 D. lgs. 274/2000*, modellata su quanto previsto nel processo minorile dall'art. 27 D.P.R. n. 448 del 1988, si veda, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, cit., pp. 320 e ss. Inoltre, S. QUATROCCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, pp. 255 e ss. Secondo N. GALANTINI, in *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, tale condizione di procedibilità si rapporti alla posizione individuale o alle cause di esclusione della punibilità (*ex art. 119 c. p.*) anche nel caso del concorso di persone *ex art. 110 c. p.*

⁸⁵ Parte minoritaria della dottrina sostiene infatti che la presenza di indici di carattere sostanziale dovrebbe portare a considerare l'istituto alla stregua di una vera e propria causa di non punibilità. S. TURCHETTI, *Art. 34 D. lgs. 274/2000*, in (a cura di) E. DOLCINI- G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. III, Milano, 2011, p. 7876. E. MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento penale di pace: considerazioni critiche tra obiettivi perseguiti e raggiunti alla luce dei principi costituzionali*, in *Indice Penale 2009*, pp.177 e ss

⁸⁶ RELAZIONE al D.lgs n. 274/2000, consultabile in www.penale.it, p. 44.

cristallina dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 250 del 1991, in cui, dichiarando l'illegittimità dell'art. 27 D.P.R. 448/1988 per eccesso di delega, che è stata poi reintrodotta l'anno successivo con l'art. 1 della L. n. 123, statuiva che, trattandosi di una nuova causa di non punibilità, “in ragione della sua preminente natura di diritto sostanziale”, non trovasse riscontro nel progetto delineato nella Legge Delega⁸⁷.

La diversità di natura sostanziale⁸⁸ è frutto della peculiarità della disciplina del processo dinanzi al Giudice di pace e della conseguente particolarità di presupposti presenti nella normativa del D. lgs. n. 274/2000. Particolarità che si desume dalla selezione e devoluzione legislativa di illeciti strutturalmente omogenei alla cognizione del Giudice onorario, il quale ha la facoltà di poter procedere ad un'omogenea e lineare valutazione, secondo i criteri espressi dal Legislatore all'art. 34, nei confronti di fattispecie costituenti aggressioni ad interessi, beni ed a valori tra loro omogenei e generalmente appartenenti a singoli individui⁸⁹.

Una semplificazione evidente dell'esame riguardo la tenuità o meno della lesione, che si può anche desumere dalla rilevazione della mancata partecipazione costante ed evidente al procedimento giudiziario da parte della persona offesa.

Un fatto particolarmente tenue è, in prima istanza, un fatto tipico, perfetto e pienamente completo nei propri elementi, nonché coerente nei propri tratti tipici alla fattispecie criminosa astrattamente e normativamente prevista⁹⁰.

È quindi tipico, antigiusdittico e colpevole. Il fatto “di particolare tenuità” integra, cioè, una fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti, soggettivi ed oggettivi, ma è la sua concreta manifestazione ad essere apprezzata in termini di particolare tenuità, tanto da

⁸⁷ C. CESARI, *Art. 27*, in (a cura di) G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2007, pp. 276 e ss. Ancora, si veda, S. LARIZZA, *L'irrilevanza del fatto*, cit., p. 257 e ss. A. DIDI *“Irrilevanza penale del fatto”*. *Inconfigurabilità del reato o autore non punibile?*, in *Giur. Pen*, 1998, III, p. 275.

⁸⁸ Sulla diversità di natura sostanziale, G. AMATO, *Rischio incoerenza con la disciplina del giudice di pace*, cit., p. 44 e ss., che riprende quanto espresso dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 15, in data 3 marzo 2015, cit.

⁸⁹ Quest'ulteriore precisazione permette di delineare ancora più marcatamente la distanza tra la causa di improcedibilità ex art. 34 del D. lgs. n. 274/2000 e la causa di non punibilità del nuovo art. 131 bis c.p.: questo ultimo è destinato ad operare in un panorama ampissimo e vario di fattispecie criminose, in cui sono diversi i beni giuridici, sia come rilevanza, sia come titolarità (i cosiddetti interessi diffusi...), nonché le modalità di aggressione (reati di danno o di pericolo, delitti o contravvenzioni), diversi gradi di colpevolezza (dolo generico, dolo specifico...) a cui il giudice deve accostarsi con un utilizzo cauto e diverso a seconda dei contesti pratici dei parametri previsti dalla norma.

⁹⁰ In merito, tra i tanti, C. FIORE, *Principio di tipicità*, in (a cura di) G. VASSALLI, *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 57; nonché una lettura “classica”, M. GALLO, voce *Dolo*, (dir. Pen.), in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 786 e ss.

far venire meno l'interesse al perseguimento del reato ⁹¹.

La valutazione sull'entità dell'offesa si colloca al di sopra, come nell'ordinamento penale comune, della soglia di rilevanza di punibilità: la presenza di un' offensività è estranea a qualsiasi questione, ma l'entità è talmente minima da provocare la rinuncia volontaria dello Stato alla persecuzione⁹².

La declaratoria di improcedibilità è conseguente alla rilevazione di diversi fattori: primo tra tutti la natura esigua dell'offesa, o meglio, del danno o del pericolo frutto della condotta criminosa, l'occasionalità di questa ed il grado di colpevolezza, nonché il mantenimento della debita considerazione “che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato.”

Tutti questi requisiti tratteggiano il perimetro dell'ipotesi in cui l'istituto dell'improcedibilità può efficacemente operare, una volta che si sia verificata e motivata l'esistenza di questi, nella sentenza che la dichiara.

Il giudice dovrà quindi procedere secondo una duplice valutazione: in prima battuta condurrà un esame circa l'offensività concreta dell'illecito ed in un secondo tempo, concentrerà la propria attenzione sulla personalità del reo, sulla sua capacità a delinquere, violando, nuovamente, in futuro, le norme di legge penali.

Due sono i parametri a cui si affida il discernimento del giudice: l'esiguità del valore oggettivo e soggettivo⁹³.

1.4.2. I requisiti: caratteri e possibili profili di illegittimità costituzionale

L'art. 34 co. 1 sancisce come l'improcedibilità possa essere dichiarata esclusivamente quando i requisiti descrittivi enunciati siano fondati, contemporaneamente presenti ed in costante dialogo tra loro⁹⁴, concorrenti e non alternativi all'esiguità del danno⁹⁵.

Unica eccezione sembra farla il presupposto, posto in maniera subordinata a quelli

⁹¹ La definizione appartiene a G. FIDELBO, *Giudice di pace (nel dir. proc. pen)*, in *Dig. Pen. Agg.*, II, Torino, 2004, pp. 295 e ss.

⁹² Si veda, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit. p. 68 e ss. Nonché C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994, pp. 275 e ss. Ed anora, G. ZUCCALA', *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1689 e ss.

⁹³ BUCCI- G. ARIOLLI, *Manuale pratico del Giudice di pace nel Processo Penale*, Padova, 2003, p. 180.

⁹⁴ Espresso in maniera cristallina da Cass., sez. IV, 4 luglio 2003, Terranova, in CED, n. 226377, successivamente da Cass., sez. IV, 7 luglio 2005, P.G., in proc. Larocca, in CED, n. 232230; più recentemente, in Cass. Sez. IV, 9 luglio 2004, Marzano, in CED, n. 229574;

⁹⁵ Cass. Pen. Sez. IV, 15 febbraio 2005, Orendo, in CED Cass. 231549.

principali, circa la possibile dannosità dell'instaurazione e continuazione del procedimento, come si può desumere da una lettura esegetica del testo e della precisa locuzione *altresi*⁹⁶.

In linea con quanto previsto dalla Relazione al D. lgs. 28 agosto del 2000⁹⁷, si comprende come il fatto a cui applicarsi l'istituto dell'art. 34 sia un fatto collocato al di sopra della soglia tracciata dall'art. 49 co. 2 c.p., fulcro “espresso” del principio di offensività⁹⁸, ma la cui natura tenue lo ponga nella zona sottostante la necessaria e giustificata risposta sanzionatoria attraverso lo strumentario dell'azione penale, che ben potrà presentare fatti connotati di speciale esiguità, ma non tale da fondare l'improcedibilità, quanto un'eventuale sanzione ridotta, come ad esempio *ex art. 62 n. 4 c.p.*, dove si evince come sia lo stesso Legislatore a volerne mantenere la rilevanza penale. Chiarito definitivamente il carattere tipico del fatto, gli ulteriori requisiti, costituiscono il punto nodale per la comprensione appieno dell'istituto simile ma diverso nell'ordinamento del Giudice onorario. Basti pensare all'occasionalità, requisito mutuato dall'ordinamento penale minorile: l'episodicità del comportamento criminoso, non votato alla ripetizione richiesto, porta, in una lettura “al rovescio” l'impossibilità del beneficio *ex art. 34* al soggetto recidivo, in quanto già manifestatosi la tendenza a delinquere, ancorché in presenza di fatti appunto, particolarmente tenui. La stessa Relazione chiarisce i termini di quello che l'Illustre G. Amato definisce, “sbarramento difficilmente superabile” per i recidivi⁹⁹: il fatto bagatellare deve sfuggire all'improcedibilità quando costituisca spia della capacità a delinquere dell'autore nel contesto delle tipologie criminose interessate dall'istituto¹⁰⁰. Una recidiva specifica connotata da una reiterazione di condotte contrassegnate dalla medesima indole o addirittura rientranti nell'alveo della medesima fattispecie astratta incriminatrice.

Qui l'occasionalità è esclusa *tout court*.

Più complesso è rintracciare o meno la presenza del requisito di occasionalità quando i

⁹⁶ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit. p. 329, che richiama ulteriormente, G. AMATO, *Così il <<ravvedimento operoso>> estingue il reato*, in *Guida diritto*, 2000, n. 38, pp. 124 e ss.

⁹⁷ RELAZIONE governativa allo schema di decreto legislativo recante “*Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace*”, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 31, p. 57.

⁹⁸ “L'esiguità non è un mero criterio di individuazione dell'inoffensività, ma una caratteristica di particolare tenuità di un'offesa sicuramente esistente”, così M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 246. Diversa dall'impostazione di G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 569 e ss., i Quali fanno coincidere i concetti di esiguità ed inoffensività.

⁹⁹ G. AMATO, *Così il <<ravvedimento operoso>> estingue il reato*, cit., p. 125

¹⁰⁰ RELAZIONE, cit., p. 59

comportamenti siano votati all'eterogeneità o alla presenza di circostanze e contingenze tra loro estranee, benché riconducibili al medesimo soggetto agente. Una valutazione postuma rispetto alla precedente carriera delinquenziale del reo, non una diagnosi di preveggenza rispetto alla commissione futura di altri illeciti. Allo stesso modo l'occasionalità non opererebbe, e sarebbe oltremodo impensabile statuire il contrario, rispetto al singolo episodio delittuoso quale pezzo di un più ampio progetto criminale. Sarebbe proprio questa predisposizione ad un disegno più ampio, che, oltre a connotare ed avere ampi risvolti sul piano della colpevolezza, evidenzerebbe in maniera più chiara il carattere di non episodicità: con l'eccezione dell'art. 81 co. 1 c.p., norma che prevede il concorso formale, in quanto l'occasionalità attiene al *fatto* e non al reato¹⁰¹.

Ulteriore rispetto a questi requisiti, simili a quelli richiesti all'art. 131 *bis* c.p., ma con le dovute differenze (non vi è riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto, ma alla “non abitualità del comportamento”, alla volontà del soggetto offeso e dell'imputato) è il parametro relativo al grado di colpevolezza, parametro che, connotato dal requisito della soggettività, si pone esterno alla valutazione materiale del fatto. Il riferimento corre chiaramente ai parametri delineati all'art. 133 co. 1 n. 3 c.p. e quindi, per i fatti caratterizzati da scarsa intensità di colpa o dolo, si è previsto che, non solo non siano nemmeno lievemente passibili di punizione, ma che non siano oltremodo sottoposti al processo ed all'eventuale pena: se fosse il contrario, l'esercizio dell'azione penale non troverebbe giustificazione.

Più interessante risulta l'analisi circa il presupposto “secondario”¹⁰², anche questo, come l'occasionalità, colto dall'albero del processo penale minorile e calato nell'art. 34 con i dovuti adattamenti volti all'applicazione agli imputati maggiorenni, attinente all'impatto, possibilmente negativo, di un procedimento penale sull'esistenza familiare, affettiva, lavorativa e medica del soggetto indagato¹⁰³.

¹⁰¹ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 331. ID, *Le clausole*, p. 247, dove l'occasionalità è ricostruita in una prospettiva “psicologica”.

¹⁰² “Una condizione ineludibile per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto.” in BUCCI- G. ARIOLLI, *Manuale pratico del Giudice di pace nel Processo Penale*, cit., p. 183

¹⁰³ L'elenco dei beni del soggetto indagato, passibili di lesione in forza di un procedimento “ingiustificato” si ritiene essere tassativo. È secondario in tanto in quanto la sua valutazione sia successiva al riscontro di tutti gli altri presupposti richiamati dalla norma del D. lgs. Anche se parte della dottrina ravvede un'incongruità evidente in tale elencazione di requisiti in quanto solo un procedimento connotato da gravità potrebbe essere lesivo per l'imputato. Una sorta di superfluità ed incongruità normativa. Così, D. BATTISTA, *Obiettivi del giudizio, la conciliazione, la riparazione e il risarcimento danni*, in *Dir. Giust.*, 2000, n. 33, p. 61. Incongruità ed inutilità che sembrano essere già presenti, secondo Illustri Studiosi, all'art. 27 D. P. R. 448/1988, dove viene però salvato dalla “presunta” funzionalità rieducativa e responsabilizzante di un procedimento penale a carico di un

Si tratta di requisiti decisamente più eterogenei rispetto a quelli dettati per la causa di non punibilità *ex art.131 bis c.p.*. Questo, molto facilmente in forza della tipologia dei reati attribuiti alla competenza del giudice onorario (i c.d. reati bagatellari propri), della particolarità del rito e della tenuità delle sanzioni penali del relativo giudizio. Solo dopo la verifica della presenza di tali parametri può esservi l'applicazione della improcedibilità dell'azione penale innanzi al Giudice di pace, dove il rito tende alla riconciliazione per i fatti caratterizzati dalla particolare tenuità¹⁰⁴.

La sussidiarietà del criterio circa le eventuali ripercussioni negative sulla vita personale dell'indagato sembra essere assodata, necessariamente, con particolare riferimento ai principi di natura costituzionale: riconoscervi valenza autonoma ed indipendente di criterio equivarrebbe, in primo luogo, a porlo in aperto contrasto con l'art. 3 della Costituzione¹⁰⁵.

Qui si aprirebbe un'evidente disparità di persecuzione in forza di criteri che, totalmente avulsi alla sfera oggettiva della violazione della legge, si ispirano a canoni soggettivi di *status* personali, diversi invero, a seconda dei diversi imputati. Attribuire al giudice il compito di decidere, primariamente, una volta valutate tutte le istanze del caso, in base alla propria coscienza e scala di valori, riguardo le incidenze e le ripercussioni del procedimento penale sul soggetto reo sottoposto al suo giudizio, porrebbe in crisi nonché in discussione, il nostro art. 25 Cost, e quindi il principio di legalità sostanziale, che verrebbe posto in disparte in favore di valutazioni morali, sociali, culturali ed economiche. Un'evidente perdita di punti fissi di indirizzo per la società nella previsione delle conseguenze date dall'inosservanza dei precetti penali.

Per questo, nell'interpretazione della norma, oltre che in forza del dato testuale dell'articolo stesso e della Relazione governativa¹⁰⁶, la subordinarietà del criterio in

imputato minore. F. PALOMBA, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, 1991, p. 384. Ancora di salvezza, comunque non da tutti condivisa, pensata *ad hoc* per tale ordinamento e che non trova invece spazio giustificativo nel rito del Giudice di pace.

¹⁰⁴ P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Pen.* 2015, n. 2, cap. 6.

¹⁰⁵ C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, pp. 727 e ss.

¹⁰⁶ La RELAZIONE, cit., esprimeva perplessità circa il potenziale pregiudizio arrecato dal rito alla vita dell'imputato. Sullo schema, il Ministero della Giustizia, ha evidenziato come questo requisito sia più che altro un omaggio alla legge delega e che le problematiche inerenti alla virata verso indagini soggettivo-psicologiche si porrebbero in contrasto con la Carta costituzionale. Compito delle camere parlamentari sembrava essere chiarire i dubbi di natura costituzionale, che non ha avuto però gli effetti risolutivi sperati. Anzi, contrasti si sono presentati in seno alle due Commissioni di Giustizia del Senato e della Camera: la prima esprimendo l'estraneità di qualsiasi lesione dell'art. 3 Cost.; la seconda proponendo l'eliminazione del requisito subiettivo.

questione sembra essere oramai accettata unanimamente: il parametro costituzionale non permette altrimenti¹⁰⁷. Ulteriore punto di frizione con la Carta, sorge nel momento dell'individuazione da parte del giudice di quei requisiti richiamati nella norma, che, nonostante l'elencazione tassativa, votata alla tipizzazione, implica ineliminabilmente un giudizio discrezionale dell'organo. Tale giudizio, collocato in un momento antecedente all'esercizio dell'azione penale, come è facile intuire, si può porre in evidente contrasto con quanto previsto dall'art. 112 Cost.¹⁰⁸: questo perché la tenuità del fatto nell'art. 34 diviene un criterio, discrezionale, di orientamento del magistrato inquirente nella scelta di instaurazione del procedimento penale o meno.

In realtà, tale clausola, in quanto subordinata alla protezione di esigenze di vita dell'indagato e all'interesse dell'offeso alla prosecuzione del procedimento, con attenzione anche alle condotte riparatorie, sembra offrire interessanti argomenti a sostegno della sua armonia con il principio costituzionale in esame.¹⁰⁹

La dottrina¹¹⁰, e la giurisprudenza¹¹¹ le fa eco, ritiene ormai diffusamente, e tristemente,

¹⁰⁷ Come affermato anche da A. BUCCI- G. ARIOLLI, *Manuale pratico del giudice di pace nel processo penale*, Padova, 2003, p. 184, riportando in aggiunta un estratto della RELAZIONE, cit., "Anche il soggetto che non ha famiglia, studi in corso o lavoro, ben può ricevere pregiudizio dalla prosecuzione del procedimento: vuoi perché proprio la sua povertà di relazioni sociali lo rende più vulnerabile dalle sanzioni (..), vuoi perché il processo può comunque nuocergli nella prospettiva di conseguire un lavoro e in genere di realizzare una maggiore integrazione sociale. Non si ravvisano quindi i prospettati sospetti di incostituzionalità.". A ciò si aggiunga che nella disposizione dell'art. 34, le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'imputato costituiscono un criterio di valutazione ulteriore ed integrativo per il giudice (nella disposizione si afferma che occorre "tenere altresì conto delle esigenze di lavoro ") e non già una condizione ineludibile per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto. L'improcedibilità rimane così saldamente ancorata a presupposti oggettivi e soggettivi (la tenuità dell'illecito e la sua occasionalità) rispetto ai quali il riferimento alle ripercussioni del procedimento sulle condizioni di vita dell'autore fornisce un ulteriore, ma non decisivo, contributo di chiarificazione."

¹⁰⁸ Emerge chiaramente la differenza di natura sostanziale che ricorre tra l'art. 34 d. lgs 274/2000 e l'art. 27 D.P.R. 448/1988 quest'ultimo, in quanto causa di non punibilità, impone l'esercizio dell'azione penale e la possibile conclusione del giudizio con una pronuncia di irrilevanza del fatto. Le problematiche relative all'obbligo costituzionale all'azione penale dell'organo giudiziario non vengono qui in luce, anche perché la sentenza di non luogo a procedere che può essere pronunciata nel corso delle indagini preliminari, è principalmente volta a salvaguardare le esigenze educative degli imputati minori, in ossequio a quanto previsto all'art. 31 co. 2 Cost.. Sulla natura giuridica C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2006, p. 154, che sancisce come l'art. 27 possa essere coerentemente collocato tra le cause di esenzione dalla pena, poiché nonostante gli strascichi inevitabili sul piano processuale, la sua disciplina è concretamente sostanziale. Sull'argomento, M. COLAMUSSI, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 1677.

¹⁰⁹ S. QUATTROCCOLO, *Esiguità*, cit., pp. 323 e ss. M. CAIANELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, p. 203.

¹¹⁰ Tra i tanti, G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in (a cura di) A. SCALFATI, *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova. Posizione opposta è quella invece assunta da G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, pp. 171 e ss.

¹¹¹ Ha fatto eccezione C. Cost., 27 ottobre 2004, n. 371, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, pp. 989 e ss, con nota

che il principio di obbligatorietà dell'azione penale, stante il sovraccarico delle strutture amministrative della giustizia, subisca sempre più frequentemente temperamenti, con la conseguenza di creare delle pericolose zone d'ombra nella trasparenza e nella verificabilità dell'operato della giustizia, che sarebbero invero eliminate, con la previsione di appositi strumenti di selezione delle cause secondo criteri di priorità legislativamente stabiliti¹¹².

In questa dimensione pratica di accettazione della difficoltosa operatività dell'effettività del precetto costituzionale, la ricerca di criteri “selettivi”, che possano orientare il potere accusatorio da parte delle procure della Repubblica, consente al principio dell'obbligatorietà di ritrovare la propria legittimità costituzionale¹¹³. Per tale motivo, tali criteri selettivi, atteggiandosi quali *guide lines* ed in particolare per il tema qui trattato, la “ Concreta inidoneità offensiva del fatto”, devono essere determinate preventivamente dalla legge e fondate sulla fisionomia del fatto, affinché si preservino la trasparenza e la correttezza dell'esercizio dell'azione penale. È necessario sottolineare che nonostante i criteri “di priorità” per l'azione penale e l'istituto di nuovo conio possano entrambi presentare punti di frizione con il principio costituzionale previsto all'art. 112 Cost. e consci delle problematiche pratiche sottese a tale principio siano entrambi strumenti per riportare ad efficienza il sistema, e rispondano ambedue ad esigenze di certezza, precisione e coinvolgimento del soggetto offeso, sono profondamente diversi¹¹⁴.

Più in particolare, i criteri devono possedere quella particolare definitezza e precisione di requisiti che riescano ad orientare l'organo giudiziario, al riparo da discrezionalità di scelta riguardo l'inizio o la prosecuzione della persecuzione, ponendo al bando genericità normative che non consentano l'individuazione limpida e chiara e senza alcun dubbio, della corretta decisione tra l' esercizio dell'azione o l' archiviazione¹¹⁵.

Argomentazioni che si rifanno, evidentemente, alle riflessioni svolte nei confronti dell'

di R. PUGLISI, dove la Corte, dichiarando manifestamente inammissibile le questioni sottoposte, non si è pronunciata sull'argomento.

¹¹² C. E. PALIERO, *Minima non curat pretor*, cit., pp. 332 e ss. V ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio della azione penale*, in *Il Pubblico ministero oggi*, Milano, 1994. voce dissonante, quella di M. D'ORAZI, *Un referendum inammissibile. Critica dei modelli di separazione delle carriere dei magistrati*, in *Critica pen.*, 1999, p. 49.

¹¹³ E. MARZADURI, *Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, Bologna, 1998,, p. 78. V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, cit. , pp. 103 e ss.

¹¹⁴ Così D. VICOLI, *L'esperienza dei criteri di priorità*.

¹¹⁵ M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in Aa. Vv., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, pp. 84 e ss. C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit. p. 336 e ss.

art. 3 Cost. e nel necessario rispetto del principio di uguaglianza nell'esercizio del potere giudiziario e punitivo statale.

Le esperienze delle clausole di esiguità operanti nell'ordinamento penale minorile e nel giudizio innanzi al Giudice di pace penale, quindi, sia pure con le rispettive peculiarità ed adattamenti, in quanto volti a ragioni di giustizia sostanziale, in quanto affidano all'organo giudicante di vagliare l'opportunità di un possibile affievolimento del potere di sanzionare penalmente, in ragione della minima lesività del fatto, non hanno trovato, anche perché sostenuti da puntuali e precise argomentazioni, insuperabili difficoltà e barriere di natura Costituzionale¹¹⁶.

1.4.3. Il ruolo “unico” della persona offesa nell'ordinamento del Giudice di pace

La presenza di tutti i presupposti deve essere accompagnata, durante il processo, dalla verifica della mancata opposizione dell'imputato e della persona offesa, nell'applicazione dell'art. 34, che può manifestarsi, ancorché la giurisprudenza e la dottrina si siano dimostrate ondivaghe, con comportamenti concludenti o *ex cartula*^{117/118}.

Assume quindi importanza, oltre al soggetto attore della condotta criminosa¹¹⁹,

¹¹⁶ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1707.

¹¹⁷ Sulla rilevanza dell'opposizione per *facta concludentia*, a patto che questi siano univoci e concludenti, Cass., sez. V, 3 marzo 2004, pm In proc. Frascari, in CED, n. 229860. sempre del medesimo orientamento, Cass. Sez. IV, 8 aprile 2003, Ritucci, in CED, n. 225676, dove viene ulteriormente sottolineato come l'istituto possa trovare applicazione ancorché non vi sia una persona offesa, ma si sia in presenza di un reato di competenza del Giudice di pace. All'opposto, Cass., sez. V, 22 dicembre 2015, Savani, in CED, n. 8638 dove la Suprema Corte nega che “la mancata comparizione della persona offesa, ritualmente citata ancorché irreperibile, possa impedire la dichiarazione di particolare tenuità del fatto, prevista nel procedimento davanti al giudice di pace dall'art. 34, comma 3, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in quanto l'opposizione deve essere necessariamente espressa e non può essere desunta da atti o comportamenti che non abbiano il carattere di una formale ed inequivoca manifestazione di volontà in tal senso”. Richiama anche, in tal senso, tra le tante, Cass. Sez V, 19 marzo 2008, P.G. in proc. Calza, Rv. 239439; n. 14063; Cass. Sez. V, 25 giugno 2001, PG in proc. Pompei A., Rv. 219714 n. 31963.

¹¹⁸ Per la dottrina, per citarne alcuni tra i numerosi, F. BALDI, *La particolare tenuità del fatto: profili processuali.*; C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., pp 292 e ss, dove, “La persona offesa deve essere messa in condizioni di partecipare all'udienza e, ove vi prenda parte, deve essere sentita; il suo parere, tuttavia, non è vincolante, sicché la sua eventuale opposizione non è di ostacolo all'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (...). Sembra, piuttosto, che l'apporto della vittima serva ad illuminare il giudice sull'effettiva gravità dell'illecito (...); un compito conoscitivo, più che l'occasione di far valere le proprie ragioni”.

¹¹⁹ Questo, anche se non è prevista in suo capo, non in maniera del tutto giustificata e legittima, la possibilità di opposizione all'esito archiviato. C. CESARI, in *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 340 e ss. sottolinea come tale pronuncia postuli inevitabilmente la sussistenza del fatto, ancorché tenue e lo attribuisca all'imputato nel vaglio dei requisiti ex art. 34 D. lgs. n. 274/2000. La possibilità di una pronuncia di archiviazione *inaudita altera parte* potrebbe essere giustificata dall'eventualità che il reo non possa ottenere alcun risultato maggiormente favorevole rispetto a quello in esame: si richiama quindi l'intento dei compilatori della disciplina, che, come emerge dalla RELAZIONE, cit., p.

esattamente come previsto nella disciplina del processo penale minorile, la persona offesa dall'illecito, ancorché in maniera tenue, nonché l'interesse specificatamente tutelato dal Legislatore.

Elementi non rintracciabili nella disciplina penale comune¹²⁰.

Operando l'istituto dell'improcedibilità, idoneo ad applicarsi sin dalla fase di avvio dell'iter processuale, come risulta dal combinato disposto dell'art. 17 co. 1 e l'art 34, risulta pienamente coerente il conseguente richiamo, svolto ai commi secondo e terzo di quest'ultimo, alla partecipazione, necessaria e centrale, della persona offesa, nella configurazione o meno della tenuità del fatto oggetto del giudizio. L'art. 34 al secondo comma recita:

“Nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento.”

Un fatto è quindi tenue secondo tale normativa qualora del procedimento non se ne interessi nemmeno la persona da questo lesa. L'atteggiamento di tale soggetto si riflette, con frequenza, nella presenza o meno di apposite istanze di punizione che, a pieno titolo, sono considerabili come condizioni di procedibilità, con risvolti che interessano i presupposti, ma anche in particolar modo, i profili processuali che attengono, ad esempio, all'archiviazione.

40, sottolineano che la richiesta di archiviazione, per sua natura, non produce alcun effetto negativo nei confronti del soggetto imputato. Affermazione non condivisa dalla maggioranza della dottrina, poiché in tema di responsabilità è necessario garantire al soggetto indagato di interloquire in forza del suo diritto di difesa, costituzionalmente previsto dal combinato disposto artt. 3 e 24 Cost., al fine di ottenere una pronuncia sul merito.

¹²⁰ Ricco di spunti interessanti di riflessione, sul significato di vittima, sulle normative volte alla sua tutela e protezione, l'approfondimento di V. BONINI, *Il ruolo della persona offesa nella valutazione sulla particolare tenuità del fatto*, in *Legisl. Pen.* 2014. In giurisprudenza, Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 15 gennaio 2016), dep. 25 luglio 2016, n. 32150. Anche Cass. Pen., Sez. 4, n. 48159 del 12 ottobre 2004, Rondanini, in CED 2005, Rv. 230407, ha sottolineato che il giudice di pace deve esaminare se esistano interessi, giuridicamente riconosciuti e protetti, della persona offesa che "da tale gesto di sovrana benevolenza possano subire pregiudizio: nel qual caso egli non ha il potere di archiviare". Nel medesimo solco, Sez. 4, n. 47062 del 29 settembre 2004, Liquori, in CED Cass. 2004, Rv. 230292, che, in conseguenza, ha ritenuto non abnorme la fissazione di udienza camerale da parte del giudice di pace, al quale è comunque riservata la verifica dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'istituto. Cass. Pen., Sez. 5, n. 42238 del 12 ottobre 2010, Miale, in CED Cass. 2010, Rv. 248890, ha ritenuto non abnorme il provvedimento con cui il giudice onorario, investito della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, ha disposto la restituzione degli atti al Pubblico Ministero, per accertare la volontà della persona offesa, trattandosi di attività prevista ex art. 17, comma 4 del D. lgs n. 274/2000 e preordinata all'approfondimento delle indagini in ordine ad elementi rilevanti ai fini del corretto esercizio del potere di archiviare.

Il soggetto leso assume un ruolo del tutto peculiare in tale fase: un potere inibitorio che si adatta, in piena armonia, al carattere ed alla finalità “conciliativi” della giurisdizione di pace¹²¹. In realtà, nemmeno su tale punto la dottrina penalistica si è schierata in maniera unanime: vi era il rischio secondo Autori autorevoli, che tale scelta di devolvere un ampio potere dispositivo al soggetto offeso potesse “tradursi nella negazione del principio di offensività e nell'affermazione di una dimensione sentimentale- affettiva del diritto penale”¹²².

Ruolo che non sembra assumere invero nella legislazione penale minorile, primo sperimentale tentativo di introduzione di tale istituto, dove vi è una totale indifferenza per la posizione e gli interessi della persona offesa dal reato, che rilevano solo ed in quanto rispondano, nel discernimento del giudice circa la tenuità o meno del fatto in causa, alle «esigenze educative del minore» che possano essere pregiudicate dal corso del procedimento. Centrale risulta qui essere la figura dell'imputato, nonostante l'art. 27 co. 4 D. P. R. non contempli alcun suo coinvolgimento, alla luce di quanto previsto all'art. 32: allorché l'esito anticipato debba essere deciso in udienza preliminare, vi è però la necessità di un preventivo consenso del reo all'utilizzo di atti precostituiti nella fase delle indagini preliminari. Più che un contraddittorio, un'espressione di assenso alla dichiarazione di responsabilità fondata su elementi probatori già formati¹²³. La Corte costituzionale, sul profilo del consenso si è infatti pronunciata all'indomani dell'introduzione della necessità dell'assenso dell'imputato minore ogniqualvolta in sede di udienza preliminare vi fossero i requisiti per una pronuncia *ex art. 425 c.p.p.*, ossia di una sentenza di non luogo a procedere, nella quale non vi fosse alcuna affermazione di responsabilità, bensì un proscioglimento dal

¹²¹ Certa dottrina critica tale modello di declaratoria di tenuità, subordinato al consenso della vittima: C.E. PALIERO, *Tendenze e controtendenze nella politica di depenalizzazione*, in Aa.Vv., *Depenalizzazione e circolazione stradale*, Convegno Automobile Club Lucca, Milano 2002, p. 257

¹²² D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in G. FORNASARI-M. MARINELLI, *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, 2007, pp.123-126 e ss.

¹²³ Nell'ordinamento della giustizia minorile ad esempio, l'art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448 prevede il coinvolgimento dell'offeso già nella fase delle indagini preliminari, nella forma di audizione partecipativa ed argomentativa, da parte del giudice chiamato a valutare la «irrilevanza del fatto», circa i profili di tenuità della lesione. È l'unica forma di intervento concesso alla persona offesa in tale giurisdizione, data l'impossibilità di costituzione quale parte civile, ivi non prevista. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 293 dove viene affermato che “a scelta normativa di circoscrivere a tal punto l'apporto dell'offeso sembra, comunque, sistematicamente coerente con l'impianto del rito penale a carico di minorenni.”. I.D., *sub art. 27*, in (a cura di) G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano, 2009, p. 309. Ancora sul tema, S. QUATROCCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit.

carattere liberatorio: non si è invece espressa riguardo le sentenze di proscioglimento per perdono giudiziale o appunto per irrilevanza del fatto, dove la responsabilità è invece provata, o comunque presunta¹²⁴.

“La persona offesa dal reato è vista come una figura centrale del procedimento che viene coinvolta con una serie di facoltà e attribuzioni maggiori rispetto a quelli tipici del codice di rito”¹²⁵.

Partendo da tale assunto si può comprendere il motivo per cui è stato previsto che, allorché il giudice onorario competente territorialmente, sia investito, in funzione di Gip., della richiesta di archiviazione *ex art. 34 co. 2 D.lgs. n. 274/2000*, questa potrà essere accolta “solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento”: archiviazione che non segue la dinamica consueta con la presenza dell'udienza camerale, ma che è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale non possiede autonomi poteri officiosi in tema di scelta di azione penale e di valutazione dell'entità dell'interesse leso¹²⁶, su iniziativa del pubblico ministero, alla luce di quanto addotto con opposizione dall'offeso *ex art. 17 co. 2 D. lgs. n. 274/2000* o di quanto risultante dalla documentazione delle indagini preliminari.

In assenza di apposite previsioni, soccorre quindi la disciplina dell' archiviazione prevista all'art. 17 per le causa di procedibilità in generale, combinata a sua volta, per quanto non diversamente disposto, con la normativa *ex artt. 409 e ss. c.p.p.* Si è in presenza di un quadro normativo frastagliato e problematico, in quanto la causa di improcedibilità *ex art. 34* è correttamente qualificabile come “anomala”, poiché non tecnica ed estranea al merito come quelle tradizionali e quindi difficilmente definibile ed oggetto di incongruenze e dubbi¹²⁷, su cui è stato necessario intervenire con appositi strumenti di interpretazione, dottrinali e giurisprudenziali, anche esegetici.

La decisione è frutto quindi di una decisione assunta *de plano* dal giudice: il contraddittorio non trova spazio, se non nei casi espressamente contemplati all'art. 17

¹²⁴ Tra tutte, Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 195. Si veda, G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano, 2007, pp. 2 e ss.

¹²⁵ V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, in (coordinato da) C. SANTORIELLO, *La giustizia penale differenziata*, II, Torino 2010, p. 14.

¹²⁶ G. ARIOLLI, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in (a cura di) G. GARUTI, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino ,2015, pp. 829 e ss. A. MARANDOLA, *Commento alla sentenza*, in *Dir. Pen. Proc.*,2003, pp. 452 e ss.

¹²⁷ La sua anomalia è trattata in maniera critica da C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della “tenuità del fatto”*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 2001, *passim*.

commi 2 e 3, che si badi bene, disciplinano una mera possibilità di proposizione di opposizione in capo alla persona offesa: eventuale, limitato e cartolare¹²⁸.

Può esserci quindi, l'eventualità, non del tutto rara ed infrequente, che l'offeso non riceva alcuna informazione riguardo la procedura archiviativa. Non si può, nemmeno operando un'interpretazione evolutiva dell'art. 34, rintracciare una fase di diretto confronto e contraddittorio argomentativo, che coinvolga necessariamente la parte offesa, prima della pronuncia di archiviazione, né un obbligo di informazione di tale soggetto da parte dell'organo giudicante¹²⁹.

Punto di evidente incongruenza nella costruzione di un istituto volto, in particolare nella giurisdizione di pace, alla conciliazione ed all'incontro delle parti¹³⁰.

Rimane ferma la possibilità della persona offesa, nonostante il non legislativamente previsto invito dell'organo giudicante¹³¹, di esprimere il proprio interesse al procedimento, in qualsiasi fase. Come accennato precedentemente, la dottrina e la giurisprudenza hanno trovato aspro terreno di scontro circa l'interpretazione della norma, ed in particolare, circa i caratteri che deve assumere tale opposizione del soggetto offeso¹³². La stessa Relazione sembra non lasciare dubbi nel tratteggiare i caratteri *manifesto* ed *esplicito* delle affermazioni del soggetto leso: "...la persona offesa manifesti un sostanziale disinteresse alla prosecuzione del procedimento"¹³³.

La componente consensuale, ancorché non prevista dalla legge delega, è tra i presupposti più dibattuti all'interno della previsione: qualificato quale interesse, assume diverse forme a seconda che la sua espressione debba intervenire prima o successivamente all'esercizio dell'azione penale.

¹²⁸ In prospettiva critica, C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 343. L'Aurice osserva come il contraddittorio previsto esplicitamente per la persona offesa, sia in realtà, come per la persona imputata, non del tutto soddisfacente ed adeguato, "malgrado il rilievo che viene assegnato al suo interesse alla prosecuzione del procedimento".

¹²⁹ Come sottolinea A. MARANDOLA, *Commento*, cit., p. 495, non si può nemmeno provare una via di salvataggio con il richiamo all'art. 127 c.p.p. quale "modello debole". Anche G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 504.

¹³⁰ RELAZIONE, cit., p. 40 e ss..Risulta interessante la prospettiva, contraria, espressa da E. MARZADURI, che invece in *Le disposizioni*, sembra ritrovare esegeticamente un dovere di informazione dell'offeso e che quindi la vittima vada sentita obbligatoriamente dal p. m., così da instaurare la possibilità di opposizione o l'eventuale contraria assenza di interesse. Ritene doverosa l'audizione della persona offesa, A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e delle persona offesa*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, p. 195. G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, (a cura di) UBERTIS- VOENA, Milano, 2006, pp. 352 e ss.

¹³¹ Il giudice non ha alcun obbligo di raccogliere tale volontà.

¹³² C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit, di cui *supra*, nota 80. E. MARZADURI, *Le disposizioni*, cit., pp. 60 e ss. e nel mesedimo orientamento, P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace*, cit., pp. 930 e ss.

¹³³ RELAZIONE, cit., p. 61.

L'interesse, una volta manifestato, non può divenire oggetto di sindacato alcuno da parte del giudice, assumendo quindi valore ricognitivo e non valutativo : l'organo giudiziario potrà non accogliere quanto espresso dalla vittima, nonché non attenersi al valore della lesione da questa espresso. Poiché non si rintraccia alcuna normativa che preveda parametri a cui il giudice debba attenersi nel quantificare l'ammontare dell'offesa, non potrà nemmeno esservi una valutazione di “manifesta infondatezza” anche allorquando emerga chiaramente il carattere pretestuoso dell'interesse della vittima. Questo per non ricadere in un vortice discretivo a cui non è stato posto alcun freno attraverso parametri e criteri normativi volti a orientare la decisione giudiziaria, nonché per coerenza verso quanto disposto all'art. 34 co. 3, dove, dopo l'esercizio dell'azione penale, vi è la possibilità di una pronuncia di non doversi procedere per tenuità del fatto, solo ed esclusivamente quando non vi sia l'opposizione della vittima.

Ciò anche al fine di sopperire alla mancanza dell'obbligo di audizione dell'offeso, nella conservazione però dell'interesse leso che va tutelato e non lasciato alla libera e discrezionale valutazione del giudice.

Si è accennato come l'esegesi della norma circa i modi e caratteri in cui deve manifestarsi l'opposizione dell'offeso, abbia scatenato ampi dibattiti in sede dottrinale e giurisprudenziale¹³⁴: si manifesta ed esplicita, in forza di quanto espresso nella Relazione, ma non chiarito, invero, in termini adeguatamente precisi.

Gli interpreti di legittimità si sono dovuti quindi addentrare in quel “bosco oscuro” dell'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 che, non delineando precisamente le modalità di manifestazione dell'opposizione, instilla la domanda se la “non opposizione” possa desumersi, per *facta concludentia*, da un'eventuale, mancata comparizione in udienza della vittima del reato.¹³⁵

Una recente pronuncia delle Sezioni Unite ha cristallinamente statuito come: “Nel procedimento davanti al giudice di pace, dopo l'esercizio dell'azione penale, la mancata comparizione in udienza della persona offesa, regolarmente citata o irreperibile, non è di

¹³⁴ G. CANZIO-G. TRANCHINA, *Le fonti del diritto italiano*, Leggi Complementari al Codice di Procedura Penale, Milano, 2013, pp. 476 e ss.

¹³⁵ Sul tema, in particolare, A. MARANDOLA, *Commento alla sentenza*, in *Dir. Pen. Proc.* 2003, p. 449 e ss. che afferma nella fattispecie del caso della rimessione della querela, che stante i necessari caratteri di non equivocità e concludenza sanciti dalla Cass. Sez. IV, 4 novembre 1989, Bazzani, in CED Cass. n. 182436, non sembrerebbero rinvenibili nella mancata presentazione, anche ripetuta, del querelante in dibattimento. Così anche, Cass. Sez. V, 6 febbraio 1998, Panza, in CED Cass. n. 209798 ed anche Cass. Sez. V, 29 ottobre 1997, Chiaberge ed altri, ivi, n. 208720, anche perché la mancata comparizione può derivare da fatti indipendenti dalla volontà dell'offeso. Cass. Sez. VI, 12 aprile 1986, Canterelli, in CED Cass. n. 172443

per sé di ostacolo alla dichiarazione di improcedibilità dell'azione penale per la particolare tenuità del fatto in presenza dei presupposti di cui all'art. 34, comma 1, D. lgs. 28 agosto 2000, n. 274"¹³⁶.

Sembra poter a pieno titolo essere definita quale univoca manifestazione della volontà di non opporsi all'applicazione della condizione di non procedibilità per tenuità del fatto nel giudizio dinanzi al giudice di pace.

Ma la locuzione "non opposizione" sembra nascondere insidie di non poco conto: una sua lettura, più risalente, in chiave "positiva" fa sì che sia equivalente ad una prestazione di "consenso" alla dichiarazione di improcedibilità per tenuità del fatto, differenziandosi, poi sul punto, se tale consenso possa desumersi dalla mancata presentazione della persona offesa in giudizio o invece sia necessaria una espressa manifestazione di "non opposizione", e quindi l'assenza in giudizio rappresenti un dato neutro.

La lettura in chiave "negativa", più recente ed oramai divenuta quella dominante anche in forza della sentenza sopra richiamata, guardando all'intrinseca natura della norma, si avvale di un semplice comportamento negativo della persona offesa, di "non contrarietà" alla dichiarazione ex art. 34 D. lgs. 274/2000. Questo orientamento, avvalorato anche da un'attenta analisi testuale, porta alla finale riflessione secondo cui la volontà di opposizione debba essere necessariamente *espressa, ossia* non potendosi desumere implicitamente da atti o comportamenti che non abbiano il carattere di una chiara ed inequivoca manifestazione di volontà; tale impostazione è ulteriormente supportata dal fatto che la declaratoria ex art. 34, non rechi alcun pregiudizio alla persona offesa, la quale resta sempre nella facoltà di istruire l'azione di risarcimento in sede civile.¹³⁷

Tutto ciò è coerente con le conclusioni svolte dalla Suprema Corte nel corso delle pronunce più recenti degli ultimi anni¹³⁸: l'applicabilità della particolare tenuità del fatto ad ogni tipo di reato, alla presenza o meno della persona offesa evidenziano come, la disciplina voluta dal Legislatore per il giudizio dinanzi al giudice onorario risponda all'efficacia senza inutile afflittività¹³⁹.

¹³⁶ Cass. S.U. 27 ottobre 2015 n. 43264, in CED, Cass, n. 264547

¹³⁷ V. BONINI, *Il ruolo della persona offesa*, cit., p. 5

¹³⁸ Cass., sez. II, 13 maggio 2014, n. 37525, in *Riv. Pen.* 2014, p. 1010, secondo cui il silenzio della persona offesa non può essere considerato come atto sintomatico di opposizione. Cass. Sez. IV, 8 aprile 2003, Ritucci, cit., n. 225676, vedi *supra*, nota 79.

¹³⁹ Illuminante analisi di tale Pronuncia, da cui si sono colti utili ed interessanti spunti di riflessione, e si

Una lettura “di sistema”, coerente quindi con la struttura ed i caratteri dell’istituto dell’improcedibilità per tenuità del fatto.

Lettura che è stata accolta anche in dottrina¹⁴⁰, nonostante un'ampia parte di studiosi siano ancora oggi fermi nello statuire che, l'interpretare la “non opposizione” come non ostativa alla dichiarazione di improcedibilità, significhi smentire i motivi cardine della stessa giurisdizione onoraria e la stessa lettera della norma.: la non opposizione deve quindi essere espressamente pronunciata, ed anche allorquando la parte decida, nonostante l'espresso invito a comparire del Giudice di pace per la definizione del processo *ex art.* 34, di non comparire, il suo comportamento non potrebbe fondare, da solo, tacito consenso. Questo in analogia anche con quanto si era affermato in tema di non opposizione dell'imputato al proscioglimento anticipato *ex art.* 469 c.p.p., ritenuta questa previsione il modello che più si adatta alla questione in esame¹⁴¹.

Precipitato dottrinale minoritario smentito da varie pronunce del giudice di legittimità, tra le quali anche quelle già richiamate, che ripercorrendo le diverse interpretazioni ed orientamenti e conducendo un'attenta analisi delle une e delle altre argomentazioni, hanno frequentemente dato prova di brillante sintesi e di ordine intellettuale nel compito complesso di riordino di una disciplina tanto fumosa ed insidiosa.

La Suprema corte ha infatti definito sapientemente cosa possa definirsi come comportamento “negativo” e come da un comportamento meramente inerte, quale può dirsi per l'appunto essere la mancata comparizione in giudizio della persona offesa in forza della disposizione dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, che richiede invero un comportamento negativo di “non opposizione”, non possa ricavarsi una volontà di opporsi all'esito archiviativo: è un atto che non ha il carattere di una formale ed inequivoca manifestazione di volontà, esprimibile con memorie, ed altri modi anche impliciti da parte del soggetto offeso e del suo procuratore. Soggetta ad ampi dibattiti è la questione se l'opposizione possa dirsi atto “personalissimo”, come fa la Suprema Corte in tale pronuncia, o possa provenire anche dal difensore¹⁴².

ripercorre l'evoluzione interpretativa dottrinale e giurisprudenziale dell'argomento, in M. BRANCACCIO, *L'improcedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al Giudice di pace: la mancata comparizione della persona offesa non ha il significato di opposizione*, in *Processo penale e giustizia*, n. 2, 2016, pp. 102 e ss.

¹⁴⁰ Tra i tanti, C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit. pp. 351-352.

¹⁴¹ M. BRANCACCIO, *L'improcedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al Giudice di pace: la mancata comparizione della persona offesa non ha il significato di opposizione*, cit., p.105, che richiama, A. MARANDOLA *Improcedibilità per tenuità del fatto e mancata acquisizione del consenso della persona offesa*, in *Dir. Pen. Proc.* ,2003, pp. 493 e ss.

¹⁴² C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit. p. 351 che richiama anche la giurisprudenza di

1.4.4. Conclusioni

La Corte ha saputo (e dovuto) disegnare con estrema precisione e sintesi lo sviluppo sistematico dell'istituto della “tenuità del fatto”, nella sua dimensione processuale, illuminando sapientemente i quesiti sottoposti e non inoltrandosi su un terreno delicato ed, ad onore del vero, non rientrando nell'alveo della propria decisione: la trattazione del quesito interpretativo circa la possibile sovrapposizione tra la normativa generale di nuovo conio prevista all'art. 131 *bis* c.p. e quella della particolare tenuità del fatto disciplinata nell'ambito del procedimento davanti al giudice onorario dall'art. 34 D.lgs. n. 274/2000¹⁴³.

Quesito che, come ricordato in numerosi testi e pronunce, è emerso, sin dalle prime battute dello Schema del D.lgs. del 3 febbraio 2015, in tutte le sue contraddizioni con conseguenti, continue e pulsanti richieste di coordinamento delle diverse normative al fine di fornire linee guida per l'applicazione di una o dell'altra disciplina.

Sollecitazione non accolta, per diverse motivazioni, dal Legislatore¹⁴⁴, il quale ha lasciato al sapiente ingegno ed alle abili mani degli interpreti di legittimità il compito di tracciarne i contorni. Infatti, in riferimento all'art. 34, è stata respinta dal Governo, perché non prevista dalla legge delega, la richiesta, contenuta nel parere approvato dalla Commissione Giustizia il 3 febbraio 2015 sullo schema di D. lgs. n. 28/2015, di valutare l'opportunità di coordinamento, ai sensi dell'art. 2 della legge delega, il nuovo art. 131 *bis* c.p. con l'omologo istituto disciplinato nel procedimento dinanzi al giudice onorario.

La particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p. rappresenta, come chiarito da diverse pronunce di legittimità immediatamente successive all'entrata in vigore del Decreto delegato, un istituto di natura sostanziale e non una condizione di procedibilità,

legittimità concorde, Cass. 7 aprile 1995, P.M. in c. Pichierri, in *Cass. Pen.* 1996, p. 2980.

¹⁴³ Interessante è qui ricordare invece una pronuncia della Suprema Corte, nella quale questa ha preso espressamente posizione sull'argomento. Cass. Pen. Sez V, sent. n. 38876, 20 agosto 2015; “La causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., introdotta dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, non è applicabile ai procedimenti davanti al Giudice di Pace, poiché in questi si applica la disciplina prevista dall'art. 34 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, da considerarsi norma speciale, e quindi prevalente, rispetto a quella dettata dal codice penale.” Così, nel merito, Trib. Novara, sent. n. 16/2015.

¹⁴⁴ Cass., sez. IV, 17 luglio 2015, n. 31920, in CED, rv. 264420, sottolinea il mancato coordinamento tra i due istituti come una scelta voluta dal Legislatore, che invece ha previsto, con l'art. 63 del citato D.lgs., l'applicabilità dell'irrelevanza del fatto, in particolari circostanze, ai giudizi ordinari. Si veda inoltre quanto evidenziato alla *nota 49*.

come è invece negli altri due istituti analoghi riferiti al procedimento minorile ed a quello del giudice di pace¹⁴⁵. È volta anch'essa, come questi, a “non sanzionare” condotte che, tipiche, antigiuridiche e colpevoli, appaiono non meritevoli di punizione “in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale” e riservando, specialmente, una peculiare attenzione alla protezione del soggetto offeso, in presenza di determinate condizioni. La sua è invero una finalità di “chiusura” dell’area della punibilità, sostanziale, estensibile, almeno teoricamente, a tutte le fattispecie penali, ove, nella pratica, l’organo giudicante riscontri gli indici rilevatori dell’irrelevanza per particolare tenuità, dettati dall’art. 131 *bis* c.p.¹⁴⁶.

Tali riflessioni hanno fatto sì che una parte della dottrina sia approdata alla conclusione secondo cui, il paventato e sempre sentito rischio di sovrapposizione applicativa della disciplina dell’art. 131 *bis* c.p. ai due precedenti sottosistemi paralleli, minorile e del giudice onorario, sia oramai definitivamente superato¹⁴⁷. Questo perché l’ordinamento del processo penale minorile e del processo penale dinanzi al Giudice di pace disciplinano sì, la particolare tenuità del fatto, ma in maniera del tutto autonoma ed, è utile ribadirlo, dal punto di vista della natura dell’istituto, in maniera diametralmente opposta. Per quanto riguarda il procedimento penale a carico di imputati minorenni, la dottrina ha sottolineato che i punti critici permangono invero su diversi versanti: riconosciuta la specialità del rito minorile, non dare la possibilità ai soggetti non maggiorenni di ottenere un provvedimento archiviativo, più rapido e informale, ai sensi della nuova disciplina del D. lgs del 2015, in forza della normativa speciale che invece prevede una pronuncia di non doversi procedere sembra assumere i contorni di un’incongruenza sistematica evidente. Dovrebbero essere proprio tali soggetti, più vulnerabili e con personalità più fragili, a sentire l’esigenza di un giudizio meno rigido e dilatato. All’inverso, le critiche mosse alla disciplina archiviativa di nuovo conio, di cui si tratterà meglio in seguito, ossia il carattere stigmatizzante e screditante dovuto

¹⁴⁵ La previsione della non punibilità per particolare tenuità del fatto si è fino ad ora manifestata in maniera frammentaria, nei due sottoinsiemi minorile e del giudice onorario, come osserva M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. Pen.*, 2003, pp. 89 e ss.

¹⁴⁶ G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per Il libro dell’anno del diritto Treccani 2016, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 16 dicembre 2015. Si veda anche F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1706.

¹⁴⁷ Sui rapporti tra le discipline operanti, G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova 2015, cap. 4. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22; R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità*, cit., p. 664.

all'iscrizione nel casellario giudiziale, potrebbero sortire su un soggetto giovane ed immaturo, conseguenze negative non di facile previsione¹⁴⁸.

In particolare, riferendosi al procedimento dinanzi al Giudice di pace, appare, evidente come la particolare tenuità, quale condizione di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p., non può trovare alcun posto. Il legislatore ha già disegnato la diversa operatività di natura invero processuale di tale istituto all'art. 34 del D. lgs. 274/2000: se si affermasse il contrario, quest'ultimo istituto si sottrarrebbe alla regola dell'applicazione delle parte generale del codice penale alle materie regolate da leggi speciali¹⁴⁹. Tale soluzione sarebbe imposta invero anche da argomenti di ordine sostanziale, in considerazione delle finalità specifiche di tutela e di coinvolgimento della persona offesa previste nella disciplina del Giudice di pace, che altrimenti sarebbe tacitamente abrogata dalla nuova previsione dell'art. 131 *bis* c.p.¹⁵⁰.

Dando inoltre un'approfondita lettura al testo del nuovo art. 131 *bis* c.p. emerge chiaramente come questi non si concili, e soprattutto non contempra, alcuno dei profili soggettivi, che invece assumono veste basilare, agli artt. 27 D.P.R. n. 448/1988, nella necessaria considerazione delle esigenze educative del minore; ed all' art. 34 D.lgs. n. 274/2000 che, appartenendo alla giurisdizione del Giudice di pace, con la propria particolarità di modi e finalità di rito, tende alla “ricostruzione” di una dimensione che “ricucisca”, sul medesimo piano, le esigenze di entrambe le parti, sia dell'imputato, sia dell'offeso. .

La nuova disciplina di parte generale, infatti, dalle connotazioni prettamente oggettive e riferite alla condotta “in sé particolarmente tenue”, ha in sé un ambito di applicazione ovviamente più ampio rispetto alle due previsioni “speciali”¹⁵¹, la cui operatività potrebbe essere sistematicamente messa in ombra dalla possibile applicazione del più generale e flessibile art. 131 *bis* c.p.. La mancanza di punti di riferimento applicativi e di disposizioni di coordinamento tra questi istituti “paralleli”, hanno lasciato e lasciano

¹⁴⁸ Così. M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della tenuità del fatto*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino 2015, p. 240.

¹⁴⁹ Chiaramente statuito da Cass. Pen., Sez. 7, n. 1510 del 04 dicembre 2015, Bellomo, in CED Cass. 2016, Rv. 265491; Cass. Pen., Sez. 4, n. 31920 del 14 luglio 2015, Marzola, in CED Cass. 2016, Rv. 264420.

¹⁵⁰ Preme sottolineare come invece, altra dottrina, la nuova causa di non punibilità introdotta dal D. lgs. 28/2015 dovrebbe invece trovare applicazione anche oltre il rito ordinario, in quanto di evidente portata generale. A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti di tutela e ricadute normative*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 maggio 2015, p. 12.

¹⁵¹ P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto, cit., cap. 6.*

un vuoto normativo si colmabile dall'interprete mediante operazioni interpretative pindariche, che devono però essere cautamente mantenute nell'alveo dell'ermeneutica, per non rischiare di sfociare in assoluta e libera creazione.

Abbandonata (almeno in parte) la preoccupazione rispetto alla sovrapposizione, rimane il delicato profilo della coordinazione dei diversi istituti.

Non permangono incertezza riguardo alla circostanza che l'art. 2 del D. lgs. 274/2000 contenga l'esplicita clausola secondo la quale nel procedimento davanti al Giudice di pace, per tutto ciò che non è espressamente disciplinato dal decreto stesso, si debba fare riferimento, per quanto applicabile, alle più generali norme contenute nel codice di procedura penale. È però vero che l'art. 17 sull'archiviazione contiene tra le proprie ipotesi, anche quelle, tra cui anche quella riguardante la particolare tenuità del fatto, previste all'art. 411 c.p.p.. un rinvio alla normativa codicistica volta a colmare i vuoti di tutela lasciati dalla normativa dell'ordinamento del Giudice di pace, con le problematiche di sovrapposizione che si instaureranno, con tale rinvio, tra l'archiviazione prevista all'art. 411 c.p.p. e la causa di non procedibilità, *ex art. 34 D. lgs. 274/2000*, entrambe afferenti alla tenuità del fatto dedotto in giudizio¹⁵².

Parte della dottrina, ed anche importantissime pronunce della Suprema Corte¹⁵³, hanno quindi percepito e sottolineato l'evidente problema di coordinamento, causato dalla difficoltosa ricostruzione lineare di discipline che, per loro fini e concettuale identità entrano inevitabilmente in dialogo, ma lasciate tuttavia "libere" dal Legislatore.

Il rischio di emersioni di problemi di coordinazione e non sovrapposizione, previsti sin dai primi vagiti dello Schema del decreto legislativo che prevedeva l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., è causato dall'esistenza di istituti che corrono parallelamente nei

¹⁵² Per una trattazione dell'argomento, G. FIDELBO, *Giudice di pace (nel diritto processuale penale)*, cit. Per una panoramica generale della giurisdizione onoraria, F. BALDI, *Manuale del giudice di pace penale*, Milano, 2000. I.D. Specificatamente sull'argomento, *La particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in *Il Giudice di pace, Quaderni*, Milano, 2003.

¹⁵³ Cass., sez. IV, 17 luglio 2015, n. 31920, in CED., rv. 264420. anche se è utile ricordare, che alcune pronunce, determinando la causa dell'art. 131 *bis* c.p. come non sia sostanziale, ma ibrida, quindi potenzialmente dialogante con la normativa della procedibilità, come all'art. 34 D. lgs. 274/2000. Anche Cass., Sez. V, 31 marzo 2016, cit., n.13093 che riafferma quanto sostenuto dalla Sez. Feriale con la sentenza n.38876 del 20 settembre 2015 che aveva sottolineato, come durante i lavori parlamentari per l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., si era paventata la possibilità di abrogare l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, dato che "il risultato dell'inerzia si sarebbe risolto nel tollerare la coesistenza di due modelli, profondamente diversi di irrilevanza per tenuità del fatto" Ancora, Cass. Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, in *Arch. Nuova proc. Pen.* 2016, p. 40, sul rapporto tra le due discipline si è espressa anche la Corte cost., con la sentenza n. 25, cit., la quale ha evidenziato la differenza tra i due istituti e ha affermato che il Legislatore ordinario è libero di prevedere una causa di pronuncia liberatoria per la particolare tenuità del fatto strutturata diversamente da quella contemplata per i procedimenti davanti al Giudice di pace e fondata su differenti presupposti

rispettivi ordinamenti e ha impegnato, e continua tutt'ora, gli interpreti in un intenso lavoro per tracciare ipotesi di coordinamento: per alcuni un vero e proprio rompicapo interpretativo ricco di problematiche e rischi di incertezza e messa in pericolo del baluardo di certezza sul piano dell'eguaglianza. Per Altri, un'interazione necessaria e ricca di utilità ed efficienze, da cogliere in una prospettiva positiva ed evolutiva¹⁵⁴.

Al di là delle evidenti criticità che deriverebbero dall'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. da parte del Giudice di pace, si rintraccerebbero ulteriori profili d'indubbia irragionevolezza, in quanto non si comprende perché la clausola generale di esiguità debba retrocedere proprio dinanzi ad illeciti considerati astrattamente e maggiormente bagatellari, a fronte di una disposizione processuale, nei fatti, superata dalla nuova disciplina.

Questo perché, stante la diversità dei presupposti applicativi, spesso, fatti che rientrerebbero invero nel perimetro tracciato dai requisiti della nuova clausola *ex* 131 *bis* c.p., (perché i medesimi motivi risulterebbero irrilevanti per la determinazione del grado di colpevolezza per tale articolo, o perché determinati comportamenti non sono definibili abituali, ma per la disciplina del giudice onorario non possono tuttavia essere ritenuti occasionali; per la possibile posizione ostativa della persona offesa che può impedire la pronuncia d'improcedibilità, non prevista invece nell'ordinamento penale ordinario, l'applicabilità della nuova esimente generale trova una notevole battuta d'arresto. Questo, in forza di quella che alcuni hanno ormai definito, una disciplina pionieristica ed ormai sorpassata¹⁵⁵.

¹⁵⁴ A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit.

¹⁵⁵ Critico nei confronti di tale normativa, fallace nella pratica, M. STANZIOLA, *La particolare tenuità del fatto*, p. 617.

La giurisprudenza di legittimità¹⁵⁶ ha recentemente escluso che il nuovo istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p possa trovare applicazione nel rito avanti il Giudice di pace, nonostante alcuni precedenti di merito di segno opposto¹⁵⁷. Detta conclusione sarebbe imposta dalla specialità dell'istituto di cui all'art. 34 D. lgs. 274/2000 rispetto alla previsione generale codicistica, sia pure *ratione temporis* successiva, suggellata dalla profonda diversità dei presupposti sostanziali e processuali.

Sarebbe questa l'unica via percorribile per mantenere la compatibilità e coerenza, *in primis*, con la volontà del legislatore che ha optato per non abrogare la disposizione speciale dell'art. 34 D. lgs. 274/2000, nonostante il suggerimento avanzato da precedenti commissioni ministeriali, mantenendo così in vigore entrambe le “forme di irrilevanza”¹⁵⁸. In secondo luogo, in forza di quanto espresso dalla Corte costituzionale, la quale, nella già più volte richiamata sentenza 28 gennaio 2015 n. 25 pronunciata nelle more dell'approvazione dell'art. 131 *bis* c.p, aveva ritenuto “plausibile” l'introduzione di una causa di non punibilità nel codice penale accanto alla causa d'improcedibilità nel rito penale di pace, sulla scorta dell'eterogeneità delle relative fattispecie.

Le argomentazioni addotte da tale pronuncia di legittimità non paiono comunque risolutive.

Non può considerarsi quale risolutiva la mera invocazione del rapporto di specialità tra due istituti connotati da presupposti giuridici tanto differenti, processuale e causa di improcedibilità, l'uno, sostanziale e causa di non punibilità, l'altro.

¹⁵⁶ Cass. 20 agosto 2015 n. 38876, in *www.diritto.it*, con nota critica di A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La particolare tenuità del fatto non si applica nei procedimenti dinanzi al giudice di pace(?)*. Ancora in legittimità, sul punto la Corte ha preso posizione, Cass. pen. Sez. VII Ord, 04 dicembre 2015, n. 1510, in CED Cass. 2016, rv. 265491, dove ha cristallinamente evidenziato che nel procedimento innanzi al giudice di pace non si applica la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p., prevista esclusivamente per il procedimento davanti al giudice ordinario. Trova invece applicazione la speciale disciplina di cui all'art. 34 D. lgs. 274/2000. Cass. pen. Sez. feriale, 06 agosto 2015, n. 34672, in CED Cass. 2015R, v. 264702, che si è espressa nel senso che nel giudizio di cassazione, non può procedersi ad annullamento della sentenza di condanna emessa dal giudice di pace al fine di una valutazione circa la sussistenza della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ai sensi art. 131 *bis* cp, in quanto, la valutazione sui presupposti per l'applicazione di tale istituto è stata già compiuta con esito negativo, in quanto è stata esclusa la declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 34 D. lgs 274/2000, che prescrive una delibazione più certamente ampia di quella richiesta dalla causa di non punibilità del giudizio ordinario. Ancora, Cass. pen. Sez. IV, 14 luglio 2015, n. 31920, in CED Cass. 2015, rv. 264420.

¹⁵⁷ 3 A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto*, cit., nota. 36, p. 12.

¹⁵⁸ Per quanto riguarda la disciplina minorile, E. MARZADURI, afferma che “sembra presentare profili di specialità che ne giustificano la sopravvivenza, soprattutto se si considera la fruibilità della clausola di irrilevanza del fatto anche per reati sanzionati con pene superiori ai cinque anni”.

Il mancato coordinamento legislativo tra le due fattispecie non vale per ciò solo a escluderne la possibile applicazione congiunta, soprattutto qualora il Giudice di pace si imbatta in un fatto connotato da tenuità il quale, pur privo di taluno dei requisiti sostanziali e/o processuali dell'art. 34 d.lgs. 274/2000, possieda invece quelli, meno stringenti, di cui all'art. 131 *bis* c.p.¹⁵⁹. D'altro canto, l'interpretazione offerta dalla Cassazione espone l'art. 131 *bis* c.p a possibili censure di costituzionalità¹⁶⁰, poiché l'esclusione dell'efficacia di una causa di non punibilità, prevista in generale dal codice penale, soltanto in ragione della forma procedimentale seguita, si tradurrebbe in un'irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutte le altre cause di non punibilità applicabili in ogni sede, con conseguente violazione dell'art. 3 co. 1 Cost.¹⁶¹.

Inoltre, l'integrazione della disciplina del giudice di pace, risultante dal combinato disposto degli artt. 17 D. lgs n. 274/2000 e dell'art 411 c. p. p., può, secondo tale impostazione, ben essere integrata con la disciplina nuova ed autonoma, e più garantista, dell'art. 411 *bis* c. p.p. Un utile *escamotage* per il superamento di quelle incongruenze della normativa del giudizio onorario, rilevanti nella mancanza di contraddittorio tra le parti, causato dall'assenza dell'udienza.

Armonizzazione necessaria anche nella fase degli atti preliminari al dibattimento, tra gli artt. 469 co. 1 *bis* c. p.p. e 34 D. lgs. 274/2000 sull'audizione della persona offesa prima della pronuncia di non doversi procedere per tenuità del fatto, dove quest'ultimo, è subordinato alla non opposizione dell'imputato e della persona offesa. Medesime argomentazioni in fase dibattimentale, dove l'art. 131 *bis* c. p.p. conduce ad una evidente contrazione delle garanzie delle parti, le quali potranno interloquire circa le formule della decisione, non arrivando però, in alcun modo, ad equivalere quanto previsto nella normativa del giudice di pace.

Problemi ulteriori emergono anche, in tema dei mezzi a disposizione dell'imputato avverso la sentenza di proscioglimento per tenuità del fatto *ex art. 131 bis* c.p.p.: come

¹⁵⁹ Viceversa, la “non perfetta coincidenza dei presupposti” nei due ambiti “potrebbe creare qualche problema sistematico, ove soprattutto si consideri che l'irrelevanza del fatto *ex art. 34* può dover essere applicata anche dal giudice ordinario”, come ad esempio nei casi di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 274 del 2000. G. AMATO, *Rischio incoerenza con la disciplina del giudice di pace*, in *Guida Dir.*, 2015 15, p. 45. Per il giudizio minorile si è osservato come risulti invero poco frequente la presenza di ipotesi in cui vi sia l'esclusione dei presupposti *ex art. 131 bis* c.p. ed invece si ritrovino quelli delineati all'art. 27 D:P:R: 448/1988, post reintroduzione del 1992 S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 170.

¹⁶⁰ A. Di TULLIO D'ELISIIS, *La particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 2 e ss.

¹⁶¹ R. BORSARI, *Commento al d.lgs. 28 del 2015*, in *Legisl. Pen.*, 2016.

per quelle pronunciare dal giudice onorario, l'unico strumento a disposizione sembra dover essere il ricorso per Cassazione.

Considerata la portata anche pratica della questione ed essendo diventato il rito avanti il Giudice di pace un rito alternativo dalla sempre più notevole importanza ed estensione, è oramai divenuto necessario un sollecito intervento chiarificatore del Legislatore. Questo in particolar modo discendente dal fatto che le innegabili peculiarità del procedimento di pace, basti pensare alla preferenza assegnata alle definizioni concordate della vicenda processuale ed al ruolo tutto unico della persona offesa¹⁶², non sembrano tuttavia giustificare una così marcata ed evidente differenziazione prescrittiva¹⁶³. Alcuni dottrina avanza l'idea che sarebbe stato più corretto risolvere il problema, abrogando l'art. 34 D.lgs. n. 274 del 2000, come suggerito da talune precedenti Commissioni ministeriali, anche forzando la direttiva di delega, che non prevedeva alcun coordinamento¹⁶⁴.

La disciplina della speciale tenuità del fatto, nella sua versione di causa di non procedibilità nell'ordinamento penale del Giudice e di pace di causa di non punibilità in quello del procedimento penale a carico degli imputati minorenni, sembra aver trovato nel nuovo art. 131 *bis* c.p. un attento e ricettivo interlocutore con il quale entrare in contatto, armonicamente e, almeno così dovrebbe, senza sovrapposizione, nel progetto deflattivo e votato alla conciliazione.

Risposta alla necessità imperante di un sistema giudiziario come il nostro che, negli ultimi anni, ha dovuto compiere una profonda, e talvolta scomoda, analisi, al fine di scorgere la via più adeguata per garantire la Giustizia, che, recentemente, ha dovuto più volte fare le spese di un apparato oramai tristemente arrivato ad una "autocongestione" sistemica. Via che sembra aver trovato un primo felice traguardo, anche nel diritto penale ordinario, nella disciplina della non punibilità per speciale tenuità.

¹⁶² Il proscioglimento per tenuità del fatto nel procedimento ordinario nasce invece come un "istituto del tutto estraneo rispetto alla funzione conciliativa e di mediazione" come recita la Relazione Palazzo dicembre 2013, cit., a cui ha fatto successivamente eco la successiva Commissione Palazzo del dicembre 2014, "non potendosi generalizzare una sorta di "principio dispositivo" del processo e della punibilità nelle mani della persona offesa [...] al di fuori di specifiche e delimitate previsioni legislative". In dottrina, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 521.

¹⁶³ Sul punto, C. SCACCIAOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 250, G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, cit., p. 20, e *Audizione dei rappresentanti ANM*, cit., p. 5.

¹⁶⁴ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 105, nota 135, dove richiama l'art. 6 del Progetto Canzio novembre 2013, e l'art. 18 del Progetto Fiorella aprile 2013.

CAPITOLO II.

GLI ASPETTI SOSTANZIALI DEL NUOVO ISTITUTO

Sommario: 2.1. Un inquadramento generale; 2.1.1. L'art. 131 bis c.p.: punto di arrivo di un lungo e complesso cammino riformatore; 2.1.2. Il risultato finale della lunga epopea della particolare tenuità del fatto; 2.2. Il contesto costituzionale; 2.3. Natura giuridica e disciplina applicativa; 2.3.1.(Segue):l'applicazione; 2.4. L' ambito di applicazione ed i requisiti strutturali della particolare tenuità; 2.4.1. Il limite astratto della pena edittale 2.4.2. L'indice-criterio della particolare tenuità dell'offesa; 2.4.3. La non abitudine di comportamento; 2.4.3.1. Le questioni relative alle figure di recidiva, concorso, continuazione e reiterazione.

2.1 Un inquadramento generale

Come già ampiamente ricordato in precedenza, il D. lgs. del 16 marzo 2015 n. 28 rappresenta il prodotto delle più mature riflessioni elaborate da diverse commissioni ministeriali¹⁶⁵, composte da più studiosi di diritto penale, che hanno contribuito alla genesi della nota Legge delega n. 67 del 28 aprile 2014 (pubblicata sulla G. U. il 18 marzo 2015 ed entrata in vigore, dopo l'ordinario termine di *vacatio legis*, il 2 aprile) la quale, in particolare per il tema in esame, all'art. 1 co. 1, lett. m), conferiva al Governo delega per “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell’offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per

¹⁶⁵ Il disegno di legge e la sua relazione, in materia di depenalizzazione e deflazione del sistema penale di data 23 aprile 2013 è stato redatto dal Gruppo di studio ministeriale presieduto dal Prof. Antonio Fiorella, istituito con D.M. 14 dicembre 2012, per elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione.

Il progetto in materia di definizione del procedimento penale nei casi di particolare tenuità del fatto del 28 novembre 2013, è stato stilato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Dott. Giovanni Canzio e nominata con D.M. 10 giugno 2013 al fine di elaborare una proposta di interventi in materia di processo penale, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 27 ottobre 2014.

Lo Schema (con relativa relazione) per la stesura di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale del dicembre 2013 è stato predisposto dalla Commissione ministeriale istituita con D.M. 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, la quale è stata chiamata ad elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 10 febbraio 2014.

Lo Schema definitivo della Commissione Palazzo 2014, quella che ha dato la finale sistemazione al testo definitivo della riforma qui in esame.

l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”.

Come acutamente autorevole dottrina ha da sempre sottolineato, valorizzare l'esiguità del reato per ridurre lo spazio occupato dalla pena “è un obiettivo aderente alla piena realizzazione dei principi di offensività e di proporzionalità, oltre che della funzione rieducativa della pena: principi, tutti, che risultano fortemente sacrificati da condanne penali per offese bagatellari, realizzate da autori in concreto non bisognosi di rieducazione e risocializzazione”¹⁶⁶.

Dagli anni 90 si è assistito ad un continuo ed incessante susseguirsi di proposte volte a modificare il sistema penale¹⁶⁷, abbozzando tentativi di trasposizione dell'istituto ex art. 27 D.P.R. 448/1988 nel diritto penale ordinario, e anche, più specificatamente (e con risultati più immediati ad onor del vero) nell'ordinamento del Giudice di pace, in forza della convinzione, anche se non da tutti condivisa, che le clausole di irrilevanza costituissero strumenti irrinunciabili per l'efficienza del sistema stesso¹⁶⁸.

A testimonianza di questa impostazione, già ben prima dell'inizio del nuovo millennio, il progetto governativo C. 4625 *bis*, all'art. 12, presentato dal Guardiasigilli G. M. Flick alla Camera dei deputati nel lontano 1998, aveva l'obiettivo di inserire nel Libro V del codice di procedura penale un nuovo Titolo III *bis*, specificatamente dedicato all'”Irrilevanza penale del fatto”, prevedendo inoltre l'introduzione di un nuovo articolo, l'art. 346 *bis* c.p.p., rubricato “Esclusione della procedibilità per l'irrilevanza penale del fatto”¹⁶⁹. Al comma primo di tale articolo, doveva essere prevista la possibile esclusione della procedibilità, “quando risulta l'irrilevanza penale del fatto”, per “i reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni ovvero una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena”. Pena da determinare, sempre secondo il primo comma, secondo capoverso, ai sensi dell'art. 4 c.p.p.: la sanzione

¹⁶⁶ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Torino 1999, p. 275.

¹⁶⁷ Delinea un excursus su tale trend, P.L. ZANCHETTA, *L'”irrilevanza del fatto” come strumento deflattivo: una via praticabile?*, in *Questione giustizia*, 1990, specificatamente sul punto, p. 117. accurata disamina critica circa la eterogeneità delle formule con cui nel passato si era etichettata tale clausola di non punibilità, E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in (a cura di) N. TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per la tenuità del fatto*, Torino, 2014, pp. 181 e ss.

¹⁶⁸ E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit., p. 2.

¹⁶⁹ Il progetto, molto ampio, “Disposizioni in tema di definizione del contenzioso civile pendente, di procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, di irrilevanza penale del fatto, e di indennità spettanti al giudice di pace. Proroga dell'efficacia del decreto legislativo istitutivo del giudice unico di primo grado” è consultabile in www.senato.it nonché per un commento, P. FERRUA, *La giustizia negoziata del “pacchetto Flick”*, in *Critica del diritto*, 1997, pp. 11 e ss.

stabilita dalla legge per ciascun reato tentato o consumato, senza tenere in considerazione la continuazione, la recidiva o le circostanze, ad eccezione di quelle aggravanti per le quali è stabilita legislativamente una pena di specie diversa da quella ordinaria, e quelle ad effetto speciale.

Il riferimento al limite edittale della pena, affondava le proprie radici nella considerazione, ancora a mio modesto avviso molto attuale, secondo cui i reati connotati da maggiore gravità si prestano malvolentieri a una valutazione gradualistica dell'offesa, non potendo rintracciarsi facilmente l'esiguità della lesione; a tale riflessione se ne accompagnava e accompagna tutt'ora un'ulteriore, molto più pratica: l'istituto troverà la propria ragion d'essere e un'operatività più coerente, in un "terreno criminologico" non connotato da un elevato spessore lesivo del fatto. Al comma secondo veniva tracciata, nei suoi tratti fondamentali, la descrizione di cosa fosse l'irrilevanza del fatto, quali fossero i suoi tratti somatici, mentre al comma 3 venivano identificati i momenti ed i soggetti attori del meccanismo dichiarativo dell'irrilevanza stessa.

Tale istituto trovava poi riscontro in altri artt. del codice di procedura penale: artt. 411, 425, 529 co. 1 ed art. 129.

Leggendo attentamente il "Progetto Flick" immediatamente l'attenzione si focalizza sul fatto il riferimento sia ad una causa di improcedibilità: il mutamento (prettamente lessicale) in causa di non punibilità è avvenuto grazie alla Commissione Giustizia, che ne ha mantenuto invariata la disciplina, operando semplicemente un'attività di mera sostituzione terminologica¹⁷⁰.

Sostituzione che, confluita nella legge n. 479 del 16 dicembre 1999, in sede di lavoro parlamentare, non ha però convinto, venendo stralciata, a testimonianza dell'immaturità delle teorizzazioni sull'irrilevanza, la quale, eccessivamente indeterminata, sembrava incontrollabile, poiché non ancorabile a determinati e precisi obiettivi¹⁷¹.

Eccessiva cautela corroborata dalla disciplina del giudizio penale minorile; quest'ultima aveva mostrato il lato più "pericoloso" della disciplina: una ricaduta in schemi valutativi arbitrari ed imprevedibili¹⁷², in un rischioso e contrastato rapporto con alcuni principi

¹⁷⁰ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 158, nota 29.

¹⁷¹ Sul progetto in questione, S. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica al diritto*, 1998, p. 274.

¹⁷² A. PAGLIANO-M. STANZIOLA, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 614.

costituzionali, in realtà ironicamente ancora oggi presente nella nuova normativa dell'art. 131 *bis* c.p., nonostante questa sia decisamente molto più precisa e definita.

In realtà già il Progetto Flick possedeva un altro livello di precisione e di determinatezza dei requisiti e parametri per l'applicazione dell'irrilevanza del fatto rispetto a quanto previsto per gli imputati minorenni ed anche rispetto alla disciplina che da lì a pochi anni sarebbe stata emanata per il giudizio innanzi al Giudice di pace.¹⁷³ Questi ultimi sono correttamente da considerarsi quali “esperimenti”, utili prove generali per compiere il passo, ben più impegnativo, di introdurre una clausola generale nel giudizio ordinario.¹⁷⁴

Ben presto, dopo l'introduzione dell'istituto nel giudizio onorario, tornarono con rinnovata forza, le richieste, provenienti da numerosi ed eterogenei soggetti, di porre rimedio anche nel panorama penale comune a quello squilibrio, divenuto estremamente evidente, tra una domanda penale in continua crescita e le limitate risorse predisposte per fronteggiarla: questo nonostante autorevoli autori avessero affermato che l'istituto disciplinato all'art. 34 D.lgs. n. 274 del 2000 non aveva dato i riscontri sperati, non superando quelli che in molti hanno definito il “banco di prova” dell'irrilevanza.¹⁷⁵

E' preliminare sottolineare come la proposta di legge Ferranti e altri, presentata il 18 marzo 2013, “madre” della L. n. 67 del 2014, non prevedeva l'istituto della particolare tenuità del fatto, non facendovi accenno neanche nel testo unificato approvato alla Camera dei deputati e trasmesso alla Presidenza del Senato, il 5 luglio 2013. Questa si occupava, quasi esclusivamente, delle pene detentive non carcerarie, (ironicamente non venute alla luce nel momento di esecuzione della delega), della messa alla prova per adulti e delle sospensione del procedimento nei confronti dei soggetti irreperibili¹⁷⁶.

¹⁷³ L'esigenza di tipizzare i requisiti del “fatto bagatellare” era stata ben già avvertita dal Legislatore del 2000: a questo si deve la maggiore scrupolosità definitoria con cui sono state tracciate le coordinate, rispetto a quanto previsto nel giudizio minorile.

¹⁷⁴ La stessa Relazione al D. lgs 274/2000 chiariva tale natura sperimentale, “Un modello di giustizia penale affatto diverso da quello tradizionale, destinato ad affiancarsi a quest'ultimo in funzione ancillare, ma suscettibile di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la sua positiva sperimentazione sul campo della prassi.”

¹⁷⁵ G. DI CHIARA, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrilevanza del fatto alla mediazione, in Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno, Lecce, 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012, pp. 332 e ss.

¹⁷⁶ Come osserva A. GULLO, *Il particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, p. 7, tale Progetto è la pedissequa riproduzione della legge Severino, della precedente legislatura ed arrivato vicino all'approvazione definitiva. Atto C. 5019 bis, XIV legislatura.

Fu proprio con il passaggio al Senato, la cui Commissione propose, durante la discussione del testo approvato dalla Camera sul tema della depenalizzazione in astratto, nella persona dell'Onorevole Casson, un emendamento volto ad introdurre la particolare tenuità del fatto, accanto all'originale figura dell'illecito civile punitivo, che si iniziarono a tratteggiarne i contorni.

Il nuovo testo, completo di tale importante modifica, fu approvato dall'altra Camera del Parlamento, il 2 aprile 2014, nella febbrile necessità di ottemperare alla Sentenza Torreggiani, il cui termine annuale di scadenza era alle porte (il 28 maggio 2014).

La L. 28 aprile 2014, n. 67 e, nello specifico, gli artt. 1 e 2 afferenti le deleghe in materia di diritto penale sostanziale, hanno anticipato l'introduzione nell'ordinamento di un istituto "reclamato ormai da decenni e proposto praticamente in moltissimi progetti di riforma"¹⁷⁷.

Introduzione che non può definirsi quindi inattesa, essendo ampiamente voluta anche grazie ai risultati, non sempre giudicati positivi da tutta la dottrina, che le due figure affini del diritto minorile e nel sistema penale del Giudice di pace avevano da tempo ottenuto¹⁷⁸.

In particolare la Relazione all'art. 34 del D.lgs 274/2000 già chiaramente si esprimeva nel senso che l'istituto ivi disciplinato, "pur in un'orbita circoscritta e limitata", avrebbe potuto rappresentare ottimo banco di prova per l'applicazione di un istituto quale quello della particolare tenuità del fatto, in un'ottica di futura estensione, anche nel diritto penale comune¹⁷⁹.

Anche nelle aule dei Tribunali si era già più volte sottolineato come l'inserimento di uno strumento normativo idoneo a sottrarre alla sanzione penale quelle situazioni connotate da un disvalore "minimo", ma riconducibili, in astratto, a fattispecie incriminatrici tipiche, fosse oramai divenuto necessità primaria. Un istituto che non comportasse "la depenalizzazione di alcuna categoria di illecito penale, essendo rimesso comunque al magistrato, attraverso un procedimento interamente giurisdizionalizzato, l'apprezzamento, concretamente caso per caso, della non punibilità"¹⁸⁰.

¹⁷⁷ F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit. pp. 149 e ss.

¹⁷⁸ Ricco di spunti di riflessione, G. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15.

¹⁷⁹ RELAZIONE, al D.lgs n. 274 del 2000, in *www.penale.it*, p. 40

¹⁸⁰ In particolare, sull'argomento in esame, si veda lo Schema di decreto legislativo (con allegata Relazione) recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. m, della legge 28 aprile 2014, n. 67" approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 1° dicembre 2014, che ha recepito "... le proposte elaborate dalla Commissione

L'introduzione di una clausola di tenuità risultava dettata da richieste di reale giustizia quotidianamente sperimentate nelle aule giudiziarie, dove “la stridente contraddizione di un'applicazione di sanzioni formalmente ineccepibili ma obiettivamente sproporzionate alle reali dimensioni dei fatti oggetto dei giudizi, costituisce una delle principali disfunzioni del sistema (rispetto ai valori costituzionali, alle logiche normative ed al comune sentire dei cittadini), fonte di tensione del principio dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e a volte anche di forzature interpretative”¹⁸¹.

Un grave e cronico malfunzionamento, che portiamo con noi da tempo, del processo penale (ma che appartiene tristemente anche a quello civile)¹⁸², troppo lento¹⁸³ e macchinoso, tramutatosi recentemente in una vera e propria crisi: desolata ¹⁸⁴, pallida immagine di una procedura che non può più serenamente definirsi tale, “irta di sterili adempimenti, costretta a ogni piè sospinto ad interrogarsi sulla propria legittimità.”¹⁸⁵

Problema acuitosi negli ultimi anni, quando, la scarsità di risorse umane e materiali, accompagnate dalla congestione sistemica sofferta dall'apparato amministrativo burocratico, non hanno più consentito l'ordinario, celere ed imparziale smaltimento del carico giudiziario¹⁸⁶. A questo si ispirano le sempre più frequenti e pressanti richieste di finanziamento della giustizia: basti osservare, dati alla mano, l'aumento, presentato nella Relazioni del Procuratore generale presso la Corte di Cassazioni, avvenuto nell'anno intercorrente tra il 2001 ed il 2002: un aumento del 3. 8%.

ministeriale nominata con D.M. 27 maggio 2014 per l'elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28 aprile 2014, n. 67, in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione, Commissione presieduta dal Prof. Francesco Palazzo", (in www.senato.it) e successivamente su audizione dei rappresentanti ANM in Commissione giustizia della Camera dei Deputati , 27 gennaio 2015.

¹⁸¹ P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit. che richiama lo *Schema di decreto legislativo*, cit..

¹⁸² S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia.: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1988, p. 753. crisi che è testimoniata anche dalla comparsa nelle librerie, di manuali si “self help giudiziario”, M. VIETTI, *Facciamo giustizia. Istruzioni per l'uso del sistema giudiziario*, in *Itinerari*, 2013, Università Bocconi, Milano; ancora, G. CENTRONE, *Difendiamoci dalla malagiustizia*, Roma, 2004.

¹⁸³ Come già sottolineava tempo addietro G. CONSO, “*Tempo e giustizia*” nel processo penale, in *Giur. it.*, 1967, IV c. , 154 e ss.. Il tema della lentezza dei processi, e le sue ricadute sulle esigenze, frustrate, della collettività a causa della ordinaria disfunzionalità del sistema, V. GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, c. 586 e ss.

¹⁸⁴ L. MARINI e L.PEPINO, *Crisi di un modello o crisi del processo?*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 1017.

¹⁸⁵ P. FERRUA, *Il processo penale*, in *Aa. Vv.*, (a cura di) L. PEPINO, *Attacco ai diritti.*, Bari, 2003, p. 79

¹⁸⁶ La crisi del sistema, le sue cause e le sue conseguenze sono affrontate efficacemente da M. CHIAVARIO, *Garanzia ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 1998, pp. 129 e ss.

La ricerca di una ritrovata efficienza, forgiata sulla diade economia e ragionevole durata, in un estremo sforzo di razionalizzazione delle risorse a disposizione del sistema: il funzionamento al meglio delle possibilità dell'apparato processuale con tempistiche celeri e quindi qualitativamente economiche nonché, ed è questo l'aspetto che più direttamente afferisce all'istituto della particolarità del fatto, fondato su una selezione delle ipotesi per le quali le energie disponibili (scarse) meritino di essere prudentemente utilizzate.

Semplificazione, deflazione e dinamiche processuali, sono i concetti ispiratori ai quali il Legislatore, negli ultimi anni, ha fatto riferimento per disegnare le riforme strategicamente e qualitativamente migliori per far funzionare al meglio il processo penale.¹⁸⁷

Tali richieste di giustizia sono difatti corroborate dalla coscienza dogmatica dell'impossibilità, anche per la più evoluta e raffinata tecnica di tipizzazione penale, di impedire che nella fattispecie astratta legislativa possano ricondursi ipotesi concretamente bagatellari¹⁸⁸.

Una clausola generale di esiguità che trae la propria giustificazione da ragioni pratiche e di principio, volte a contrastare la crescita esponenziale di criminalità, che si manifesta nelle forme delle fattispecie legali, ma che è caratterizzata dall'esiguità del reato, la quale ha portato a quella che i tecnici hanno definito, "ipertrofia verticale" del diritto penale, con effetti devastanti sull'efficienza dei procedimenti penali¹⁸⁹, a cui si è tentato di porre un argine, attraverso una selezione operata dagli inquirenti, però inevitabilmente sottoposta alla sensibilità e discrezionalità del singolo magistrato.

Diversi ed eterogenei erano per ciò gli scopi e le necessità a cui la riforma era chiamata a dare attuazione, con il dovere di condurre una radicale modifica del sistema tenendo unite ed in costante e reciproco dialogo le dimensioni e le richieste sostanziali e processuali.

¹⁸⁷ Sull'argomento, C. CESARI, *Ragioni e tecniche del pragmatismo processualpenalistico*, in *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pp. 5 e ss. Per una panoramica generale sui disegni di legge per estendere tale clausola al giudizio ordinario, con una trattazione che scandaglia le motivazioni, le direttive a cui si sono ispirati i disegni di legge e le diverse Commissioni, E. TURCO, *I prodromi della riforma*, cit.

¹⁸⁸ G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016", in *Riv. Dir. Pen. Cont.* F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venturose*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, pp. 1706 e ss.

¹⁸⁹ R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., p. 1474 e ss. P.L. ZANCHETTA, *L'irrilevanza penale del fatto come strumento deflattivo: una via praticabile?*, in *Quest. Giust.*, 1990, pp. 107 e ss.

Come già detto precedentemente, si ricava dalla Relazione illustrativa che accompagna la bozza del D. lgs. istitutivo¹⁹⁰, come i principi di proporzione, che dovrebbe fondare l'intervento punitivo dello Stato, e di economia processuale, con la sua finalità di natura processuale di deflazionare il carico giudiziario per riportare ad efficienza il sistema¹⁹¹, affiancati alle istanze di politica- criminale forgiate sul concetto dell'*ultima ratio* e realmente possidenti piena ed effettiva “dignità costituzionale”, abbiano trovato nell'introduzione dell'istituto in esame, una loro più completa manifestazione e sistemazione di rango legislativo¹⁹².

Altra dottrina ha rintracciato nella riforma argomenti validi a sostegno della necessità di riportare la risposta sanzionatoria ad una dimensione mite¹⁹³, nel tentativo di tracciare una marcata linea di distinzione tra l'inoffensività e la particolare tenuità del fatto, in quanto quest'ultima va ricordato, trova il suo terreno di applicazione in presenza di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole e soprattutto di un'offesa, seppur tenue. L'in offensività invece, come emerge chiaramente dal suo enunciato normativo del reato impossibile *ex art. 49 c. p.* e ancor maggiormente dal principio costituzionale dell'offensività, presuppone l'esistenza di un fatto non offensivo¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Dalla RELAZIONE, “*Diversamente, l'istituto in questione della “irrelevanza” per particolare tenuità presuppone un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale..*”

¹⁹¹ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venturose*, cit. p. 1707. C. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *Riv. Dir. Pen. cont.*, 8 luglio 2015, p. 3. R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in (a cura di) DE FRANCESCO-VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, pp. 101 ss.

¹⁹² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venturose*, cit., p. 1707.

¹⁹³ C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, p. 517.

¹⁹⁴ Sul tema della rilevanza penale caratterizzata da offese minime, e quindi una precisa ricostruzione della diversità tra particolare tenuità del fatto ed inoffensività, Sulla necessità di tenere distinte le due situazioni, pur nella consapevolezza della loro contiguità sul piano applicativo, S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività*, cit., p. 2079. Contra G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, pp. 569 ss., secondo i quali esiguità e inoffensività coincidono. In tema di furto, V. MANZINI, *Diritto penale*, Torino, 1938, vol. IX, pp. 24 e ss. Ancora, più recentemente, a proposito dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. e la sua applicabilità alla fattispecie di furto consumato in un supermercato di beni di prima necessità, *per tabulas* esclusa in quanto tale ipotesi è quasi sempre aggravata *ex art. 625 co. 1 n. 2 c.p.p.* in quanto presente una circostanza ad effetto speciale. Cass. Pen. Sez. Unite, 16 dicembre 2014, ud. 17 luglio 2014, Prevede, s. n. 521172014. nota di M. C. AMOROSO, *Furto in supermercato sotto il controllo del personale di vigilanza*, in *Cass. Pen.*, III/55/2015 fasc. 6, sez 2, pp. 2175 e ss. Parte della dottrina I. RUSSO, *D. lgs. 16 marzo 2015, n. 28 : disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto: osservazioni a prima lettura*, in www.archiviopenale.it, p. 1, nonché AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto..*, cit., p. 976, ha evidenziato l'incongruenza che consegue al fatto che, mentre a fronte di un proscioglimento per reato c.d. impossibile ai sensi dell'art. 49, comma 2, c.p., può applicarsi all'imputato una misura di sicurezza, ai sensi del comma,; in caso di riscontro della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p. invece il proscioglimento sarà pieno, però fatti salvi gli effetti latamente penali che conseguono alla citata sentenza.

Come già osservato nel primo capitolo, in cui si è trattato approfonditamente del valore e ruolo del principio dell'offensività, si può compiere un'ulteriore riflessione, anche attraverso l'attenta analisi di quanto scritto e già ricordato, da G. Neppi Modona, ne "Il reato impossibile." Il *discrimen*, sottile e di difficile individuazione, tra irrilevanza ed inoffensività si sostanzia nel rapporto intercorrente tra conformità e lesività del fatto: la graduabilità dell'offesa, che si riverbera in una concezione gradualistica del reato¹⁹⁵, fa sì che fattispecie, perfettamente rientranti nel "tipo" astratto, ma caratterizzate dall'esiguità del disvalore, trovino una loro precisa e diversa collocazione.¹⁹⁶

Come sottolineato dalla maggioranza della dottrina, a detta diversità, cristallina su di un piano concettuale astratto¹⁹⁷, non sempre corrisponde e corrisponderà un' altrettanto chiara demarcazione pratico-applicativa, dal momento che, entrambi i giudizi, convergono sul medesimo aspetto: l'offesa al bene giuridico.

Per mantenere ferma detta differenziazione, si è già a più riprese manifestato il timore tra autorevoli studiosi che, in presenza di fatti minimamente offensivi, prima dell'introduzione del nuovo istituto usualmente ricondotti nell'alveo dell'art. 49 co. 2 c.p in quanto caratterizzati da offesa tanto minima da essere considerata come assente, la giurisprudenza tenda a privilegiare la tenuità rispetto all'assoluzione per insussistenza del fatto, vanificando così l'attuazione del principio di offensività. Rispetto allo sforzo di dimostrare la sussistenza di un fatto corrispondente al tipo ma inoffensivo, risulta ben più agevole pronunciare la tenuità dell'offesa, peraltro favorita dalle previsioni in forza delle quali il fatto tenue mantiene inalterate i propri effetti extrapenalici, e la ferma possibilità di punire il colpevole qualora questi commetta nuovamente il medesimo reato, come previsto all'art. 131 *bis* co. 3 c.p.¹⁹⁸.

¹⁹⁵ SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica*, in (a cura di) BERTOLINO, FORTI, EUSEBI, *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.

¹⁹⁶ Sulla definizione dei reati bagatellari "impropri", ZIPF, *Politica criminale*, p. 193, che fa riferimento ai reati "eigentiliche" ed "uneigentiliche"; KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 26,27; 57-61, parla invece di reati autonomi, "selbständige", e di reati non autonomi, "unselbständige".

¹⁹⁷ Cass. 10 novembre 2015, n. 5254, P, in *Foro it, Arch.*, che escludendo la rilevanza penale di una coltivazione di canapa, nonostante il riconoscimento dell'effetto drogante, in forza della modestissima entità, traccia la linea di demarcazione tra le due ipotesi. Sulla medesima fattispecie, cass. Pen. 17 febbraio 2011, Marino, *Guida al diritto*, fasc. 36, p. 87, con nota di G. AMATO. La Corte, Cass. pen. Sez. III, 24 aprile 2015, n. 47256 tentando un' interpretazione univoca, ha affermato come sia possibile parlare di condotta inoffensiva solo laddove il *vulnus* che la condotta posta in essere ha arrecato al bene interesse tutelato sia effettivamente irrilevante o inesistente, trattandosi di condotte non idonee a cagionare la predetta lesione. Così, anche Corte di cassazione, Sezione V, 26 gennaio 2015, n. 3562; *idem*, Sezione III, 6 marzo 2006, n. 7820

¹⁹⁸ V. Cass. SU 20 dicembre 2012, Vattani e altro, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2013, con commento di G. CARUSO, *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati. Alcune riflessioni sul principio di offensività*. Il caso in questione riguardava il reato di peculato per

L'art. 131 *bis* c.p., ha quindi avuto il compito di calarsi in quella zona grigia ed intermedia tra inoffensività e particolare tenuità dell'offesa, per correggere una prassi giurisprudenziale¹⁹⁹, in passato molto frequente, di equiparazione tra le due situazioni con la conseguente riconduzione nell'alveo dell'art. 49 c. p. di casi in cui l'offesa era invero tenuamente presente²⁰⁰.

Un grande merito della disciplina in questione, che verrà trattato più approfonditamente con l'ausilio di un'attenta esegesi del testo dell' articolo, è certamente quello di aver creato un istituto capace di selezionare le fattispecie bagatellari e di sottrarle alla sanzione allorquando la tenuità dell'ipotesi lo consenta, in uno sforzo estremo di razionalizzazione del sistema per perseguire quella finalità deflattiva intrinsecamente radicata nell' art. 131 *bis* c.p.²⁰¹.

Non è però quello più interessante, in quanto la vera novità, come osservato da diversa autorevole dottrina²⁰², è quello di aver introdotto nella parte generale del codice, per la

uso personale del telefono dell'ufficio; le Sezioni Unite hanno prima ricondotto il fatto alla fattispecie del peculato d'uso, i cui limiti di pena si collocano all'interno della soglia dell'art. 131 *bis* c.p. La conclusione si è poi tuttavia rivelata di segno diverso, ovverosia è stata riconosciuta l'irrelevanza penale del fatto, poiché inoffensivo, in quanto la condotta è stata valutata si a fine personali, ma economicamente e funzionalmente non significativa: si apre a un ventaglio di soluzioni estremamente variegata, con problemi evidenti sul fronte della determinatezza, in quanto l' insignificanza può tradursi in non offensività o tenuità del fatto e, in quest'ultimo caso, acquisire valore anche solo attenuante. Mantiene invece ben salda la differenza concettuale e applicativa delle due "categorie" Cass. Pen. Del 9 febbraio .2016 n. 5254, in *Plurisonline*.

¹⁹⁹ Oltre alla sentenza richiamata a §120, un esempio tra tutti, Trib Roma, 2 maggio 2000, in Cass. Pen. 2001, p. 2535, con nota di C.F. GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale del fatto?.* Il Tribunale di Roma, con la sentenza del 2 maggio del 2000 qualificò come reato impossibile il furto di merce di modesto valore, che oggi la giurisprudenza di merito fa rientrare pacificamente nell'ambito della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Più risalenti, Cass. 30 settembre 1981, in Cass. Pen 1983, p. 70; Cass. 15 maggio 1989, *ivi*, 1991, p.572; Cass. 17 dicembre 2004, in RP 2005, p. 419. Anche la Corte costituzionale fu incline a ritenere che la valutazione del giudice sulla effettiva inoffensività si fondasse sull'art. 49 co. 2 c.p.. Da ultimo C. cost., 21 maggio 2014 n. 139; ma già prima, C. cost., 6 ottobre 1988, in *Rivista Penale* 1989, p. 186 e ss. Tra gli studi, F. C. GROSSO, componente della Sotto- Commissione Grosso, con F. PALAZZO, , F. SICILIANO, nel documento per la riforma del codice penale, ha condotto un'interessante nonché estremamente precisa distinzione tra le due figure di inoffensività ed irrilevanza. Il testo completo, lo si reperisce in www.giustizia.it. Come afferma V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit. p. 252, si è finalmente giunti all'enucleazione delle ipotesi connotate da inoffensività quali condotte atipiche, in quanto l'offensività è requisito fondante la tipicità.

²⁰⁰ Precisazione presente in maniera limpida e cristallina nella RELAZIONE, cit., al punto 2 , dove viene chiarita la sostanziale diversità dell'istituto dell'"inoffensività del fatto" da quello dell'"irrilevanza del fatto". Un fatto è inoffensivo ed atipico in quanto è assente un elemento costitutivo e non vi quindi la sussistenza di un reato. Largamente sul tema, F. STELLA (agg. F. D'Alessandro), *sub art. 49 c.p.*, in *Commento*, Crespi-Forti-Zuccalà al Cp, Padova 2008, pp.180 e ss. Ha affrontato più pragmaticamente l'argomento, R. BARTOLI, *Il concetto di offensività "in concreto" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *Studium Iuris* 2007, pp. 423 e ss.

²⁰¹ F. CAPIROLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 8 luglio 2015, p. 3.

²⁰² GALLO , *I reati di pericolo* , in *Foro pen.*, 1969, spec. 8 ss. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del*

prima volta, la nozione di offesa ed il relativo principio che la sostiene, che, come già è stato ampiamente sottolineato nella premessa di questo lavoro, era sempre stato accettato, ma ricavato solo implicitamente dalle pieghe del sostrato costituzionale.

2.1.1 L'art. 131 bis c.p.: punto di arrivo di un lungo e complesso cammino riformatore

Quello che è curioso sottolineare, come si evince dai numerosi contributi che hanno accolto la disposizione in esame, è come questo inestimabile passo, richiesto a gran voce da decenni, sia avvenuto non in forza di quelli appositi progetti di riforma a livello costituzionale, processuale o sostanziale.

Compiendo un passo all'indietro nel tempo, si osserva come un'ipotesi "generale" di particolare tenuità per irrilevanza del fatto, sia stata sempre stata presente in tutti i recenti progetti di riforma del codice e del sistema sanzionatorio, soprattutto sul fronte della depenalizzazione²⁰³.

Ad esempio il Progetto preliminare di revisione della Costituzione approvato in data 4 novembre 1997 dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali²⁰⁴; il

reato, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 1973, p.14 ss., p. 82 ss. G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 103 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, Milano, 2013, pp. 4 ss.

²⁰³ A tale proposito, A. CISTERNA, *Tenuità del fatto quel dilemma della depenalizzazione*, in *Guida dir.*, 2015, n. 190, riportando le tappe dello schema governativo sfociato nella L. Delega in esame, offre una ricostruzione precisa dell'iter: l'approvazione delle Camere, accompagnata però da osservazioni che reclamavano la necessità di definire i presupposti, al fine di sventare qualsiasi rischio di ricaduta nella depenalizzazione astratta e non concreta. Osservazioni fatte proprie dal testo definitivo, in cui si è operato un notevole miglioramento in tema di definizione; sono stati arricchiti e precisati i requisiti, con il rinvio ai criteri di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p., alla presunzione della non tenuità dell'offesa, una definizione (seppur ancor vaga) del presupposto della non abitualità...

²⁰⁴ Sul tema, RAMACCI, *Il progetto della "Bicamerale"*, in *Studi Senesi*, 1998, vol.2, pp. 211 ss. v. il numero di Nomos dedicato ai lavori della Commissione Bicamerale per le riforme istituzionale, Roma 1997; V. ATRIPALDI - R. BIFULCO, *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura. Cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Torino 1998; Ancora, *Riflessioni sulla forma di Stato proposta dalla Commissione Bicamerale*, (a cura di) G. ZACCARIA, Padova 1998

Progetto Pagliaro²⁰⁵, il Progetto Riz²⁰⁶, il Progetto Grosso²⁰⁷, il Progetto Nordio²⁰⁸ (il quale ha introdotto l'innovativo istituto del perdono giudiziale, ma che non faceva il minimo cenno alla particolare tenuità del fatto poiché se ne occupava la Commissione di riforma del codice di procedura penale, il cui presidente era il prof. A. Dalia,²⁰⁹ ed infine il Progetto Pisapia²¹⁰, il Progetto Riccio²¹¹ ed il Progetto Palazzo 2013.

Il progetto Grosso in particolare ha per primo previsto, all'art. 74 (nella versione del 2000-2001), l'applicazione di detta figura di particolare tenuità solo alla presenza di

²⁰⁵ PAGLIARO, *Schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind.Pen.*, 1994, pp. 244 ss.

²⁰⁶ RIZ, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, in *Ind.Pen.*, 1994, pp. 207 ss.

²⁰⁷ Commissione presieduta dal Dott. GROSSO, 1 ottobre 1998, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, allegato alla Relazione del 15 luglio 1999. Testo consultabile *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 2001, p. 574 e ss. la versione più nota di tale Progetto è sicuramente quella del 2001, contenuta nel volume, (a cura di C. DE MAGLIE- S. SEMINARA), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002, pp. 270 e ss. In commento al progetto, S. CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2001, pp. 884 e ss. Ancora, F. CAPRIOLI- G. MELILLO- F. RUGGIERI- G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 3497, nota 1.

²⁰⁸ È interessante su tale lavoro il commento svolto da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, pp. 267 ss. A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.* 2005 p. 4 e ss. ID., *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 244 e ss.

²⁰⁹ La commissione Dalia non prendeva posizione sulla natura della causa, costruendo invece un'ipotesi di archiviazione della notizia di reato, predibattimentale ex art. 449 del Progetto di riforma, in udienza preliminare con una sentenza di non luogo a procedere ex art. 467 del Progetto e dibattimentale ai sensi dell'art. 515 del Progetto con sentenza di proscioglimento, che ricalcavano in larga parte la disciplina prevista all'art. 34 del D.lgs. n. 274 del 2000. interessante è il fatto che in tali articoli venivano ripresi quei criteri "elastici nonché soggettivissimi" quali l'occasionalità del comportamento, esigenze di studio, lavoro... già indicati come eccessivamente evanescenti nelle discipline del giudizio minorile e onorario e criticati da ampia dottrina CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Declaratoria di non punibilità*, cit., in *Cass. Pen.*, p. 1338.

²¹⁰ Lo schema di disegno di legge e relativa Relazione sono consultabili sul sito www.giustizia.it. In commento al progetto, C.F. GROSSO, *Brevi considerazioni di insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 1389 ss. Ancora, CATENACCI, *Brevi osservazioni in merito al principio di offensività nello schema di legge delega per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale predisposto dalla Commissione Pisapia*, Siracusa, 2007. si vedano inoltre le Relazioni tenute presso il Seminario dei Professori di Diritto Penale "Esame e valutazione dello Schema di disegno di legge delega della Commissione Pisapia", presso ISISC di Siracusa, giugno 2007, consultabili al sito, www.isisc.org. La commissione aveva anche previsto la modificazione dell'art. 538 c.p.p. Prevedendo la necessaria e contestuale pronuncia in sede civile, e la valenza di giudicato della pronuncia sulla tenuità in sede amministrativa e civile, come le sentenze di condanna. Profili che però non hanno poi trovato sbocco reale, se non diversi con la L. 67/2014.

²¹¹ Questo, al pari del progetto Dalia, coinvolgeva e riguardava il profilo strettamente processuale e nella direttiva 63.1 introduceva, nel medesimo solco, la declaratoria di tenuità, "nelle forme tradizionali della procedura di archiviazione" che si affiancava a quanto previsto ex direttiva 26.2 riguardo le pronunce di non luogo a procedere all'esito dell'udienza preliminare e di proscioglimento dopo il dibattimento. Progetti di riforma radicale che non altera tuttavia il tessuto codicistico nella sostanza, promuovendo la riforma degli articoli interessati: artt. 129, 425 co. 1 c.p.p. e art. 125 disp. Att. c.p.p. nonché l'introduzione di un nuovo art., 530 bis c.p.p. Chiara testimonianza della volontà di inquadramento sostanziale della nuova disciplina: "in quanto causa di improcedibilità, è scontato che la modesta offensività della condotta criminosa avrebbe potuto e dovuto essere annoverata tra i presupposti di legittima rinuncia alla *potestas agendi*; ma la scelta di configurare la particolare tenuità

particolari condizioni riferite alla figura dell'autore, riproponendo criteri evanescenti ed elastici, già presenti nel giudizio penale minorile e onorario, considerati pericolosi e di facile sfuggenza, alla presenza di precisi reati, punibili con pena detentiva non superiore, nel massimo a due anni. Tecnica mutuata anche dal Progetto Pisapia, che all'art. 3, lett. b), fa riferimento, nella propria rubrica “Principio di offensività. Irrilevanza del fatto”, subordina l'applicazione dell'istituto alla operatività dei due criteri di tenuità dell'offesa e dell'occasionalità del comportamento. Formulazione che implicitamente richiedeva ulteriori affinamenti, colti, seppur in maniera stringata nella formulazione conclusiva della L. n. 67 del 2014, che invece per l'istituto operante nel giudizio penale innanzi al Giudice di pace era stata oggetto di una lunga e decisamente molto articolata discussione.

Nel tentativo di scongiurare valutazioni discriminatorie legate in maniera esclusiva alla soggettività del reo, anche il requisito della colpevolezza è stato espunto dal Progetto Pisapia, venendo ad essere ricavato dalla valutazione delle modalità della condotta. È stato inoltre superato l'orientamento, ancora presente nel Progetto Grosso, secondo cui al di sopra di determinate soglie, la particolare tenuità non poteva rintracciarsi, affidando al vaglio della tenuità il dovere di escludere tale istituto per i reati più gravi: una valutazione da farsi in assoluto, non a monte in riferimento a determinati interessi tutelati dalla norma incriminatrice, come era stato invece avanzato dalla Commissione Dalia.

La Commissione Pisapia dovette poi sintetizzare il precipitato delle riflessioni ministeriali fino a quel momento svolte in tema di archiviazione: riconduzione alla categoria “tradizionale” che ai proponenti appariva necessaria per salvaguardare il fine efficientista, motore di tutte le riforme allora poste in essere. Questo però poneva interrogativi di non facile soluzione rispetto alla necessaria statuizione sulla responsabilità dell'indagato, logicamente prodromica rispetto a qualsiasi vaglio circa la tenuità, e implicitamente richiedente per ciò l'azione penale, svuotando di significato però allo stesso tempo, quel tentativo deflattivo cardine del Progetto stesso²¹².

del fatto come causa di non punibilità non impedisce di prevedere che la tenuità venga ugualmente dichiarata con archiviazione”, Il progetto non ha mai visto la luce, complice la caduta del governo Prodi.

²¹² Secondo C. CESARI, *Le clause di irrilevanza*, cit., p. 270. la verifica della responsabilità dell'indagato da parte dell'organo giudiziario è logicamente necessaria, in quanto è insito nello stesso istituto un'analisi nel concreto, dell'atteggiarsi di una fattispecie astratta, al fine di riscontrare o meno la tenuità dell'offesa, ma soprattutto per non vulnerare la possibilità, esiziale per ogni soggetto sottoposto ad indagini, di essere sentito e messo nelle condizioni di fondare la sua difesa. Anche F.

Un “cane che si morde la coda”, in quanto l'azione penale e la necessità di una pronuncia di non luogo a procedere al termine dell'udienza preliminare che accerta, seppur sommariamente, la responsabilità del reo o una sentenza di proscioglimento al termine della fase dibattimentale, sembravano essere le uniche vie logicamente e giuridicamente accettabili²¹³. Tale considerazione è stata rifiutata dalla Commissione Pisapia, la quale invece ha sottolineato la possibilità per il pubblico ministero di valutare, già in sede di archiviazione, la superfluità o meno del dibattimento in forza della esigua offensività del fatto, ponendo la responsabilità quale “mera ipotesi”. Possibilità di una pronuncia di proscioglimento nella fase delle indagini preliminari, che in ambito di giustizia minorile era stata salvata dalla Corte Costituzionale, in quanto sentenza “in ipotesi di responsabilità” non confliggente con alcuno dei principi della Carta²¹⁴.

Impostazione che non vacilla nemmeno alla presenza di obiezioni rivolte alla possibile deriva stigmatizzante che potrebbe comportare una pronuncia assunta in sede archiviativa, nei confronti di un soggetto su cui permarrrebbe un alone di sospetto in presenza di tale provvedimento: questo in quanto non sono nuove ipotesi in cui non vi è la prosecuzione del procedimento, in forza della mancanza di determinati requisiti “quantitativi” (la condotta è stata realizzata, ma non in misura punibile) o perché un fatto riprovevole, commesso dal reo, non è però previsto come reato. In tali ipotesi non è mai stato messo in dubbio il non potersi richiedere un'indagine completa da parte del soggetto inquirente. In base a tale *iter* argomentativo i proponenti hanno svuotato di senso critico i timori di coloro che paventavano derive stigmatizzanti anche solo *latu*

CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, p. 12, sottolinea la motivazione giuridica di tale impostazione: una decisione di tenuità del fatto, invero assunta in sede di archiviazione predibattimentale, comporterebbe in ogni caso una valutazione “unilaterale” di addebito, agendo in ogni caso sulla reputazione ed onorabilità di un soggetto, non posto nelle condizioni di difendersi. La necessità, in forza di principi costituzionali di difesa, di presunzione di innocenza e del giusto processo, di un rinvio a giudizio da parte del Pubblico Ministero.

²¹³ F. CAPRIOLI- G. MELILLO- F. RUGGIERI- G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto*, cit., pp. 3502 e ss. qui gli Autori sottolineano un ulteriore problema di tale impostazione: il rischio di affidare alla discrezionalità dell'inquirente la scelta di quali fatti perseguire, in maniera prioritaria, potendo sfociare in una sottrazione al controllo giurisdizionali di fatti che secondo il pm non rilevano in maniera urgente, data la loro scarsa offensività. Il rischio è che la pubblica accusa, piuttosto che procedere all'azione penale, destinata secondo il suo apprezzamento a concludersi con un proscioglimento, preferisca lasciare in attesa, fatti che essendo tenui non meritano secondo lui, un giudizio immediato, o destinati all'applicazione del Modello 45. frustrazione di tutti quei principi costituzionali per cui si è tanto lottato.

²¹⁴ Corte Cost. 22 ottobre 1997, n. 311. “E' evidente che il giudice delle indagini preliminari è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta del pubblico ministero in astratto ed assumendo l'ipotesi accusatoria, per l'appunto, come mera ipotesi, e non dopo aver accertato in concreto che il fatto è stato effettivamente commesso e che l'imputato ne porta la responsabilità.”

sensu delle pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., tuttavia non mancando di sottolineare, a ragione, l'incoerenza in alcuni punti di tale “difesa”²¹⁵.

Difesa anche di un altro soggetto che potrebbe astrattamente essere messa in discussione dalla richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero. Vi è un evidente rischio di deriva pericolosa per la tutela della vittima, a cui, ferma restando la tutela in sede civile, ribadita secondo il prof. Palazzo “inutilmente”, l'esigenze dei soggetti offesi sarebbero soddisfatte dal semplice sistema accusatorio e da un sì complesso apparato di ascolto sociale di sostegno per tali individui, con possibilità di utilizzare lo strumento della mediazione, ma che comporta, nella pratica, una privazione della possibilità di opporsi a tale richiesta dell'organo inquirente, allegando elementi a proprio sostegno. Non è, si badi bene, fornire la possibilità alla vittima ed all'indagato di ricorrere al veto²¹⁶, comportando l'impossibile operare dell'archiviazione e rendere necessaria sempre un contraddittorio in udienza, bensì la possibilità di essere sentiti dal giudice in camera d'udienza²¹⁷, prima che il giudice si pronunci sull'archiviazione, e di ottenere che l'organo giudicante possa eventualmente rimettere gli atti al pubblico ministero.

È quindi ad una lunga ed evolutiva impostazione dei più recenti progetti di riforma che si è riferito la Commissione Palazzo definitiva del 2014²¹⁸, per la riforma del sistema sanzionatorio penale, riferendosi tuttavia a diversi criteri: si parla invero di “minima gravità dell'offesa e della colpevolezza”²¹⁹.

²¹⁵ Preoccupazioni rilevate anche da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., p. 1798, doove si sottolinea come l'affermazione di responsabilità, del tutto simile a quella presente nel provvedimento da iscriversi nel casellario giudiziario, è qui indiscutibile

²¹⁶ Possibilità non contemplata nella Legge delega, ma neppure da nessun principio direttivo interno o europeo: la direttiva 2012/29 UE riconosce un diritto di informazione e di interloquire della vittima nell'esercizio dell'azione penale, non altro. E non è nemmeno contemplabile un tale potere, neanche in forza di un richiamo all'art. 34 D. lgs 274/2000, che costituisce un'eccezione. E neppure in forza di disposizioni costituzionali, quali l'art. 111 Cost. che prevede certamente il contraddittorio, ma che necessita di un cauto bilanciamento degli interessi in campo. Così, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., pp 1708 e ss..

²¹⁷ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., pp. 180 e ss., che in riferimento all'istituto presente nell'ordinamento del Giudice di pace, ma le cui riflessioni possono essere qui efficacemente utilizzate, sottolinea come il potere di veto si pone come antagonista alla logica e alla finalità dell'istituto: la posizione dell'offeso deve essere intesa nella necessità di un “previo ascolto”, non un potere ostativo vero e proprio.

²¹⁸ In realtà è da specificare come il Prof. Palazzo avesse già presieduto un'altra commissione, istituita con D.M. Il 10 giugno 2013, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 10 febbraio 2014, denominata comunemente Progetto e Relazione Palazzo dicembre 2013.

²¹⁹ A, GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 4 e ss.

La Relazione Palazzo dicembre 2013²²⁰ presentava caratteristiche e requisiti in molti aspetti, simili a quelli che sarebbero poi confluiti nella versione successiva definitiva. La Commissione ha infatti, nel corso della sua ultima seduta, stralciato dagli altri istituti di definizione anticipata del processo, quello della cosiddetta irrilevanza del fatto, prevista nello Schema all' art. 27, l' ultimo articolo che delinea la disciplina di questo istituto capace di evitare il processo in presenza di fatti minimamente offensivi, in ossequio al principio secondo il quale il diritto penale non si occupa dei fatti “bagatellari”. I requisiti perché un reato potesse considerato quale di bassa offensività erano parzialmente diversi rispetto alla versione ultima: la modalità della condotta, l' esiguità del danno o del pericolo, una minima gravità della colpevolezza, nonché l' occasionalità del comportamento. Entrambi i progetti condividevano la preferenza per un approccio processuale della natura giuridica della nuova causa di non punibilità: anche nel 2013 la maggior parte dei componenti si espresse a favore dell' inquadramento dell' istituto in una causa di improcedibilità, sulla scia di quanto previsto dall' art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 e dal progetto di riforma della Commissione Fiorella, in quanto “il riconoscimento della natura dell' improcedibilità (avrebbe assicurato) all' istituto una naturale collocazione nell' ambito dei meccanismi di archiviazione, con una maggiore capacità deflattiva”, mentre, “costruita come causa di non punibilità, la particolare tenuità del fatto, rilevata nel corso delle indagini preliminari, (avrebbe determinato) comunque la fissazione di una udienza in cui il giudice (avrebbe dovuto) emettere una sentenza”. Considerazione propria anche di alcuni componenti della Commissione del 2014, che non ha tuttavia impedito la definitiva sistemazione sostanziale in conclusione. Ulteriore profilo di diversità era il limite edittale più “stretto”, che nel 2013 era previsto nei tre anni di reclusione: l' istituto veniva circoscritto a reati non gravi, in un' ottica meno generosa ma molto più coerente con il fatto che comprendere reati gravi, puniti con pene elevate come appunto i cinque anni ora decisi, possa costituire una oggettiva difficoltà nell' individuare fatti in concreto “tenui”; medesimo era invece il trattamento delle circostanze. Anche il ruolo della persona offesa è rimasto invariato nei due Progetti: si sono entrambi espressi a favore di un istituto che prescindendo del tutto da condizionamenti da parte della persona offesa, dando il compito ad altri istituti, soprattutto riparatori, di tutelare gli interessi e le esigenze di questo soggetto.

²²⁰ Interessante su tale primo progetto, l' editoriale di F. PALAZZO, Fatti e buone intenzioni, a proposito della riforma delle sanzioni penali, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 10 febbraio 2014. testo della Relazione, ivi.

L'introduzione di un principio costituzionale da sempre rimasto sulla soglia della porta del codice e degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali prevalenti²²¹ è avvenuta quindi, in maniera del tutto inaspettata, per mezzo di una riforma volta ad introdurre una norma nell'ambito deflattivo sostanziale e penitenziario, che tratta della misura del reato, ed in particolare, del *minimum* della sanzione, in una ottica di “riasssemblamento del sistema punitivo” in chiave deflattiva, di depenalizzazione o di decarcerizzazione delle fattispecie più lievi. Il nuovo art. 131 *bis* c.p. codifica il principio di offensività in controluce, “a contrario”, attraverso una norma che sancisce l'esclusione della punibilità qualora l'offesa (esistente) sia lieve: ne riconosce, dunque, espressa dignità normativa²²². L'offensività non è un fatto o un evento, ma appunto una qualificazione giuridica riferita al fatto²²³. Una codificazione accolta con favore dai più, ma che ha anche registrato opinioni fortemente critiche, in quanto tale scelta può facilmente interferire sull'operato delle corti, che in passato più volte, benché non normatizzato, avevano applicato il principio di offensività a fattispecie astrattamente punibili, però con un limite massimo edittale superiore ai cinque anni. La domanda sorgeva e sorge quindi

²²¹ C. cost., 7.7.2005 n.264.; C. cost., 17. luglio 2002 n. 354.; C. cost., 24. luglio 1995 n. 360, secondo tale giurisprudenza “più risalente”, “il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente, della previsione normativa sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo ... e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo applicativo affidato al giudice”; Non c'è dunque lesione del principio di offensività se è prevista la «possibilità di condurre in sede di applicazione della norma un incisivo controllo circa la sussistenza del requisito dell'offensività in concreto”. Solo “nella sua accezione astratta» il principio di offensività del reato costituisce un limite costituzionale alla discrezionalità del legislatore: spetta al giudice accertare se il fatto concreto sia effettivamente lesivo. Per osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa, M.B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, in *Arch. Pen.* 2015, 3, che è stato inserito nella raccolta degli atti del convegno svolto presso l'Università degli Studi Roma Tre, “Dall'emergenza alla “deflazione”: il sistema sanzionatorio dopo la l. 28 aprile 2014, n. 67”, tenutosi il 26 e il 27 marzo 2015, Roma. Sull'offensività quale canone ermeneutico unanimemente accettato, Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 172, con nota di A. VALSECCHI; Corte Cost., 19 maggio 2014, n. 139, con nota di A. GIUDICI.

²²² M.B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *AP* 2015, sottolinea come questa sia la risposta richiamata a gran voce dalla vastissima letteratura, sinteticamente ricordata nel primo capitolo, che ha trattato il tema annoso del principio di offensività: G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.* 2001, N. 5, pp.1 e ss.; ID., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in (a cura di) A.M. STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli 1991, pp 63 ss; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit.; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Sulla concezione realistica del reato, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p.1 e ss.. Per una prospettiva propulsiva in dimensione europea, A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, Seminario di Noto, 2015

²²³ A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 1

spontanea: cosa ne sarà di tali insegnamenti per quei reati puniti con pene superiori alla cornice edittale definita dall'art. 131 *bis* c.p.?²²⁴

Più che una codificazione di un principio costituzionale, ed il Legislatore non ne ha mai fatto mistero, la finalità della riforma qui in esame è deflattiva e decongestionante.

Deflazione che poteva essere perseguita, così fu pensata inizialmente nel disegno di legge Carotti, attraverso l'introduzione di una clausola che operasse sul terreno processuale, una causa invero di improcedibilità²²⁵, riferita ai reati puniti con la detenzione non superiore nel massimo a tre anni. Causa di improcedibilità, secondo il disegno di legge n. 4625/c-1998, all'art. 346 *bis* c.p.p., definita invece dal disegno di legge n. 4625 bis/C-1998²²⁶ al termine dei lavori, causa di non punibilità in senso stretto.²²⁷

Menzione particolare merita anche la Commissione Fiorella, operativa durante il Governo Monti, che, attraverso l'introduzione di norme volte alla depenalizzazione, ha imposto una notevole revisione radicale del sistema penale, assoggettando anch'essa l'applicabilità della figura a parametri precisi riferiti all'esiguità del danno e del pericolo ed al grado di colpevolezza, in chiave però di improcedibilità: chiaro il riferimento alla disposizione art. 34 D. lgs n. 274/2000, e alla volontà di elevare uno “sbarramento” già a livello di determinazione inerente all'esercizio dell'azione penale. Qui per la prima volta si avanzò l'idea dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. all'interno del Capo *IV* del Titolo *IV* del Libro I, nell'ambito quindi sostanziale delle cause di procedibilità, con i dovuti e conseguenti adattamenti di rito. La qualificazione processuale consentiva di

²²⁴ Forti critiche, D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Leg. Pen.* 2014, pp. 450 e ss.

²²⁵ Impostazione che aveva trovato ulteriore e recente riconferma nel disegno di legge Tenaglia, dotto la rubrica “Proscioglimento per particolare tenuità del fatto”, durante il governo Berlusconi, che voleva introdurre un nuovo art. 530 bis c.p.p. e modificare coerentemente l'art. 129 co. 1 c.p.p., l'art. 425 c.p.p. dell'art. 125 disp. Att. c.p.p. prevedendo la possibilità di archiviazione per la tenuità del fatto. Tale impostazione prendeva le mosse dalla possibilità di prevedere un accertamento di responsabilità “in ipotesi”, estranea a qualsivoglia valutazione sulla personalità del reo, in base alla quale valutare se il processo costituisca risposta congrua ed adeguata, una sorte di pronuncia ipotetica di merito.

²²⁶ Per un'analisi sui due istituti, S. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 274 e ss.

²²⁷ Sul tema, R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2000, p. 1497 e ss. qui l'Autore sottolinea come la Relazione al primo disegno, che prevedeva la causa operativa sul terreno della procedibilità, non contemplava minimamente l'idea della depenalizzazione della criminalità bagatellare impropria, ma piuttosto perseguiva il fine di fornire “una risposta all'istanza di deflazione del sistema penale.” Più di recente, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.* 2012, pp. 14 e ss.

intervenire già nel quadro dell'archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c.p.p. e per le fasi successive affidandosi alla disciplina dell'art. 129 c.p.p. senza dover intervenire su nessun articolo.

Soluzione processuale che meglio rispondeva alle esigenze deflattive, richiamate a gran voce, e che si è presentata come fonte di ispirazione anche per il progetto definitivo: il Progetto Palazzo sia del dicembre 2013 che di quello del 2014²²⁸.

E' avvenuta quella che ben si può definire una netta rottura con il passato: un esempio tra tutti, il progetto Grosso (ma anche il non nato Progetto Riccio), che aveva optato per l'approccio sostanzialistico dell'alternativa, facendo leva sul rapporto con il principio di offensività, non ritenendo coerente punire fatti che, pur astrattamente riconducibili alla fattispecie astratta, non provocavano, nel concreto, una dannosità sociale significativa.

Inoltre anche la commissione Fiorella e la sua ricostruzione processualistica²²⁹ e deflattivamente coerente dell'istituto, non ha però saputo, per la dottrina successiva dominante, superare le obiezioni già ben presenti nei confronti dell'art. 34 D.lgs 274/2000: il riferimento alla procedibilità non trova giustificata collocazione, in quanto, la sentenza pronunciata in base al nuovo istituto entra nel merito, collocandosi nell'alveo del proscioglimento simile a quello dell'imputato non punibile, presentando quei profili che il codice definisce esimenti, ma non riconducibili a cause ostative all'inizio o al proseguimento del processo²³⁰.

In realtà ad un'attenta analisi del *trend* riformista degli ultimi anni, si può notare come sia stato nell'area sostanziale generale²³¹ che si è assistito ad interventi radicali volti alla

²²⁸ La Relazione Palazzo dicembre 2013, secondo cui «il riconoscimento della natura dell'improcedibilità [avrebbe assicurato] all'istituto una naturale collocazione nell'ambito dei meccanismi di archiviazione, con una maggiore capacità deflattiva», mentre, «costruita come causa di non punibilità, la particolare tenuità del fatto, rilevata nel corso delle indagini preliminari, [avrebbe determinato] comunque la fissazione di una udienza in cui il giudice [avrebbe dovuto] emettere una sentenza». Invece il Progetto Grosso, ed in realtà la maggioranza delle proposte recenti, ha sempre stato concepito l'intervento come necessario ed operante sul terreno sostanziale. E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in *La deflazione giudiziaria*, Torino, 2014.

²²⁹ Commissione che come ricorda F. CAPRIOLI, in *Prime considerazioni*, cit., p. 96, suggeriva di inserire un art. 131 *bis* c.p. in coda al capo IV del titolo IV del libro I del codice penale (anziché in apertura del titolo V, come ha fatto il decreto legislativo in commento) rubricato «esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto» e contenente la dicitura «non si procede quando [] il fatto è di particolare tenuità», giustificando così nella Relazione la propria scelta: «si è optato per la collocazione della figura della tenuità del fatto nel quadro della procedibilità in modo da ottenere che risultati di «sbarramento» possano realizzarsi già per effetto delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale», ossia per consentire di «collocare il giudizio sulla tenuità del fatto già nel quadro dell'archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c.p.p.»

²³⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1322.

²³¹ Direzione opposta rispetto al continuo inasprimento ed aumento di fattispecie punibili, in un'ottica

deflazione del carico giudiziario delle amministrazioni e soprattutto al rispondere alla crisi, sempre più pungente, del sovraffollamento delle carceri.

L'*ultima ratio*, ispirazione principale della riforma, come strumento di soluzione ad un problema grave ed attuale e per il quale il nostro Paese è stato anche condannato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il riferimento corre al *caso Torreggiani e altri c. Italia*, che, come già brevemente accennato prima, ha costituito, data la sua imminente scadenza “di ottemperanza”, la vera spinta propulsiva per la creazione della L. n. 67 del 2014²³²²³³.

Anche la Corte Costituzionale si è inserita in tale argomento, ammonendo il Legislatore affinché questi introducesse misure “interne” ed “esterne”, adeguate per ripristinare quello standard di compatibilità di tale drammatica situazione ai parametri stabiliti dalla Carta costituzionale²³⁴.

Spinta propulsiva provvidenziale²³⁵, in quanto volontà urgente e sentita di intervento, come testimoniano le riforme delle pene detentive non carcerarie che non sono infatti venute ad esistenza, stava già perdendo drammaticamente la sua forza già nel momento dell'esercizio concreto della delega.

Durante il Governo Letta infatti, nel giugno 2013, vennero nominate nuove Commissioni, chiamate ad elaborare interventi in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione (presieduta dal prof. G. Giostra), di sistema sanzionatorio penale (presieduta dal prof. F. Palazzo), di criminalità organizzata (il cui

non del tutto convincente di aumento della tutela dei cittadini, mantenuta nella “parte speciale” del diritto penale.

²³² Sull'analisi del problema, S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 2013. La giurisprudenza europea, la Corte EDU, Sez. II, con la celebre sentenza *Torreggiani*, 8 gennaio 2013, ha condannato l'Italia per non aver dato attuazione alla direttiva 2008/120/CE e violato l'art. 3 CEDU, con particolare riguardo alla metratura minima per l'espletamento della vita di ogni singolo detenuto. Annotata dal Capo del Dap, viene stigmatizzato come sia inaccettabile che «esseri umani» siano “rinchiusi entro dimensioni che, è stato detto brutalmente, ma talora realisticamente, sarebbero inadatte anche ad animali. Per un'analisi sulla pronuncia, G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 13. Più in generale, PISANI, *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in (a cura di) DEL COCO, MARAFIOTI, PISANI, *Emergenza carceri - radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, pp. 75 ss

²³³ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n.67/2014)* in *Riv. it. dir. proc. pen.* . 2015, p. 1694 e ss. M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della “tenuità del fatto”*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, *passim*.

²³⁴ Corte Cost. 9 ottobre 2013, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 997, annotata da F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave “antiovercrowding”*.

²³⁵ F. VIGANO', *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro i termini di un anno*, in *Riv. Dir. Pen. Cont. online*, 9 gennaio 2013.

presidente era il prof. G. Fiandaca) e una Commissione, il cui presidente era il Prof. G. Canzio per il progetto di revisionare il processo penale. È in tale fase politica e culturale che si cominciano a tirano le fila di questa lunghissima parabola durata un ventennio per riportare il sistema lungo binari solidi ed efficienti, capaci di rispondere alle richieste di giustizia legalitarie della collettività.

Vennero presentati al Ministro Orlando quattro articolati, ognuno afferente ad una specifica delega ed ai suoi termini: i primi ad essere esibiti furono quelli sull'irrelevanza del fatto e sul sistema sanzionatorio, in data 15 settembre 2014, a cui seguirono, a conclusione dei lavori, i progetti in tema di depenalizzazione ed illeciti civili.

2.1.2. Il risultato finale della lunga epopea della particolare tenuità del fatto

Quello del proscioglimento per tenuità è un progetto normativo costruito e demolito a più *tranches* nel corso degli ultimi venti anni. Si è infine giunti alla finale versione dello Schema di Decreto legislativo, con allegata Relazione, recante “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell’art. 1, co. 1 lett. m), della L. 28 aprile 2014, n. 67”, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 1 dicembre 2014, che “recepisce le proposte elaborate dalla Commissione ministeriale nominata con D.M. il giorno 27 maggio 2014 per l’elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28 aprile 2014, n. 67, in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione”, delineato dalla Commissione presieduta dal Prof. Francesco Palazzo²³⁶.

Osservando la Relazione che ha accompagnato l'esercizio del potere legislativo delegato, si può intravedere in tutta la sua complessità, il lavoro d'interpretazione della L. Delega, in alcuni tratti spesso insufficiente e carente, talvolta spingendosi sino alla totale assenza di criteri qualificanti della stessa disciplina e paventando rischi di incostituzionalità qualora l'interpretazione non sia esercitata in modo correttivo;²³⁷ altre volte il grado di precisione rasenta invece la perfezione, non lasciando alcuno spazio al

²³⁶ Il cui testo è rintracciabile in www.senato.it.

²³⁷ Un'ampiezza della legge delega, sulla quale il Governo non poteva certo intervenire con disposizioni più specifiche, rischiando una censura per eccesso di delega. Così, F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1706.

giudizio discrezionale del legislatore delegato, chiamato a divenire, nella pratica, mero esecutore.

Il profilo sull'irrilevanza è già stato rilevato non essere “un fulmine a ciel sereno”, ma una richiesta presente da almeno due decenni nel panorama giudiziario, testata nel panorama minorile ed onorario ed oggetto di numerose proposte di varie Commissioni di studio che ne annunciavano l'introduzione, ma che solo con la Legge Delega n. 67 ha trovato la giusta strada verso la realizzazione in un ottica generale.

Il Legislatore delegante cautamente afferma, in inversione rispetto agli immediatamente Progetti di riforma, qualificando l'istituto quale “causa di non punibilità”; allo stesso tempo, prevedendo l'allestimento di una ricca disciplina processuale sembra però aprire alla possibile utilizzazione quale causa di improcedibilità. Questo se si interpreta, ad onor del vero in maniera troppo rigida e testuale, la disposizione nel senso che se l'esimente avesse dovuto operare esclusivamente sul piano sostanziale, non vi sarebbe stato alcun bisogno di “adeguare la relativa normativa processuale”, essendo più che adeguato l'art. 129 c.p.p.²³⁸.

Si è posto quindi come uno strumento volto a riportare ad efficienza il sistema anche per quanto riguarda l'obbligatorietà dell'azione penale, costituzionalmente garantito ex art. 112 Cost.. Tale affermazione potrebbe apparire paradossale in quanto l'art. 131 *bis* c.p. più che obbligare, statuisce invero la possibilità di eludere l'obbligo di persecuzione. Quest'affermazione non resiste però ad un'attenta analisi dell'articolo in esame: la particolare tenuità del fatto è fondata su criteri fissati dalla legge impedendo quindi una valutazione condotta “caso per caso”²³⁹ e non richiede valutazioni diverse da quelle funzionali a qualsiasi accertamento della illiceità penale di un fatto, Secondo quanto avviene a esempio per la definizione di una condotta come “contraria all'ordine o alla morale delle famiglie” ai fini dell'applicazione dell'art. 570 cp .

Come ampiamente evidenziato in precedenza trattando dell'istituto similare presente nell'ordinamento del Giudice di pace, il principio di obbligatorietà dell'azione penale,

²³⁸ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., pp. 1705-1706.

²³⁹ RELAZIONE, cit., in *www.senato.it*: “La collocazione topografica della sua disciplina non può che essere quella delle determinazioni del giudice in ordine alla pena: e, pertanto, il decreto delegato ha ritenuto di inserire la disciplina sostanziale del nuovo istituto in apertura del Titolo V del Libro I del codice penale, subito prima degli articoli concernenti l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. Conseguentemente, i primi due commi dell'art. 1 del decreto provvedono a modificare l'intitolazione del Titolo V del Libro I e del suo Capo I per estenderla alla “non punibilità per particolare tenuità del fatto”, introducendo poi un nuovo articolo 131 *bis* destinato ad accogliere la disciplina sostanziale del nuovo istituto.”

stante il sovraccarico delle strutture amministrative della giustizia, subisce sempre più frequentemente temperamenti: un criterio selettivo legislativamente e precisamente determinato, come appunto è stato redatto l'art. 131 *bis* c.p., è il mezzo più accurato e sofisticato per porre al bando genericità e perseguire un ideale di giustizia trasparente e corretto.

Il testo normativo del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 (Gazz. Uff. 18 marzo 2015, n. 64, è suddiviso in più disposizioni, che regolamentano diversi aspetti della riforma: - la fisionomia ed le peculiarità del nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 1); - gli aspetti procedurali per la sua applicazione con provvedimento di archiviazione (art. 2); - i profili procedurali per la sua applicazione con sentenza di proscioglimento predibattimentale ex art. 469 cpp. (art. 3, comma 1, lett. a); - l'efficacia delle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, all'esito di dibattimento o di rito abbreviato, nei giudizi civili e amministrativi (art. 3, comma 1, lett. b); - l'iscrizione dei provvedimenti relativi al nuovo istituto nel casellario giudiziale ed il rilascio delle relative certificazioni (art. 4).

Si è quindi assistito ad una elaborazione di Schema di decreto legislativo, da parte delle Camere, votato all'oggettività predisposta dal Legislatore delegante: riferimenti che corrono al criterio dell'esiguità della particolare tenuità dell'offesa e alla non puntuale definizione di come dovesse intendersi un comportamento non abituale.²⁴⁰

Le commissioni dei due rami del Parlamento, i cui lavori sono stati già precedentemente e sinteticamente richiamati, esprimendo il proprio parere su tale Schema, hanno apposto condizioni che, soprattutto quella relativa all'abitualità del comportamento, per la loro soggettività ed indeterminazione, hanno da subito destato preoccupazioni interpretative di non poca importanza, ma assunte nonostante ciò dal Governo in sede di decreto legislativo.

In tale contesto ha trovato la luce l'istituto dell'“Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”, così rubricato all'art. 131 *bis* c.p. che ne costituisce la sostanziale norma di riferimento²⁴¹.

²⁴⁰ Secondo requisito che, come sottolinea, A. GULLO, in *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, cit. , p. 9, non è precisamente tracciato neanche negli istituti affini, e comunque cronologicamente precedenti, nel giudizio minorile e di pace..

²⁴¹ Tra i primi a commentare, G. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 25 e ss. I. RUSSO, *Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.* 2015. e si vedano inoltre, *Le prime linee guida per l'applicazione del D. lgs 16 marzo 2015, n. 28*, della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 3 aprile 2015, a con commento di G.L. GATTA.

L'art. 131 *bis* c.p., nonostante le ancora presenti preoccupazioni ed incertezze applicative²⁴², ha sicuramente il grande merito di aver, per la prima volta, delineato la modesta offensività della condotta come un'ipotesi di legittima rinuncia all'azione penale.

“Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa 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. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando 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 ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”.

Profilo interessante, che sarà trattato in seguito, è la curiosa circostanza della non previsione di una disciplina intertemporale transitoria. Saranno le riflessioni dogmatiche, dottrinali e giurisprudenziali, circa la natura dell'istituto a chiarire la possibilità di applicazione dell'art. 2 c.p., ossia allorquando la natura si riveli essere sostanziale.

²⁴² Per esempio, Cass., n. 15449 del 2015, di cui si tratterà in seguito, con nota di GAETA e MACCHIA, *L'applicabilità ai procedimenti pendenti della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*. In *Cass. Pen.*, 7-8, doc. 334.3. Una piccata critica, con chiari ed ampi rimandi riguardo alle difficoltà applicative incontrate dalle Sezioni della Corte di Cassazione, testimoniate da quesiti rivolti alle SS. UU., I. RUSSO, *Ancora sulla tenuità del fatto: la novella della sfinge*, in *Arch. Pen.* 2015, 3.

2.2 Il contesto costituzionale

Come per l'istituto disciplinato all'art. 34 D. lgs. n. 274/2000, e ancora in precedenza nell'ordinamento processuale minorile all'art. 27 D.P.R. n. 448/1988, così anche per l'art. 131 *bis* c.p., la necessità di delineare il contesto costituzionale in cui la “particolare tenuità del fatto” nasce e si muove, ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza, in particolare la Corte Costituzionale, fossero incaricati di ricercare i capisaldi entro cui la norma di nuovo conio doveva essere interpretata, al fine di mantenere al sicuro la finalità di depenalizzazione, fundamenta della riforma voluta con la Legge Delega n. 67/2014, da possibili virate verso una depenalizzazione che nella pratica, se non adeguatamente delimitata da regole e limiti precisamente delineati, comporterebbe la sostanziale sottrazione di scelte di politica criminale al vaglio democratico.

Questo anche perché l'etichetta dell'efficienza, giustificazione immanente sottesa alle più recenti riforme, tra le quali anche quella trattata in tale lavoro, sembra, per sua stessa natura, essere a piacimento usata nei più diversi contesti e per le più disparate finalità²⁴³.

“Non si può smarrire la coerenza dogmatica degli istituti sacrificandola sull'altare dell'efficientismo a tutti i costi”²⁴⁴.

Il compito affidato all'organo giudiziario dall'art. 131 *bis* c.p., per sua stessa natura e concettualizzazione delicato e facilmente trascrinabile in dimensioni discrezionali, è votate ad un'estrema ed incontrollabile incertezza.

La prevalenza di elementi elastici comporta inevitabilmente la possibilità di un contrasto con i principi costituzionali, che, incardinati in binari tassativi, escludono solitamente le possibili discrezionalità interpretative, pericolosissime, in quanto facilmente malleabili in modo differente e del tutto ingiustificato, a seconda dei diversi contesti²⁴⁵.

²⁴³ G. RITZER, *Il mondo alla Mc Donald's*, Bologna 1997, sottolinea l' infinite possibilità di contesti a cui il termine efficienza può mutevolmente e facilmente adattarsi. Un concetto relativo, fumoso, semanticamente ambiguo e generico. L'efficienza ha funto da giustificazione di una serie di interventi nel nostro Paese: in tema di indagini collegate, di criteri di priorità nella trattazione di notizie di reato..Su quest'ultimo punto e i possibili dubbi di legittimità costituzionale con l'art. 112 Cost., M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit. pp. 97 e ss. ID, *L'espansione dell'istituto della “tenuità del fatto*, cit. pp. 242 e ss..

²⁴⁴ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., p. 1705.

²⁴⁵ In merito alla necessità di tipizzare i parametri della particolare tenuità del fatto, per scongiurare declaratorie di tenuità votate all'opportunità e in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza e legalità processuale e sostanziale, V. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 753.

È perciò essenziale la predeterminazione degli indicatori di giudizio di cui il giudice si avvale, proprio in ragione dell'elasticità, spesso vera e propria imprecisione lessicale o giuridica, dei requisiti richiesti dalla norma in esame²⁴⁶. L'inserimento dei numerosi parametri di valutazione, tra i quali anche le esclusioni oggettive e le presunzioni, arricchisce di problematiche il giudizio del caso concreto, con il conseguente rischio di un aumento ulteriore di discrezionalità dell'istituto nel suo momento applicativo.

Con tale clausola, il giudice può effettivamente sottrarre alla punibilità fatti assai differenti tra loro²⁴⁷.

Discrezionalità ampissima dell'interprete che, nell'alveo delle circostanze di reato aggravanti ed attenuanti, come quanto previsto agli artt. 61 n. 7, 62 n. 4 in tema di danno, e di determinate fattispecie attenuate, come ad esempio l'art. 648 co. 2 c.p., era da tempo presente nell'ordinamento penale.

Bisogna però sottolineare come in tale istituto venga coinvolto il profilo della punibilità nella sua determinazione: in questo si assiste ad una vera e propria novità, in quanto, per tecnica legislativa, le “soglie” di rilevanza penale sono comunemente determinate dal Legislatore, in quella che può essere definita “una presunzione legale di rilevanza penale dei fatti”, in materia di reati contributivi, tributari, societari, ambientali, fiscali o nei reati di guida in stato di ebbrezza.

La “concreta inidoneità offensiva del fatto”, deve essere perciò legislativamente predeterminata, nonché attinente alla fisionomia del fatto: per preservare la trasparenza e la certezza dell'esercizio dell'azione penale.

Deve esservi quel particolare grado di precisione nella previsione dei requisiti per orientare, al riparo da qualsivoglia discrezionalità di scelta riguardo l'inizio o la prosecuzione della persecuzione, l'organo giudicante, il quale si ritrova nella condizione di decidere correttamente e senza alcun dubbio tra l'esercizio dell'azione o l'archiviazione.

La previsione di canoni di giudizio chiari, condivisi ed espressi nell'interpretazione di cosa sia la particolare tenuità di un fatto, nella sua dimensione legislativa ed astratta, va intesa dall'organo giudiziario come un valore in sé e per sé: di fronte ad un potere così

²⁴⁶ Detti criteri di giudizio incidono e coinvolgono i diversi piani della valutazione, come bilanciamento dei diritti coerente con il sistema, dell'argomentazione nella forma di necessaria, persuasiva ed esaustiva motivazione e della legittimazione, quasi a consentire la supplenza delle funzioni legislative, ben al di là dei confini giurisdizionali.

²⁴⁷ Sul tema, R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2000, p. 1502.

ampio, è necessario per questi rintracciare coerenza, prevedibilità e controllabilità delle decisioni per tutelare il principio cardine del nostro sistema giudiziario, il principio di uguaglianza, previsto all'art. 3 Cost e all'art. 6 CEDU., nonché all'art. 3 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici ed all'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza²⁴⁸. Questo perché se è pur vero che la norma prevede elementi personalizzanti che consentono l'evidenziazione delle differenze compatibilmente con l'astratto principio di uguaglianza, è tuttavia vero che i modi attraverso i quali si perviene all'accertamento di tali elementi, non sono totalmente in grado di escludere la possibile diversità decisoria, anche se alla presenza di requisiti fattuali identici.

Tuttavia, come lo stesso Presidente della Commissione autrice della riforma in esame ha affermato, il Professor Francesco Palazzo, “Tale istituto corre lungo binari fissati una volta per tutte dalla legge, seppure in forma di criteri valutativi”.²⁴⁹

Se così non fosse, si aprirebbe appunto ad una fondamentale disparità di persecuzione in forza di criteri che, totalmente liberi da regole e limiti, lasciati alla discrezionalità ed al discernimento del giudice, comporterebbero l'inevitabile crisi della certezza del diritto fino a sfociare nella più pura ingiustizia. Un' imposizione quindi necessaria “di calibrare gli indici significativi per il vaglio del fatto concreto in maniera tale da evitare abusi giudiziari ed incontrollabili soggettivismi”: affermazione da tenere ben salda sia per quanto riguarda l'art. 25 Cost, sia che ci si rivolga all'art. 112 Cost. e che è allora valida sia che ci si muova sul terreno sostanziale sia su quello processuale.²⁵⁰

Questo perché il maggior rischio di tale intervento consiste nell'anteporre la produttività della giustizia penale, e quindi la “cultura del risultato sulla cultura delle regole”²⁵¹,

²⁴⁸ È stato sottolineato come sia necessario “avere fiducia nella capacità della magistratura ordinaria di gestire al meglio il compito che il legislatore le affida”, in Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015. Un interessante contributo dottrinale, M. CHIAVARO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., pp. 84 e ss. ID, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, pp. 126 e ss. Ancora, E. MARZADURI, *Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, Bologna, 1998, II-III, pp. 106 e ss. Più recentemente, G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, in (a cura di) A. SCALFATI, *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, pp. 329 e ss., dove riferendosi al sistema del giudice onorario, traccia considerazioni che calzano a pennello anche per l'istituto di nuovo conio, ossia che l'attività di scelta dei pubblici ministeri in tema di azione penale “apre a possibili trattamenti sperequativi quando non a veri e propri attentati allo stesso principio di legalità del sistema”

²⁴⁹ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67 del 2014)*, cit., p. 1706.

²⁵⁰ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 195.

²⁵¹ C. CESARI, *Ragioni e tecniche del pragmatismo processualpenalistico*, cit., pp. 6 e ss.

aprendo un pericoloso varco, nella rigidità dei principi, primo tra tutti quello di legalità, sostanziale e processuale.

Individuare i beni giuridici suscettibili di tutela è un'attività che spetta unicamente al Legislatore; al giudice è concessa la facoltà unica di accertare se il fatto, pur offensivo in astratto e dunque tipico, sia irrilevante in concreto.

Per limitare l'ampio potere discrezionale attribuito all'interprete, si era anche paventata l'idea di "integrare il testo normativo con indicazioni più o meno specificamente definite ed eventualmente ricavate dalle circostanze del reato *ex art. 133 c.p.* che indirizzassero l'interprete nella valutazione della tenuità".

Una possibilità del genere, avrebbe tuttavia rischiato "di irrigidire l'ambito del prudente apprezzamento del giudice, imbrigliandolo in una griglia di previsioni astratte" che avrebbero potuto risultare "irragionevoli, una volta calate nel caso concreto"²⁵².

Una disciplina eccessivamente rigida quantitativamente e qualitativamente ed astrattamente predeterminata nei requisiti potrebbe infatti divenire ostacolo a quell'apprezzamento giusto e rispettoso dell'art. 3 Costituzione, in quanto indifferente alla varietà di casistica che l'esperienza offre.

Il principio di stretta legalità sostanziale, baluardo di certezza e di idealistica Giustizia ed argine al declino verso una possibile discrezionalità pericolosa, deve anch'esso confrontarsi con i propri limiti: se inteso alla lettera, comporterebbe la creazione di un sistema casistico esasperato ed immutevole, con tutte le problematiche di giustizia che ne deriverebbero²⁵³.

Una pena sproporzionata al fatto non è unicamente ingiusta, ma diviene pura delegittimazione stessa del Legislatore che la impone, nonché dell'organo giudiziario che la applica: in sintesi, dello Stato nel suo complesso.

Lo stesso Legislatore, di cui è nota la tendenza a tipizzare quanto più possibile i requisiti, soggettivi ed oggettivi orientativi per il giudicante nella valutazione, ha rinunciato a delineare oggettivamente ed al sicuro da ogni qualsivoglia discrezionalità, quell'elemento che afferisce alla dimensione della punibilità o non punibilità di un fatto

²⁵² Come riporta P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 27, richiamando lo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015, cit. p. 85.

²⁵³ A tal proposito, una lettura "classica", del grande A. CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale*, in *Giust. pen.* 1945, p. 118 e ss, dove viene sottolineato come gli estremi, ossia un'eccessiva genericità o un'eccessiva specialità nella tecnica legislativa di formulazione delle leggi, sfocino inevitabilmente in un'incapacità di adattamento alla mutevolezza della realtà giuridica.

costituente reato, poiché illecito, esistente e di cui l'autore è responsabile “al di là di ogni ragionevole dubbio”²⁵⁴.

Ulteriori dubbi di natura costituzionale si erano avanzati in quanto, l'archiviazione per irrilevanza del fatto poteva, ad una prima lettura, porsi in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale²⁵⁵. Lungi dal confliggere con il canone di cui all'art. 112 Cost., riflesso nell'ambito del processo del più generale principio di legalità²⁵⁶, tale nuovo istituto invero è piuttosto diretto a darne concretezza ed effettività, in perfetto ed armonico dialogo con un altro principio costituzionale, disciplinato all'art. 27 Cost: il principio di offensività e di proporzione della pena, rispetto al fatto-reato in una prospettiva rieducativa del condannato²⁵⁷.

Questo perché l'art. 131 *bis* c.p. non solo si pone quale conferma del riconoscimento del principio di offensività, ma anche come espresso riconoscimento del c.d. principio di esiguità, inteso quale criterio di selezione del modello bagatellare, nonché indice di confine inferiore della tipicità: un ruolo di vero e proprio limite tacito della norma penale, come soglia delimitativa del *Tatbestand* (Fatto costituente reato) ²⁵⁸:impernata sull'esiguità dell'offesa.

Una pena irrogata per fatti eccessivamente tenui non potrebbe mai spiegare la sua funzione costituzionale, accentuando invece la frattura tra il reo ed il tessuto sociale. Una pena irrogata per un fatto che nel comune sentire, e secondo lo stesso reo, è caratterizzata da un disvalore minimo se non addirittura inesistente, non potrebbe mai rieducare²⁵⁹.

²⁵⁴ La necessità di circoscrivere i confini di applicabilità delle clausole di irrilevanza, al fine di impedire la costruzione di un sistema votato ad una generale impunità, ha sempre dovuto fare i conti con uno scarto variabile di discrezionalità, da riconoscersi inevitabilmente al giudice. Così, C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in *La deflazione giudiziaria*, 2014, pp. 242 e ss.

²⁵⁵ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 8 luglio 2015, p. 3. ID, *Istanze deflative e proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, scritto presentato nel corso del Seminario in onore di V. Grevi, *Dalle emergenze alle riforme*, del 23 marzo 2015 presso l'Università Roma tre. Inoltre, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., pp. 1706 e ss..

²⁵⁶ A. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, pp. 751, 753.

²⁵⁷ Sul collegamento tra proporzionalità della pena e l'art. 27 co. 3 Cost., tra tutti, G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*. VI ed., 2010, pp. 703 e ss.

²⁵⁸ 2 C.ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit*, cit., p. 377 secondo il quale “la percepibilità dell'aggressione al bene è infatti considerata come un requisito implicito del reato, in assenza del quale, nel caso concreto, la pena non si legittima né sotto il profilo sostanziale né sotto il profilo teologico”. Si veda, R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., p. 1485 ss

²⁵⁹ L'istituto contribuisce quindi a delineare quel modello graduato di *Tatbestand*, nel tentativo di enucleare un modello di reato bagatellare, che offra accettabili *chances* di sistemazione per quei reati caratterizzati da una obiettiva esiguità, al fine di individuare definizioni alternative, deflative o

Mediatore di tale dialogo è la figura del pubblico ministero²⁶⁰, chiamato a compiere il proprio delicato potere-dovere di azione penale, “armato” ora di un nuovo istituto che gli consente di svolgere tale facoltà, alla luce della proporzione e della necessaria offensività.

Ciò anche in forza delle caratteristiche dei requisiti oggettivi che la nuova causa di non punibilità presenta, ossia “ definiti ma al tempo stesso dotati di opportuna flessibilità in modo da consentire un’applicazione dell’istituto compatibile con il rispetto del principio di obbligatorietà dell’azione penale”²⁶¹. Onerosi adempimenti che conseguono alla nuova disciplina, rispecchiandosi in notevoli carichi di lavoro per il pubblico ministero, in quanto egli è chiamato a svolgere investigazioni altamente precise e complete per la declaratoria in esame.

“Non si tratta certo di una discrezionalità maggiore, anzi, di quella di cui naturalmente dispone il pubblico ministero in molti casi in cui egli procede alle valutazioni presupposte alla richiesta di archiviazione”²⁶².

Una considerazione “minimale” dell’art. 112 Cost., che esclude qualsivoglia valutazione di opportunità da parte del pubblico ministero, allorché l’attività inquirente sia totalmente assoggettata alla legge, quasi a divenire una sorta di principio di legalità processuale: “il nucleo essenziale del principio di obbligatorietà dell’azione penale risiede nell’esclusiva soggezione alla legge di chi è chiamato ad esercitarla, e si risolve in un aspetto del principio di legalità”²⁶³.

Come quanto affermato per il giudizio innanzi Giudice di pace, tale affermazione troppo rigorosa e senza alcuna possibilità di replica del principio di obbligatorietà è destinata a negare sé stessa, portando alla congestione della giustizia penale e rendendo quanto mai

riparatorie, già presenti in altri ordinamenti, ed esempio tedesco, austriaco e portoghese.. Sul tema C.A. PALIERO, *Minima non curat pretor*, cit. p. 742.

²⁶⁰ Sul mutamento del ruolo del pubblico ministero nella dimensione processuale, L. MARINI- L. PEPINO, *Crisi di un modello o crisi del processo?*, in *Quest. Giust.*, 2001, pp. 1035 e ss.

²⁶¹ Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015, cit. pp. 2; 7.

²⁶² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1707. Profilo già affrontato con riguardo alla Relazione Palazzo dicembre 2013 che conteneva parametri di valutazione della tenuità parzialmente differenti, riguardo ai quali si era parlato di una “vistosa discrezionalità”, ma a cui si era ribattuto che non sembrava più vasto dei criteri di valutazione che normalmente erano riconosciuti all’organo giudiziario anche se con riferimento ad altri istituti”. Anche nella Relazione Fiorella, di aprile 2013, per cui “la tipizzazione dei parametri costitutivi della tenuità del fatto [...] preclude qualsiasi spazio di apprezzamento ispirato a valutazioni di opportunità e rende così l’istituto conforme al principio dell’obbligatorietà”. Così F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 85 nota 12.

²⁶³ V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell’azione penale*, in *Aa. Vv. Pubblico ministero ed accusa penale. Prospettive di riforma*, p. 6

frequente ed attuale il rischio del ricorso, sempre più evidente, all'esercizio solo apparente dell'azione penale o all'ancora più pericoloso e spesso inevitabile finale della prescrizione²⁶⁴. Rischio che astrattamente potrebbe permanere allorché il pubblico ministero, a causa dei numerosi adempimenti a cui è chiamato, permanesse nel sistema attuale di tecniche, considerando notizie di reati tenuemente offensivi come non prioritarie, “condannandole” all'appunto eventuale e probabile prescrizione o addirittura cestinazione²⁶⁵.

Tale principio, consacrato da un potere legislativo costituente nel lontano 1948, si è nella sostanza presentato, sempre più frequentemente, come più un attenuato principio di opportunità nell'esercizio dell'azione penale.

Perciò si è imposta, sempre con maggiore urgenza negli ultimi anni, la necessità di approcciare, in modo pragmatico e razionale, i problemi di giustizia criminale: ritrovare l'efficacia e l'efficienza della capacità di reagire ai comportamenti dei singoli, e conseguentemente, di accontentare le richieste e le esigenze della collettività²⁶⁶.

Questo in quanto l'ipertrofia verticale incide tanto sul diritto penale processuale che su quello sostanziale: una frattura tra i principi costituzionali astratti e la realtà concreta “congestionata”, con la frustrazione dell'efficacia del processo, ma ancora più a monte, della funzione preventiva generale mediante intimidazione della sanzione penale. Vi è il rischio che si inneschi un rafforzamento della convinzione di non subire conseguenze, rafforzata dalla caduta di credibilità del sistema penale e di fiducia da parte della stessa collettività. Per tale motivo, il perseguire gli obiettivi fondanti l'esclusione della punibilità di fatti concretamente esigualmente offensivi, si innerva con la concentrazione delle risorse disponibili nei confronti di quella criminalità medio-alta attraverso anche meccanismi selettivi trasparenti e controllabili²⁶⁷.

Vi è la consapevolezza che il contenimento della spesa negli apparati materiali (e le risorse umane che ivi lavorano), che possiedono un ruolo determinante nel meccanismo di efficienza della giustizia, abbia inevitabili ed evidenti ricadute sulla sopravvivenza e

²⁶⁴ O. DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale ed irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Giust. Pen.*, 2010, III, cc. 426 e ss., dove afferma che l'incompatibilità del procedimento con le esigenze di efficienza dell'amministrazione della giustizia dovrebbero assurgere ad indice normativo della tenuità del fatto.

²⁶⁵ M. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO , *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, p. 48

²⁶⁶ Ammorbidire gli angoli di tale principio è stato definito da attenta dottrina come “il male minore per riportare ad efficienza il sistema”. F. CAPRIOLI, *Due istanze deflattive*, cit.

²⁶⁷ R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, pp. 1474 e ss.

sull'attuale malfunzionamento del sistema stesso.

Definito ormai, in maniera tristemente eloquente, “un punto di crisi reale del processo penale senza precedenti”²⁶⁸, è la più pericolosa frustrazione di quel principio, introdotto nel 2000 nella nostra Costituzione all'art. 111, ma già presente nell'art. 6 CEDU, della stretta legalità processuale, nella forma della ragionevole durata stante il problema acuitosi negli ultimi anni nel nostro Paese delle lungaggini e lentezze processuali e, più generalmente, del giusto processo²⁶⁹.

Tale principio non consente più la deriva verso l'arbitrio, le discrezionalità non tecniche, l'esercizio di poteri non controllabili, i giudizi fondati su impianti probatori insicuri, l'omissione di contraddittori decisori e verso decisioni fondate su meccanismi conoscitivi poco saldi e frutto di discrezionalità non affidabili dell'organo giudicante.

Sempre rispetto all'art. 6 CEDU, ma anche all'art. 14 punto 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 48 della Carta di Nizza, altro snodo problematico è il rapporto tra tale nuova disciplina ed il principio della presunzione di innocenza: rapporto che corre sul filo di lana, sottile, ricco di insidie per i tecnici del diritto.

Questi non devono dimenticare come, antecedente del vaglio circa la particolare esiguità dell'offesa, sia la valutazione dell'esistenza o meno del fatto, della sua illiceità e della commissione addebitabile al soggetto indagato: elementi che non devono essere sbrigativamente accertati in maniera sommaria o attraverso lo strumento delle presunzioni²⁷⁰.

Sarebbe la più eloquente frustrazione della presunzione di innocenza.

²⁶⁸ I. PATRONE, *Le priorità nel processo penale. Una scelta difficile*, in *Quest. Giust.*, 1998, p. 582.

²⁶⁹ Si veda come tale argomento sia attuale anche oltreconfine. R (94) 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella quale si invitano gli Stati Membri ad assicurare celerità, efficienza ai procedimenti giudiziari, proprio dotando di adeguati apparati e personali le strutture giudiziarie.. Sul problema “tutto italiano” della lentezza, una lettura più risalente ma ancora interessante dal punto di vista soprattutto storico, M. PISANI, *“Italian style” : figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, p. 25 e ss. più recentemente, all'indomani della riforma costituzionale, N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in Aa. Vv., *L'art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, (a cura di) CIVININI, VERARDI, Milano, 2001, pp. 48 e ss.

²⁷⁰ A. GIARDA, *La particolare tenuità del fatto*, in G.M. BACCARI- K. LA REGINA- E.M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova 2015, p.189. La verifica dei requisiti è indispensabile per il riconoscimento della responsabilità penale e ciò, rispetto ad una cognizione pensata come parziale, che comporta una possibile mortificazione dei presupposti “legali” da cui dipende l'affermazione della responsabilità stessa, è un profilo di non scarsa problematicità. Il richiamo all'art. 133 dovrebbe presupporre che il “tipo legale”, perfetto nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, sia oggetto di preventiva delibazione,: esso non può dunque venire “surrogato” per saltum, limitandosi unicamente ad un apprezzamento ulteriore orientato in chiave discrezionale. G. DE FRANCESCO, *Una “novella” al passo coi tempi? Brevi considerazioni sulle diverse “anime” della legge n. 67/2014, nella prospettiva della riforma penale*, in *Legislazione Penale* 2015, p 5.

La dottrina ha inoltre dovuto interrogarsi circa il rispetto di uno degli altri fondamentali principi, riconosciuto oramai pressochè all' unanimità come inviolabile, della difesa: ampio, di matrice costituzionale, centrale nel processo penale²⁷¹. Il problema si pone allorquando ci si chieda se l'imputato, prosciolto per la particolare tenuità del fatto, abbia la facoltà di rinunciarvi, al fine di optare per una formula assolutoria più favorevole (perché il fatto non sussiste, perché non lo ha commesso...).

Negare tale possibilità frustrerebbe il diritto, garantito, riservato all'imputato, di scegliere la propria strategia difensiva. Sono qui ancora presenti quelle incertezze che avevano accompagnato il Progetto Pisapia, a cui si era dato parziale chiarimento in forza della legittimità, riconosciuta dalla Corte costituzionale, delle pronunce “in ipotesi”, tentando di salvaguardare la finalità deflattiva per la quale la riforma è stata creata.

Statuizione che non risolve però il vero nocciolo dell'annosa questione.

Con le parole dell'Illustre Prof. Palazzo si può sintetizzare l'immensa rivoluzione ideologica e pratica che la riforma attuata con il D.lgs n. 28 del 2015, ha comportato: “Se poi si considera che la moderna legislazione, per una ragione o per l'altra, offre vi è più esempi di tipizzazioni criminose difettose, incapaci di operare selezioni sempre più difficili, ben si comprende che l'irrilevanza del fatto finisce per essere anziché un espediente efficientistico una vera e propria necessità di giustizia ”²⁷².

La particolare tenuità del fatto realizzerà l'anzidetta finalità deflattiva, allorquando la pronuncia avvenga nel corso delle indagini preliminari; invece, quando la pronuncia verrà espressa in dibattimento si realizzerà la comunque fondamentale ed altrettanto importante finalità costituzionale di proporzionalità della pena rispetto al fatto.

Questo poiché quando la non punibilità *ex art. 131 bis cp* è dichiarata in fase processuale, dopo una necessaria e complessa fase istruttoria per accertare la responsabilità dell'imputato, essa arriverà troppo tardi ed invero dimostrerà l'irragionevolezza, l'antieconomicità, fino ad arrivare astrattamente alla possibile delegittimazione del sistema stesso

²⁷¹ Come sottolineato da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., p. 1708, il provvedimento applicativo adottato con decreto di archiviazione è sottoposto anch'esso all'iscrizione nel casellario giudiziario, e quindi ben potrà esservi l'interesse dell'indagato ad evitare tale sfavorevole effetto, poiché inevitabilmente preclusivo di una possibile e futura fruizione dell'istituto dell'irrilevanza, e di prediligere in alcuni contesti, l'accertamento a mezzo di pieno e libero contraddittorio.

²⁷² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit. p. 1707

Funzione deflattiva quindi perfetta sulla carta, ma che nella pratica conserva dubbi e problemi, poiché è stato osservato da più parti come, la possibilità di pronunciare la tenuità del fatto all'esito di un dibattimento, non consenta invero alla norma di realizzare alcun effetto deflattivo. A questo sembrano affiancarsi anche ulteriori incertezze organizzative e di coordinamento tra gli organi giudiziari, i quali sono chiamati a lavorare congiuntamente (ed è questo il profilo più complesso) e celermente, al fine di poter selezionare e concentrare le proprie risorse ed energie, umane e di mezzi, sui reati connotati da reale e grave allarmismo sociale²⁷³. Ai posteri l'ardua sentenza.

2.3. Natura giuridica e disciplina applicativa

La natura giuridica dell'istituto è stato argomento che ha destato sin dai suoi primi momenti, ampi e complessi dibattiti, non tuttavia paragonabili a quelli che avevano accompagnato in precedenza, in maniera accesa, le clausole simili previste dal Legislatore nel processo minorile (art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448)²⁷⁴ la quale opera, ora per opinione unanime, come causa di non punibilità e nel giudizio avanti al Giudice di pace *ex art.* 34 d.lgs. n. 274 del 2000, come causa di improcedibilità.

Optare per la non punibilità o per l'improcedibilità, è una scelta che produce effetti che vanno ben al di là di una semplice classificazione dogmatica: propendere per la non punibilità potrebbe invero condurre ad un forte ridimensionamento della carica deflazionistica ed ispiratrice della riforma stessa, in quanto, attenendosi alla dimensione

²⁷³ R.E. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrilevanza del fatto"*, *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2015, I, offre una critica ed asciutta riflessione circa l'attuale crisi del sistema, pressato dai costi umani ed economici elevati: uno spreco enorme e gravoso quando si pensa che alcuni di quei fatti, così esigui, attivano una "macchina" a vuoto, con risultati del tutto incongrui.

²⁷⁴ La RELAZIONE al Progetto preliminare sottolineava come la scelta del meccanismo processuale non incidesse in alcun modo sulla fattispecie sostanziale del reato, quali elementi costitutivi o condizioni di punibilità, non escludendo la promozione dell'azione penale, bensì consentiva l'anticipata conclusione del processo fondata su una comparazione tra effetti positivi e negativi rispetto alla prosecuzione dell'ordinario iter processuale, tenendo in considerazione il fatto nella sua dimensione concreta, nonché, importantissimo aspetto, la personalità del reo minorenni. Si veda anche Corte Cost. s. n. 250/1991, che sottolineando la novità dell'istituto dell'irrilevanza del fatto, che attiene al diritto sostanziale e è delineata quindi come una vera e propria causa di non punibilità, dichiara l'illegittimità dell'art. 27 per eccesso di delega. Disposizione che è stata poi reintrodotta con l'art. 1 L. n. 123 del 1992. Per la dottrina, si veda C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Pen. Online*, 2015, dove viene tracciata una curiosa analisi comparatistica tra l'istituto per imputati minorenni e quello *ex art.* 131 *bis* c.p.. Anche S. QUATROCCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, *cit.* V. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. e Giust. minorile*, 2015, p. 20.

sostanziale, necessita di un'espressa pronuncia nel merito della regiudicanda²⁷⁵.

Questo importante spunto di riflessione in particolare è quindi costituito dalla riconducibilità, o meno, dell'istituto *ex art. 131 bis c.p.* all'area del diritto penale sostanziale, con le ricadute sul piano processuale nonché procedimentale che naturalmente ne conseguono²⁷⁶.

Preme sottolineare come, nel testo redatto dalla Commissione presieduta dal Prof. Giovanni Canzio, istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia “per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale”, per la disciplina della particolare tenuità del fatto si era avanzata la proposta di classificare l'istituto quale causa di improcedibilità, con una conseguente previsione di una sentenza di proscioglimento che sarebbe dovuta essere regolata da un nuovo art. 529 *bis c. p.*²⁷⁷.

Ulteriore simbolo di tale difficoltoso inquadramento sistematico dell'istituto è il già ricordato disegno di legge Carotti, rispetto al quale, fermi i requisiti applicativi, dalla qualificazione quale causa di improcedibilità se è pervenuti, infine, alla classificazione del medesimo istituto come causa di non punibilità.

Una ricostruzione dogmatica quindi difficoltosa se l'approccio classificatore utilizzato è quello tradizionale, rigido e oramai superato, della dicotomia immutabile fondata sulla secca alternatività, priva di compromessi, tra sostanzialità e processualità²⁷⁸.

Si è già largamente ricordato come l'esigenza di un istituto come quello previsto all'art. 131 *bis c.p.* fosse da tempo richiesto dagli attori del palcoscenico giudiziario.

Richiesta espressa nelle Legge delega n. 67/2014, a cui fedelmente si è allineato il

²⁷⁵ A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, cit., p. 11..

²⁷⁶ Relazione n. III/02/2015 dell'Ufficio del Massimario- Settore Penale della Corte di Cassazione, redatta da A. CORBO e G. FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della particolare tenuità del fatto*.

²⁷⁷ Con notevole cautela, la Relazione Canzio novembre 2013, cit., partendo da premesse analoghe ai Progetti precedenti, ossia la classificazione della particolare tenuità come causa di improcedibilità per «escludere qualunque tensione rispetto al principio di obbligatorietà e favorire la massima estensione applicativa dell'istituto fin dalle prime battute investigative, aveva poi preferito «lasciare al lavoro interpretativo l'esatta collocazione sistematica del proscioglimento per fatto tenue, mantenendo aperti alcuni varchi testuali che ne scongiur[asser]o una piena equiparazione all'improcedibilità propriamente detta», differenziando, sul piano lessicale, «la (non) particolare tenuità del fatto come condizione di procedibilità in senso lato dalle condizioni di procedibilità in senso stretto o “formali” (quelle per cui “l'azione non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita”)» Nel Progetto, era prevista un'autonoma disciplina dell'archiviazione e del proscioglimento per tenuità negli artt. 129, 411, 425 e 529 *bis c.p.p.*). La Relazione conclusiva e allegati della Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia “*per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale*”, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 27 ottobre 2014.

²⁷⁸ R. BARTOLI, *L'irrilevanza del fatto tra logiche deflattive e meritevolezze di pena*, in (a cura di) G. DE FRANCESCO- E. VENAFRO., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, 2002, pp. 104 e ss. S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, 2004, p. 6.

Legislatore delegato, inserendo la nuova figura all'interno del titolo riguardante la normativa relativa alla “Determinazione del giudice in ordine alla pena”²⁷⁹ ed accolta con entusiasmo dalla Corte Costituzionale, la quale, chiamata ad esprimersi riguardo alla necessità di un intervento legislativo di tal genere, nella celebre pronuncia n. 25 del 2015, ha statuito come il Legislatore “ben possa introdurre una causa di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto strutturata diversamente senza richiedere tutte le condizioni previste dall’art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000”.

Introduzione che può proprio avvenire in forza della diversità della natura sostanziale della “nuova” causa *ex art. 131 bis c.p.* e della diversità dei requisiti richiesti: non vi è menzione del grado della colpevolezza, all’occasionalità del fatto o alla volontà della persona offesa ed alle varie esigenze dell’imputato.

Non è mancata tuttavia nemmeno un'interpretazione, proveniente da una pronuncia espressa dalla Suprema Corte²⁸⁰, per così dire “intermedia”: interessanti ed innovative riflessioni dogmatiche in merito all’esatto inquadramento del nuovo istituto in questione, il quale, secondo tali considerazioni, sembra essere dotato di una sorta di natura “ibrida”, del tutto nuova, nei suoi caratteri, per il nostro sistema penale.

Anche una parte, minoritaria della dottrina, ha seguito il medesimo *iter* argomentativo seguito ivi dalla Corte: l’art. 131 *bis c.p.* disciplinerebbe un istituto dalla doppia natura: causa di improcedibilità, se dichiarata nella fase di indagini preliminari e causa di non punibilità, se dichiarata in fase dibattimentale:”il Legislatore, ha assunto un atteggiamento contraddittorio, configurando l’istituto di cui all’art. 131 *bis c.p.p.* in maniera diversa a seconda della fase procedimentale in cui viene ad operare. Certo è, comunque, che di non poco momento sono le conseguenze che derivano se si assuma l’una o l’altra delle due prospettive che compaiono sullo sfondo delle domande che si sono sopra esposte”²⁸¹.

²⁷⁹ Si veda §. 2 della RELAZIONE al decreto.

²⁸⁰ Cass.Pen., Sezione V, 11 febbraio 2015, ud. 2 luglio 2015, Pres. Nappi, n. 5880. La Suprema Corte da ha osservato come da un lato, la nuova clausola non abbia interessato in alcun modo l’art. 530 c.p.p., in quanto, privilegiandosi la natura sostanziale non ve ne era il bisogno, poiché la norma già prevede la possibilità di assolvere il soggetto non imputabile o “non punibile per un’altra ragione”. Tuttavia, le modifiche apportate all’art. 469 c.p.p. sembrano muoversi in direzione diversa, laddove la norma prevede che “la sentenza di non luogo a procedere è pronunciata anche quando l’imputato non è punibile ai sensi dell’art.131-bis c.p.”, riconducendo dunque l’istituto ad una causa di improcedibilità (conclusione in linea anche con il dato testuale di “non doversi procedere”). Allo stesso modo, l’art. 651 bis c.p.p. Prevede l’efficacia di giudicato della sentenza di “proscioglimento” emessa a seguito del dibattimento. Queste due norme, sembrano evocare la dimensione processuale dell’istituto, natura che, chiaramente, ha un intrinseco aspetto deflattivo.

²⁸¹ C. SANTORIELLO, Commento al D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 , “Non punibilità per particolare

Definita oramai quindi quale “causa di non punibilità”, presentando tuttavia profili a finalità deflattiva, presenta una ricca disciplina, nelle sue implicazioni in rito, come causa di improcedibilità

Tale conclusione, oggetto di accese e numerosissime critiche, può tuttavia definirsi come estremamente coerente con il reale senso della norma: bilanciare il principio di obbligatorietà dell’azione penale (evitando il “dispendio di energie” della celebrazione di un processo per fatti bagatellari), il principio di legalità e di uguaglianza, con quelli di proporzione e rieducazione della pena, così da garantire la sanzione penale solo a quei fatti effettivamente “meritevoli” di punizione.

Non appare per questo accettabile la tesi intermedia, che ravvisa la natura di causa di non punibilità o di causa di improcedibilità in base alla fase processuale o procedimentale: questo poiché dal punto di vista sistematico risulta pericoloso e estremamente complicato considerare un istituto a "a geometria variabile", a seconda della fase nella quale è dichiarata la particolare tenuità del fatto.

Non è mancato però chi, tra celebri Studiosi, commentando la Legge delega, abbia illuminato profili dell'istituto di non facile soluzione, in quanto, pur essendo dalla stessa definito, causa di non punibilità, imponendo quindi al Legislatore delegato di predisporre una disciplina processuale adeguata dell'istituto, il delegante avrebbe allo stesso tempo aperto all'applicazione dell'istituto anche come causa di improcedibilità²⁸².

Tali dubbi ed incertezze superati in quanto dottrina²⁸³ e giurisprudenza, sembrano oramai fermamente concordi nello sistemare l'istituto tra le cause di non punibilità²⁸⁴.

L'ampia disciplina processuale statuita in tale decreto, potrebbe erroneamente condurre nell' errore di ritenere che tale clausola sia legata alla dimensione della procedibilità: come condizione della stessa o come causa di improcedibilità.

Erronea conclusione in quanto, le condizioni di procedibilità hanno normalmente la

tenuità del fatto”, in *Archivio Penale*, 2015, 4.

²⁸² F- PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1706 e ss..L.TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali*, cit., pp 10 e ss.

²⁸³ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, p. 20

²⁸⁴ Unanime nel definirla causa di non punibilità, si veda AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131 bis (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2015, , G. MARINUCCI , E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, V ed. aggiornata da E. DOLCINI e G.L. GATTA, Milano, 2015, p. 409, la considerano una causa oggettiva di esclusione della punibilità.. Sulla correttezza della ricostruzione dogmatica sostanziale anche F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezza ed imperfezioni*, in C. Conti- A. Marandola- G. Varraso (a cura di), in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, p. 149.

finalità di garantire l'economia processuale: ciò non si verifica per l'istituto qui in questione, se non nel caso di archiviazione.

Nelle ulteriori ipotesi, la necessità di ricercare la presenza o meno della particolare tenuità, alla luce dei criteri previsti all'art. 131 *bis* c.p., richiede un accertamento approfondito, che si può acquisire solamente all'esito del dibattimento, frustrando ogni possibile risultato di economia processuale. Inoltre l'applicazione delle condizioni di procedibilità non è pura scelta discrezionale del giudice, ma "atti giuridici consistenti in una dichiarazione di volontà volta a che si dia inizio ad un procedimento penale".

Fuga ogni qualsivoglia dubbio l'analisi del nuovo testo dell'art. 411 c.p.p., introdotto dall'art. 2 del D.lgs. n. 28 del 2015, che ha aggiunto, dopo le condizioni di procedibilità, la non punibilità *ex art. 131 bis* c.p.: chiara dimostrazione del fatto che questa non è considerata dal Legislatore quale condizione di procedibilità, nonostante la possibilità che essa venga rilevata già nel corso delle indagini preliminari in sede di richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero.²⁸⁵

Riflessione sicuramente coerente “poiché le condizioni di procedibilità sono costituite solitamente da atti o fatti che operano come tali, nella loro realtà fattuale senza implicare valutazioni come invece impone l'accertamento della tenuità dell'offesa ovvero della non abitudine del comportamento”²⁸⁶.

L'istituto delineato dal D. lgs. 28/2015 sembra oramai ricondotto pacificamente alla natura sostanziale²⁸⁷, inquadrabile tra le c.d. cause di non punibilità in senso stretto²⁸⁸, che presuppongono la presenza di un fatto tipico, antiguridico e colpevole e la cui non sanzionabilità è affidata a valutazioni di opportunità dell'organo giudiziario circa l'applicazione della pena, lasciando impregiudicati gli effetti civili derivanti dal reato²⁸⁹.

Tale clausola sembra potersi invero ricondurre ad una tipologia di cause di non punibilità che, già sperimentata in tema di falso in bilancio, si aggiunge alle categorie

²⁸⁵ Per la modifica all'art. 411 c.p.p. In forza dell'art. 2 del D. lgs n. 28 del 2015, C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, pp. 521 e ss.

²⁸⁶ F. PALAZZO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 149.

²⁸⁷ Recente, P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in (a cura di) GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, tomo II, Milano, 2014, pp. 291 e ss.

²⁸⁸ G.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 518, che la definisce “mera circostanza di non punibilità”.

²⁸⁹ Anche se parte della dottrina, una tra tutti, A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c. p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.* si discosta da tale opinione sottolineando come si sia sì, in presenza di una causa di non punibilità, che però presenta pochi punti di similitudine con la tradizionale categoria penalistica così conosciuta. Dal testo della Relazione preliminare allo schema di decreto legislativo, sembra emergere come l'adeguamento della disciplina processuale penale previsto sia avvenuto nella considerazione implicita che la causa di non punibilità in esame così riconosciuta implicitamente, non sia definibile quale “comune”.

tradizionalmente previste²⁹⁰. La punibilità, considerata quale elemento autonomo ed indipendente nella costruzione dogmatica della teoria generale del reato²⁹¹, rispetto ai pilastri di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, consente di considerare la nuova clausola *ex art. 131 bis c.p.* operante nell'ipotesi in cui la tenuità dell'offesa, considerata unitamente alla non abitualità del comportamento, comporti il venir meno della punibilità del fatto illecito²⁹². Un mutamento evidente del paradigma costituzionale, le cui scelte di valore e di tutela hanno dovuto adattarsi al mutare della coscienza sociale e collettiva, venendo a patti con nuove parti attrici e nuovi contesti culturali, che hanno influito inevitabilmente ed in maniera pregnante sulla scienza penalistica.

Una sostanziale rinuncia alla pretesa punitiva, con effetti pari a quelli estintivi della punibilità in astratto²⁹³.

Conferma ulteriore è fornita dal fatto che lo stesso Legislatore delegante, con la rubrica “Esclusione della punibilità...” nonché con la collocazione dell'istituto in esame all'interno del Titolo *V*, Libro *I* del codice penale, intitolato “Modificazione, applicazione ed esecuzione della pena”, che riguarda il giudizio valutativo dell'organo giudiziario che consegue al preventivo accertamento della sussistenza di un reato e della responsabilità del soggetto imputato, sembra aver preso posizione sulla natura giuridica dell'istituto.²⁹⁴ Questo è quindi volto ad espellere dal sistema fatti che sono tipici, ma i quali, data la loro esiguità concreta, non sono passibili di giustificata sanzione.

Stretto è il legame, come già precedentemente ricordato, intercorrente tra la teorica della particole tenuità del fatto e la concezione gradualistica del reato²⁹⁵: un legame frutto di una preziosa intersecazione e sinergia, che ha consentito la delineazione del campo di applicazione del nuovo istituto, i reati bagatellari impropri, tipicamente perfetti, e quindi

²⁹⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Illustri Esponenti della teoria quadripartita*, come già ricordato in nota 154, in *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 499 e ss

²⁹¹ Dottrina autorevole, tra tutti, E.MUSCO, in *Dalla dogmatica, quella “raffinata alla politica, quella “criminale”*, in (a cura di) SGUBBI, FONDAROLI, *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011, si è spinta sino a considerarla quale elemento “in negativo” della tipicità, facendola abbandonare la sua tradizionale qualificazione di categoria dogmatica astratta.

²⁹² Per una panoramica generale sulle cause di non punibilità, G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale - II. Punibilità e pene*, Padova, 2 ed., 2015,

²⁹³ Sulla estinzione della pretesa punitiva, VASSALLI, *La pretesa punitiva*, Torino, 1942. Sull'inserimento, tra le cause di esclusione della punibilità, dei fatti estintivi, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 499 e ss.

²⁹⁴ Tale introduzione ha seguito la riformulazione del titolo, che contiene ora l'esplicito riferimento alla “non punibilità per particolare tenuità del fatto”.

²⁹⁵ 1 Sulla graduazione dell'offesa in senso qualitativo e in senso quantitativo, in relazione alla clausola di tenuità *ex art. 131 bis*, si rinvia alla monografia di P. POMANTI, *Esiguità e irrilevanza nella concezione gradualistica del reato*, Roma, 2012.

non passibili di interventi di decriminalizzazione astratta, ma espressione di un'offensività talmente esigua da dover invece essere coinvolti in riforme calate nella dimensione concreta della depenalizzazione²⁹⁶.

La proporzione che va a braccetto con l'economia processuale ed il principio di *ultima ratio*.

Anche i requisiti applicativi delineati 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”) suggeriscono come l'applicazione dell'istituto giuridico in esame presuma il perfezionamento di una fattispecie di reato, sia nell'elemento oggettivo che in quello soggettivo.

La stessa Relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo, sottolinea, in diverse parti, la necessità dell'esistenza di un fatto perfetto in tutti i suoi elementi, che nonostante ciò non viene punito²⁹⁷.

Anche l'introduzione del nuovo art. 651 *bis* c.p.p. offre importante sostegno alla tesi in questione, ricollegando le sentenze di proscioglimento (e, si badi bene, non di assoluzione)²⁹⁸, pronunciate all'esito del dibattimento, in seguito all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., all'efficacia di giudicato negli ordinamenti civili ed amministrativi di danno; vi è quindi una statuizione sulla sussistenza, l'illeicità penale del fatto nonché sulla responsabilità dell'imputato²⁹⁹: quella che è stata definita una “cripto condanna”³⁰⁰. Strumento non del tutto conveniente per l'imputato, che potrebbe voler accedere a strumenti deflattivi più favorevoli, quali l'oblazione delle contravvenzioni, (che potrebbe comunque concorrere con il fatto particolarmente tenue), o il riconoscimento di una causa estintiva, come la prescrizione³⁰¹.

²⁹⁶ È la consapevolezza della graduabilità dell'offesa a fondare la stessa ragion d'essere della particolare tenuità del fatto. Così, G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto*, cit., p. 339.

²⁹⁷ Dal testo della Relazione “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”.

²⁹⁸ L'originaria formulazione conteneva il riferimento, errato, al “condannato”, corretto in “prosciolto” con un avviso di rettifica, in G.U. del 23 marzo 2015.

²⁹⁹ G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit. p. 3 e ss.

³⁰⁰ G. SPANGHER *L'irrilevanza del fatto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, 1, p. 20,

³⁰¹ La Corte, Cass. pen. Sez. III, Sent., ud. 08 ottobre 2015, dep. 22 dicembre 2015, n. 50215, ha affermato, richiamandosi a quanto sentenziato da Cass. Pen. Sez. 3, n. 21014 del 7 maggio 2015, v. Fregolent, che la particolare tenuità del fatto costituisce una causa di non punibilità atipica in quanto avente effetti negativi per l'imputato (basti pensare alla possibile rilevanza nei giudizi civili ed amministrativi o, ancora, l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale) e la sua applicazione

Il fatto non punibile *ex art. 131 bis c.p.*, non prevede l'applicabilità di una misura di sicurezza personale, nonostante l'ambigua formulazione dell'art. 203 c.p., salvo i casi tassativamente definiti di quasi-reato. La confisca potrà essere pronunciata solo in quei casi in cui non vi è l'obbligo di una pronuncia di condanna; negli altri casi opererebbe una incompatibilità, quasi a sancire la confiscabilità qualora vi sia il superamento della tenuità³⁰².

Inoltre, la stessa nuova disciplina dettata per l'iscrizione al casellario giudiziale dei provvedimenti giudiziari definitivi, dichiaranti la non punibilità per la particolare tenuità del fatto³⁰³, costituisce importante dato nella ricostruzione dogmatica di tale istituto, il quale, come ben si sa, opera al cospetto di un reato perfetto in tutti i suoi elementi e che tra i suoi requisiti applicativi prevede il profilo della “carriera” del soggetto.

Disciplina del casellario modificata al fine ultimo di garantire uno strumento, che abbia “memoria” ed adempia a quella funzione sanzionatoria e latamente stigmatizzante che ogni strumento di raccolta porta con sé ³⁰⁴. Questo poiché nel casellario sono raccolte tutte le pronunce conclusesi in maniera favorevole, che saranno coinvolte nella valutazione dei precedenti di ogni indagato, il quale, potrebbe invero aspirare ad

presuppone, inoltre, l'accertamento della responsabilità penale: l'accertamento dell'esistenza delitto e della sua attribuibilità all'imputato. Ciò spiega la ragione per la quale la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale sull'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131 *bis* c.p., sia perché diverse sono le conseguenze che scaturiscono dai due istituti, sia perché il *primo* di essi estingue il reato, mentre il secondo lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica. (Nel caso di specie, si è pronunciata per l'annullamento con rinvio della sentenza di condanna per la verifica della sussistenza dell'art. 131 *bis* c.p., in quanto è stata ritenuta impedita l'applicabilità nel giudizio di rinvio della causa di estinzione del reato per prescrizione. Fermo restando l'accertamento della responsabilità penale, la statuizione di condanna rimane sospesa al verificarsi di una condizione costituita dall'applicabilità o meno della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Così Cass. Pen. Sez. 3, n. 27055 del 26 maggio 2015, P.C. in proc. Sorbara, in CED Cass. 2015, Rv. 263885. Perciò, la questione del concorso tra le due cause di estinzione del reato e non punibilità può porsi solo quando le stesse siano entrambe contemporaneamente applicabili “in partenza”, con la conseguenza che - quando, come nella specie, la Corte di cassazione, non essendosi verificata la causa estintiva della prescrizione del reato, annulli la sentenza con rinvio al giudice di merito per l'applicabilità o meno dell'art. 131 *bis* c.p., (e quindi al cospetto di un annullamento parziale avente ad oggetto statuizioni diverse ed autonome rispetto al riconoscimento dell'esistenza del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato) - nel giudizio di rinvio non può essere dichiarato prescritto il reato quando la causa estintiva sia sopravvenuta alla sentenza di annullamento parziale.

³⁰² G. GRASSO, *artt. 199- 240*, in (a cura di) M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2 ed., Milano, 2011, pp. 472 e ss.

³⁰³ Nuovo art. 3 lett. f) D.P.R. 313/2002

³⁰⁴ L'art. 4 del d.lgs. 28/2014 ha infatti modificato l'art. 3 c. 1 lett. f) del D.P.R. n. 313/2002, prevedendo l'iscrizione nel casellario anche delle pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.. Ha inoltre previsto, mutando la lettera dell'art. 5 c. 2 del medesimo decreto, la cancellazione di tali decisioni, trascorsi dieci anni dalla loro pronuncia. Ed infine è intervenuto sugli artt. 24 e 25, specificando i concetti di “generale” e “particolare” riferiti ai certificati rilasciati su richiesta degli interessati.

ottenere non una pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., ma bensì sentenze a lui ben più favorevoli: perché il fatto non sussiste, non costituisce reato o perché non è a lui addebitabile.

Una evidente frustrazione dell'interesse della persona imputata.

La dottrina dominante ritiene che l'istituto in esame sia riconducibile alla categoria della causa di esclusione della punibilità in senso stretto³⁰⁵: questo se si valorizzano le già più volte richiamate finalità “deflattive” del contenzioso, che hanno spinto il legislatore ad introdurre l'esimente di cui all'art. 131 *bis* c.p. nonché la sua operatività all'esterno del fatto tipico di reato. È quello che si può azzardatamente definire un limite di tipicità del reato, poiché al di sotto di questo “il fatto non costituisce più delitto”³⁰⁶

In linea con la *ratio* sottesa alla riforma, ossia di escludere l'applicazione della pena, laddove lo richiedano rilevanti esigenze di opportunità e di politica criminale. Le cause di non punibilità come l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne ad un fatto antiggiuridico e colpevole, che possono fondare (o escludere) l'opportunità di punirlo.

L'analisi è divenuta più sofisticata e complessa, poiché soggetta a diversità di orientamenti interpretativi allorché la dottrina si sia dovuta interrogare sull'eventualità di collocare o meno la causa di non punibilità in esame, nella generale categoria delle cause oggettive di esclusione della punibilità: le cosiddette scriminanti, di cui agli artt. 50 e 54 c.p.³⁰⁷.

Per la teoria bipartita³⁰⁸, le cause di giustificazione comportano il venir meno dell'antigiuridicità della condotta, la quale astrattamente riconducibile ad una fattispecie incriminatrice, è tuttavia giustificata in forza di altre disposizioni normative o da principi generali, a garanzia di un interesse o bene di valore eguale o superiore a quello, tutelato dalla norma penale. In presenza di una scriminante, non sussiste quindi alcun illecito penale.

Allo stesso modo, la fattispecie di cui all'art. 131 *bis* c.p. non sembra riconducibile alle cause soggettive di esclusione della punibilità, le scusanti.

³⁰⁵ G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dottrinario, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131 bis (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2015, n. 9, p. 968.

³⁰⁶ Questo è chiaro se si considera la punibilità del fatto (antigiuridico e colpevole) come parte della sistematica quadripartita del reato. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, cit., p. 468

³⁰⁷ Come già anticipato in §150, la posizione di DOLCINI- MARINUCCI è favorevole nel ricondurla tra le cause obiettive di esclusione della punibilità. ,

³⁰⁸ Questa, le considera elementi negativi della fattispecie e quindi escludono la stessa tipicità oggettiva della fattispecie concreta. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, pp. 394 e ss.

Infatti, tali esimenti, relative a situazioni che inficiano il processo decisionale del soggetto agente (l'errore, dolo, violenza) o implicanti l'impossibilità di pretendere umanamente un comportamento conforme al precetto penale (ad es: art. 348 c.p.), escludono la colpevolezza e, nonostante la presenza di un oggettivo disvalore, l'ordinamento, in considerazione dei riflessi psicologici e soggettivi del soggetto agente, rinuncia alla persecuzione. Non vi è qui la necessità della pena, nonostante il fatto sia meritevole di sanzione penale.

La causa in questione non potrà quindi essere ricondotta tra le cause di giustificazione, nell'ottica della teoria bipartita in quanto non esclude la tipicità del fatto³⁰⁹, ma neppure nell'ottica della teoria tripartita, in quanto non esclude l'antigiuridicità, in quanto il bilanciamento di interessi in questione non si risolve totalmente nell'alveo della “meritevolezza della pena” in base alla prevalenza dell'interesse tutelato dalla norma scriminante rispetto al giudizio negativo espresso dall'ordinamento³¹⁰.

La dottrina ora dominante³¹¹, aderendo alla teoria cosiddetta tripartita, con riguardo alla causa di non punibilità in esame, si è espressa nel senso che il perfezionamento di un reato è ineliminabile presupposto di applicazione: vi è quindi la necessità della presenza di quegli elementi attinenti alla genesi e all'evoluzione del fatto costituente reato; elementi come le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo, la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento.

Vi è quindi anche nella figura in esame una valutazione riguardo la meritevolezza della pena, in maniera certo più sfumata e tenue, ma che coinvolge sempre i requisiti interni al fatto, qualificabile quale illecito, come sottolineato dal nuovo art. 651 *bis* c.p.p.. Non sono mancate opinioni più *tranchanti*, che hanno escluso il piano della meritevolezza della pena, lasciando come unico terreno di applicabilità, le ragioni di opportunità che determinano una rinuncia alla pena stessa³¹².

³⁰⁹ Anche all'interno della stessa teoria bipartita si assistono a divergenze sul tema: P. POMANTI, cit. p. 11, si esprime nel senso secondo il quale invero tale causa costituirebbe limite alla tipicità, comportando l'inesistenza del fatto tipico e dell'illecito penale.

³¹⁰ M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in Riv. it. Dir e proc. Pen., 1990, p. 61. ID, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e teoria del reato, in Riv. it. Dir. E proc. Pen. , 1992, pp. 39 e ss.

³¹¹ Tra i tanti, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Dir pen. proc., 2015, 659 ss.; BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza*, in Riv. Dir. Pen. Cont., 14 ottobre 2015, 2; A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit..

³¹² P. POMANTI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 11, che argomenta le sue considerazioni in forza di una interpretazione del testo di M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e teoria del reato , cit., pp. 39 e ss.

Risulta quindi armonica la qualificazione di causa di non punibilità in senso stretto e la sua assestibilità alla disciplina per queste prevista, in particolare circa l'irrelevanza dell'errore, ancorché, autorevole dottrina, in una prospettiva evolutiva, abbia avanzato la proposta di includere tali cause di non punibilità, o almeno alcune di esse, nel reato. Proposta che per ora non ha trovato terreno fertile per la figura della particolare tenuità, in quanto le considerazioni circa il disvalore del fatto sono a fortiori estrapolate da accadimenti esterni alla triade tipicità-antigiuridicità-colpevolezza³¹³. Questo nonostante in dottrina si siano abbozzati importanti tentativi, ai fini della non punibilità del soggetto agente, di evidenziare l'importanza all'errore di fatto che coinvolge una marginalità invero inesistente, *ex art. 59 c.p.* e del più generale principio di logica generale³¹⁴.

Si pone poi l'ulteriore dubbio se detta causa di non punibilità abbia natura oggettiva o soggettiva. A seconda della soluzione adottata, significative sono le conseguenze in primo luogo nel caso di concorso di persone nel reato ai sensi dell'articolo 119 c.p. Infatti, se si tratta di una causa di non punibilità oggettiva essa si estende a tutti i concorrenti nel reato; se si tratta invece di una causa soggettiva questa opererà unicamente nei confronti dell'imputato cui viene applicata.³¹⁵ Fulcro della norma è ovviamente la particolare tenuità dell'offesa, dato strutturale del fatto, la cui natura è certamente oggettiva. Non si può però non sottolineare come l'art. 131 *bis* c.p., tra i suoi requisiti applicativi, presenti profili di elevata soggettività, una valutazione discrezionale che sopraggiunge al fatto stesso, quasi a divenire una causa di non punibilità "sopravvenuta".

È quindi conclusione unanimemente accettata, anche in quanto la valutazione complessiva che deve compiere il Giudice ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. deve tener conto della personalità dell'autore e della sua condotta precedente al reato e non solo del fatto in quanto tale e della sua rilevanza offensiva, che la natura di tale causa sia di natura soggettiva: in caso quindi di reato a realizzazione plurisoggettiva, sarà necessario, per il riconoscimento della sua applicabilità, la verifica dei presupposti, nei riguardi di ogni

³¹³ M.. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., p. 71.

³¹⁴ A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, cit., p. 13.

³¹⁵ Secondo P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9, questi limiti sembrerebbero attribuire alla particolare tenuità del fatto la natura giuridica di causa personale di non punibilità, che, secondo il disposto dell'art. 119, comma 1, c.p., nel concorso di persone nel reato avrebbe effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferisce. Invero, a fronte di un fatto-reato oggettivamente tenue, la causa di esclusione della punibilità potrebbe non avere effetto nei confronti di quel correo gravato da un precedente penale relativo a reato della stessa indole.

singolo concorrente.

La giurisprudenza ha operato una più curiosa analisi circa la natura, definita da una recente pronuncia di merito³¹⁶, “mista”, prevalentemente oggettiva, ma anche soggettiva in quanto persegue l'obiettivo di coinvolgere particolari considerazioni circa l'opportunità di punire o meno la singola persona.

Anche se è da sottolineare, ed autorevole dottrina lo ha fatto, come ben presto la giurisprudenza dovrà attestarsi su una posizione soggettivamente orientata³¹⁷.

2.3.1. (segue): l'applicazione

Alla luce della natura sostanziale dell'istituto e stante la sua collocazione sistematica, nonché il *nomen iuris* assegnatogli, si ritiene unanimamente applicabile anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, con conseguente retroattività della legge più favorevole ai sensi dell'articolo 2 quarto comma c.p.³¹⁸

Con la celebre pronuncia n. 15449 del 15 aprile 2015, dove preme sottolineare non essere stata applicata la nuova clausola di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.³¹⁹, già richiamata in tema di applicabilità dell'esimente alla presenza di soglie di rilevanza penale³²⁰, i giudici della Terza sezione hanno affermato che la nuova disciplina, in quanto più favorevole al reo, è applicabile retroattivamente ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 131 *bis* c.p..³²¹

³¹⁶ Trib Milano, Sez. IV, 16 aprile 2015, n. 4195, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 21 maggio 2015, p. 15.

³¹⁷ In tal senso, G. AMARELLI, con particolare riguardo all'ipotesi della ritrattazione, spiccatamente attinente alla dimensione del singolo concorrente, in *L'esclusione della punibilità*, in *Studium iuris*, 2015., cap. 4, p. 968.

³¹⁸ In questi termini si veda, da ultimo Cass. Pen., Sez. III, n. 15449/2015 ed ordinanza n. 21014 del 2015, cit. Anche Cass. Pen. Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni, CED. Cass n. 263693: Cass. Pen. Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, in *www.cortedicassazione.it*. Nel merito, Trib. Napoli Sez. VI, 06 maggio 2016, in *Massima redazionale*, 2016. Inoltre, G. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. Giust. Min.*, 2015, p. 20, sottolinea peculiarmente come la scelta sostanziale possa anche essere intesa quale conseguenza e quindi non solo causa della scelta dell'applicazione dell'art. 2 c.p.: infatti è noto come il profilo dell' successione delle leggi processuali nel tempo sia molto più dibattuto e complesso rispetto alla successione sostanziale penale.

³¹⁹ Il testo della sentenza, Cass. 8 aprile 2015, Mazarotto, non massimata, è reperibile in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un commento, G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 28 aprile 2015.

³²⁰ Nel caso in questione, al reato tributario di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte di ammontare superiore a 50.000 euro, ex art. 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, commesso nel lontano 2009. Il reato tributario del caso di specie, è stato riformato nel 2010, dopo la commissione del fatto., destando ulteriori problematiche inerenti ai profili di diritto intertemporale comportando incertezze in ordine alla disciplina da applicare.

Applicabilità dell'art. 2 c.p. che è argomentata dalla Corte in forza della natura sostanziale dell'istituto³²². Il richiamo all'art. 2 c.p., riguarda nello specifico il co. 4³²³, che considera il giudicato quale limite all'applicabilità dello *ius superveniens* più favorevole³²⁴.

Punto controverso rimane la questione dell'applicabilità del comma 2 dell'art. 2 c.p., la disciplina dell' *abolitio criminis* e il possibile superamento del limite del giudicato, che potrà e dovrà essere affrontata definitivamente dalla giurisprudenza allorquando dovesse essere presentata un'istanza di revoca ex art. 673 c.p.p. di una sentenza irrevocabile di condanna per un fatto rientrante nell'alveo della particolare tenuità, nonostante sembra essere comunemente statuito il possibile ricorso alla revoca da parte del giudice³²⁵. Nella giurisprudenza, le pronunce hanno invero dimostrato una pregnante

³²¹ Medesima argomentazione è stata offerta, sempre in sede di legittimità, Cass. en. Sez. III, sentenza n. 47039, 8 ottobre, in *Foro it.*, 2016, II, 1, la quale si è espressa nel senso della natura sostanziale della causa ex art. 131 *bis* c.p., con la conseguente applicabilità ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, compresi quelli pendenti in sede di legittimità. In particolare con riguardo alla sentenza di non doversi procedere, ai sensi dell'art. 469 co. 1 *bis* c.p.p., non essendo punibile l'imputato per particolare tenuità del fatto, si deve presumere che l'imputato medesimo ed il pubblico ministero consensualmente non si siano opposti alla declaratoria di improcedibilità, rinunciando alla verifica dibattimentale. La Suprema Corte può rilevare di ufficio ex art. 609, comma secondo, c.p.p., la sussistenza delle condizioni di applicabilità dell'istituto, dovendo però limitarsi, in quanto giudice di legittimità, ad un esame di astratta non incompatibilità della fattispecie concreta, così come risultante dalla sentenza impugnata e dai suoi atti processuali, attraverso i criteri indicati all'art. 131 *bis*. Nel caso di specie, la Corte ha escluso l'esistenza dei presupposti, in quanto il fatto era stato considerato, nella sentenza impugnata, non episodico, né di modesto allarme. Sull'applicabilità retroattiva della neo disciplina, in sede di legittimità, si veda il capitolo 3 dedicato al profilo processuale dell'istituto.

³²² Classificazione dogmatica che G.L. GATTA, in *Note a margine*, cit., commenta "Pacifica, a noi pare, per effetto della configurazione quale causa di esclusione della punibilità, anziché come condizione di procedibilità, analogamente a quanto prevede per i reati di competenza del giudice di pace l'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274. "

³²³ Oltre alla celebre pronuncia di legittimità, Cass. Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, con nota di G.L. GATTA, interessanti spunti di riflessioni si sono affacciati anche dalla giurisprudenza di merito: Trib. Milano, ss. n. 3936, 3937 del 9 aprile 2015 e s. n. 4195 del 16 aprile 2015, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 21 maggio 2015, con commento di G. ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del tribunale di Milano*. Inoltre, Trib. Novara, sent. n. 634 del 4 aprile 2015, rintracciabile in www.camerapenalenovara.it; Trib. Asti, 13 aprile 2015, con commento di N.D. CASCINI, *Tenuità del fatto: le prime applicazioni anche in fase predibattimentale*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 2. Così, anche Trib. Torre Annunziata, 20 aprile 2016, in *Massima redazionale* 2016.

³²⁴ Che l'art. 131 *bis* c.p. possa applicarsi ai fatti precedenti ex art. 2 co. 4 c.p. era già stato confermato dai primi commentatori, tra tutti, G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Dir. Giust. Min.*, cit. p. 20.

³²⁵ Circa l'errore unanimemente commesso di qualificare come semplice norma di favore al reo, anziché di non punibilità atipica e singolare e riconducibile ad una *abolitio criminis* in senso lato, un'opinione singolare ed in controtendenza è quella di I. RUSSO, *Ancora sulla tenuità del fatto*, cit., p. 3. In particolare sulla questione circa l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., non essendo assimilabile ad un'impugnazione, il giudice dell'esecuzione, non potendo mutare il giudicato, potrà disporre invero la revoca della sentenza se il reato per cui si è pronunciata precedentemente condanna, rientra nel perimetro applicativo dell'art. 131 *bis* c.p.

tendenza ondivaga, soprattutto nel merito, pronunciando talvolta l'ammissibilità³²⁶ dell'applicazione dell'esimente per quei fatti sui quali è stata pronunciata sentenza irrevocabile laddove si rinvenga, nel fatto oggetto della sentenza passata in giudicato, il carattere della particolare tenuità; sentenziando altre volte, in maniera diametralmente opposta, l'inammissibilità benché invocando le medesime argomentazioni ma “al contrario”³²⁷.

Nonostante i primi tentativi interpretativi del D.lgs 28/2015 non siano da tutti condivisi, l'*abolitio criminis* presupponendo una valutazione circa il venir meno del disvalore astratto, non sembra dai più ravvisata: è unanimemente assodato che il Legislatore si sia limitato ad introdurre una mera causa di non punibilità da applicare allorché un fatto sia in concreto esiguo³²⁸.

Tutto ciò a maggior ragione in forza di quanto espresso all'art. 651 *bis* c.p.p., che, oltre a fornire importante sostegno alla qualificazione sostanziale della natura giuridica dell'istituto come precedentemente ricordato, attribuendo efficacia di giudicato in ambito civile ed amministrativo alla sentenza penale irrevocabile di proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. a seguito del dibattimento, in quanto contenente l'affermazione della sussistenza del fatto, dell'illeicità penale e della commissione ad opera dell'imputato, evidenzia senza possibilità di interpretazioni contrarie, come permanga legislativamente l'illeicità del fatto.

Non vi è dunque il fattore caratterizzante *abolitio criminis*, ossia il mutamento di opinione ad opera di una legge posteriore riguardo ad un reato non più considerato tale³²⁹, come invece è stato riconosciuto per la legge Balduzzi, e la “depenalizzazione della colpa lieve medica” da dottrina³³⁰ e giurisprudenza³³¹.

³²⁶ Trib. Palmi, Sez. I, 19 ottobre 2015, Capone, Estensore

³²⁷ Trib. Milano, Sez. XI, 3 novembre 2015, Corbetta, Estensore.

³²⁸ Puntuali considerazioni su tale tema si trovano nella Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della particolare tenuità del fatto, cit., p. 12

³²⁹ C. CARRILLO, *L'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, 2015, pp. 125 e ss.

³³⁰ I. RUSSO, *Ancora sulla tenuità*, cit., p. 3 dove viene tracciata la somiglianza tra tale legge e l'istituto della non punibilità per particolare tenuità, e viene sottolineato come per la prima, con l'art. 3 L. n. 189/2012, si sia adottata una depenalizzazione vera e propria, un'abolizione del reato. L'Autore forzando sulla vicinanza sistematica dei due istituti che fondano la responsabilità civilistica, ravvede l'*abolitio* anche nell'ipotesi di tenuità. Già prima, CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle linee-guida tra colpa grave e colpa lieve*, in *Arch. Pen.*, 1, 2013, aveva dato per assunto che il Decreto sanità fosse una depenalizzazione nonché un'*abolitio* atipica e parziale.

³³¹ Cass. n. 15495/2014 e Cass. Pen. Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16327, Cantore che esprimendosi per l'*abolitio criminis*, chiamando in gioco l'art. 2 co. 2 c.p. vuole l'effetto retroattivo, in richiamo a SS.

Ne viene così stabilita, coinvolgendo uno dei numerosi aspetti processuali della disciplina, l'operatività anche nei giudizi già pendenti in sede di legittimità alla data della entrata in vigore dell'art. 131 *bis* c. p.

Profilo di immenso rilievo in quanto si è subito imposta, sin dall'entrata in vigore dell'istituto, la questione circa la possibilità di una prima applicazione nei giudizi già pendenti davanti alla Cassazione, di cui si tratterà più estensivamente in sede di analisi processuale dell'istituto³³².

Nella sentenza annotata, emerge come la questione della particolare tenuità del fatto può essere proposta, per la prima volta, anche nel giudizio di legittimità.

Affermazione corroborata, secondo la Suprema Corte., dall'art. 609, co. 2 c.p.p., ai sensi del quale la cognizione della Corte di Cassazione è estesa a quelle questioni che, come nel caso di specie, non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

Successivamente alla sentenza, l'ordinanza n. 21014, da un lato evidenzia tale punto e come la Corte ritenga indubbia la possibilità di sollevare la questione dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* con la proposizione di motivi aggiunti, ai sensi del citato art. 609 co. 2 c.p.p. e dall'altro lato chiede alle S.U. di compiere un ulteriore chiarimento, ossia se ciò sia possibile attraverso una memoria difensiva *ex art.* 121 c.p.p., ovvero oralmente

UU. 26 marzo 2003, Giordano, Rv. 224607.

³³² Altra pronuncia nel medesimo solco, come anticipazione, Cass. pen. Sez. VI, 27 aprile 2016, n. 20270, in CED Cass. 2016, rv. 266678, non può essere dedotta per la prima volta in cassazione, ostandovi il disposto di cui all'art. 609 co. 3 c.p.p., *se* il predetto articolo era già in vigore alla data della deliberazione della sentenza d'appello. Anche secondo, Cass. pen. Sez. V, 06 luglio 2015, n. 3963, in CED Cass. 2015, rv. 265814, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ai sensi art. 131 *bis* cp, è applicabile ai procedimenti di legittimità in corso alla data di entrata in vigore del D. lgs. n. 28 del 2015, ma configurandosi come motivo nuovo, non prospettabile nel ricorso per difetto della relativa previsione normativa, va richiesta fino a quindici giorni prima dell'udienza ai sensi dell'art. 585 co. 4 c.p.p.. Ancora, Cass. pen. Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 45073, in CED Cass. 2015, rv. 265224, si esprime nel senso che l'esimente vada applicata direttamente, ai sensi dell'art. 620 lett. l) c.p.p., ogniqualvolta risulti palese, dalla sentenza impugnata, la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali della stessa e un apprezzamento del giudice di merito, che consentano di ritenere coerente la conclusione che il caso di specie debba essere ricondotto alla previsione di cui all'art 131 *bis* cp. Partendo anche qui dall'ammissibilità della rilevazione, qualora non fosse stato possibile dedurla nel merito, in Cassazione, ma paventando un'ulteriore modalità, Cass. pen. Sez. feriale, 13-08-2015, n. 36500, in CED Cass. 2015, rv. 264703, che sentenza come l'istituto della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, avente natura sostanziale ed essendo perciò applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, anche quelli pendenti in sede di legittimità, possa dalla Suprema Corte essere rilevata di ufficio ai sensi dell'art. 609 co. 2 c.p.p., qualora ravveda la sussistenza delle condizioni di applicabilità della nuova disciplina, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della decisione impugnata; se la valutazione risulta positiva, deve essere annullata la sentenza con rinvio al giudice di merito. Così anche, Cass. pen. Sez. III, 15-07-2015, n. 38380, in CED Cass. 2015, rv. 264795. Contra, Cass. pen. Sez. III, 24-06-2015, n. 34932, in CED Cass. 2015, rv. 264160, preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare l'esclusione della punibilità, prevista ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.p. pur trattandosi di "*ius superveniens*" più favorevole al ricorrente.

dopo l'apertura del dibattimento³³³. In poche parole quale potesse essere il perimetro, o meglio l'oggetto del giudizio di legittimità nell'ipotesi in cui la Cassazione fosse chiamata, come nel caso di specie, a valutare l'applicabilità della disciplina della non punibilità per particolare tenuità del fatto³³⁴.

Tale quesito cruciale dell'ordinanza n. 21014/15, sul modo e limiti con cui fosse possibile operare una valutazione, sembrava trovare risposta nella facoltà del giudice di legittimità di valutare, in astratto, la sussistenza delle condizioni di applicabilità del nuovo istituto, con riferimento ai dati emersi nel corso del giudizio di merito ed in particolare attraverso un attento vaglio i contenuti della motivazione della sentenza impugnata: in caso di valutazione positiva vi sarà la possibilità di pronuncia di annullamento con rinvio al giudice di merito competente³³⁵. Ad esito opposto, con l'esclusione dell'applicazione dell'istituto, con pronuncia di rigetto, nell'ipotesi in cui dalla motivazione della sentenza impugnata emergano "giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto". Ed è proprio questo l'esito a cui la pronuncia n. 15449 era pervenuta: nel caso di specie, escludendo l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della causa di non punibilità e rilevando elementi rappresentativi della gravità dei fatti addebitati all'imputato, incompatibili per questo con un giudizio di particolare tenuità degli stessi.

Argomentazione ribadita in un'altra sentenza della Suprema Corte, nella sentenza Cass.

Sez. II, 16 ottobre 2015, n. 41742, la quale ha statuito come, qualora sussistano i

³³³ Così, l'ordinanza n. 21014/2015, cit.

³³⁴ La Terza Sezione con l'ordinanza 21014 del 2015, in parziale contrasto con quanto in precedenza era stato statuito dalla medesima Sezione con la sentenza n. 15449 del 2015, il cui testo è consultabile sul sito, www.penalecontemporaneo.it, prevedeva un intervento d'ufficio del giudice di legittimità tutte le volte che - "posto di fronte a casi di effettiva irrilevanza del fatto anche sulla base di quanto emerge dal testo della sentenza impugnata, dopo aver verificato l'astratta applicabilità della norma di favore in relazione ai vari presupposti e/o condizioni richieste dalla norma medesima" decida di darvi attuazione attraverso una pronuncia di annullamento con rinvio. Si tratta del postulato intorno a cui flette la più rilevante delle questioni poiché mette in fibrillazione i limiti connaturati alla natura del giudizio di legittimità che rendono più problematica la soluzione (o le soluzioni alternative) da adottare. Non va, in proposito, dimenticato che l'applicabilità dell'istituto nei giudizi di legittimità implica comunque delle valutazioni di merito, non disgiunte dalla necessità che ai vari soggetti interessati sia offerta la possibilità di interloquire". Un giudizio complesso, come ribadisce la Corte nell'ordinanza, e che presuppone valutazioni inerenti a questioni di fatto e che quindi va effettuato dal giudice di merito: sulla base delle allegazioni delle parti, nel rispetto del contraddittorio e con l'eventuale interlocuzione della persona offesa, che non risulta adeguatamente garantita in sede di giudizio di legittimità.

³³⁵ Le questioni sottoposte all'attenzione delle Sezioni Unite non sono state trattate perché il Primo Presidente ha restituito gli atti alla sezione di provenienza, ritenendo insussistenti le condizioni per la rimessione. Com'è noto tale potere è attribuito al Primo Presidente della Suprema Corte dall'art. 172 disp. att. c.p.p.

presupposti per l'applicazione della causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto la Corte di Cassazione abbia il compito di annullare con rinvio la sentenza impugnata, per consentire così ai giudici di merito la valutazione conseguente³³⁶. Qualora invece la Corte di Cassazione ritenga, sulla scorta della sentenza impugnata, che il giudice del merito abbia, anche solo implicitamente, escluso la presenza dei requisiti enunciati dall'art. 131 *bis* c.p. la relativa questione deve essere rigettata, non risultando necessario un controllo sul fatto: un' ipotesi di ricognizione negativa dove la Corte si riserva comunque ad onor del vero, il potere di una verifica sulle circostanze di fatto, evitando qualsivoglia rinvio al giudice di merito. L'accertamento di "merito" sulla sussistenza dei requisiti per l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. comporta che, se la verifica risulta negativa, il giudizio di legittimità prosegue, mentre in caso di accertamento positivo dovrebbe limitarsi all'annullamento con rinvio o spingersi sino all'annullamento senza rinvio³³⁷.

Anche qui emerge la velata preoccupazione di evitare un giudizio di rinvio che potrebbe condurre il reato verso la sua prescrizione; inoltre non può mancare di osservarsi come, la rilevanza esclusivamente fattuale dei requisiti applicativi, sia terreno fertile per rischiose ricadute in un'alterazione della funzione di legittimità della Corte³³⁸.

Anche perché, come è facilmente deducibile, mentre alcuni parametri possono pacificamente evincersi dalle sentenze di primo e secondo grado, come, ad es.

³³⁶ Cass. pen. Sez. II, 30-09-2015, n. 41742, in CED Cass. 2015,rv. 264596, Nella specie, la Corte ha escluso l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della causa di non punibilità, rilevando che il fatto era stato considerato dalla sentenza impugnata non episodico, né di modesto allarme)

³³⁷ Incongruenza rilevata dall'ordinanza n. 21014/2015, cit., p. 11. Interessante è sottolineare come tale ordinanza abbia definito la particolare tenuità del fatto una causa di non punibilità "atipica", in quanto esige il contraddittorio e presenta effetti pregiudizievoli per l'imputato, assolvendo una funzione latamente stigmatizzante e sanzionatoria, data l'iscrizione della pronuncia nel casellario giudiziale. Qualificazione "ibrida" ulteriormente rafforzata dalla circostanza che l'art. 469 c.p.p. al comma 1-bis, definisce la sentenza pronunciata per non punibilità *ex* articolo 131 *bis* cp, come sentenza di non doversi procedere; formula invero usata da molti giudici di merito di primo e di secondo grado.

³³⁸ In tale senso oltre alla sentenza già richiamata n. 15549, già prima, Cassazione sezione IV, 1 luglio 2015, Pasolini, *Riv. Pen.* 2015, p. 983 n. 33821, giunta attraverso il medesimo iter decisionale, all'esito opposto, ossia pronuncia con rinvio al giudice del merito competente, dove era stato statuito come: " Il Collegio ritiene, pertanto, che nel caso concreto s'imponga l'annullamento della decisione impugnata in ragione della sopravvenuta disciplina più favorevole. La motivazione offerta dal giudice di merito, che ha affermato "il mancato riscontro di una condotta di guida concretamente pericolosa", valutata unitamente all'applicazione della pena in misura pari al minimo edittale, nel concorso degli altri presupposti di legge concernenti la pena edittale e l'abitudine, rappresentano indici significativi, nel senso della possibile sussunzione del fatto nell'ipotesi di particolare tenuità, che dovranno essere valutati dal giudice del rinvio "Una rimessione al giudice territorialmente competente corretta, in quanto la cassazione, giudice di mera legittimità, non possiede la facoltà di procedere con minuziose misurazioni riguardo l'offesa e la condotta, come richiesto dalla norma penale.

l'abitudine della condotta contestata, altre invece, come la ponderazione dell'esiguità del danno o del pericolo ovvero l'aver agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali o l'aver adoperato sevizie o, ancora, l'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, ecc.. pongono la valutazione sul piano fattuale della vicenda che difficilmente potrebbe farsi rientrare nella competenza di un giudice di legittimità.

Problematico è poi il punto, che i primi commentatori di tale sentenza non hanno mancato di sottolineare, di come interpretare la circostanza in cui la questione possa essere stata esaminata già dalla corte territoriale per via "implicita".

Esige un vaglio dei requisiti e dei presupposti, soggettivi ed oggettivi, che i giudici del merito potrebbero difficilmente aver preso in esame "implicitamente". La sentenza esplicita la circostanza che si tratta di "valutazioni in fatto": nonostante ciò la Terza Sezione non indietreggia di fronte all'accertamento, sostituendosi ai giudici di merito, circa la possibile valutazione dell'operatività della nuova causa di esclusione della punibilità.

Sempre inerente alle problematiche di diritto intertemporale, la sentenza n. 15549, in un proprio *obiter dictum*, precisa che nella verifica delle condizioni di applicabilità della disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., sia necessario fare riferimento, soprattutto per quanto riguarda i limiti di pena, alla norma incriminatrice vigente al tempo della commissione del fatto, qualora questa sia diversa da quella vigente al tempo del giudizio.

Nel reato tributario del caso, all'epoca della commissione del fatto la pena consisteva nella reclusione da sei mesi a quattro anni; dopo la riforma del 2010, la pena, nell'ipotesi di imposte di ammontare superiore a duecentomila euro, che era proprio quella del caso in giudizio, la sanzione è divenuta la reclusione da uno a sei anni: una pena che preclude quindi l'applicabilità dell'istituto disciplinato dall'art. 131 *bis* c.p. non ravvisando nel caso concreto l'esiguità dell'offesa, la Corte ha però statuito l'applicabilità astratta di tale istituto.

Statuizione che risulta poco coerente con il nostro sistema penale, come sottolinea G.L. Gatta: "Senonché ci sembra una soluzione quanto meno problematica in rapporto a un classico principio in tema di successione di leggi penali - il c.d. divieto di terza legge (un corollario del principio di legalità). Il giudice, infatti, deve individuare la legge la cui disposizioni sono più favorevoli al reo, tra quella complessivamente vigente al

tempo del fatto o al tempo del giudizio: non può combinare l'una con l'altra, selezionandone gli aspetti favorevoli”³³⁹. Incoerente poiché in tale eventualità non consentirebbe l'applicazione della nuova disposizione di cui all'art. 131 *bis* c.p., poiché lo *ius superveniens* ha comportato l'innalzamento della pena detentiva massima, requisito tassativamente e quantitativamente previsto della norma, da quattro a sei anni: da qui la conseguente (e più coerente) preclusione dell'applicabilità della sopravvenuta causa di esclusione della punibilità.

Tirando le somme di questa lunga e complessa ricostruzione dogmatica dell'istituto, l'affermazione della natura sostanziale di tale clausola ha comportato la conseguente applicazione dello statuto giuridico relativo a tale categoria di cause di esclusione della pena. A ciò conseguono ulteriori profili, alcuni già accennati, prove di una intrinseca e continua connessione tra i diversi piani, sostanziale, processuale e procedimentale: innanzitutto, facendo l'istituto eccezione alla regola generale di punibilità dei reati, l'esimente non è estensibile analogicamente; non si applica; inoltre, allorquando vi sia un errore riguardo la sua sussistenza da parte dell'attore; la non punibilità non si estende agli eventuali concorrenti nel reato. La reazione della persona offesa dal reato (nonostante il suo autore non sia punibile in forza dell'esimente in questione), può costituire legittima difesa, se ne ricorrono gli ulteriori presupposti normativi, rimanendo comunque ferma la possibilità per il soggetto danneggiato dal fatto illecito, nonostante l'esimente in parola, di agire nei confronti dell'autore per il risarcimento del danno in ambito civile ed amministrativo. Infine; la formula da utilizzarsi per il proscioglimento dell'attore, a seguito di applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., si sostanzia in “perché il fatto non è punibile”.

³³⁹ G.L. GATTA, *Note a margine*, cit., punto 2.1. dove richiama tra i precedenti, Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 7961, Capece, CED 255103: "In materia di successione nel tempo di leggi penali, il giudice, una volta individuata la disposizione complessivamente più favorevole, deve applicarla nella sua integralità, senza poter combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativo dell'altra legge secondo il criterio del '*favor rei*', atteso che in tal modo verrebbe ad applicare una terza fattispecie di carattere intertemporale non prevista dal legislatore con violazione del principio di legalità.." Nella specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza del Tribunale, in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza ex art. 186, comma secondo, lett. c) C.d.S. commesso prima dell'entrata in vigore della l. n. 120 del 2010, il quale Tribunale aveva irrogato all'imputato la pena più favorevole vigente al momento del fatto sostituendola con la sanzione del lavoro di pubblica utilità, introdotta soltanto dalla legge successiva citata.

2.4. L' ambito di applicazione ed i requisiti strutturali della particolare tenuità

Oggetto di ben più tenui questioni sono i criteri di valutazione della speciale tenuità: la Legge delega, si è già lungamente sottolineato, si discosta dal trend degli interventi ad essa più vicini cronologicamente, non contemplando il “grado della colpevolezza”. Omissione che non può certamente definirsi involontaria, ma piuttosto precisa scelta di ancorare tale disciplina, da sempre circondata da grande preoccupazione per un'eventuale deriva verso orizzonti arbitrari ed incontrollabili, ad una dimensione oggettivistica: passo necessario stante la volontà, non criticabile, di ottenere un'applicazione di successo di tale istituto come esimente di diritto comune, in linea anche con la funzione depenalizzante nel concreto d' ispirazione anche perché sono le caratteristiche oggettive a consentire una selezione dei fatti meritevoli di sanzione³⁴⁰.

L'opzione rinunciataria viene quindi affidata a parametri deputati a ricondurre entro limiti fisiologici l'eventuale discrezionalità giudiziale.

Osservando i parametri previsti nella nuova clausola, affiora la chiara volontà legislativa di prendere le distanze dalle sperimentazioni precedenti, le quali si affidavano a tre criteri di esiguità a cui il giudice deve riferirsi: uno oggettivo, attinente al “fatto” e che concerne i principali elementi costitutivi del reato bagatellare, come delineato dal noto modello di Krümpelmann, ossia il disvalore dell'azione, il disvalore di evento e il grado di colpevolezza; uno soggettivo, che coinvolge la figura dell'autore e l'occasionalità del suo comportamento; ed infine -ed è qui la diversità notevole con l'istituto previsto all'art. 131 *bis* c.p.- un criterio teleologico che attiene alla sfera esterna al fatto ed all'autore, ma che coinvolge l'impatto della vita dell'imputato minorenni o il ruolo svolto dall'interesse della vittima nell'economia del meccanismo. Un'evidente intenzione di sottrazione all'organo giudiziario della possibilità di compiere valutazioni totalmente discrezionali, anche in forza di esigenze di prevenzione generale, stante la difficoltà di

³⁴⁰ F. CAPRIOLI, in *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.luglio.2015, p. 85 osserva come l medesimo fine risponde anche la scelta di omettere qualsivoglia richiamo a esigenze di prevenzione generale, che avrebbe portato ad una valutazione eccessivamente generica e contrastante con la finalità rieducativa assegnata alla pena ex art. 27 co. 3 Cost., o l'indicazione di criteri troppo elastici che facilmente avrebbero potuto confliggere con l'art. 112 Cost. Decisamente critici, tra i primi, sono invece A. CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida dir.*, 2015, 15, p. 67, che definisce la disciplina come una «valutazione assolutamente discrezionale», e C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Penale* p. 3. Dubbiosa circa l'esclusione della dimensione soggettiva, che pare ineliminabile eseguendo un'attenta analisi della pronuncia di legittimità n. 15449, L. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali “alla particolare tenuità del fatto”*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.* 2015, p. 3

tradurre tali fattori desocializzanti in formule sufficientemente determinate ed il rischio di deriva verso la strumentalizzazione dell'individuo imputato, contraria al principio fondamentale del rispetto della dignità umana e alla finalità assegnata alla pena dall'art. 27 co. 3 Cost.³⁴¹.

Questo riferimento a criteri riferibili all'offesa ed ai precedenti dell'autore, tra loro in relazione logica, stante anche la priorità testuale attribuitali dal Legislatore, al fine di confermare la diagnosi di esiguità del fatto, non significa, si osservi bene, che il giudizio verterà semplicemente e solamente sulla valutazione del fatto esiguo nella prospettiva unilaterale della gravità dell'offesa, con evidente frustrazione del principio di ragionevolezza. Il giudice, anche se non esplicitamente statuito dal Legislatore, non potrà in alcun modo prescindere dall'elemento soggettivo del reato in quanto, analizzare la condotta criminosa nella sua globalità comporta inevitabilmente un giudizio sulle modalità, sul grado di offensività, nonché sull'atteggiamento psicologico del soggetto agente³⁴².

Tra i criteri menzionati dall'art. 133 co. 1 cp, cui rinvia l'art. 131 *bis* c.p., rientrano pure l'intensità del dolo e il grado della colpa: questo però non deve trarre in inganno, in quanto, in tale contesto, sono parametri riferiti alla tenuità dell'offesa e non possono quindi riferirsi all'atteggiamento psicologico-soggettivo del colpevole³⁴³.

Ciò in forza di una premessa dogmatica oramai divenuta, giustamente, opinione unanime: dolo e colpa imprimono il loro, peculiare, effetto sul fatto tipico, plasmandolo,

³⁴¹ S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività*, cit., p. 2100.

³⁴² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, cit., p. 1709, dove si precisava, ben già prima dell'entrata in vigore della riforma, che potrà essere la modalità di condotta, prevista come indice di valutazione, ad aprire alla soggettività: nei reati colposi, la violazione delle regole cautelari integra il manifestarsi della condotta tipica, mentre nei reati dolosi, l'intensità del dolo si può tradurre inevitabilmente nella scelta dei modi della condotta. Anche la Relazione al D.lgs. n. 274 del 2000, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, p. 58, indica argomenti a sostegno di tale impostazione: vi è il riferimento al dolo d'impeto, al dolo eventuale, alla colpa lieve, e alle situazioni cd. Semi-scusanti.. Teorizzazione accolta in dottrina, tra tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, p. 322. Anche la RELAZIONE al D. lgs 28/2015 riprende tale impostazione secondo cui dolo e colpa si riflettono nelle modalità della condotta, a un livello sistematico che precede dunque la colpevolezza e si estende alla "tipicità soggettiva".il giudice non potrà rifiutare l'applicazione dell'esimente perché, pur a fronte di un'offesa esigua, l'agente abbia agito, ad esempio, con dolo particolarmente intenso

³⁴³ Interpretazione "di salvataggio" della norma, attuata dalla dottrina, A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 202, poiché se si intendessero le modifiche introdotte dal legislatore delegato come volte a ricomprendere l'intera categoria della colpevolezza, si addiverrebbe allo stravolgimento dell'impianto delineato dalla Legge delega, e si aprirebbe la via ad una declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega.

rispecchiandosi nelle modalità di condotta, ad un livello sistematico che si estende alla cosiddetta tipicità soggettiva³⁴⁴.

Non vi è nessuna motivazione quindi, per affermare l'estraneità del giudice all'indagine nella dimensione psicologica dell'autore allo scopo di “misurare” la rimproverabilità o riprovevolezza dell'autore del reato, quasi a proibire l'espressione di “giudizi graduati di disvalore penale in rapporto alla qualità dell'elemento psicologico che lega il fatto all'autore.”³⁴⁵.

In realtà, con la stessa qualificazione della clausola prevista all'art. 131 *bis* c.p. come causa di non punibilità in senso stretto, il giudizio sull'irrilevanza implica già a monte un'analisi dell'elemento soggettivo dell'autore, in quanto questo, insieme all'indagine circa l'esistenza del fatto, ne è presupposto. Anche l'elemento soggettivo dovrà essere riferito al criterio della tenuità, confrontandolo con il grado di colpevolezza richiesto per i fatti comparabili che corrispondono al reato per cui si procede. È quindi implicitamente richiesto che il grado della colpevolezza sia inferiore rispetto a quello risultante dalla media dei fatti omologhi, misurando l'*animus* del reo, l'intensità criminale e l'occasionalità del comportamento³⁴⁶.

Il rinvio operato dall'art. 131 *bis* c.p. all'art. 133 c.p.³⁴⁷ rende investigabili l'intensità del dolo ed il grado della colpa, al solo ed unico fine di valutare la tenuità dell'offesa, muovendo all'interno dei tratti interni alla tipicità, qui soggettiva, non contemplando giudizi circa l'atteggiamento soggettivo: unica via interpretativa per “salvare” dall'incostituzionalità per eccesso di delega la norma in esame, ipotizzabile qualora le modifiche introdotte in sede di decreto si interpretassero nel senso di ricomprendere l'intera categoria della colpevolezza, mutando nell'essenza l'istituto previsto nella delega. Obiezione invece correttamente sollevata da parte della dottrina al Legislatore delegato, il quale, in sede di decreto, sembra aver operato un evidente stravolgimento della selezione dei fatti astrattamente non punibili tratteggiata nella delega, prevedendo innovativamente determinate presunzioni di non tenuità³⁴⁸.

³⁴⁴ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 262 e ss.

³⁴⁵ G. FIANDACA- E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, Bologna, IV ed., 2001, p. 237.

³⁴⁶ S. QUATROCCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., p. 138

³⁴⁷ Corrispondenza di ciò la si rintraccia, con nota di richiami, Cass. Pen., 8 ottobre 2015, Derossi, *Foro it.*, 2016, II, che afferma l'applicabilità della causa in forza di una valutazione complessiva degli elementi delineati all'art. 133 c.p.

³⁴⁸ Così, A. CISTERNA, in *A rischio di legittimità per aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in cit., pp.67 e ss.

Tali esclusioni, di carattere oggettivo, sono state sin dagli arbori della disciplina, valutati negativamente dalla maggioranza della dottrina, in quanto in apparenza difficilmente conciliabili con una visione dell'istituto basata sulla valutazione del caso concreto e sulla considerazione del reato fondato sull'offesa. Le ragioni di tale esclusione, estranea a qualsivoglia valutazione sul caso concreto, appaiono di difficile comprensione particolarmente in presenza di un'offesa assolutamente tenue³⁴⁹.

In realtà la comprensione diviene semplice qualora si osservino tali presunzioni, costituenti motivi riprovevoli e quindi ostativi al riconoscimento dell'esimente in esame, nell'ottica di risposta a specifiche esigenze di prevenzione speciale. Questa, come osservato giustamente da più Autori, avrebbe invero richiesto, già in fase di delega, la previsione anche di profili di colpevolezza favorevoli al reo, quali "motivi di particolare valore attenuante" o spinte provenienti dalla direzione opposta, interne ed esterne, adatti a controbilanciare l'atteggiamento antisociale dell'agente³⁵⁰.

Il decreto non assegna alcuna rilevanza al comportamento successivo alla commissione del reato: il fatto deve quindi già essere tenue al momento della consumazione, precludendo al giudice qualsiasi tipo di apprezzamento circa eventuali condotte riparatorie, nella dimensione oggettiva del ripristino o quella soggettiva del ravvedimento. È precluso inoltre all'organo giudicante, di trarre valutazioni negative, qualora queste condotte riparative, previste, non siano state poste in essere, come invece disciplinato in altri istituti deflattivi, e subordinando a ciò la concessione dell'esimente; è poi esclusa la possibilità, che la declaratoria di non punibilità sia subordinata all'adempimento di obblighi imposti all'imputato, come invece è ad esempio previsto nel giudizio onorario.

Nonostante tale dato letterale che sembra escludere la possibilità di tenere in considerazione condotte risarcitorie o riparatorie successive al fatto di reato, in ragione dell'assenza di un richiamo al co. 2 dell'art. 133 c.p. che al n. 3 dà rilievo alla condotta successiva, alcune pronunce di merito³⁵¹ ed anche dottrina autorevole³⁵², hanno preso posizione opposta sul tema. Secondo questi vi è quindi la possibilità, in linea di

³⁴⁹ P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 19.

³⁵⁰ A. NISCO, *L'esclusione*, cit. p. 203, che per tale considerazione si rifà a quanto già espresso precedentemente da un altro grande Autore, C.E.PALIERO, *Minima non curat pretor*, cit., p. 741.

³⁵¹ Trib. Foggia, 10 aprile 2015, n. 1670, inedita, richiamata da G. ALBERTI, *La particolare tenuità*, cit., p. 7, nella quale il giudice ha ritenuto rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 131 bis c.p. il pagamento integrale del debito, per i reati ex art. 10 ter D. lgs. n. 74 del 2000.. richiama inoltre, in tema di infortuni sul lavoro, Trib. Genova, 21 maggio 2015, inedita..

³⁵² R. DIES, *Questioni varie*, cit., p. 23, nota 51.

principio, qualora ne sussistano i presupposti, che l'art. 131 *bis* c.p. possa essere applicato in tali casi: cenno speciale, poiché oggetto di accesi dibattiti all'indomani dell'entrata in vigore della normativa, merita la possibilità affidata dal Legislatore al giudice di applicare della causa di non punibilità, come sub specie estinzione del reato, in presenza di una condotta di riduzione in pristino. Esempio lampante della questione è il co. 1 *quinquies* dell'art. 181 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi del quale “la rimessione in pristino delle aree e degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa, e comunque prima che intervenga la condanna, estingue il reato di cui al comma 1”, ossia esecuzione di lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici senza la prescritta autorizzazione o difformi da questa. Il riferimento qui è ad una condotta dell'agente di piena reintegrazione della lesione, quale “ravvedimento operoso”, che se posto in essere entro certe scadenze temporali, può ben essere premiato dall'ordinamento con la non punibilità, a pieno titolo definibile, speciale. Questo, tenendo sempre ferma la possibilità che il fatto possa comunque presentarsi in concreto esiguo e quindi, anche senza condotta di ripristino, essere considerato come non meritevole di sanzione e dichiarato non punibile *ex art. 131 bis cp*³⁵³.

In ossequio a quanto previsto dalla L. delega n. 67 del 2014, art. 1 co. 1 lett. m)³⁵⁴, con le dovute precisazioni apposte in sede di stesura definitiva rispetto alla stessa legge ed anche all'iniziale Schema governativo, il Legislatore elenca quindi un'ampia gamma di principi e criteri direttivi, tra cui “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”.

Due sono chiaramente i criteri informativi della riforma in oggetto: ridurre l'incidenza della pena carceraria per la criminalità bagatellare, al fine pratico di rimediare al problema del sovraffollamento delle carceri, senza però vanificare o destabilizzare la risposta punitiva ed intervenire sull'irrogazione della sanzione; agire inoltre poi già a

³⁵³ Cass. Pen, 20 marzo 2013, Bortini, Rv.256426, n. 39049, dove però viene sottolineato che l'unica deroga alla sanzionabilità prevista è l'entità minima dell'offensività, stante la conferma implicita dell'operatività dell'istituto in questione.

³⁵⁴ Tale disposizione è stata introdotta dalla Commissione Giustizia del Senato durante l'esame in sede referente n. 925, confluito poi nella A.C. 331-927-B approvato in via definitiva dalla Camera e divenuto poi legge n. 67/2014.

monte, in fase processuale, attraverso mezzi deflattivi, consentendo così l'ossequio ai principi di ragionevole durata e di giusto processo.

Si comprendono così i tratti salienti dell'estensione dell'istituto della tenuità dell'offesa al processo ordinario penale: la migliore sintesi di un intervento di deflazione primaria che, accompagnata da strumenti a loro volta deflattivi, seppur secondari, previsti dalla medesima riforma, come ad esempio la sospensione del procedimento con messa alla prova, realizza quella finalità onnicomprensiva di razionalizzazione, deflazione ed efficienza, nonché salvezza e temperamento di un sistema che, disegnato nei suoi contorni rigidi dal Costituente nel lontano 1948, è divenuto ben presto problema di se stesso³⁵⁵.

Hanno avuto ruolo risolutivo i pareri resi in sede di esame del decreto dalle Commissioni Giustizia, in particolare quella della Camera, che ha condotto ad un arricchimento dei requisiti, nonché allo spostamento del nucleo della figura da un'impostazione prettamente oggettiva ad una “mista”³⁵⁶.

L'art. 131 *bis* c.p. prevede quindi ora una causa di non punibilità in forza di tre indici-criteri rappresentativi della tenuità del fatto: il limite di pena, la tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento³⁵⁷. In particolare la tenuità dell'offesa, perno della norma in esame, si suddivide, a sua volta, in due indici-requisiti³⁵⁸ che attengono: alla modalità dell'azione e all'esiguità del danno e/o pericolo.

³⁵⁵ Basti pensare, come ampiamente ricordato al paragrafo 2.2, al principio di obbligatorietà dell'azione penale, talmente rigido da causare la sua sistemica violazione e più in generale l'elusione del sistema in generale. Lettura “classica” riguardo il tema della oramai scarsa effettività del principio di obbligatorietà, M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2666 e ss. Oltre a quelli già richiamati, si consiglia, C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Milano, 2009, p. 322 e ss, Problema che non è solo italiano, come evidenzia L. LUPARIA, in *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1751 e ss.; il voler sottoporre l'azione all'obbligatorietà, porta ad una sistemica e conseguente discrezionalità controllata, rintracciabile in tutti quei Paesi che, come il nostro, si affidano a principi così rigidi da essere loro stessi causa della propria inoperatività.

³⁵⁶ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 85, “nelle ultime battute dell’iter di approvazione del decreto legislativo, tuttavia, sono stati effettuati, su questo terreno, alcuni innesti non particolarmente felici.”

³⁵⁷ Come ci riporta A. CISTERNA; *Tenuità del fatto, quel dilemma della depenalizzazione*, in *Guida dir.*, 2015, n. 10, lo Schema governativo iniziale, più preciso nei requisiti della Legge delega, approvato dalle Camere, è stato oggetto di importanti modifiche in sede di stesura definitiva: vi è stata la previsione dei criteri di commisurazione della pena con il rinvio all'art. 133 c.p., la previsione di presunzioni della non tenuità dell'offesa nonché una maggior precisione, ancora tuttavia poco limpida, della non abitualità del comportamento. Ulteriore lettura interessante, A.A. MORAMARCO, *I pareri parlamentari a confronto su gli articoli del codice penale che innovano l'istituto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, cap. 19 e 20.

³⁵⁸ La diversità di denominazione “Indici-criteri” ed “Indici-requisiti” è stata statuita dalla RELAZIONE allo Schema di decreto legislativo del 2014, e ripreso dalla Cass. Sez. III, *Mazzarotto*, 15549 del 2015.

Una esimente, applicabile entro un limite massimo edittale³⁵⁹, incardinata su un presupposto di natura oggettiva, la particolare tenuità dell'offesa, con il mero limite soggettivo riguardante il soggetto reo, della non abitudine del comportamento.

Tali requisiti sono concorrenti, tassativi ed elastici, in quanto implicano una certa discrezionalità, seppur vincolata, poiché non suscettibili di estensione analogica nemmeno in *bonam partem*, stante la natura sostanziale di causa di non punibilità dell'istituto *ex art. 131 bis c.p.*³⁶⁰

Non vi è alcuna gerarchia tra i diversi criteri, che dovranno necessariamente sussistere contemporaneamente, al fine della formulazione del giudizio di particolare tenuità del fatto. Questo nonostante la lettera dell'art. 2621 *ter* c.c., ossia la disciplina specifica per il reato di false comunicazioni sociali, che sembra attribuire peso prevalente alla componente del danno prodotto: formulazione alquanto problematica, se si tiene presente la natura di reato a pericolo concreto della nuova fattispecie di reato di falso in bilancio *ex art. 2621 c.c.*³⁶¹.

A tali requisiti, necessari per l'operatività della clausola, si allineano circostanze di cui si è già accennato in precedenza, che determinano invece l'esclusione oggettiva dell'applicabilità, in base a particolari modalità, motivi o conseguenze attinenti alla condotta³⁶², aprendo quindi a componenti di taglio soggettivo.

³⁵⁹ 9 Critico sul punto, C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, cit., pp 34 e ss., che evidenzia come l'art. 131 *bis* c.p sia destinato a trovare applicazione rispetto a fattispecie estremamente diverse quanto a bene giuridico, modalità di aggressione e forme di colpevolezza. L'autore inoltre sottolinea, come la scelta di ancorare l'applicazione della causa di non punibilità al massimo della pena nonché sui criteri di determinazione della pena stessa, di cui al comma quarto, sia profondamente problematico ed ambiguo.

³⁶⁰ La lett. m) dell'art 1, comma 1, L. Delega n. 67/2014 usa la locuzione "escludere la punibilità (...)" Sul tema, G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., p. 623. Inoltre, Cass. Pen. Sez. III, n. 15449, cit., «La rispondenza ai limiti di pena, rappresenta soltanto la prima delle condizioni per l'esclusione della punibilità, che, infatti, richiede congiuntamente e non alternativamente la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento»

³⁶¹ Sul tema, A. NISCO, *L'esclusione*, cit., p. 222, prf.5 *La necessità di futuri approfondimenti e l'introduzione di figure speciali di tenuità per le false comunicazioni sociali*. Inoltre, critico, A. GILIO, *Le nuove false comunicazioni: il rimedio peggiore del male?*, in *Quesiti, Arch. Pen.* 2015, 3. Ancora, A. TESTAGUZZA, *Un legislatore severo, ma non troppo: la nuova riforma delle false comunicazioni sociali*, *ivi*, in commento ad una sentenza in tema di falso in bilancio Cass. Pen Sez.V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), Lombardi, P.G. Crespi e altri, ricorrenti, dove "In tema di bancarotta impropria da reato societario, di cui all'art. 223, co. 2, n. 1), l. fall., si è affermato che l'entrata in vigore della legge n. 69 del 2015 - che ha riformulato gli artt. 2621 e 2622 c.c., eliminando l'inciso "nonché oggetto di valutazioni" ha determinato una parziale *abolitio criminis*."

³⁶² L. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla "particolare tenuità del fatto"*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 2015, p. 3: "L'intenzione del legislatore nel non fare espresso riferimento né al grado, né all'intensità della colpevolezza: sembra evincersi che l'elemento soggettivo sia stato volutamente escluso dalla valutazione relativa alla particolare tenuità del fatto, anche se la formula "modalità di condotta" posta espressamente fra gli indici criteri, si presta ad una diversa interpretazione, a meno che non debba ritenersi che si riferisca a diverso elemento."

Rimangono estranee invece le valutazioni esterne al fatto di reato, invece presenti nelle sperimentazioni dell'istituto nel processo minorile e nel giudizio penale dinanzi al Giudice di pace, quali l'incidenza del procedimento sulla persona imputata, e la previsione di un potere di natura dispositiva in capo al soggetto offeso.

2.4.1. Il limite astratto della pena edittale

Il Legislatore delegante ha ritenuto necessario circoscrivere l'area della gravità entro la quale possa operare detta clausola: la Commissione Giustizia del Senato, durante l'esame del testo legislativo, ha sottolineato come, la fissazione di limiti edittali siano sistematicamente posti tenendo in dovuta considerazione gli effetti delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce pene di tipo diverse da quella ordinaria e di quelle ad effetto speciale, come ad esempio, quanto disposto all'art. 157 c.p. in riferimento alla prescrizione o ancora, gli artt. 4 e 278 c.p.p. Questo ha fatto sì, che si chiarisse come il Legislatore, riferendosi alle cornici edittali, non si sia potuto (e non abbia neanche voluto) esimersi dal considerare anche le predette circostanze aggravanti.

Il **perimetro** dell'applicabilità dell'istituto è primariamente delimitato dalla scelta compiuta dal Legislatore di rivolgere la propria attenzione alla pena edittale massima stabilita per i reati³⁶³. Questo ovviamente ad eccezione, naturalmente, che non si scelga di eludere il limite di operatività della norma attraverso l' *escamotage* della inoffensività, proprio allo scopo di non sanzionare le ipotesi oggettivamente esigue, avvalendosi quindi dell'indeterminatezza ed incertezza del sottile confine interpretativo presente tra il concetto della particolare tenuità e quello dell'inoffensività³⁶⁴.

La formula di apertura dello stesso art. 131 *bis* c.p. specifica che tale nuova clausola possa applicarsi specificatamente a quegli illeciti penali “per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena”.

³⁶³ La scelta di fissare il limite massimo ai cinque anni di pena detentiva massima si pone in armonia con la soglia analoga, fissata dalla delega per la riforma del sistema delle pene e contenuta nella medesima legge, ancorché non esercitata, che voleva la trasformazione in una nuova sanzione “domiciliare” di tutte le pene detentive contenute entro i cinque anni : un “diritto penale domiciliare”: D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare*, cit., p. 452. Invece critica aspramente tale scelta, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20, in quanto tale opzione crea sperequazioni discriminare in base al massimo edittale tra reati giudicabili tenui e tutti gli altri: rilevarebbe semmai il minimo, che esprime la soglia di indefettibilità della tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa.

³⁶⁴ P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 13

Tale soglia circoscrive e definisce l'area della esiguità qualitativa, attraverso un'esclusione oggettiva di tutte le fattispecie non ricomprese entro tale limite ed una presunzione assoluta di non particolare tenuità per i reati eccedenti detta soglia, a prescindere da ogni valutazione nel caso concreto. Tutti quei reati, la cui pena edittale è superiore a tale limite, dovranno quindi sistematicamente ed aprioristicamente considerarsi non particolarmente tenui, a prescindere da ogni ulteriore analisi valutativa circa la reale dimensione quantitativa dei suoi elementi³⁶⁵.

Tale limite solleva certamente varie perplessità, soprattutto nei confronti della *ratio* dell'art. 131 *bis* c.p.: non solo sembra porsi in contrasto con la natura di tale istituto, ma soprattutto, presenta aspetti di chiara irragionevolezza, allorquando non si preveda una possibile applicazione della clausola alla presenza di un'offesa tenue, ancorché in fattispecie con pena edittale massima superiore ai limiti imposti dalla norma ³⁶⁶. Affinchè la clausola adempia alla sua vocazione di principio con validità generale, non circoscritto a dimensioni conciliative o ristrette alle caratteristiche dell'imputato, non si sarebbe dovuto procedere con tale taglio orizzontale all'operatività. Anzi, stante la natura "intermediativa" di detta clausola, tra la dimensione astratta e quella concreta della sanzione, creata al fine di eliminare potenziali incongruenze nella finalità della pena nel momento di passaggio tra comminatoria ed applicazione, sarà proprio nel contesto sanzionatorio più rilevante che la discrasia tra queste due potrà farsi più frequente. Inoltre, come ricordato precedentemente, delineando il grande merito della riforma che ha introdotto esplicitamente il canone dell'offensività nell'ordinamento, un problema che potrebbe derivare da tale limite applicativo, risiede nel fatto che già prima della sua affermazione espressa, il principio di offensività trovava spazio nelle pronunce delle corti: spazio che coinvolgeva tuttavia fattispecie punite con pene elevate, come il

³⁶⁵ Ad esempio, Trib. Ascoli Piceno, 11 luglio 2016, in *Massima redazionale* 2016, dove, nel caso di specie, l'imputato, invitato dall'U.G. recatosi presso la sua abitazione per effettuare il pignoramento dei beni su istanza del creditore, aveva omesso di presentarsi presso l'Unep nel termine assegnatogli per indicare le cose o i crediti da sottoporre a pignoramento deve. È stato però dal tribunale riteni non punibile risultando, la fattispecie per la quale è stato incriminato, punibile con pena detentiva non superiore a 5 anni. In legittimità, Cass. pen. Sez. V, 24 giugno 2015, n. 39806, in CED 2015, rv. 265317, ha dichiarato che la causa di non punibilità non può essere dichiarata in presenza di una sentenza di condanna che abbia ritenuto pienamente giustificati e motivati, la determinazione della pena in misura superiore al minimo edittale ed il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, in quanto, in tal caso, va da sé l'esclusione di ogni possibile valutazione successiva in termini di particolare tenuità del fatto.

³⁶⁶ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 8 luglio 2015, p. 11.

peculato, la calunnia, il reato di bancarotta ed il falso in atto pubblico. E la domanda è sempre la stessa: rispetto a tali reati è giusto fare un simile passo all'indietro³⁶⁷?

Questo anche perché, come ricordato precedentemente, se il perno oggettivo della norma è proprio l'offesa eccessivamente tenue, escludere l'applicabilità della causa di non punibilità, in presenza di reati sanzionati astrattamente con pena superiore, sembra svuotare di senso la riforma stessa³⁶⁸.

Ulteriore specificazione riguardo la determinazione astratta della pena è offerta, sempre dal medesimo articolo, al penultimo comma, dove è statuito come non si debbano tenere in considerazione, nel calcolo del limite della sanzione determinato con il criterio di computo oramai generale (stante l'estensione della disciplina, nata per la competenza ed ora applicata anche in tema di misure cautelari personali o di attività di intercettazione), di cui all'art. 4 c.p.p., le circostanze aggravanti ed attenuanti³⁶⁹ “fatta

³⁶⁷ Così, D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offeso nella delega*, in *Leg. Pen.* 2014, 4, p. 454, dove richiama a titolo esemplificativo del trend delle corti, ben prima dell'entrata in vigore della riforma, il peculato, qualora il pubblico ufficiale si sia appropriato di un bene privo di valore economico, Cass. 18 ottobre 2013, n. 42836, in CED, m. 256686; in tema di calunnia, Cass. 10 luglio 2000, in Cass. Pen. 2001, p. 1783; sul falso innocuo, in un orientamento che Brunelli definisce poco “generoso”, Cass. 8 febbraio 2001, Stipa, in *Cass. Pen.* 2001, p. 3054. Infine in materia di vantaggi infragruppo, Cass. 10 dicembre 2013, n. 49787, in CED, m. 257562.

³⁶⁸ Dallo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015, si evince come, in sede di formulazione della norma, si era anche ipotizzato di mantenere il richiamo al criterio di cui all'art. 4 c.p.p., consentendo il bilanciamento o la rilevanza della sola circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p. (danno patrimoniale di speciale tenuità), soluzione che sarebbe stata “coerente con la *ratio* dell'istituto” ed avrebbe consentito l'applicazione della clausola anche ai reati con una pena edittale superiore all'attuale limite, limitatamente ai casi più modesti.

³⁶⁹ L'art. 157 c.p. precisa “senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti. In giurisprudenza, un esempio, Cass. pen. Sez. III, 01-12-2015, n. 3534, L.M., in *Urbanistica ed appalti*, 2016, 4, p. 485, riguardo alle violazioni paesaggistiche con costruzioni abusive relativamente al rapporto tra la nuova esimente e le circostanze attenuanti comuni, la Corte ha statuito che debba escludersi la particolare tenuità del fatto, soprattutto per le violazioni paesaggistiche, posto che il giudizio di tenuità dell'offesa confligge con quanto già preventivamente oggetto di valutazione legislativa laddove si è consentito l'esperimento della procedura di c.d. condono ambientale ex Legge n. 208/2004, limitandola ai soli interventi edilizi abusivi minori. Così, in difetto di elementi da cui potersi desumere oggettivamente la particolare tenuità dell'offesa, la nuova disciplina di cui all'art. 131 *bis* c.p. non può trovare applicazione.

eccezione per quelle per le quali la legge stabilisce una specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale”³⁷⁰³⁷¹.

Se sono quindi presenti circostanze autonome e ad effetto speciale, l'istituto non troverà applicazione qualora queste comportino il superamento del limite massimo edittale di cinque anni. Qualora questo travalicamento non avvenga, l'istituto troverà invero spazio per operare, in quanto qui, le circostanze in questione, saranno incluse nel bilanciamento.

La suprema Corte, facendo eco ad un orientamento ora dominante, nega che si possa rintracciare un unico criterio unitario per la determinazione della pena nell'applicazione di istituti processuali: le specifiche particolarità di ogni disposizione resta speciale e non eleggibile quale principio generale e essere suscettibile di applicazione estensiva o di analogia. Il diritto penale unisce la pena alla fattispecie incriminatrice nel suo complesso, poiché risultato di diverse componenti, tra le quali hanno pacificamente rilevanza anche le circostanze. Tuttavia nell'accertamento del fatto all'interno del processo ed il potenziale accesso a forme alternative di giudizio, è implicito che

³⁷⁰ Interessante, poiché affronta il medesimo profilo in riferimento alla sospensione del procedimento con messa alla prova, una recente sentenza, SS. UU Cassazione Penale, 1 settembre 2016 (ud. 31 marzo 2016), n. 32672, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo. La sentenza, relativa ai limiti di operatività dell'istituto di cui all'art. 168 bis c.p., - sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato- si è dovuta esprimere con specifico riferimento al rilievo da riconoscere alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale nella determinazione del limite edittale di cui all'art. 168 bis comma 1. La questione era stata rimessa alle sezioni Unite con l'ordinanza n. 8014/2016, con nota di I. GUERINI, *Ancora in tema di sospensione del processo con messa alla prova: presupposti oggettivi per accedere al procedimento speciale ed autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.* 22 marzo 2016 ed è stata così risolta dalla Suprema Corte: «Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto all'art. 168 bis c. p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato»

³⁷¹ Per un commento sulla non computabilità delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione dei limiti edittali per l'ammissibilità del rito: la soluzione delle Sezioni Unite Sorcinelli, I GUERINI, *In claris (non) fir interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*. Interessante è che il contrasto interpretativo sollevato con un ricorso che, proprio in quanto affermato dalla sentenza Rigacci, sarà giudicato inammissibile, aprirà, nel merito ad un'importante ampia riflessione : «prevale, in tal caso, l'esigenza di assicurare comunque l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, peraltro nell'applicazione di un nuovo istituto che segna un'importante inversione di tendenza nel sistema penale». In linea con il maggioritario orientamento che valorizza il dato normativo, individuando nel mancato richiamo alle circostanze, una precisa e consapevole scelta del legislatore, farebbe sì che il parametro ex art. 168 bis c.p. si riferirebbe alla pena massima della fattispecie base, con esclusione di qualsiasi circostanza in ipotesi contestata nel caso di specie. Le Sezioni Unite, rimarcando l'assoluta chiarezza del testo di legge, si affiancano appunto a tale linea di pensiero, ma il ricorso venne giudicato inammissibile.

vengano poste in essere delle peculiari decisioni di politica criminale: è una valutazione che va modellata ed adattata ad ogni singolo istituto.

La precisazione nella seconda parte del quarto comma, evidenzia come, in nessun caso, i possibili effetti inibitori di tale clausola possano essere eliminati attraverso la concessione di circostanze attenuanti o attraverso un eventuale giudizio di equivalenza o prevalenza delle circostanze medesime ai sensi dell'art. 69 c.p.. Impostazione che sembra dimenticare che le circostanze autonome e ad effetto speciale concorrono a delineare un reato che riconduce per il disvalore all'illecito penale base³⁷². Eventuali circostanze attenuanti, comportanti una riduzione di pena superiore a quella ordinaria, sembrano potersi pacificamente includere ai fini della applicazione della clausola³⁷³.

Concorrono quindi sia le circostanze aggravanti sia quelle attenuanti, mentre si discute se tra queste possano farsi rientrare anche le circostanze cosiddette “indipendenti”. Se si opta per la soluzione affermativa, vi sarà ovviamente una conseguente e drastica riduzione dell'ambito applicativo della clausola *ex art. 131 bis c.p.*, in quanto, tali circostanze normalmente comportano il superamento del limite edittale dei cinque anni di reclusione³⁷⁴. In realtà, come autorevole dottrina afferma, le circostanze indipendenti, determinando “un nuovo compasso edittale” non dovrebbero essere tenute in considerazione, ancorché esse determinino un limite edittale superiore a cinque anni; lo stesso dovrebbe valere per quelle comuni, che producono un aumento sino ad un terzo³⁷⁵

E' divenuta oramai di opinione unanime la rilevanza di tutte le circostanze autonome e ad effetto speciale, e non delle sole aggravanti come i contesti prima richiamati e da cui il Legislatore voleva discostarsi; tuttavia, vietato il bilanciamento, emerge il dubbio, rintracciabile nei primi critici commenti sull'inciso della disposizione, addirittura

³⁷² Come osserva R. BARTOLI, *L'esclusione*, cit., pp. 665 e ss., non rilevarebbero le circostanze indipendenti, quelle che prevedono nuovi limiti edittali, pur se superiori al terzo rispetto alla figura base allorquando non determinino il superamento della soglia edittale dei cinque anni.. La particolare tenuità del fatto sarebbe quindi applicabile al furto aggravato a norma dell'art. 625 c.p.. ciò sulla base del rilievo “che le circostanze autonome e ad effetto speciale danno luogo a un reato circostanziato accostabile, sul piano del disvalore, alla fattispecie base” e ciò perché la legge non distingue tra circostanze ad effetto speciali dipendenti o autonome. Discorso particolare merita la recidiva, circostanza ad effetto speciale nel caso previsto ai commi 2, 3, 4 dell'art. 99 c.p. ed ad effetto comune *ex co. 1*. Anche le circostanze ad effetto comune vanno comunque integrate con le aggravanti previste all'art. 131 bis c.p. le quali hanno funzione ostativa all'applicazione dell'istituto ed inoltre si presentano come totalmente sganciate dalla disciplina prevista normalmente per le circostanze.

³⁷³ Esempio tra tutti, l'attenuante speciale del recesso attivo di cui al *co. quarto dell'art. 56 c.p.*

³⁷⁴ Per la soluzione affermativa A. GULLO, *Sub art. 131 bis cp*, cit., p.1949.

³⁷⁵ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p.665. Si veda §313.

definito “frutto di un “autentico *qui pro quo* normativo dell’ultima ora”³⁷⁶, su come debba destreggiarsi il giudice qualora si trovi a dover decidere alla presenza di un concorso eterogeneo di tali circostanze, stante l'assenza di qualsiasi precedente in materia³⁷⁷.

Diverse sono le risposte che si sono affacciate per la soluzione, soprattutto di ispirazione giurisprudenziale e decisamente controverse riguardo l’interpretazione dell’art. 278 c.p.p. in materia di determinazione della soglia sanzionatoria rilevante ai fini dell’applicazione delle misure cautelari.

Secondo alcuni, al fine di contenere la discrezionalità giudiziale, andrebbe attribuita rilevanza alle sole circostanze aggravanti, in quanto solo il limite edittale massimo (e non quello minimo) di pena definisce l’ambito applicativo della riforma³⁷⁸; altri sono invece dell’avviso di applicare il massimo aumento per le aggravanti e, successivamente, la riduzione minima per le attenuanti, ferma la considerazione che tale soluzione finisce talvolta per aggirare il limite edittale di legge previsto per la fattispecie non circostanziata; altri ancora, a discapito della disciplina, ritengono inevitabile il ricorso al bilanciamento qualora vi sia un concorso di circostanze eterogenee ad effetto speciale³⁷⁹: nel bilanciamento non trovano considerazione le circostanze autonome o ad effetto speciale che non comportano lo sfondamento del limite del massimo di cinque anni³⁸⁰.

Per il tentativo, figura autonoma di reato, non vi è alcun riferimento nell'art. 131 *bis* c.p. e neppure il computo del limite di pena entro cui va applicata la disposizione, diversamente da quanto disposto ai sensi dell'art. 157 co. 2 c.p.

³⁷⁶ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p.13,

³⁷⁷ Tali problematiche sono affrontate da I. RUSSO, *Osservazioni*, p. 2 e ss.

³⁷⁸ Critico in tal senso, S. PERELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Quest. Giust.*, 2015, che propone di applicare il massimo aumento per le aggravanti e, successivamente, la riduzione minima per le attenuanti, con esiti generalmente corrispondenti, ma diversi.

³⁷⁹ R. BARTOLI, *L'irrilevanza*, cit., p. 665: questo per eliminare il margine di discrezionalità che si presenta tutte le volte che, concorrendo circostanze eterogenee, sia necessario un bilanciamento e il giudice possa strumentalizzare tale circostanze al fine di ricondurre entro i limiti edittali la comminatoria per poi procedere con la pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

³⁸⁰ R. BORSARI, *Commento al d.lgs. 28/2015*, cit., p. 15., dove richiama, per le diverse impostazioni concettuali, G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 5; R. DIES, *Questioni varie*, cit., p. 4, sulla scorta dell'orientamento già espresso da Cass. 30.1.2008, in CED, n. 239734. 2 S. PERELLI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, cit., in base alla tesi già accolta in epoca risalente da Cass. 4.9.1984 Goffetti, in GI 1986, 164. Infine, A. GULLO, *sub art. 131-bis Cp*, cit., p. 1949. Negli stessi termini, in ambito cautelare, Cass. 19.6.2007 Lacatus, in *Cass. Pen.* 2008, 4715, e Cass. 30.1.2002 Grillo, in CED, n. 220957

Non pare qui coinvolto il profilo delle circostanze, infatti la riduzione prevista in tale caso, concepita all'art. 56 c.p. si atteggia quale limite autonomo, sulla base della pena edittale prevista per i delitti di volta in volta in questione.

Negare l'operatività dell'esimente nel tentativo sarebbe per ciò totalmente ingiustificato qualora l'ipotesi di tentativo fosse astrattamente e concretamente più tenue rispetto a quanto la consumazione del reato avrebbe comportato.³⁸¹ La pena andrà perciò determinata, applicando al massimo edittale previsto per il reato consumato la riduzione nella misura minima prevista dall'art. 56 c.p., ossia un terzo³⁸².

Si potrà pacificamente ritenere di particolare tenuità un tentativo di un reato, la cui consumazione preclude invece l'applicazione della nuova causa di non punibilità. In caso di recesso attivo, circostanza attenuante ad effetto speciale, con riduzione di pena da un terzo alla metà, si dovrà operare successivamente un'ulteriore riduzione di un terzo alla pena massima prevista per il tentativo, ma unicamente nell'ipotesi in cui non vi sia concorso con qualche circostanza ad effetto speciale³⁸³.

All'ultimo comma, l'art. 131 *bis* c.p. conclude che “La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”. Anche tale inciso sembra perseguire il fine di non vedersi applicata tale esimente in numerosi casi in cui vi è la presenza di determinate figure circostanziali di tenuità, quali norme speciali: questo in quanto sono moltissimi i settori, anche nella legislazione speciale, che prevedono tale tipologia di circostanze. Un esempio tra tutti, la lieve entità menzionata nell'art. 4 della Legge n. 110 del 18 aprile 1975, in materia di porto abusivo di armi improprie.

Tuttavia è opinione comune che, allorché vi sia la tenuità del danno o del pericolo nel contesto di una circostanza, proprio la presenza di una circostanza attenuante di particolare tenuità del danno o del pericolo integri quell'indice richiesto all'art. 131 *bis* c.p.: potranno quindi ben coesistere le due figure. In tali casi, prevale la causa di non

³⁸¹ Cass., Sez. un., 28 marzo 2013 n. 28243, in Cass. p en ., 2013, p. 3828.

³⁸² Si veda Conf. Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 9, nonché Trib. Milano, sez. IV pen., 9 aprile 2015, n. 3963, Giud. Tremolada, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 21 maggio 2015. Nel merito, ancora, Trib. Trento, 15 aprile 2016, in Massima redazione 2016, l'istituto della particolare tenuità del fatto delineato dall'art 131 *bis* cp. deve ritenersi applicabile anche in riferimento ai reati tentati, sebbene non espressamente previsti dalla disposizione in parola, poiché costituenti illeciti autonomi rispetto alle corrispondenti ipotesi consumate. Nel calcolo dell'entità della pena ai fini dell'esimente, dovrà tenersi conto della riduzione di un terzo da operare ai sensi dell'art. 56 cp sulla pena massima prevista per il reato consumato; mentre la particolare tenuità dell'offesa potrà essere apprezzata, insieme agli altri requisiti, avendo riguardo alla entità del danno che la consumazione del reato avrebbe determinato. Una valutazione globale degli effetti che si sarebbero verificati in caso di consumazione.

³⁸³ R. DIES, *Questioni varie*, cit., p. 4.

punibilità, qualora siano rispettati il limite di pena e l'abitudine del comportamento. Questo anche perché, in forza del rinvio *ex art 133 c.p.*, la condizione di particolare tenuità del danno o del pericolo può comunque avere autonoma rilevanza nel giudizio rispetto alla particolare tenuità dell'offesa: sarà compito del giudice valutare se la tenuità coinvolga il fatto nella sua interezza, potendo pronunciarsi quindi per l'esimente, o si debba limitare a considerarla quale mera circostanza attenuante³⁸⁴.

Questo poichè, come autorevole dottrina sottolinea³⁸⁵, nonostante il silenzio del Legislatore, la tenuità del fatto può essere elemento costitutivo di una fattispecie autonoma di reato, in quanto è oramai unanimemente accettata, la considerazione della particolare tenuità di un fatto tenue, quale principio.

Per alcuni reati sembrerebbe ad una prima lettura non operare *tout court* tale clausola, nonostante in concreto assurgano ad ipotesi scarsamente offensive: una tra tutte, la fattispecie di furto, stante la vigenza di numerose circostanze speciali ed ad effetto speciale. Ci è qui chiaramente un problema, che emerge su due fronti: sul profilo redazionale dell'art. 131 *bis* c.p. e sulla previsione nel nostro codice di una folta schiera di circostanze volte a penalizzare certi "tipi" di autore³⁸⁶. Ben poteva il Governo, nonostante l'assenza di qualsivoglia precisazione nella legge delega, approdare ad una soluzione diversa per esempio, attraverso la possibilità di bilanciare le aggravanti ad effetto speciale con la circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità³⁸⁷.

Quando si parla di clausole di irrilevanza, è chiaro il riferimento al modello del reato bagatellare, in quanto emblema di quella giustizia "minore", alla quale è opportuno riservare percorsi alternativi a quelli ordinari, più rapidi e semplificati.

³⁸⁴ Critico P. POMANTI, *La clausola*, cit., p.18: Il quinto comma dell'articolo 131 *bis* c.p. secondo tale Autore non fa espresso riferimento all'art. 62, n. 4, c.p., limitandosi a prevedere la configurabilità dell'ipotesi di cui al primo comma "anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante". "In fondo, il co. 5 dell'art. 131**bis** c.p. conferma come la particolare tenuità operi solo all'interno della tipicità, sottraendo dalla punibilità esclusivamente quei fatti che rientrano nei parametri della disposizione e nel contempo delineando il confine inferiore della tipicità medesima".

³⁸⁵ G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p.6.

³⁸⁶ E. MARZADURI, *L'ennesimo*, cit., p. 5, che evidenzia come allora in presenza di casi tipici di particolare tenuità, "come il furto in supermercato, aggravato da violenza sul dispositivo antitaccheggio, o il furto di una mela, dove ben due aggravanti (violenza sulle cose per strappo del frutto dall'albero e condotta tenuta su cose esposte per necessità alla pubblica fede) connotano il fatto come odioso e meritevole di punizione" l'esimente non potrà aprioristicamente applicarsi.

³⁸⁷ Questi i rilievi formulati dai rappresentanti di ANM in occasione dell'audizione del 27 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati

Esiguità quale fattore caratterizzante del fatto di reato, quasi ad assurgere a *ratio* stessa del “tipo bagatellare”.

Rivolgendo uno sguardo attento ai Progetti precedenti di riforma, e a quanto previsto nelle normative di altri paesi, si può invero osservare come il limite previsto dalla norma in questione possa definirsi decisamente “generoso”³⁸⁸.

Non può sfuggire però, che la fissazione di un limite edittale così elevato, potrebbe apparire l'espressione di una precisa volontà legislativa di spezzare il legame tradizionalmente esistente tra esiguità e “tipo bagatellare”, ampliando così di fatto l'operatività della clausola, sino a farla rientrare nell'alveo della cosiddetta “giustizia maggiore”, travalicando il limite costituito normalmente dalla coscienza collettiva dell'allarme sociale, *discrimen* tra ipotesi di microconflittualità privata e fattispecie di interesse collettivo.

Tale decisione si è posta invero quale necessitata, e per parte della dottrina, adeguata, stante il livello comune eccessivamente elevato delle nostre cornici edittali e soprattutto per la finalità deflattiva della nuova normativa, trattandosi di limite creato per escludere dall'ambito applicativo dell'istituto un novero più ampio di fattispecie, rispetto a un eventuale riferimento al minimo³⁸⁹.

Le comminatorie legali infatti, lungi dal costruire un quadro omogeneo e ragionevole di soluzioni sanzionatorie ed un criterio unitario e coerente, sono stati e sono tutt'ora utilizzati, quali strumenti al fine unico di rispondere, in maniera immediata e specifica, a ragioni di allarme sociale e soprattutto per soddisfare una collettività, il cui consenso è necessario nel gioco della politica, senza mirare quindi, alla fondazione di un più ampio progetto di riforma del modello sanzionatorio³⁹⁰.

In base a tali considerazioni, si può facilmente intuire come il raggio operativo, sia sicuramente più esteso di quanto previsto per i casi di citazione diretta nel giudizio davanti al tribunale in composizione monocratica disciplinato all'art. 550 co. 1 c.p.p.. Sarebbero state da prevedere specifiche regole volte ad estendere la potenziale applicazione anche a fattispecie caratterizzate, invero, da particolare allarme sociale:

³⁸⁸ Critica, C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla particolare tenuità*, cit., pp. 243 e ss.

³⁸⁹ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p.665.

³⁹⁰ A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, pp. 1293 e ss. che sottolinea come la tendenza legislativa degli ultimi anni, basata sulla previsione di cornici edittali libere e calate all'interno dei limiti generali di ogni pena, compiuta attraverso correttivi solo indirettamente incidenti sulla riforma del Codice Rocco, abbia portato alla perdita di qualsivoglia possibilità di compiere valutazioni comparative ragionevoli e razionali nell'attività comminatoria.

escludere la punibilità al trasgressore che abbia commesso delitti sanzionabili astrattamente con la pena massima di cinque anni, potrebbe far maturare nella collettività un'evidente disaffezione e perdita di fiducia nei confronti della giustizia, già da anni messe a dura prova ed andando a minare la certezza dell'azione penale e della relativa sanzione.

La scelta di riferirsi alla pena massima edittale non è stata da tutti condivisa: “trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto” sarebbe stato opportuno “aver riguardo non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria: al minimo edittale”, il quale “esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all’offesa³⁹¹.

Sulla scorta di tali considerazioni è da osservare come la clausola generale di esiguità non comporti, necessariamente ed indefettibilmente, una previsione di limite di pena: questo in quanto qualunque fatto, anche astrattamente considerato e sanzionato gravemente, può essere nella pratica un reato bagatellare. Da ciò si potrebbe dedurre, come autorevole dottrina ha sottolineato, come la fissazione di un limite, coincidente con il massimo edittale, normalmente previsto a favore e non avverso il reo, causi inevitabilmente ingiustificabili disparità di trattamento, quasi a riprodurre specularmente le disegualianze già denunciate nelle comminatorie legislative.

Secondo tale impostazione, la disposizione di nuovo conio potrebbe comportare effetti altamente condizionanti sulla disciplina delle comminatorie future, ad esempio una nuova quantificazione delle cornici edittali o addirittura una sottrazione *ex ante* all'applicabilità dell'esimente di determinate fattispecie, anche allo scopo ultimo di rispondere ed assecondare richieste, dettate da allarme sociale, provenienti dalla collettività e votate alla tendenza, forte negli ultimi anni, di inasprimento della risposta sanzionatoria e di esternalità negativa³⁹².

Esaminando esegeticamente l’art. 131 *bis* c.p. si nota come esso contempli, genericamente, una soglia di pena detentiva, (e non, si osservi, la reclusione e l’arresto)

³⁹¹ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20 . Anche C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, cit., pp. 34 e ss, sottolinea come l’art. 131 *bis* c.p. trovi applicazione nei confronti di fattispecie criminose profondamente ed intimamente diverse per quanto riguarda il bene giuridico, le modalità di aggressione nonché gli aspetti della colpevolezza. L’Autore criticamente osserva che la scelta di subordinare l’applicazione della causa di non punibilità al massimo della pena nonché ad i criteri di determinazione della pena stessa, di cui al comma quarto, sia la più cristallina ambiguità della *ratio* della riforma.

³⁹² A. NISCO, *L'esclusione*, cit., p. 204.

³⁹³, posta a cinque anni, ed invece prescinde dall'ammontare della pena pecuniaria, sancendo quindi un limite ampissimo ed in netta diversità rispetto ai Progetti precedenti³⁹⁴.

In ogni caso, la discussione riguardo il requisito applicativo e strutturale del limite della pena edittale si perde sullo sfondo, sfumata nei propri contorni, laddove si consideri che anche reati, in astratto puniti molto severamente, possano nel concreto presentarsi in forma tenue. Ad esempio può essere ritenuto non punibile, in quanto privo di offesa *ex art. 49 c.p.*, il peculato che “non presenti conseguenze economicamente e funzionalmente significative” per la Pubblica Amministrazione. Di converso, vi sono pure fattispecie che, pur sanzionate in misura inferiore alla soglia dei cinque anni di detenzione, sono fortemente sentite dalla collettività, come ad esempio l'abuso d'ufficio, le violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la falsificazione di cibi e di medicinali, i reati in materia ambientale, il furto semplice, la diffamazione, ecc.³⁹⁵

2.4.2. L'indice-criterio della particolare tenuità dell'offesa

L'indice-criterio della particolare tenuità dell'offesa, di natura oggettiva, riguardante il fatto di reato, pur nel silenzio del Legislatore circa la gerarchia tra i due indici-criteri, è da considerarsi quale elemento fondante la particolare tenuità, che si sa essere oramai comunemente riconosciuta come causa di non punibilità.

A sua volta questo criterio-indice si suddivide, come già anticipato, nei due indici-requisiti della modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, da valutarsi ai sensi dell'art. 133 co. 1 c.p.: questa disposizione vincola il giudice a tenere in considerazione la gravità del reato, secondo le modalità dell'azione³⁹⁶, la gravità del

³⁹³ Questo è dato dal fatto che la l. 67/2014 conferiva al Governo anche la delega, in realtà non esercitata, per l'introduzione delle sanzioni detentive non carcerarie, quale reclusione e arresto domiciliari, ad ampliare il catalogo delle pene principali. Più estensivamente, A.GULLO, *Sub art. 131-bis Cp*, cit., p.1948 e ss.

³⁹⁴ S. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in *La deflazione giudiziaria*, cit., p. 243

³⁹⁵ C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 520.

³⁹⁶ Cass. pen. Sez. III, 16-07-2015, n. 40355, Pastore, in *Foro it.*, 2016, 4,2,275, La detenzione di prodotti ittici in condizioni igienico-sanitarie non idonee (e quindi tali da configurare il reato di cui all'art. 5 lett. b), L. n. 283/62), ma senza alcuna ulteriore specificazione di là dall'esposizione al sole, può integrare uno dei requisiti richiesti dall'art. 131 *bis cp*, per l'applicabilità della causa di non punibilità costituita dalla "particolare tenuità del fatto". Ancora, Cass. pen. Sez. V, 19 novembre 2015, n. 4298, in CED Cass. 2016, rv. 266027, inanzitutto chiarisce che l'esclusione della particolare tenuità del fatto nel reato di diffamazione a mezzo stampa non è di per sé in contraddizione con l'applicazione della

danno o del pericolo cagionato alla persona offesa³⁹⁷ nonché l'intensità del dolo o il grado della colpa³⁹⁸.

Il richiamo al solo primo comma, può apparire, e lo è secondo autorevole dottrina, volto a circoscrivere l'operatività dell'anzidetto articolo alla sola dimensione oggettiva attinente al fatto, in quanto, questa è disposizione ad efficacia generale e senza tale opportuno richiamo normativo, si sarebbe consentito di allargare il perimetro della valutazione anche ai parametri attinenti alla personalità del reo contemplati al secondo comma. Questo perché il nesso con quella che a pieno titolo è riconosciuta quale disposizione simbolo in tema di discrezionalità penale poteva ritenersi ovvio anche senza un espresso richiamo. Invero, proprio il fatto che si sia proceduto a circoscriverlo, fuga ogni dubbio circa l'utilizzo che deve esservi fatto: ossia con lo sguardo volto alla sola dimensione attinente il fatto, al riparo quindi da qualsiasi riferimento alla capacità a delinquere e da qualsivoglia criterio finalistico³⁹⁹.

L'intensità del dolo e il grado della colpa contemplate al n. 3 del co. 1 *ex art.* 133 c.p., si è già evidenziato come contribuiscano esclusivamente al giudizio sul disvalore dell'azione, in piena armonia con la volontà del Legislatore delegato di smarcare il giudizio in questione, dalla dimensione psicologico-soggettivistica, difficoltosa, poichè inconsistente per sua stessa essenza, e pericolosa per questo soprattutto nelle fasi predibattimentali. Il grado della colpevolezza, non annoverato tra i requisiti, è invero recuperabile, secondo la stessa Relazione di accompagnamento, nel contesto del giudizio sulle modalità della condotta., come chiarito anche nelle prime pronunce dei giudici di merito ⁴⁰⁰, e nelle prime linee guida tracciate in materia da alcune Procure della Repubblica⁴⁰¹. Il profilo attinente le motivazioni dell'agire e la personalità del reo ,

sola pena pecuniaria poiché, in tale ipotesi delittuosa, la scelta di non irrogare la pena detentiva è dettata dalla considerazione che quest'ultima necessita della presenza di circostanze eccezionali. Però la Corte precisa che tale scelta denota non già un indice di tenuità del fatto, bensì solo la sua non particolare gravità. (Nel caso di specie, la S.C. ha confermato l'esclusione della causa di non punibilità, valutando l'ammontare della pena pecuniaria così irrogata, molto superiore al minimo della sanzione pecuniaria, del complessivo giudizio di insidiosità della condotta)

³⁹⁷ Cass. pen. Sez. III, 14 ottobre 2015, n. 17184, in CED Cass. 2016, rv. 266754, ha limpidamente espresso che la natura esigua del danno, o del pericolo, concorre, *ex art.* 131 bis c.p., a rendere non punibile un fatto, sicché non può essere confusa con le ipotesi di "speciale" o "particolare" o "lieve" entità del fatto che attenuano il reato, senza escluderne l'offensività.

³⁹⁸ Così, T. Milano 9 aprile 2015 n. 3936 , n. 3937 e T. Milano 16 aprile 2015 n. 4195, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.5.2015, con nota di G. ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto*, cit. Anche, inedita, Trib. Torino, 9 aprile 2015, in *Arch. Penale Online*, 2015.

³⁹⁹ A. NISCO, *L'esclusione*, cit., p. 206, che suggerisce una lettura interessante, circa il rapporto intercorrente tra l'art. 133 c.p. e la disciplina sperimentale del Giudice di pace, nota 46.

⁴⁰⁰ In tale senso, già prima dell'entrata in vigore della riforma, F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1709.

⁴⁰¹ Linee Guida della Procura di Lanciano, cit., p. 11., ma anche la Procura della Repubblica presso il

incidendo sulla natura soggettiva o oggettiva dell'esimente, comporta importanti conseguenze, già chiarite in debita sede, soprattutto in tema di concorso di persone nel reato.

Sempre in riferimento al presupposto dell'entità dell'offesa, l'art. 131 *bis* c.p. co. 2 precisa, che questa non può essere dichiarata qualora vi siano i profili ostativi elencati⁴⁰²: l'aver agito per motivi abietti o futili, con crudeltà anche in danno di animali⁴⁰³, quando si siano adoperate sevizie o si sia profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, o qualora con la condotta si sia cagionato o da essi siano derivate, anche quali conseguenze non volute, la morte o lesioni gravissime ad una persona. In realtà, osservandole, famosi Autori hanno statuito come tale precisazione possa dirsi superflua, in quanto, tutte queste circostanze sono caratterizzate da una tale gravità, da essere naturalmente insuscettibili di ricadere nella particolare tenuità⁴⁰⁴, e secondo altri, non potendosi escludere la possibilità di rinvenire un fatto in concreto esiguo, ancorché realizzato per motivi futili⁴⁰⁵.

Gli elementi ostativi richiamati non sembrano dare particolari preoccupazioni, ad eccezione dei “motivi abietti o futili”. Questo perché l'impianto generale, modellato dal Legislatore delegante sulla dimensione oggettiva del solo riferimento alla tenuità dell'offesa, superando le divergenze di opinioni circa la natura oggettivo o soggettiva riguardo le corrispondenti circostanze aggravanti, sembra votato ed ancorato al piano oggettivo⁴⁰⁶ ed in collegamento con l'indice, di cui si dirà a breve, delle modalità della condotta. Così non si può dire della più ambigua formulazione del richiamo ai motivi abietti e futili: in particolare, per “motivo” s'intende la causa psichica che ha indotto l'individuo ad agire, la causa, un impulso, un istinto o un sentimento, che ha determinato la volontà ed afferisce alla sfera soggettiva della motivazione, quale

Tribunale di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28. disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 18 giugno 2015, p. 5; ed ancora, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *D.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto”*. *Circolare esplicativa/applicativa*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 2 luglio 2015, p. 8.

⁴⁰² Si vedano i pareri delle Commissioni Giustizia di Camera e Senato, recepite dal Governo, che ha introdotto una serie di elementi ostativi alla qualificazione dell'offesa.

⁴⁰³ In realtà va precisato che non è esclusa *tout court* l'operatività dell'esimente per il reato di maltrattamento di animali all'art. 544 *ter* c.p. sarà da indagare e fare leva sul profilo dell'azione connotata da crudeltà. Si veda Trib. Milano 9 aprile 2015 n. 3937, cit.

⁴⁰⁴ Così, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 520. critica l'introduzione, nella forma di limitazione del potere discrezionale del giudice, di presunzioni di non tenuità alla modalità della condotta, trattandosi invero di ipotesi già di per sé al di fuori del perimetro dell'art. 131 *bis* c.p.

⁴⁰⁵ A. GULLO, *Sub art. 131-bis* c.p., cit., p. 1954.

⁴⁰⁶ Così, A. GULLO, *La particolare*, cit., p. 25.

espressione della personalità dell'autore ed estranea alla mera offesa quale lesione concreta del bene giuridicamente tutelato⁴⁰⁷. Il motivo si reputa “abietto” quando è, ritenuto dalla collettività spregevole e riprovevole, particolarmente ignobile ed espressione di una notevole cattiveria dell'autore; il motivo è invece “futile”, laddove si presenti come assolutamente sproporzionato rispetto all'azione delittuosa, quasi a connotare più una scusa che una causa giustificatrice⁴⁰⁸.

Per quanto riguarda le altre circostanze, che l'autore abbia agito “con crudeltà, anche in danno di animali”, o “adoperato sevizie”, riprese dalle aggravanti comuni di cui all'art. 61 n. 1 e n. 4 c.p.⁴⁰⁹, il discorso è sicuramente più lineare: la “crudeltà” ha le forme di quelle espressioni che manifestano la volontà unica di provocare dolore, mentre per “sevizie” si indicano quei patimenti e quelle sofferenze inferte volontariamente ad una vittima. Ulteriore elemento ostativo all'esimente è l'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età. Qui vi è esplicito rinvio alla lettera dell'aggravante comune ai sensi dell'art. 61 n. 5 c.p, dove “profittare” è inteso nel senso di avvantaggiarsi intenzionalmente di una condizione favorevole, che, può ben essere strutturata anche dallo stesso agente.

Non è mai da dimenticare, come qui sia in gioco l'esiguità dell'offesa e non la totale assenza dell'inoffensività, dovendosi concentrare per ciò l'attenzione sul profilo della lesione del bene giuridico: un criterio esplicitamente oggettivo, sempre però tenendo presente come il termine “offesa”, evochi nel nostro codice, la dimensione della tutela degli interessi protetti dalla norma incriminatrice.

Il rapporto intercorre qui tra tenuità ed offesa e si rispecchia negli indici-requisiti attinenti all'esiguità del danno o del pericolo cagionato e le modalità della condotta: aderendo al disvalore oggettivo permettono di considerare il grado di lesione o esposizione a pericolo del bene ed allo stesso tempo di recuperare la valutazione del mezzo criminoso, come impiego di strumenti peculiari, e anche di luogo e circostanze ambientali della commissione. Rimangono escluse le valutazioni sulla colpevolezza,

⁴⁰⁷ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 8. L'Autore evidenzia come così si è apertamente svuotato di significato la scelta di non attribuire autonoma rilevanza alla dimensione psicologica, con possibili derive faticosamente controllabili. I motivi a delinquere, dei quali non è possibile di regola tenere alcun conto stante il mancato richiamo al secondo comma dell'art. 133 c.p, potranno assumere così rilevanza ove qualificabili, anche, come abietti o futili:

⁴⁰⁸ G. MARINUCCI- E- DOLCINI, *Manuale diritto penale.: parte generale*, cit., pp. 509 e ss.

⁴⁰⁹ Si possono tranquillamente estendere le considerazioni svolte da E. PALERMO FABRIS, *Sub artt. 61-62 bis c.p.*, in (a cura di) CRESPI-FORTI-ZUCCALA', *Commento al cp*, pp. 240 e ss.

sempre rintracciabili tuttavia, secondo la stessa Relazione, nell'alveo delle modalità della condotta e i motivi alla base dell'azione o omissione.

Il giudice, in base a tali considerazioni, non potrà non applicare la clausola *ex art. 131 bis c.p.*, qualora vi sia la presenza di un'offesa esigua, ma l'agente abbia però agito con dolo particolarmente intenso ed al contrario, quando invece le modalità di condotta lascino trasparire il profilo soggettivo, con effetti apprezzabili sull'azione o sulla gravità del danno o del pericolo⁴¹⁰.

Preme sottolineare come gli elementi ostativi previsti al comma secondo, siano largamente ispirati dalle circostanze aggravanti comuni previste dall'art. 61 c.p., ma non sono richiamate dall'art. 131 *bis* nella formula di circostanze, nonostante evocchino il contenuto. Andranno applicate a prescindere dall'eventualità che siano imputabili come tali o siano state formalmente contestate. Allo stesso tempo testimoniano una tendenza fortemente casistica del Legislatore delegante, in particolare con riferimento alla previsione delle figure criminose di cui agli artt. 544 *bis* e *ter* c.p. (il reato di maltrattamento di animali)⁴¹¹.

Preliminare a qualsiasi dissertazione sull'argomento è l'affermazione secondo cui la tenuità dell'offesa presuppone logicamente l'individuazione del bene giuridico che la norma incriminatrice intende tutelare: in generale, la clausola di esiguità, per come è stata pensata e strutturata, potrebbe operare a prescindere dal tipo di bene giuridico e dal suo rango. Questo senonché in sede di commento allo Schema del 2014 si è affermato che la vita, ovviamente, assurge a bene la cui offesa non può mai considerarsi tenue: considerazione che potrebbe apparire ai più scontata, ma che invece nasconde insidie di

⁴¹⁰ E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 3

⁴¹¹ Celebre il caso deciso dal Trib. Torino, 15 luglio 2015, Giud. Favretto, riguardo il quesito se l'esposizione di aragoste sul banco del mercato potesse considerarsi detenzione di animale in condizioni incompatibili con la sua natura o maltrattamenti. Sentenza annotata da F. BACCO, *Aragoste esposte sul ghiaccio prima della vendita al mercato: maltrattamento di animali?*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 5 novembre 2015. O ancora, sulla medesima sentenza, T. GIACOMETTI, *Un problematico caso-limite di maltrattamento di animali: aragoste vive nel frigorifero di un ristorante*, *ivi*, 8 dicembre 2014. Sul tema, in legittimità, si era già espressa *Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2014 (n. 39159, Pres. Fiale, Rel. Grillo*, con commento E. PIRGU, *Detenzione di animali in spazi inadeguati: delitto ex art. 544 *ter* c.p. o contravvenzione (art. 727 c.p.)?* *ivi*, 31 ottobre 2014, dove viene affermato che collocare animali (nel caso di specie, delfini) in ambienti inadatti alla loro esistenza, inadeguati dal punto di vista delle dimensioni, della salubrità e delle condizioni tecniche integra il reato di cui all'art. 544 *ter* c.p.p. in quanto la "sottoposizione a comportamenti insopportabili per le caratteristiche etologiche dell'animale" è una forma di maltrattamento di animali, ponendo quindi tra parentesi nella motivazione la contravvenzione di cui all'art. 727 co. 2 c.p., che sanziona proprio la "detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze". Ancora, G. ALBERTI, *Attività circense detenzione di animali in ambienti inadeguati: applicabile l'art 727 co. 2 c.p.*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 8 gennaio 2015.

non poco conto, in quanto, in astratto, la clausola di esiguità potrebbe essere applicata a prescindere dal bene giuridico leso mediante la commissione del reato⁴¹². E' risultata quindi carica di significato la precisa esclusione dell'esimente in esame, come approvata nella versione definitiva del 2015, “quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona”⁴¹³: precisa scelta di non vedere applicata l'esimente, nonostante astrattamente compatibile secondo i limiti edittali massimi di pena, alle fattispecie di omicidio colposo, *ex art. 580 co. 1 c.p.*, di morte o lesioni quali conseguente di altro delitto, ai sensi dell'art. 586 c.p., di lesioni colpose (gravissime) all'art. 590 co 2 c.p. ed infine i reati aggravati dall'evento, come ad esempio la rissa aggravata *ex art. 588 co. 2 c.p.*⁴¹⁴. Quello che emerge da tali esclusioni era la preoccupazione, che si rinviene dai testi dei lavori parlamentari, che l'istituto potesse divenire *escamotage* per giustificare e lasciare impunte proprio le ipotesi gravissime disciplinate all'art. 589 c.p.⁴¹⁵. Questo anche se in dottrina si sono registrate voci dissonanti, che hanno tranquillamente affermato che l'esiguità ben possa coesistere con l'omicidio, o ancora come le lesioni, anche gravissime, possano determinare un'offesa invero minima⁴¹⁶: “ciò avviene quando la causazione della morte di un uomo (si pensi soprattutto all'ipotesi colposa) riguardi solo

⁴¹² G. ZACCARO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime osservazioni sul decreto legislativo in corso di emanazione*, in *Quest. Giust..it*, 26 febbraio 2015, il quale ha precisato che, in sede di commento dello Schema di decreto del 2014, era stato al riguardo sostenuto che l'offesa al bene “vita” non possa mai considerarsi tenue.

⁴¹³ Critica contro la formulazione, S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 121, dove osserva come sul piano linguistico la formula risulti ambigua e rindondante, destinata a dover essere reinterpreta dall'interprete. Sottolinea C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit. p. 520, che il solo riferimento ai fatti da cui siano derivati morte o lesioni gravissime avrebbe avuto maggiore precisione e correttezza da parte del delegato.

⁴¹⁴ Che invece è successo nella disciplina a carico di imputati minorenni, App. Perugia, sez. min., 15 dicembre 1999, in (a cura di) G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile: commento al D.P.R. 44/1988*, I ed., Milano, 2001, p. 543, che ha emesso sentenza di non doversi procedere per irrilevanza del fatto in presenza di un omicidio colposo derivante da circolazione stradale di veicoli.

⁴¹⁵ È categorico R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 667, secondo il quale la disposizione non sembra aver molto senso, poiché morte o lesioni gravissime sono eventi già di per sé stessi non tenui. Con tale precisazione si rischia di creare confusione, aprendo il campo alla discussione se le lesioni gravi possano, invece, essere valutate come tenui. Secondo S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 121, rispetto al riferimento alle “conseguenze non volute”, l'alternativa alla morte o alle lesioni in tali termini apre ad un'indagine del tutto inutile sul piano soggettivo.

⁴¹⁶ M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, in *Indice pen.*, 2003., p. 97 ed il riferimento all'omicidio colposo che agisce sulla vita di un soggetto comunque destinata di lì a poco a spegnersi., C. PONGILUPPI, *Il concetto di esiguità del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in Aa. Vv., *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, p. 22 che in tema di lesioni fa riferimento al taglio sulla fronte, qualificabile come sfregio permanente, ma che ben può collocarsi, in base a grandezza e a posizione sul viso, al di sotto della tipicità.

l'avergli abbreviato la vita di poche ore, con incommensurabile discrasia tra il disvalore dell'azione (che potrebbe essere intatto) e il disvalore dell'evento.”

Questa impostazione, facendo leva sull'unica previsione- limite del Delegante, consistente nel limite massimo edittale di pena detentiva, lascerebbe intaccata l'operatività della clausola rispetto a tutte le figure di reato ivi rientranti, solleva non pochi dubbi di legittimità costituzionale del testo dell'art. 131 *bis* c.p., per eccesso di delega, così come approvato nel 2015: in particolare alla presenza di ipotesi connotate da scarsissima rilevanza offensiva, nonché poste in essere attraverso condotte espressive di un atteggiamento psicologico-soggettivo di non notevole intensità dolosa o di gravità colposa⁴¹⁷. Non si esclude che possa a breve essere sollevata una questione di costituzionalità, anche volta a denunciare l'irragionevolezza di tali forme di automatismo, tanto più in contesti di ampia discrezionalità come quello qui in esame. Irragionevolezza che emerge allorché si osservi come tale previsione non consenta mai al giudice di considerare tenue un fatto commesso con crudeltà nei confronti di un animale, ma invece permetta di giudicare tenue un fatto commesso con l'abuso dei poteri inerenti ad una funzione pubblica⁴¹⁸.

Attraverso tale esplicita esclusione, si perviene alla conclusione secondo la quale, qualsiasi altro bene può essere, in astratto, soggetto all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.. Non vi sarebbe quindi alcuna traccia di gerarchia tra interessi, in quanto la previsione contempla i soli casi di beni giuridici sottratti all'operatività dell'istituto e non pare quindi consentito all'interprete estrapolarne di ulteriori, disegnando una prevalenza gerarchica di determinati interessi rispetto ad altri e sfociando nella violazione del divieto di analogia in *malam partem*. Tutto ciò nonostante autorevoli opinioni contrarie⁴¹⁹. Questo è un ulteriore punto di distacco rispetto alle sperimentazioni precedenti, in particolare nella disciplina del giudice onorario che, all'art. 34 D. lgs. n.

⁴¹⁷ S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 122, che afferma come il significato delle parole utilizzate dal Legislatore sarebbero volte ad escludere l'applicabilità di tale clausola, in forza ed in ragione del parametro delineato dall'art. 12 Preleggi e dal richiamo all'art. 133 c.p.

⁴¹⁸ Esempio tratto da A. CISTERNA, *A rischio di legittimità per aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, cit., p. 69.

⁴¹⁹ C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità*, cit., p. 245, dove vengono riportate una serie di situazioni in cui il Legislatore, sia nella normativa del giudizio di pace, ma anche in quello penale ordinario, abbia taciuto su un punto, non avendo altresì alcuna intenzione di escluderlo: basti pensare nella normativa del rito ordinario, dove non vi è alcun richiamo al requisito dell'esiguità dell'azione, non significando questo, ovviamente, consentirne l'elisione. Una sorta di considerazione implicita di tale criterio nella valutazione del disvalore dell'evento. In medesima posizione, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., pp. 237 e ss.

274/2000, è previsto che il giudizio di esiguità debba essere fatto “rispetto all'interesse tutelato”⁴²⁰.

La Legge delega, tacendo sul punto, in base ad un'interpretazione fedele al dato letterale, avrebbe comportato l'assenza di una gerarchica prevalenza di alcuni interessi rispetto ad altri, comportando, come è ovvio, evidenti perdite sul piano della concretezza e della controllabilità in merito alla commisurazione della gravità dell'offesa, non potendo considerarsi sufficiente il mero vaglio del grado e dell'intensità di questa. L'analisi che dovrà compiere il giudice per la valutazione della tenuità, dovrà quindi arricchirsi, implicitamente, di molti più elementi di quelli richiamati dalla stringata delega: si pensi, per esempio, al disvalore dell'azione, anche questo non esplicitamente previsto, ma il quale viene ricavato dall'esame delle modalità della condotta ed in particolare, come già brevemente detto prima, in base all'esame dei mezzi utilizzati che, se particolarmente insidiosi ed in ineliminabile incompatibilità con la tenuità, vengono assunti quale espressione di un elemento psicologico difficilmente riconducibile e giudicabile come “lievemente offensivo”⁴²¹.

A parte i casi espressamente sottratti all'operatività della clausola, ed aderendo all'impostazione prettamente letterale, non vi è alcun margine di possibilità per statuire l'esclusione di detta applicabilità alla presenza di determinati interessi: potrà esservi, come osservato da alcuni Studiosi, una particolare difficoltà nel rintracciare il bene o l'interesse giuridico chiamato in causa, soprattutto allorquando si sia in presenza di quelli di natura collettiva o istituzionale; difficoltà che però non può a priori, come è logico, impedire l'operare dell'esimente⁴²².

Si sottolinea nuovamente e preliminarmente come la colpevolezza nella sua dimensione “a tutto tondo”, non può qui essere richiamata: essa emerge solo per quanto riguardano i profili ostativi previsti al co. 2 dell'art. 131 *bis* c.p., dove si può pacificamente affermare che il Legislatore abbia aperto la porta, quindi già a monte, a valutazioni etico-sociali dei fatti.

Procedendo nell'analisi, è ora arrivato il momento di esaminare la valenza del significato attribuito alla modalità della condotta, arricchendo quanto già accennato.

⁴²⁰ In generale, C. PONGILUPPI, *Il concetto di esiguità del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in Aa. Vv., *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Torino, 2015, *passim*.

⁴²¹ Così, G. DI CHIARA *Esiguità penale*, cit., p. 347.

⁴²² Sulla compatibilità dell'esimente con i reati a pericolo astratto presunto, Cass. Pen. Sez III, n. 441321, in *Foro it*, 2015.

Questa può facilmente delinarsi quale modalità di aggressione al bene o interesse giuridico, e più nello specifico, quale strumento o mezzo criminoso, anche nelle forme di inganno, violenza, abuso, utilizzo di stratagemmi o circostanze peculiari afferenti a luogo, tempo nonché inerenti alla vittima, che si presentano all'opportunità dell'autore.

A tale riguardo, si viene quindi a determinare un giudizio di bilanciamento “complesso e complessivo”, dove si possono valutare anche più indici aventi segni opposti: il fine ultimo è addivenire ad una comprensione della particolare tenuità delle modalità aggressive⁴²³. Come la stessa Relazione ha chiarito, e di cui si è già largamente fatto cenno, è qui che si apprezzano il dolo e la colpa richiamati nell'art. 131 *bis* c.p.: quali elementi rintracciabili nel disvalore dell'azione, quale specchio delle modalità di attuazione della lesione o messa in pericolo del bene e dell'atteggiamento psicologico di cui è prodotto. Specchio di quella che in dottrina è definita “dimensione obiettiva del fatto di reato” o, più comunemente, tipicità soggettiva, nella quale interagiscono, e sono rinvenibili, i diversi coefficienti di pericolosità e di atteggiamento interiore-soggettivo⁴²⁴.

Indagine che si arricchirà di problematiche e riflessioni soprattutto, come è logico che sia, nei reati a forma libera, nei quali l'intensità del dolo o la gravità della colpa possono influire sulla condotta, tracciando sfumature che possano condurre il giudice a rinvenire offese più o meno intense.

Il secondo criterio attiene all'esiguità del danno o del pericolo: esiguità legislativamente *tout court* esclusa, come si è già letto, qualora l'evento sia costituito dalla morte o dalla lesione gravissima. Non vi è alcuno coinvolgimento delle conseguenze eventuali di carattere civilistico: un danno definito dai commentatori “criminale”, espresso in un evento naturalistico o giuridico, a seconda della fattispecie in gioco. Non paiono quindi trasponibili le conclusioni a cui sono giunte autorevole dottrina e giurisprudenza rispetto all'attenuante della speciale tenuità del danno nei delitti contro il patrimonio, dove si perde la netta distinzione tra persona offesa e danneggiato⁴²⁵.

La norma contempla, anche se non ce ne era bisogno, anche le ipotesi di fattispecie di pericolo, concreto o astratto, che rendano possibile l'applicazione dell'esimente.

⁴²³ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 666.

⁴²⁴ Solitamente tali teoriche emergono tradizionalmente allorquando si affronti la distinzione, non sempre limpida e facile, tra dolo eventuale e colpa cosciente.

⁴²⁵ Così, Cass. Sez. Unite, 12 luglio 2007, Ruggiero, in *Cass. Pen.* 2008, p. 484, annotata da F.M. FERRARI, *L'attenuante del danno di speciale tenuità al confine tra esigenze di tutela del bene giuridico e conseguenze civili dei reati contro il patrimonio*.

Soprattutto per le ipotesi a pericolo astratto, per i quali è necessario, come sancito dalla Carta Costituzionale già un primario vaglio “in concreto”, permane la difficoltà di rinvenire, in alcuni casi, il bene da tutelare. È quindi necessario rintracciare un bene “finale” a cui riferire la condotta, che deve suscitare quantomeno un mero pericolo. Nelle ipotesi invece, in cui il reato sia a tutela di un bene strumentale o di una funzione, va da sé che anche la soglia di percezione dell’offesa, che superi il limite indicato dalla norma in esame, non può fare altro che arretrare⁴²⁶.

2.4.3. La non abitualità del comportamento

La non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. presuppone, accanto alla tenuità particolare dell'offesa, un secondo criterio-indice, ossia la valutazione se il comportamento dell'agente risulti o meno abituale.

Un requisito questo, di carattere soggettivo, la cui nozione rinvia agli istituti di cui agli artt. 102 e 103 c.p. con riferimento al termine “abituale”.

È da richiamare quanto già evidenziato nella disamina circa la disciplina del giudizio minorile e innanzi al Giudice di pace: in luogo dell'occasionalità, emerge nella esimente dell'ordinamento ordinario, la non abitualità. Abitualità che si è già accennato essere stata definita compiutamente nei suoi connotati strutturali attraverso i pareri resi dalle Commissioni Giustizia in sede di approvazione parlamentare dello Schema. Quest'ultimo, ma già a monte la stessa Legge delega, non davano alcuna precisazione a tal proposito: sembrava essere affidato all'interprete l'arduo compito di scandagliare e completare la nozione. Nella Legge delega infatti, si era solamente evidenziato come, “non possa escludersi in via di principio l'applicabilità dell'istituto a un reato occasionale, che faccia seguito a distanza di molti anni ad una abitualità dichiarata a fronte di condotte disomogenee”: il co. 3 dell'art. 131 *bis* c.p nell'attuale formulazione, alla stregua della propria vocazione definitoria, non sembra lasciare spazio ad una simile interpretazione.

⁴²⁶ A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 210, nota. 63, che tratteggia i diversi livelli di applicabilità della clausola di esiguità in base alla fattispecie di ostacolo alle autorità di vigilanza ex art. 2638 c.c: In particolare, nei casi in cui l'autorità riesca ad accertare le irregolarità poste in essere da parte del vigilato e nonostante le condotte atte ad eluderne i controlli, il fatto potrà essere considerato come “particolarmente tenue”. Nel caso contrario, la soglia di tenuità dell'offesa sfugge a un sicuro criterio di accertamento, in quanto la condotta si palesa come potenzialmente sempre “lesiva” delle funzioni di vigilanza, anche al di là di un'offesa “tangibile” a un bene “finale”.

La Relazione allo Schema⁴²⁷ sembrava certamente aver delineato un primo abbozzo di coordinate, nello specifico indicando come il requisito non potesse considerarsi integrato alla sola presenza di un unico precedente, con la conseguenza che, mentre un secondo comportamento avrebbe potuto considerarsi non ancora occasionale, sotto l'ala della non abitualità dell'art. 131 *bis* co. 3, c.p. potrebbe anche non essere così ritenuto il comportamento di colui che abbia commesso reati in aggiunta a quello “della cui tenuità” si discute. La Relazione inoltre dichiarava come sia da preferire una lettura oggettivamente orientata, anche in presenza di siffatto requisito, in verità difficilmente attuabile, stante la sua radice soggettiva. Infine sanciva di dover considerare compatibili le figure del reato abituale e della particolare tenuità: l'abitualità si osservi, era qui riferita al comportamento, non al reato.

Il Legislatore attraverso la previsione di tale criterio, sembra aver voluto perseguire un notevole ampliamento del perimetro operativo dell'esimente, stante il significato essenzialmente più ampio dell'abitualità rispetto al concetto di occasionalità⁴²⁸. In via di principio potrebbero non considerarsi abituali numerosissimi comportamenti: così facendo il Legislatore tuttavia avrebbe dovuto lasciare un ruolo di assoluta preminenza alla clausola di improcedibilità avanti al Giudice di pace penale, che giudica però reati bagatellari “propri”, affidati per questo ad una competenza per materia di rango inferiore. Per ovviare a tale deriva, si è prevista una maggior ampiezza di operatività della clausola di cui all'art. 131 *bis* c.p., rispetto all'istituto affine, in piena armonia con lo spirito deflattivo della Legge delega che l'ha introdotto. L'istituto avanti al giudice di pace è volto a garantire una folta schiera di soluzioni alternative per reati già in astratto qualitativamente tenui, nell'ambito di una giustizia riparativa.

In realtà si osservi come anche il concetto di “occasionalità”, commentato in particolare in riferimento alla prima delle sperimentazioni dell'istituto, nell'ordinamento minorile, per la sua natura elastica ed estensibile, in quanto con occasionalità non si intende una definizione precisa come quella di unicità bensì di assenza di reiterazione sistemica ed abituale, si presta a poter essere manipolata a piacimento dagli interpreti⁴²⁹.

⁴²⁷ Relazione allo Schema di decreto legislativo, cit., § 4.

⁴²⁸ A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 211. Del medesimo avviso, con ampi riferimenti F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 15 e ss.. Contra, Procura di Lanciano, *Prime Linee Guida*, cit., p. 16.

⁴²⁹ Preoccupazioni espresse da L. PEPINO, *Art. 27*, in (a cura di), M. CHIAVARIO, *Commentario al codice di procedura penale. Leggi collegate*, I, *Il processo minorile*, Torino, 1994, p. 284

Entrambe le concettualizzazioni presentano, al di là delle ulteriori riflessioni circa la precisione e la determinatezza, un profilo comune: evocano una sorta di “eccezionalità” del comportamento⁴³⁰.

Elasticità ed indeterminatezza in cui sarebbe invero incorso anche il requisito qui in esame, se il Legislatore delegato non avesse puntualmente definito ed indicato i casi in cui lo si può rintracciare. Il comma terzo infatti, prevede che un comportamento debba ritenersi abituale “quando vi sia stata una dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza”. È necessario, secondo un'interpretazione letterale, che l'organo giudicante pronunci una precisa declaratoria e non, dunque, la mera sussistenza dei requisiti per la dichiarazione. Vi è abitudine inoltre “quando il reo abbia commesso più reati della stessa indole anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità”, in presenza dunque di una recidiva cosiddetta “specificata”, ancorché non contestata o non ritenuta, e qualora le ipotesi in giudizio siano non punibili *ex art. 131 bis c.p.*; infine “nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate”, evidenziando come tali fattispecie si perfezionino con il compimento di una pluralità di atti che costituiscono, o non costituiscono, autonomi reati, legati tra loro dal vincolo della continuità e ripetitività nel tempo⁴³¹.

Nonostante la Relazione allo Schema di decreto legislativo l'avesse qualificata come meramente esemplificativa, l'elencazione nella definizione di comportamento abituale è tassativa⁴³², come richiesto e sentito necessario nella disciplina di una causa di non

⁴³⁰ In direzione opposta, diversamente, G. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, cit., p. 19, in quanto “occasionalità” e “non abitudine” di un comportamento criminoso sono estremamente diversi, in *primis* in quanto il primo si rivolge principalmente al futuro, concretandosi in una prognosi di non recidiva giustificata dalla ritenuta eccezionalità delle circostanze che hanno generato la condotta illecita. Il secondo guarda esclusivamente al passato, inerendo all'assenza di precedenti criminosi reiterati e specifici.

⁴³¹ I reati necessariamente abituali, come i maltrattamenti contro familiari e conviventi, o il reato di atti persecutori, per loro stessa natura sono ricondotti alla norma: il problema, come si tratterà in seguito, si pone nei confronti dei reati solo eventualmente abituali, che invece possono assurgere pacificamente all'illecito bagatellare. Sul tema, si legga l'Analisi di Impatto della Regolamentazione del Ministero di Giustizia che ha accompagnato lo schema di Decreto delegato, ed il Parere Consultivo reso dal Senato, in Allegati al resoconto n. 177. Sulla figura del reato abituale, in una prospettiva generale, soprattutto in relazione alla reiterazione nel tempo, RONCO, *Il reato*, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Torino, 2007, p. 130. In giurisprudenza, uno tra i tanti a titolo esemplificativo, Cass. pen. Sez. II, 10-05-2016, n. 23020, in CED Cass. 2016, rv. 267040, che in materia di corresponsione di assegno di mantenimento di figli minori, ha rigettato il ricorso della Corte di Appello di Caltanissetta, del 15 gennaio 2015, escludendo l'operatività dell'esimente, qualora venga reiteratamente omessa la condotta di omessa corresponsione dell'assegno divorzile, configurandosi un'ipotesi di “comportamento abituale” ostativa al riconoscimento del beneficio.

⁴³² A. GULLO, *Sub art. 131 bis cp*, cit., p. 1958 e T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22, che fondano tale opinione sulla finalità definitoria a cui è votata la disciplina in esame.

punibilità generale. Questo comporta che al di fuori dai casi espressamente previsti andrà considerato come integrato il secondo indice-requisito della particolare tenuità del fatto.

Una folta schiera di commentatori e di pronunce si è addentrata nel compito di identificazione dei casi di abitualità, non eccessivamente arduo rispetto al primo dei riferimenti, che si rifà semplicemente a quanto espresso agli artt. 102 e ss. c.p.: sarà necessaria una formale dichiarazione, nei confronti di un soggetto agente che abbia commesso un'offesa invero tenue ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., di delinquenza abituale, professionale o per tendenza. Uno sforzo di delimitazione e precisione realizzato dal Legislatore, volto a delineare la chiave di volta con cui l'interprete dovrebbe tracciare i rapporti tra il nuovo istituto e quelli di cui agli artt. 101 ss. c.p.⁴³³: sforzo che non ha però convinto in modo unanime la dottrina, la quale ha interpretato il richiamo, non come una semplificazione, bensì come destinato ad accrescere invece le difficoltà interpretative poste dall'art. 131 *bis* c.p., con l'ulteriore rischio di porre in crisi l'impianto "oggettivistico" della riforma ed introducendo meccanismi di selezione sfavorevoli alle classi più emarginate di autori, in forza di esigenze meramente securitarie⁴³⁴. Un ripescaggio dei lasciti del Codice Rocco e dell'epoca fascista, nell'alveo dell'affermazione di un diritto penale mite⁴³⁵. Il richiamo agli elementi previsti nell'art. 101 c.p., ossia qualora si sia in presenza di violazioni della medesima disposizione o di caratteri comuni in forza dei fatti costituenti reato o dei motivi determinanti, rischia infatti di aprire ad un'indagine sui motivi ogniqualevolta risulti a carico dell'autore del fatto tenue, un precedente: una presunzione relativa, distante da quella assoluta invece richiesta all'art. 131 *bis* c.p., che, un esempio tra tutti, consente l'applicazione dell'esimente qualora gli effetti negativi del reato vengano eliminati attraverso la riabilitazione, in quanto ciò fa venir meno la ragione stessa dell'ostazione⁴³⁶.

⁴³³ A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 211, nel dare merito alla previsione legislativa di avere alleggerito il lavoro dell'interprete, che si sarebbe comunque trovato a delimitare i rapporti tra il nuovo istituto e quelli di cui agli artt. 101 ss. c.p.

⁴³⁴ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 667, che reputa la previsione "disfunzionale", in quanto la particolare tenuità attiene al disvalore oggettivo del singolo fatto e non alla pericolosità sociale del soggetto: posto che si è voluto prestare rilievo alla sola dimensione oggettiva, escludendo la colpevolezza, non ha alcun senso attribuire rilevanza alla pericolosità sociale, estranea all'idea di disvalore. Sicché, sbarrare l'applicazione dell'istituto a particolari categorie di soggetti risponde in realtà a esigenze «meramente securitarie» nel medesimo solco, C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Penale*, 2015, § 2.3.

⁴³⁵ C. SANTORIELLO, *Commento al D.lgs 28 del 2015*, prf. 2.3.

⁴³⁶ Così, Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit.

Più complesse questioni, non del tutto nuove nel panorama normativo e di cui non sembra essersi trovata ancora decisiva risoluzione, si sono paventate prepotentemente rispetto al secondo e terzo richiamo presenti nel terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p..

Il secondo inciso, che fa riferimento alla necessaria commissione di più reati della stessa indole⁴³⁷, ancorché ogni singolo atto non sia connotato da particolare tenuità, è da sempre stato una previsione contemplata nei diversi progetti di riforma, anche quando vi era prevista l'occasionalità e non la non abitualità tra i requisiti richiesti⁴³⁸. La norma come delineata ora, estremamente chiara sul punto, sancisce che il comportamento sarà in ogni caso abituale, considerando irrilevante che “ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità” ; il giudice dunque non potrà comunque applicare l'art. 131 *bis* c.p in presenza di più fatti collegati dal legame *ex art.* 101 c.p, ancorché tenui, qualora l'indole sia la stessa.

Alcuni Studiosi, evidenziando l'ampiezza della portata della norma, hanno avanzato la necessità che questa vada circoscritta ai soli fatti per i quali è intervenuto un accertamento giudiziale definitivo, a prescindere dunque, da una qualsivoglia dichiarazione di recidiva⁴³⁹. Per altra parte della dottrina, con una lettura forse

⁴³⁷ Con “stessa indole”, in ossequio alla lettera dell'art. 101 c.p, una prospettiva più tradizionale, ad esempio, A. CRESPI, *Sub artt. 85-109 Cp*, in (a cura di), Crespi-FortiZuccalà, *Commento al Cp*, pp. 405 e ss., considera tali soltanto i reati che violano la stessa disposizione di legge oppure quelli che, in forza dei fatti che li costituiscono, presentano tratti fondamentali comuni. Anche Autori che hanno interpretato la disposizione in questione, hanno optato per un'ottica “oggettivistica” per tradurre il concetto di “stessa indole”: aprire agli scopi ed alle motivazioni, rischierebbe di obbligare l'organo giudiziario a vagliare di volta in volta i motivi sottostanti all'azione di ogni autore che abbia a suo carico un precedente, con evidente frustrazione della stessa economia processuale, così A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 212 . In realtà, la dottrina più recente e maggioritaria, osservando il nuovo istituto e temendo che l'art. 131 *bis* c.p possa trovare applicazione indiscriminata in tutte le ipotesi di commissione di più reati anche solo strutturalmente diversi e costituendo facile *escamotage* per fuggire alla punibilità, fornisce oramai un'interpretazione più “soggettivistica”, volgendo il proprio sguardo agli scopi che hanno mosso l'autore, al fine di allargare le maglie della preclusione anche a fattispecie tra esse eterogenee. A. CISTERNA, *A rischio di legittimità per aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, cit., p.70. In giurisprudenza, Cass. pen. Sez. V, 10 febbraio 2016, n. 26813, in CED Cass. 2016, rv. 267262, che offre una cristallina definizione di “reati della stessa indole”, affermando come la causa di non punibilità “non può essere applicata, ai sensi del terzo comma, qualora l'imputato abbia commesso più reati della stessa indole (ovvero plurime violazioni della stessa o di diverse disposizioni penali sorrette dalla medesima “*ratio punendi*”), poiché è la stessa previsione normativa a considerare il “fatto” nella sua dimensione “plurima”, secondo una valutazione complessiva in cui perde rilevanza l'eventuale particolare tenuità dei singoli segmenti in cui esso si articola.

⁴³⁸ In realtà questo è quello che può definirsi un lascito di precedenti Progetti, tra cui merita particolare menzione la Legge Tenaglia, nel corso della XVI legislatura, che definendo il concetto di non “occasionalità” stabiliva che essa potesse dichiararsi solo allorquando nei confronti del medesimo soggetto agente fosse già stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza o abbia commesso in precedenza o successivamente altri reati della stessa indole, ancorché ciascun fatto sia di particolare tenuità.

⁴³⁹ G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitualità si “aggancia” il caso*, in *Guida Diritto* 2015, n. 15, p. 31.

eccessivamente restrittiva della normativa, è lecito considerare il richiamo, operato al secondo rinvio, operativo solo in riferimento a più condotte integranti reati della stessa indole e giudicati nell'ambito del medesimo processo, giungendo quindi a definire l'abitudine ostativa in relazione al reato oggetto del giudizio ed inserito in un rapporto di seriazione con altri episodi criminosi con cui è legato o meno dal vincolo della continuazione⁴⁴⁰. La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi di recente sul tema, sembrerebbe invece aver delineato un'interpretazione decisamente più ampia dell'inciso, ricomprendendovi le condotte non ancora accertate giudizialmente, che siano o meno oggetto del procedimento in corso⁴⁴¹.

In realtà, ponendo l'accento, come ad onor del vero hanno fatto diverse Procure della Repubblica nel commentare il decreto e delinearne le prime linee guida di applicazione⁴⁴², sulle esigenze di economia processuale sottese all'istituto nonché sulla modifica intervenuta sulla disciplina del casellario giudiziale ora disciplinata ai sensi del nuovo testo dell'art. 3 lett. f) del D.P.R. 14.11.2002 n. 313, ai fini del giudizio sulla non abitudine del comportamento non possono non assumere nuova importanza anche i decreti di archiviazione⁴⁴³ e le sentenze di non luogo a procedere ai sensi dell' art. 131 *bis* c.p. Un' impostazione che si porrebbe in linea di principio in contrasto con la presunzione costituzionale di non colpevolezza, come hanno evidenziato alcuni Autori⁴⁴⁴, ma che ad onor del vero, come sottolineato nel paragrafo 2.2, si pone quale critica immanente dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità nella sua globalità, stante l'affermazione, implicitamente richiesta per l'operatività dell'esimente, di una responsabilità in capo al soggetto agente, che, intervenendo in una fase pre-dibattimentale, potrebbe obliterare le garanzie costituzionali processuali del nostro ordinamento.

⁴⁴⁰ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 668

⁴⁴¹ Come osserva R. BORSARI, *Commento*, cit., p. 21, l'interpretazione della sentenza in esame, Cass. 28 maggio 2015 n. 29897, cit., si presta ad essere non poco problematica, stante l'oscurità del passaggio motivazionale, che non permette all'interprete di affermare con sicurezza siffatta posizione della Suprema Corte.

⁴⁴² Procura di Lanciano, *Prime Linee Guida*, cit., p. 24; Procura di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 6; Procura di Palermo, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 16. Questo orientamento è avallato anche dalla stessa relazione, al par. 7.

⁴⁴³ Parte della dottrina, R. DIES, *Questioni*, cit., p. 25, sottolinea come tale generalizzazione sia non corretta, in quanto le sentenze di archiviazione non possono definirsi quali definitive: ed è questo a non permettere pacificamente l'inclusione di tale pronunce tra quelle menzionate dall'art. 3 lett. f) D.P.R. 313/2002. Così anche R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 671.

⁴⁴⁴ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., pp. 13, 18 e ss. dove vengono espresse tutte le perplessità circa la vanificazione della riforma, allorquando si fondasse la disciplina su una lettura eccessivamente rigida dell'anzidetto principio.

Profilo del tutto nuovo, e si consenta di dire, ambiguo, è invece quello contenuto al terzo inciso, con riguardo all'espressione “reati a condotte plurime, abituali e reiterate” con cui si chiude il terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p..⁴⁴⁵ Sebbene il riferimento alle condotte “*abituale*” sia stato considerato meno complicato rispetto alle formule immediatamente vicine, presenta anch'esso notevoli problematiche: viene infatti criticata anche la sua potenziale incontrollabile elasticità, stante la sua dizione estremamente ampia, e a tratti imprecisa, soprattutto in riferimento a numerosi istituti. Sicuramente il cuore pulsante della previsione è il concetto di reato abituale. Aderendo alla lettera della disciplina, si giunge facilmente a considerare rientranti nell'alveo dell'operatività dell'esimente anche quei reati solo “eventualmente abituali”, i quali, a differenza di quelli “necessariamente abituali”⁴⁴⁶ come ad esempio, atti persecutori o i maltrattamenti⁴⁴⁷, possono in concreto risultare scarsamente lesivi. Un esempio tra tutti, il reato di molestia, reato eventualmente abituale che può ben presentarsi nelle forme di illecito di natura bagatellare e che qualora fosse incluso nella normativa in esame, comporterebbe una conseguente ed implicita ammissibilità all'operatività di tale inciso anche alla presenza di consumazione con anche una sola azione⁴⁴⁸. Ancora più peculiare

⁴⁴⁵ R.BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 667, che critica, sotto questo profilo, la decisione di aggiungere al testo normativo definitivo il comma 3 dell'art. 131 *bis* c.p., fino ad ipotizzare l'eventuale illegittimità costituzionale di questo comma per eccesso di delega, contenendo limiti di carattere soggettivo all'operatività dell'istituto non previsti all'interno della legge delega.

⁴⁴⁶ RONCO, *Il reato*, cit., p. 130: La natura di reato necessariamente abituale, che si caratterizza per la sussistenza di una serie di fatti in misura maggiore commissivi, ma anche omissivi, che se nella loro singolarità possono essere non punibili o non perseguibili, divengono penalmente rilevanti in forza della loro reiterazione nel tempo.

⁴⁴⁷ In particolare su quest'ultima fattispecie, che si perfeziona con il compimento di una pluralità di atti costituenti o meno autonomi reati legati tra loro dal vincolo della abitualità, cioè della continuità e ripetitività del tempo, si veda. MARINUCCI, DOLCINI, *Sub art. 572 c.p.*, cit., p. 2875.

⁴⁴⁸ Cass., Sez. I, 24 marzo 2005, n. 19718, cit. si è occupata del tema anche, Cass. pen. Sez. VI, 09 dicembre-2015, n. 4882, Bl.Ma.Do. e altri, in *Famiglia e diritto* 2016, 5, p. 510, rispetto alla fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza familiare, dove la Corte ha stabilito la causa di non punibilità di cui l'art. 131 *bis* c.p., seppur rilevabile nel giudizio di legittimità (se non è stato possibile proporla in appello), non è applicabile nel reato de qua se l'inadempimento contestato è cristallizzato nel tempo, così da apparire indice di manifesta e maturata indifferenza verso le sorti del minore bisognoso di assistenza. In riferimento al reato di cui all'art. 570 co. 2 n. 2 c.p. la causa di non punibilità non è applicabile se l'inadempimento è cristallizzato nel tempo. Recentissima, Cass. Pen. se. III, sent. Novembre 2016, n. 48315, in CED Cass. 2016, nel caso di specie la Corte ha escluso la ricorrenza del requisito della “non abitualità” del comportamento nel caso di urla continue e ripetute in orario mattutino ed in zona altamente popolata. Peculiare, Cass. Pen. Sez. III, sent., 6 ottobre 2016, n. 42063, in CED Cass. 2016 al di là del caso di specie, la Cassazione pare escludere la possibilità di qualificare come particolarmente tenue la condotta rumorosa del gestore di un esercizio commerciale. Infatti, secondo i giudici di legittimità, la diffusività del rumore, la sua particolare intensità e la frequenza e ricorrenza di tali comportamenti (profili essenziali per la sussistenza del reato di cui all'art. 659, comma 1, c.p.) sono incompatibili con il riconoscimento della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p..

il reato di esercizio di attività abusiva, laddove il reato venga realizzato per mezzo, come normalmente accade, di una pluralità di atti. Per tutte queste considerazioni, parte della dottrina auspica una più opportuna lettura restrittiva, che si discosta tuttavia dal dettato letterale dell'art. 131 *bis* c.p.⁴⁴⁹, riconducendo le tre menzionate qualificazioni delle condotte dei reati ai soli reati necessariamente abituali⁴⁵⁰. La reiterazione è invero connotato peculiare del reato abituale: non a caso la dottrina spesso lo qualifica quale “reato a condotta plurima”.

Come anticipato, i Commentatori hanno sempre affrontato con molta più cautela il sicuramente più complesso profilo interpretativo che riguarda la locuzione che si rivolge alla condotta “plurima” e “reiterata”, in quanto a tali concettualizzazioni possono essere ricondotte una molteplicità di ipotesi eterogenee, in fatto di disvalore e pena: basti pensare al concorso di reati, ed in particolare alla problematica incertezza che riguarda quello materiale, che non coinvolge invece quello formale, nonché l'eventuale aggravante teleologica; o al reato continuato, con il dubbio circa l'applicabilità dell'esimente nei riguardi della figura nella sua globalità o al contrario dei singoli reati che la compongono e l'ulteriore problema relativo ai reati commessi prima che si presentasse l'abitualità, ma che rientrano nello schema della continuazione, la cui risoluzione è fondamentale per rispondere alla ulteriore domanda se si possa scindere tale figura, al fine dell'applicazione al solo primo reato dell'esimente o se, al contrario, non possa che essere operativa nei confronti di tutti i fatti in giudizio⁴⁵¹.

Questo perché è parso ad autorevoli Studiosi, che tutte queste ipotesi alle due tipologie di condotte riconducibili, fossero costituite “da un susseguirsi di atti caratterizzati da contestualità, con lesione del medesimo bene giuridico in danno del medesimo soggetto

⁴⁴⁹ A. GULLO, *Sub art. 131-bis Cp*, cit., p. 1958, per il quale le condotte oggetto del reato, plurime, abituali e reiterate, vanno necessariamente interpretate in una logica unitaria.

⁴⁵⁰ Così si esprime G. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario*, loc. cit. Impostazione che sembra essere stata paventata sin dalle prime battute della riforma, osservando i testi dei dibattiti parlamentari in sede di parere sullo Schema d'approvazione. L'esclusione voleva invero riferirsi ai reati abituali. La formulazione si è tradotta poi in una formula molto ampia, ed ambigua, che per questo va correttamente ricostruita dagli interpreti., così S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 123, dove afferma, riferendosi al Parere consultivo espresso dal Senato e l'analisi di Impatto effettuata dal Ministero e divulgata, come sia “un” reato a cui il decreto fa riferimento, un riferimento all'unicità normativa, espressione di un unico atteggiamento penalmente rilevante.

⁴⁵¹ Secondo A. NISCO, *L'esclusione*, cit. p. 213, tale ultima impostazione sembra preferibile, in quanto il riferimento, seppur generico, alla pluralità ed alla reiterazione sembrano volgere la disciplina alla dimensione pluralista del reato.

passivo”⁴⁵²: una evidente mancanza di criteri normativi che fossero in grado di definire le differenze intercorrenti tra “plurime e reiterate”⁴⁵³.

Si è dovuto infatti indagare esegeticamente se fosse possibile qualificare quali “plurime”, condotte riconducibili al paradigma della continuazione o invece soltanto valutabili unitariamente ai fini della sanzione, come ad esempio, nel caso di più condotte appropriate⁴⁵⁴: in base alle considerazioni sin qui tracciate, non potrà riferirsi tale formula al reato continuato come globalmente inteso, in quanto con “reati” il Legislatore ha invero voluto riferirsi a più figure criminose. In una prospettiva diversa, tale formula si riferirebbe a condotte concorsuali, eventuali o necessarie, per prevenire la degradazione in causa di non punibilità della corrispondente circostanza attenuante del contributo di minima importanza *ex art. 114 c.p.*⁴⁵⁵. In tale ottica però l’aggettivo “reiterate” nulla aggiunge rispetto alle nozioni di condotte “plurime” o “abituale”⁴⁵⁶.

Altri, correttamente, hanno interpretato l’inciso “condotte plurime” come quelle appartenenti allo stesso tipo e che l’agente reiteri più volte nel medesimo contesto di luogo e tempo o comunque più atti, appartenenti a più fattispecie incriminatrici, che caratterizzano più condotte “progressive”⁴⁵⁷: qui si ri-aprirebbe però la porta a quelle problematiche che ineriscono ai reati eventualmente abituali, a cui verrebbe associato il concetto di abitudine, mentre i reati necessariamente abituali verrebbero ricondotti al richiamo delle “condotte reiterate”, anche qui come sinonimo di abituali.

2.4.3.1. Le questioni relative alle figure di recidiva, concorso, continuazione e reiterazione.

Il quesito circa quale delle due previsioni riferirsi per addivenire all’individuazione dei criteri con cui affrontare i casi di recidiva, concorso, continuazione e reiterazione, è

⁴⁵² Così, M. ROMANO, *Sub art. 71*, in *Comm. Sistem. c.p.* I, artt. 1-84, III ed. Milano, 2004, p. 725

⁴⁵³ È quella che E. MARZADURI, in *L’ennesimo compito*, cit., p. 4, definisce “frutto di una significativa superfetazione, che vuole fondare il carattere ostativo sulla ripetizione (anche per una sola volta) della medesima condotta integrante reato. Inoltre, Procura di Trento, *Decreto*, cit., p. 7.

⁴⁵⁴ Così, Procura di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 7. Il riferimento ai reati a “condotte plurime”, sembra idoneo ad escludere i reati complessi. I reati permanenti non sembrano invece implicare necessariamente condotte plurime, che possono però caratterizzarne l’esecuzione, da valutare ogni volta singolarmente, e che invece sono presenti nei reati a consumazione prolungata o, appunto reiterata. Con “condotte reiterate” si interpreterebbe la facoltà di escludere reati, esempio tra tutti *ex art. 612-bis c.p.*, il reato di *stalking*, in cui la reiterazione è elemento costitutivo.

⁴⁵⁵ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22

⁴⁵⁶ R. BORSARI, *Commento*, cit., p. 22.

⁴⁵⁷ Così, S. QUATROCCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, M. DANIELE, P. PAULESU (a cura di), Torino, 2015, vol. 15, prf. 11.

stato oggetto di ampi ed estesi dibattiti. Il problema si concretizzava nell'incertezza di quali parametri dovessero essere in tali casi utilizzati: l'inciso “ più reati della stessa indole” ⁴⁵⁸ presente al secondo richiamo, o se invece ci si dovesse riferire al terzo inciso “ai reati a condotte plurime”. Questa domanda, in particolare rispetto all'istituto della continuazione, presentava aspetti di estrema complessità ⁴⁵⁹.

Nella ricerca di soluzioni logicamente e strutturalmente adeguate a tali dubbi, la dottrina prevalente sembra avere inteso riferire il terzo ed ultimo inciso ad ipotesi delittuose aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Le questioni relative alla recidiva, alla continuazione, ecc., dovevano fare riferimento dunque al secondo inciso, ossia alla commissione di più reati della stessa indole, come del resto, era già stato affermato, per il medesimo tema, nel campo del giudizio minorile ed onorario. Qui le motivazioni si erano rintracciate, in particolare per il giudizio penale avanti il Giudice di pace riferendosi al requisito non dell'abitudine, ma dell'occasionalità, nelle esigenze di prevenzione speciale, in quanto era opinione comune che il porre in essere più condotte criminose potesse ben trasformarsi in una carriera delittuosa, con riguardo ai parametri delineati all'art. 133 co. 2 c.p. ed alla personalità globalmente intesa dell'autore: una vera e propria spia della capacità a delinquere⁴⁶⁰. L'abitudine risponde qui alla medesima volontà di non garantire a soggetti che abbiano dimostrato la propria capacità a delinquere, ponendo in essere una serie di condotte, quale indice di un'indole non bagatellare del comportamento, di beneficiare della non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. I precedenti presentano un ruolo importante nella delineazione di questa disciplina, come dimostrato dalle modifiche introdotte in tema di casellario giudiziale, attuate con l'art. 4 del D.lgs. 28 del 2015. ⁴⁶¹

Rispetto alla problematica della recidiva, qualora questa si presenti nella forma sua “semplice”, ossia qualora vi sia un precedente in sé, non vi saranno ostacoli all'applicazione dell'esimente: la formula ivi utilizzata “più reati della stessa indole” lascia infatti impregiudicata, come la stessa Relazione aveva affermato, la declaratoria

⁴⁵⁸ Così, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22., dove l'Autore esprime solidi dubbi riguardo l'esclusione di “qualsiasi forma di continuazione”, in forza dell'apparente duplicazione della previsione delle condotte reiterate, qualora sia già stato escluso il caso della commissione di più reati della stessa indole.

⁴⁵⁹ Di questo avviso invece G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità*, cit. § 52.

⁴⁶⁰ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della particolare tenuità del fatto: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in (a cura di), A. SCALFATTI, *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2003, p. 351.

⁴⁶¹ Così, A. GULLO, *La particolare tenuità*, cit., p. 28.

di non punibilità anche allorquando siano in gioco la recidiva aggravata o quella cosiddetta aggravata, se non specifiche. Questa è infatti caratteristica del reo e non del reato e non è menzionata dalla norma tra le qualifiche soggettive di pericolosità, ovviamente a patto che essa non sottenda la commissione di reati della stessa indole o non determini il superamento della soglia di pena prevista dal primo comma. Un'abitudine quindi intesa come reato colto nella serialità con altri, o un altro, episodi/io criminosi/o, di fatto, non subordinata ad una dichiarazione di recidiva. L'attenzione deve essere prestata rispetto a tutti quei reati commessi in precedenza, per i quali sia intervenuta una pronuncia definitiva: questo riguarda anche più condotte integranti ciascuna reati della stessa indole, giudicati nel medesimo processo nel quale si discute dell'applicabilità dell'esimente. Questo significa che la causa di non punibilità risulterebbe inapplicabile dove nel medesimo procedimento il soggetto fosse chiamato a rispondere di un episodio di truffa e di un altro di appropriazione indebita: questo in forza della locuzione "commissione" di più reati della stessa indole, stante l'assenza di qualsivoglia specificazione⁴⁶².

Il concorso⁴⁶³ in base a tali considerazioni sembra non costituire ostacolo al riconoscimento della non abitudine del comportamento criminoso: questo ovviamente dovrà presentarsi nelle forme del concorso formale, fondato sull'*unicum* di azione o omissione. In base a ciò l'applicabilità dell'istituto pare preclusa nelle ipotesi di concorso materiale di reati, che si fondano sulla pluralità delle condotte, connessi o

⁴⁶² Nel medesimo senso si poneva anche la Legge Tenaglia, cit. , all'art. 3, che imponeva di considerare le condotte commesse dall'autore "in precedenza o successivamente" della stessa indole. Anche qui era chiara la preoccupazione di non creare un meccanismo di esclusione della punibilità favorevole a soggetti seriali. Secondo Cass. Pen. Sez III, n. 47039, cit., l'art. 131 *bis* c.p. contiene una formulazione così rigida da non lasciare al giudice spazio "per alcuna valutazione sostanziale della sintomaticità", un profilo quindi problematico stante la finalità votata alla concretezza nonché alla graduabilità dell'offesa della riforma.

⁴⁶³ Rispetto all'istituto del concorso formale di reati, la Sez. III, con ord. del 7 luglio 2015, n. 21016, Pres. Fiale, Rel. Grillo, in *Riv. Dir. Pen. Cont.* 27 maggio 2015, con commento di G. ALBERTI, *Particolare tenuità del fatto: le Sezioni Unite non si pronunceranno (per ora)*, aveva presentato la questione al vaglio della Corte nella formazione a Sezioni Unite, osservando che, mentre parrebbe chiaro che i termini 'plurime' e 'reiterate' utilizzati nel co. 3 dell'art. 131 *bis* siano, da ricondurre ad una pluralità di condotte e all'istituto della continuazione, è lecito domandarsi se nel caso di concorso formale di reati, in cui con un'unica condotta si violano più disposizioni di legge, sia configurabile una reiterazione o una pluralità di condotte. Su indicazione del Primo Presidente, non è stata esaminata il quesito in questione: la restituzione degli atti alla Terza Sezione risulta disposta, come per altri casi analoghi, in ragione del fatto che il ricorso, e dunque la questione, in ragione delle esigenze di calendario delle Sezioni unite, non avrebbero potuto essere esaminati prima della data di maturazione della prescrizione del reato. Tale questione è stata di recente affrontata dal Tribunale di Milano e risolta nel senso di una non automatica esclusione delle ipotesi di concorso formale di reati dall'ambito di applicazione dell'art. 131 *bis*. Concorso formale che invece incontra un vaglio negativo nella pronuncia Cass. Pen. Sez III, n. 47039, cit.

meno dall'aggravante teleologica⁴⁶⁴. Il dubbio è fondato sulla circostanza che non si comprende, se l'esclusione dell'applicabilità dell'esimente coinvolga anche quelle ipotesi "di confine" o "limite" che si riferiscono a fatti criminosi realizzati prima che si fosse pervenuti a rintracciare l'abitudine del comportamento.

Rispetto alle ipotesi di concorso di persone, l'istituto non dovrebbe essere precluso in quanto la formula "condotte plurime" possiede la finalità unica di definire l'abitudine del comportamento di un unico autore, totalmente estraneo a qualsiasi riferimento alla fattispecie plurisoggettiva, che non può affermarsi quale spia della capacità a delinquere quale indice di capacità criminale⁴⁶⁵. In linea con quanto già evidenziato in tema di concorso di persone nel precedente paragrafo, l'applicazione dell'esimente deve essere subordinata ad una preliminare, seppur necessaria, valutazione della posizione di ciascun singolo concorrente, *ex art. 119 co. 1 c.p.*⁴⁶⁶.

Altro profilo estremamente problematico, accanto alla recidiva, è quello relativo al reato continuato: questo è caratterizzato da una pluralità di condotte nell'ambito del "medesimo" reato. In tale ipotesi, le prime interpretazioni si sono espresse nel ritenere tuttavia che per l'applicazione dell'art.131 *bis* c.p. possa farsi riferimento non tanto al "reato continuato", ma ai singoli reati che lo compongono⁴⁶⁷. Risulterebbe ovviamente incompatibile con il nuovo istituto se il vincolo della continuazione riguardasse più reati della medesima indole. L'istituto della continuazione, tradizionalmente per sua stessa natura favorevole al reo, non può finire per impedire l'applicazione di un istituto ad esso ancora più favorevole, la causa di non punibilità per l'appunto⁴⁶⁸. Inclusione del reato

⁴⁶⁴ A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 213.

⁴⁶⁵ A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 211

⁴⁶⁶ Così, P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9, a fronte di un fatto-reato oggettivamente tenue, la causa di esclusione della punibilità potrebbe non avere effetto nei confronti di quel reato gravato da un precedente penale relativo a reato della stessa indole.

⁴⁶⁷ Così alcune pronunce di merito, T. Grosseto 6 luglio 2015, n. 650, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2015, con nota adesiva di G. ALBERTI, *In tema di particolare tenuità del fatto e reato continuato*, secondo la quale il vincolo della continuazione non è di per sé ostativo alla declaratoria *ex art. 131 bis c.p.* e rimane aperta la possibilità, per il giudice, di verificare se sussistano comunque i presupposti per ritenere integrato l'indice-criterio della non abitudine del comportamento in termini di non "dedizione al crimine" da parte dell'imputato. La corte ha quindi assolto un datore di lavoro chiamato a rispondere di più reati di omesso versamento di ritenute previdenziali (art. 2 d.l. 12 settembre 1983, n. 463), commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso. O ancora, nel merito, richiamata da G. ALBERTI, *Non punibilità*, cit. p. 12, T. Milano, sez. IV pen., 9 aprile 2015, n. 3693. Ancora, nel merito, in materia di previdenza sociale, App. Lecce Taranto, 13 maggio 2015, in *Massima redazionale 2015*, ha statuito che, in materia di omesse ritenute previdenziali all'Inps da parte del datore di lavoro, va esclusa la punibilità del medesimo quando non sussistono le cause ostative indicate *ai sensi dell'art. 131 bis c.p.*, al co. 2.

⁴⁶⁸ Alcuni Autori in ossequio al principio del *favor rei* in un contesto di spiccata incertezza, ma anche in base a motivazioni di carattere logico, se si optasse per la soluzione contraria, l'esimente sarebbe

continuato nell'alveo operativo della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., sancito ora anche a livello di legittimità dalla pronuncia, recente, della Suprema Corte, in quanto pacificamente riconducibile alla formula “condotte plurime, abituali e reiterate”: senza aderire quindi a una singola valutazione separata per ciascun episodio seppur unito dal vincolo⁴⁶⁹. L’opposta soluzione sarebbe unicamente applicabile se i reati sono della stessa indole. Compatibilità del reato continuato con la nuova esimente, espressa anche dalle corti di merito che per prime hanno applicato l'istituto⁴⁷⁰.

Per quanto riguarda il profilo della reiterazione invece, potrà pacificamente essere ricompresa nel perimetro applicativo dell'esimente, allorquando essa venga intesa nel senso di interruzione e “ripetizione”, coinvolgendo quindi più condotte, e non in quello di “protrazione” continua per la perfezione di un'unica condotta diluita nel tempo: la motivazione è quella logica, di non poter considerare, sotto il profilo della tenuità, una condotta la cui antiggiuridicità si dilunghi eccessivamente⁴⁷¹.

Attenta dottrina, osservando esegeticamente il testo, ha rilevato una ben più annosa questione, ossia se con il termine “reati”, nella forma quindi plurale, il Legislatore abbia inteso sottintendere la necessità della presenza di una pluralità di reati ovvero di un singolo reato, caratterizzato sempre da condotte plurime, abituali o reiterate, in quanto,

applicabile solo allorquando i reati fossero della stessa indole. Uno tra i tanti, P. POMANTI, *La clausola*, cit., pp.16 e ss

⁴⁶⁹ Cass. Pen. Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039, Rv. 265446, *Foro it.* 2016, II, I., Cass. Pen. Sez. III, 30 novembre 2015 n. 47256, CED, 265441..In senso negativo invece, Cass. Pen. Sez. III, 28 maggio 2015, in *Danno e resp.* 2015, 11, p. 1079, n. 29897, secondo la quale la commissione di più reati unificati ex art. 81 c.p. esclude la non abitualità del comportamento, “configurando anche il reato continuato una ipotesi di “comportamento abituale”, ostativa al riconoscimento del beneficio”. (La fattispecie era relativa a reiterate violazioni di sigilli commesse per portare a compimento l'esecuzione di lavori edilizi abusivi su un immobile sottoposto a sequestro) Sempre rispetto all'impossibilità di declaratoria per particolare tenuità in presenza di reato continuato, in quanto configurante un'ipotesi di “comportamento abituale”, ostativa al riconoscimento del beneficio, Cass. pen. Sez. III, 01 luglio 2015, n. 43816, in CED Cass. 2015, rv. 265084. Così anche, E. EPIDENDIO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 5, nell’ottica di valorizzare le esclusioni espresse, come parametro esemplificativo e specificativo del concetto di “non abitualità”, così da escludersi anche quei reati che, nella loro attuazione, siano realizzati mediante reiterazione dei medesimi anche per un’unica azione, ed un unico reato per la cui consumazione la reiterazione o la pluralità di condotte da parte dello stesso soggetto non sia comunque necessaria. Il punto può essere decisivo per escludere reati come quelli in materia ambientale, dove simile modalità esecutiva è più frequente.

⁴⁷⁰ Uno tra tutti, Trib. Milano, n. 4195 del 2015.

⁴⁷¹ Sulla distinzione tra reato abituale e reato permanente, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 212. In tale senso, alcune pronunce sui reati edilizi, Cass. Sez III, 12 dicembre 2013, Manzo, in *Riv. Giur. Ediliz.*, 2014, n. 2, I, p. 441. La procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 17, nel delineare ulteriori criteri orientativi in riferimento alla non abitualità del comportamento, definisce come ostativa la permanenza del reato che esprime l'attualità dell'offesa, nonché la pluralità di reati connessi dal vincolo della continuazione, in quanto la pluralità di condotte è ostativa. Una recente pronuncia di legittimità, Cass. Pen. Sez. III, 8 ottobre 2015 n. 47039, in *Foro it.*, 2016, II, 1. Ha tuttavia riconosciuto la possibilità che una condotta protratta nel tempo, ancorché antiggiuridica, possa ben presentarsi nelle forme della tenuità dell'offesa che arreca.

condotte plurime, abituali o reiterate possono configurarsi anche nell'ambito di una singola fattispecie astratta⁴⁷². La norma recita peraltro "il comportamento è abituale...nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate". Nonostante il termine "reati" al plurale, si ritiene che il Legislatore abbia voluto riferirsi all'ipotesi del singolo reato. Se fosse il contrario, avrebbe richiesto la presenza di più reati in modo esplicito come peraltro disposto in materia di reati della stessa indole attraverso l'inciso "quando il reo abbia commesso più reati della stessa indole". Anzi, sono proprio le connotazioni delle condotte -plurime, abituali e reiterate ad evidenziare la tendenza dell'autore a commettere fatti illeciti anche con la commissione di un singolo reato.

⁴⁷² Tale interpretazione permette, compensando la lettera ambigua ed incompleta della norma, di includere reati, che per loro struttura potrebbero essere nel concreto bagatellari, connotati da condotte reiterate: es, il reato di atti persecutori. È reato solo eventualmente abituale. Si veda, RONCO, *Commentario*, cit., p. 140.

CAPITOLO III

GLI ASPETTI PROCESSUALI

Sommario: 3.1. Alcune preliminari considerazioni; 3.2. Il ruolo della persona offesa nella nuova disciplina codicistica della particolare tenuità; 3.3. Un'archiviazione “garantita”? Luci ed ombre; 3.3.1. L'innovativo avviso all'indagato ed il suo ruolo inedito in fase di archiviazione; 3.3.2. (segue): l'irrinunciabilità della causa ed il rapporto complesso con l'art. 6 CEDU; 3.3.3. Ulteriori nodi problematici e snodi procedurali; 3.3.4. Il rapporto con la riapertura delle indagini; 3.4. L'udienza preliminare; 3.5. Il proscioglimento predibattimentale nell'ipotesi della non punibilità per particolare tenuità del fatto; 3.6. L'epilogo dibattimentale; 3.7. Gli effetti extrapenalitici: un'originale efficacia e un sistema “sofferto”; 3.8. La curiosa assenza di una modifica anticipata e non attuata: l'art. 129 c.p.p.; 3.9. Le impugnazioni; 3.9.1. La declaratoria di non punibilità in Cassazione; 3.9.2. Le problematiche di diritto intertemporale; 3.10. La causa di non punibilità nei riti speciali;

3.1 Alcune preliminari considerazioni

Come precedentemente e lungamente accennato, definire la natura giuridica dell'istituto oggetto della riforma non è stato quesito di facile soluzione, in quanto, propendere per l'una o l'altra forma di causa, in forza anche di ragioni ed interessi politici e di esigenze deflative, comporta inevitabili conseguenze sul piano processuale nonché sul coinvolgimento dei diversi valori costituzionali. Una vera e propria scelta di campo con l'implicazione di una serie di conseguenti applicazioni, dalle quali il Delegante, consapevole, è rifuggito, lasciando il compito di qualificare dogmaticamente l'istituto al delegato, limitandosi dunque a delineare la necessità di integrazione del codice penale e di adeguamento della disciplina processuale⁴⁷³. Una delega contenuta nel bel mezzo delle proposizioni normative con principi e criteri direttivi, in particolare alla lettera m): finalmente, la tanto sognata “valvola di sicurezza”, più ampia e sicuramente più mirata dell'istituto previsto all'art. 49 c.p. per addivenire a quel sistema ideale improntato

⁴⁷³ Come sottolinea F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1706, la critica, dai più rivolta al Governo, invero deve osservare come l'ampiezza voluta e cercata dalla Legge Delega circa la sfera dell'operatività dell'istituto, si riverberava sul potere del Governo, che se avesse operato previsioni di esclusioni mirate, si sarebbe esposto “senz'altro” ad un eccesso di delega

all'economia processuale e al diritto come *extrema ratio*, sembra finalmente venuta alla luce⁴⁷⁴.

Prima del varo definitivo di tale riforma, si è assistito all'affiorare prepotente di diverse impostazioni teoriche impegnate nell'interpretare le poche direttive della delega, alcune ferme nell'affermare che l'unica via per consentire all'istituto di operare fosse quella di delinearlo quale causa di improcedibilità⁴⁷⁵, che tralasciavano però gli importanti aspetti attinenti alla connotazione “tradizionale” della categoria classica di tali cause, riferite ad elementi esterni al reato, in quanto il dovere di procedere si rivolge ad un accertamento di fattori storici del tutto indipendenti e svincolati dalla responsabilità dell'imputato, nonché al fatto che la pronuncia dal nuovo istituto richiesta è una pronuncia che necessita di uno specifico ed approfondito iter valutativo che deve entrare nel merito⁴⁷⁶: in particolare, la procedibilità presentava punti di debolezza incurabili, rispetto alla difficoltà di emettere *un absolutio ab observatione iudicii*: un fatto per essere tenue deve essere ad onor di logica, preventivamente accertato⁴⁷⁷. Sono solo alcune tra le obiezioni che erano già state proprie della disciplina nel Giudizio onorario, che aveva per l'appunto operato una scelta a favore della natura processuale dell'art. 34 D. lgs. 274/2000⁴⁷⁸. In realtà, e questa la motivazione cardine della scelta operata dal delegato nell'enucleazione della riforma, anche le cause di non punibilità possono rappresentare

⁴⁷⁴ Illuminante, D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Legisl. Pen.*, 2014, 4.

⁴⁷⁵ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005; p. 268 e ss., dove l'Autrice esprime la propria posizione in forza della convinzione che la declaratoria di tenuità del fatto, destinata ad arrecare gravi pregiudizi alla reputazione del suo destinatario, potrebbe e dovrebbe essere adottata solo in ambito processuale, nei confronti di un soggetto che abbia avuto ampia possibilità di difesa: l'argomentazione si affida quindi alla tutela di garanzia individuale. La configurazione normativa processuale non avrebbe favorito la causa della deflazione processuale né la causa dell'obbligatorietà. Anzi, paventava il rischio che il vaglio di tenuità del fatto tornasse a retrocedere, nella prassi, a sedi procedurali non garantite, ma anche sottratte al controllo giurisdizionale. Obbligato a svolgere indagini complete per un fatto giudicato dalla legge di scarsa portata lesiva e ad esercitare un'azione penale singolarmente “astratta”, cioè finalizzata soltanto a mettere l'imputato nelle condizioni di ottenere un proscioglimento con formula piena, è facile immaginare che il pubblico ministero avrebbe ceduto alla tentazione di consegnare la notizia di reato alla deriva della prescrizione, come accadeva nel passato. Ancora nel medesimo orientamento, S. QUATROCCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004. Questo anche in base alle conclusioni a cui si era giunti nell'ambito minorile, in cui opera all'art. 27 D.P.R. 448/1988, una causa di non punibilità: per questa è prevista un'apposita sentenza che si pronuncia esprimendo un peculiare iter valutativo, necessario per il tipo di causa in questione.

⁴⁷⁶ Così, M. DANIELE *supra*, cit., p. 42.

⁴⁷⁷ R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, p.1321

⁴⁷⁸ Oltre a quelle già evidenziate nell'apposito paragrafo, anche F: CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, “suona incongrua la formula del “non doversi procedere”: niente ostava al processo; la sentenza, infatti, entra nel merito con un proscioglimento simile a quello dell'imputato non punibile, ricorrendo cause codificate d'esenzione da pena”.

elementi ostativi⁴⁷⁹. Altrettanto problematiche risultavano nonostante tale ultimo assunto, le argomentazioni giustificanti la scelta “sostanziale” della natura della causa, fatta rientrare tra quelle situazioni che rendono inopportuna la sanzione, nonostante vi sia la colpevolezza dell'imputato. *In primis*, per la problematica ricostruzione tradizionale di tale tipologia di cause, da sempre lasciate alla *mercè* dogmatica degli studiosi e della giurisprudenza, stante l'assenza di alcuna presa di posizione sul tema da parte del Legislatore, il quale ricomprende sotto tale etichetta nel codice, le cause più varie, prevedendo una gerarchia tra le formule assolutorie e non richiamando però l'art. 129 c.p.p., a testimonianza del riferimento ad un fatto tipico e colpevole⁴⁸⁰.

Tempi e modalità di accertamento di questa causa di non punibilità sono dunque solo rapsodicamente indicati nelle corrispondenti nuove norme inserite nel codice di procedura penale. Sicché risulta affidata all'interprete, più di quanto non accada abitualmente, la ricostruzione della nuova disciplina, con l'ulteriore conseguenza delle inevitabili incertezze interpretative⁴⁸¹.

Un dibattito giunto, come efficacemente Autorevole dottrina ha osservato, ad *un'impasse*: l'improcedibilità, scelta più fedele alla finalità deflattiva, violava il principio di obbligatorietà⁴⁸²; la non punibilità, comportando la necessità di cognizione piena, sembrava costituire ostacolo ad una definizione pre-processuale e quindi deflattiva ed un'eventuale archiviazione, in quanto questa avrebbe costituito un evidente paradosso dogmatico, nonché *escamotage* non troppo camuffato per aggirare l'art. 112

Cost, come emergerà allorquando si tratterà più nello specifico dell'archiviazione⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Strenuo sostenitore dell'alternativa sostanzialistica, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 97; ID, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 368.

⁴⁸⁰ Oltre a quanto già annotato nell'apposito paragrafo, G. PIOLETTI, voce *Punibilità*, (*cause di esclusione della*), in *Dig. Pen.*, vol. X, 1995, p. 535. Paragonato ad un grande magazzino di merci varie, GIUS. SABATINI, *Classificazione e gerarchia delle formule di proscioglimento*, in *Giust. Pen.*, 1954, III, c. 458.

⁴⁸¹ A. NAPPI, *Tenuità del fatto*, cit., p. 1

⁴⁸² Tale infatti era la critica più piccata rivolta al ddl governativo C 4625 che per primo parlò di “improcedibilità per irrilevanza del fatto”, in base ai risultati della precedente Commissione bicamerale. Come sottolinea L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, La natura sostanziale invece aveva la possibilità di “salvare” la disciplina da tale obiezione, in presenza però di criteri precisi e certi e del coinvolgimento dell'offeso. Nessuna di tali condizioni è stata portata completamente a compimento, ma definito “il minore dei mali” è da sopportare per addivenire ad uno standard almeno accettabile di efficienza. Giustificazione simile, ma attuata in maniera diversissima, per l'introduzione dei Criteri di priorità. Ancora, F. CAPRIOLI, *Istanze deflative e proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Seminari in onore V. Grevi “Dalle emergenze alle riforme”*, 23 marzo 2015.

⁴⁸³ In realtà, vi è anche una corrente opposta, tra tutti, R. BARTOLI, *L'irrilevanza del fatto*, cit., p. 104, il quale osserva come la questione circa la collocazione dogmatica dell'istituto rispetto al profilo del principio di obbligatorietà dell'azione penale, costituisca un “falso problema”, in quanto i punti essenziali non cambiano se si propende per la punibilità o per la procedibilità. Così anche M.

La configurazione come causa di procedibilità è più funzionale ed efficiente rispetto alla celerità ed all'economia processuale, mentre invece la configurazione sostanziale si pone più in linea con gli interventi votati a diritto penale mite⁴⁸⁴. In realtà la costituzionalità dell'esimente passa per l'individuazione tassativa e determinata di parametri normativi⁴⁸⁵.

Il Legislatore delegato per l'appunto, nella stesura del D.lgs. 28 del 2015 qui in commento, ha dovuto affidarsi alla rielaborazione di questi precipitati teorici frutto di due decenni di dibattiti: la disciplina, da tempo terreno di accesi scontri di filoni contrapposti circa la natura di causa da adottare, tuttavia concordi tuttavia nel creare uno strumento atto a decongestionare gli uffici giudiziari nonché a confrontarsi con il sovraffollamento carcerario, nonché consapevoli, al medesimo tempo, di dover bilanciare tale depenalizzazione “in concreto” con l'impossibilità di lasciare eccessiva discrezionalità nelle mani del magistrato inquirente rischiando di intaccare il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, la cui lettura rigorosa ha lasciato tuttavia necessario spazio a letture sempre più spregiudicate e di vedersi affibbiata l'etichetta di “buonisti” da parte dell'opinione pubblica, sempre più spaventata ed alla ricerca di interventi volti ad inasprire le sanzioni più che ad accondiscendere in presenza di tenuità⁴⁸⁶. Per tale motivo, in attuazione della delega conferitagli dal Parlamento con la l. 67 del 2014, il Governo⁴⁸⁷ ha proceduto all'introduzione nel codice di un nuovo articolo, il 131 *bis* c.p., come inedita causa di esclusione, ma idoneo per vero, ad operare già nella fase pre-processuale con l'archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p., il non luogo a procedere *ex art.* 420 c.p.p., il proscioglimento predibattimentale *ex art.* 469 c.p.p. ed infine nella sede naturale dell'accertamento nel merito, in dibattimento ordinario o abbreviato, con la sentenza di assoluzione *ex art.* 530 o 529 c.p.p. (a seconda

CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto*, cit., p. 244.

⁴⁸⁴ Così, E. TURCO, *I prodromi della riforma*, cit., pp. 179 e ss, la quale sottolinea l'ibridismo della soluzione adottata dal Legislatore, un modello integrato ispirato alla mitezza e alla deflazione, di natura sostanziale, ma che allo stesso tempo legittima la rinuncia all'azione penale.

⁴⁸⁵ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p. 195 che afferma che per costruire un'efficiente clausola di non punibilità quello che è necessario è la calibrazione di indici che assurgano a dirimenti per il vaglio del fatto concreto per evitare abusi ed arbitrii: sforzo presente sia in forza dell'art. 25 Cost, ma anche dell'art. 112 Cost. in entrambi i casi, sia che si propensa per l'opzione sostanziale o processuale, è questo ad essere necessario.

⁴⁸⁶ Cit. C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 5, p. 517.

⁴⁸⁷ Si vedano, al riguardo, le puntuali osservazioni dell'on. Ferraresi nella seduta del 27 gennaio 2015 della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, in www.camera.it.

delle diverse interpretazioni di cui si dirà in seguito⁴⁸⁸), idonea a generare particolari effetti extrapenali, per una sentenza appunto assolutoria, ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p. e in tema di pretese civili risarcitorie e restitutorie⁴⁸⁹.

Introduzione che trova brillante e limpido riassunto nelle parole della Relazione di accompagnamento dello schema: “Il decreto delegato si è mosso alla ricerca di un soddisfacente equilibrio tra l'esigenza di un'utilizzazione sufficientemente agile ed anticipatori dell'istituto nell'*iter* procedimentale e quella di un'adeguata considerazione e tutela degli eventuali contrapposti interessi della persona offesa e dell'indagato”.

Una decisione delineativa di natura sostanziale⁴⁹⁰, che traccia, in maniera del tutto speciale, il perimetro di intervento punitivo dello Stato, in linea con la natura polifunzionale ed eterogenea della nuova esimente e che si riverbera, nella dimensione processuale, nella possibilità di non esercitare l'azione penale o di emettere una sentenza di proscioglimento alla presenza di un fatto tenue e non solo quindi nell'ambito dell'udienza preliminare o del dibattimento. Una ricerca delicata di equilibrio, che ha trovato la propria ragion d'essere in un ambito *sui generis*, con buona pace della necessaria precisione e determinatezza a cui dovrebbe ispirarsi il potere legislativo, che si cala nella doppia dimensione sostanziale e processuale: un'occasione, definita da

⁴⁸⁸ *Relazione dell' Ufficio Massimario di Cassazione*, cit., p. 2.. *Linee guida* Procura di Lanciano, cit.; Commento al D.lgs 28 del 2015, della Procura di Trento, cit.

⁴⁸⁹ In realtà, sottolineata, P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali della “particolare tenuità del fatto”*, in (a cura di) S. QUATTROCCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Milano, 2015, p. 68, il fatto di lasciare impregiudicate l'azione civile e l'individuazione sostanziale dei presupposti, forniti proprio al fine di non confliggere con l'art. 112 Cost., avrebbero potuto fornire il fianco alla scelta della procedibilità, quasi a tradurre la formula “non punibilità” assunta dal Legislatore in senso atecnico, in riferimento all'assenza di erogazione di sanzione., come del resto atecnico è l'uso che se ne fa all'art. 129 c.p.p., in linea con quanto esposto da F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit., p. 151, che nel lavoro della Sua Commissione del dicembre 2013 si era esposto per la scelta processuale. In realtà osserva l'Autrice, che niente può far dubitare re che il Legislatore abbia delineato una causa di non punibilità in senso stretto.

⁴⁹⁰ Condivisa dalla maggioranza della dottrina: F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit.; E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit.; R. BARTOLI, *L'esclusione*, cit.; C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit.. P. POMANTI, *La clausola*, cit., C. SCACCIAOCE, *La legge delega*, cit. E recentissimo, P. GAETA – A. MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. Pen.* 2015, pp. 2595 s. Va sottolineato che anche tra quelli che avrebbero preferito la riconduzione dell'istituto nell'alveo dell'improcedibilità, es. F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit., p. 149, si è riscontrata un'opinione volta a riconoscere la correttezza della ricostruzione sostanziale. In giurisprudenza, Cass. 16.9.2015, Barrara, in CEDCass, m. 265224; Cass. 25 febbraio 2016, Tushai; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.* 2015, pp 659 e ss.; Particolare la posizione di C. SANTORIELLO, *Commento*, cit., che accosta la pronuncia qui trattata a quella riguardante l'*abolitio criminis* o la estinzione. Ulteriore posizione è quella minoritaria, definita nel prf. 2.3, “intermedia” che invece declina la natura della clausola a seconda delle diverse fasi del procedimento: causa a geometria variabile.

alcuna dottrina⁴⁹¹, “perduta”, per cucire un'apposita veste precisa ed uniforme alla clausola.

Il Legislatore ha infatti creato quello che ben può definirsi un *tertium genus* dell'irrelevanza, arricchito invero di elementi anche soggettivi: un peculiare difetto di elementi costitutivi interni la cui declaratoria si pone tra il proscioglimento per la non punibilità ed il proscioglimento perché il fatto non è previsto come reato. Un passo che alcuni Commentatori hanno accolto come la tanto agognata rivoluzione concettuale: una nuova causa forgiata su variabili indipendenti per arrivare a contemperare opposte ma necessarie esigenze, come l'economia processuale e l'accertamento nel merito, entrambe connotati della tenuità, in quanto “è venuta meno questa necessaria corrispondenza tra obiettivi e tipo di qualifica dell'istituto”⁴⁹². Una nuova causa di non punibilità in senso stretto, “iperoggettiva”⁴⁹³, fondata sull'offesa, appena percepibile, ma presente, senza la necessità del venire meno di un elemento costitutivo del reato come la tipicità o l'antigiuridicità⁴⁹⁴ a cui, solo successivamente per volere delle Commissioni giustizia delle Camere, sono stati affiancati elementi soggettivi e coinvolti anche profili attinenti alla persona dell'agente, ancorché solo nella forma di limite alla punibilità (e quindi in gioco vi è ancora e solo l'oggettività, ciò testimoniato, sembrerebbe, dal riferimento “al negativo” della “non abitualità”)⁴⁹⁵ e quindi spingendo la clausola in una dimensione “mista”. Nessun riferimento all'opportunità⁴⁹⁶, ma solo alla meritevolezza, a cui il

⁴⁹¹ L. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla “particolare tenuità del fatto”*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 2015., p. 7, che sottolinea come, nonostante il terreno dogmatico fosse oramai pronto per creare una classificazione unitaria ed uniforme dell'irrelevanza, stante i dibattiti che avevano accompagnato le due figure precedenti nel giudizio minorile ed unitario, la prima approdata alla punibilità mentre la seconda alla procedibilità, invece che pervenire ad un'univoca soluzione, il Legislatore, complici spinte ed interessi esterni, ha optato per la creazione di una nuova irrilevanza..

⁴⁹² R. BARTOLI, *L'esclusione*, cit., p. 669 e ss, sottolinea come il continuare con il rigido formalismo forgiato sulla necessaria corrispondenza dogmatica natura- fine, finisce per costituire ostacolo alla creazione di paradigmi più sani ed efficienti con cui declinare il sistema: la qualifica sostanziale è qui opportuna, stante lo scopo e le valutazioni tutte interne al reato: ma allo stesso tempo non può dimenticarsi o scopo implicito della riforma, sì dare voce al principio dell'estrema *ratio*, ma anche depenalizzazione astratta e deflazione.

⁴⁹³ È infatti assente, ed è una nota di non poca importanza, qualsiasi riferimento all'offeso, alla sua visuale, alla sua volontà. È strano in quanto gli interventi nazionali ed europei degli ultimi anni sono invero votati al c.d. vittimocentrismo, . Per una trattazione di tale tendenza nel contesto sovranazionale, , V.VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea.*, vol. V, , *Quaderno di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Milano, 2012.

⁴⁹⁴ Così, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 517.

⁴⁹⁵ Almeno così la considera D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare*, cit., p. 453, che non li qualifica quali requisiti fondanti, per mantenere dogmaticamente unita la dimensione oggettiva d'ispirazione.

⁴⁹⁶ Non la pensa così, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

delegato ha affiancato anche specifiche esigenze deflattive, soddisfatte con la legittimazione alla rinuncia all'azione penale⁴⁹⁷.

Si è quindi in presenza di un notevole sforzo, rintracciabile con un'attenta lettura dell'art. 131 *bis* c.p., di precisare due concetti vaghi come sono appunto l'offesa ed il comportamento, affidandosi all'esclusione in astratto, così ai commi 2 e 3, ed all'inclusione in concreto, al primo comma⁴⁹⁸. Una chiara volontà di evitare la discrezionalità normativa che fonda l'intervento deflattivo del Legislatore, ma che coinvolge continuamente gli operatori giuridici che devono valutare ed accertare di caso in caso l'applicabilità della risposta depenalizzante con la necessità di congrue giustificazioni atte a consentire il controllo dell'esercizio dell'azione penale, ma scendendo a patti con una ineliminabile verità: vi è una minima e residua discrezionalità che non può essere estirpata ed è il tratto caratterizzante la depenalizzazione in concreto .

Non può negarsi che tale nuovo rapporto tra dimensione sostanziale e processuale sottostia ed allo stesso tempo rappresenti quel mutamento dei paradigmi giudiziari e culturali che per molti Autori ci ha portato a vivere “nell'epoca del giudice”⁴⁹⁹, divenuto figura centrale in quanto liberato da automatismi di legalità stringente e divenuto pieno artefice di tutte quelle facoltà interpretative che nel concreto gli permettono di gestire i procedimenti in quell'esplorato panorama di cui è la discrezionalità giudiziaria⁵⁰⁰: è quindi l'era della trasformazione del rapporto tra diritto e processo⁵⁰¹.

Quale è stato il risultato? Una disciplina scarna e talvolta ambigua, ispirata a grandi proclami, solo talvolta portati ad esistenza, complici alcuni innegabili difetti di natura tecnica, che non sono tuttavia *in toto* addebitabili all'esecutivo⁵⁰². Come già detto prima infatti, la Legge delega, asciutta ed essenziale⁵⁰³, non ha saputo (o voluto) costruire ed

⁴⁹⁷ Icasticamente: “Nulla vieta di consentire l'archiviazione anche in presenza di cause di non punibilità.” F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 22.

⁴⁹⁸ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1319.

⁴⁹⁹ L'espressione appartiene a G. FIANDACA

⁵⁰⁰ Interessante sul punto, l'intervento di F. PALAZZO, *La particolare tenuità del fatto*, durante il Convegno “Inauguriamo la giustizia del futuro”, 6 febbraio 2015. Discrezionalità riconosciuta e trattata, pur non coinvolgendo in nessun modo l'art. 112 Cost., anche da C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 2,

⁵⁰¹ Una ricerca di equilibrio tra il principio di obbligatorietà ed altri valori a loro volta costituzionali, che esprimono i passi avanti fatti rispetto a quei tempi non troppi lontani, (era il 1988), in cui la lettura fondamentalista dell'art. 112 Cost. aveva impedito il nascere di una ipotesi generale di archiviazione per particolare tenuità, limitando l'ordinamento a riconoscere la sentenza di non luogo a procedere del rito minorile.

⁵⁰² In questo senso, E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit.

⁵⁰³ Così D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare*, cit.pp. 451 e ss. Egli apprezza il periodare pulito ed

offrire solido appiglio alla invece necessaria specificazione normativa: la “specialità” che tale clausola ha connaturata in sé non è stata, secondo molti Autori di cui condivido l'opinione,⁵⁰⁴ adeguatamente valorizzata in quanto è stato fatto rimanere, in parte, sulla carta, “quell'adeguamento processuale” che invece era esiziale. L'impatto della novella si sarebbe dovuto ampiamente giocare sul piano processuale, dove però il Governo ha invece esercitato un parziale *self restraint* dai risvolti non sempre lineari⁵⁰⁵.

3.2 Il ruolo della persona offesa nella nuova disciplina codicistica della particolare tenuità

Come già brevemente accennato nel paragrafo riguardante la giustizia onoraria, il Legislatore, nel disegnare i tratti sintomatici della particolare tenuità del fatto, ha dato rilievo in primo luogo all'entità del danno e del pericolo e contestualmente, ed è qui la particolarità, in maniera per così dire “immediata”, all'interesse della persona offesa alla prosecuzione della vicenda procedimentale. È ciò che precedentemente ho definito una “peculiare” rivalutazione del ruolo del soggetto offeso, divenuto ivi protagonista di quei meccanismi volti all'accertamento di fatti e delle responsabilità, che tradizionalmente non lo contemplavano e che assume un peso sempre più determinante rispetto ai contenuti dell'epilogo decisorio a prescindere da un suo formale riconoscimento del ruolo di parte. Un ruolo che la letteratura italiana di inizio secolo scorso definiva, purtroppo giustamente, come un soggetto dimenticato, che ha mutato i propri paradigmi bussando sempre più insistentemente alle porte della giustizia penale chiedendo aiuto e protezione, portando con sé istanze idonee a scardinare gli equilibri processuali fin ora conosciuti⁵⁰⁶.

intelligibile della delega, seppur riconoscendone le problematiche più squisitamente tecniche. §40.

⁵⁰⁴ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 24, traccia una piccata critica rispetto all'ambiguità presente nella disciplina del trattamento processuale.

⁵⁰⁵ Sulle pecche riguardo al mancato adeguamento codicistico del governo all'interno delle diverse disposizioni delle diverse fasi processuali, P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p. 71, nonché F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., p. 14 ed ID, *Prime considerazioni*, cit., p. 24. Ancora, S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit. Ritiene invece soddisfacente il lavoro dell'Esecutivo, in merito alle scarse direttive della Legge Delega, E. MARZADURI *L'ennesimo compito*, cit., p. 3.

⁵⁰⁶ Famoso il monito del Prof. Conso che, all'esito del Convegno Lincei, richiamava il legislatore a ridisegnare il ruolo della persona offesa, adottando un approccio pragmatico, sì da «tradurre i precetti in realtà viva, senza capziosi aggiramenti né, tanto meno, ipocriti sotterfugi». Così, CONSO, *Sintesi conclusiva: dalle vittime di reato alla vittime di diritti violati*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei*, n. 175, Roma, 2001, p. 144.

Una nuova considerazione che si inserisce in quel trend, soprattutto sovranazionale, anche se a sorpresa in questa evoluzione ha giocato ruolo da protagonista l'Europa dell'Unione e non quella del Consiglio, che si è invece assestata in tale argomento su meri strumenti di *soft law*, che ho già anticipato essersi votata al “vittimocentrismo”⁵⁰⁷, concependo la tutela della vittima come uno tra i più importanti capisaldi nella costruzione di quello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia che fondano la stessa Unione. Molte possono essere le motivazioni alla base di tale scelta: di ordine politico-securitario, in forza delle quali gli organi intergovernativi dell'Unione, con numerose decisioni quadro dal lontano 2001 (relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, 2001/220/GAI) e con da ultimo il pacchetto di misure a protezione delle vittime del maggio 2011, ha concentrato la propria attenzione e le proprie risorse su tali soggetti vulnerabili, ignorando, talvolta in maniera eccessivamente drastica, i diritti anche dell'imputato. È stato quindi inaugurato con il nuovo millennio, quello che la letteratura giuridica contemporanea chiama “il decennio della vittima”: un processo che è il fondamentale strumentario di protezione e soddisfazione della vittima, che va tuttavia temperato, affinché esso stesso non diventi, con la sua intrinseca violenza, un nuovo contesto traumatico. Una protezione che deve essere a tutto tondo: fuori, ma anche dentro al processo⁵⁰⁸. Questo, ovviamente, ha ispirato le nostre recenti normative in tema di tenuità: il Legislatore, con diversi gradi di facoltà e coinvolgimenti, ha “pennellato” le altrettanto varie e differenti sfumature di poteri assegnati all'offeso, esprimendo tutta la ricchezza di potenzialità e di attori che animano il microcosmo normativo del fenomeno della tenuità offensiva del reato. Un cammino votato alla protezione della vittima del (e nel) processo che aveva trovato prima modesta valorizzazione come soggetto autonomo del procedimento, ma non

⁵⁰⁷ V. BONINI, *Il ruolo della persona offesa*, cit. §2, p. 1, fa riferimento alla Convenzione di Lanzarote del 2007, sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, ratificata con l. 1.10.2012 n. 172; la Convenzione di Istanbul del 2011, sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, ratificata con l. 27.6.2013 n. 77; la Direttiva 2011/36/UE per la prevenzione e la tratta di esseri umani, recepita con D. lgs. 4.3.2014 n. 24. Deve poi aggiungersi l'interesse manifestato, non solo e non tanto nelle logiche deflative della giustizia tradizionale, per gli istituti di *restorative justice* ed in particolare per la mediazione nel settore penale, tema già affrontata nella Raccomandazione del 15 settembre 1999 n. 19, p. 3. un'inversione di marcia rispetto alla generale indifferenza portata avanti per decenni nei confronti delle vittime in generale

⁵⁰⁸ S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ- L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada, Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa ed Italia*, Torino, 2012., sintetizzano tutti questi precipitati nell'espressione del processo come “scudo e spada”: un rapporto di ausilio ma allo stesso tempo contraddittorio tra vittima e processo penale. Sintetizzano la più estesa indifferenza nei confronti delle vittime, come categoria generale, i contributi, in Aa. Vv. *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001.

interessata da campali riforme che hanno preferito concentrarsi sui poli accusa-difesa, con il codice di procedura penale del 1988⁵⁰⁹ e che nemmeno gli interventi di modifica sulla Carta Costituzionale riguardo ai canoni del giusto processo non le hanno fatto compiere “quel salto di qualità”. Un riconoscimento a rilento della figura dell'offeso, testimoniato anche dalla non espressa attuazione di quella decisione quadro della Comunità Europea del 2001⁵¹⁰. Un ritardo culturale, espressione di quell' indifferenza persistente del Legislatore italiano nonostante le risoluzioni, le convenzioni e raccomandazioni dall'Europa non siano sicuramente mancate: sembra mancare il giusto grado di maturità sociale, e soprattutto politica, per comprendere l'importanza del riconoscimento della vittima, per liberarla “dalla sua condizione di inferiorità e sottomissione” e quindi per collocarla “in una posizione di parità con l'aggressore”⁵¹¹. Tutto ciò sembra ora aver trovato, come si dirà meglio in seguito, nuova energia nella Direttiva 2012/29/UE⁵¹², che comprende ampie aree di tutela della persona offesa come soggetto del processo, titolare di diritti informativi e partecipativi e di un diritto alla protezione: un equilibrio che sembra coinvolgere la vittima (vulnerabile), senza strumentalizzarla per fini politici di sicurezza e senza dimenticare dell'imputato⁵¹³.

“E' la giustizia che trasforma i sopravvissuti in esseri viventi”.

Diversi ora sono i gradi di coinvolgimento e partecipazione del soggetto offeso, anche a seconda dei diversi contesti giudiziari nei quali l'istituto della particolare tenuità è stato

⁵⁰⁹ 2 Sul ruolo e sulle prerogative della persona offesa dal reato nella disciplina del codice di rito del 1988 v., per tutti, PANSINI, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, Padova, 2004 .

⁵¹⁰ Il termine per l'attuazione, esplicitato nella medesima decisione quadro, era il marzo 2006: è vero che tale tipo di atto non ha “efficacia diretta”, ma in forza dell'art. 34 del TUE vincola gli Stati Membri circa il risultato, libertà invece lasciata ai singoli Stati circa modi e mezzi.

⁵¹¹ M. BOUCHARD, *La tutela del minore vittima del reato nel processo penale*, 22° Convegno dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e la Famiglia, Genitori, figli e giustizia: autonomia della famiglia e pubblico interesse, Parma, 13-15 novembre 2003.

⁵¹² Per un'analisi del provvedimento si rinvia, fra i molti, a Aa.Vv, *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di M. LUPARIA, Padova, 2015. Il D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 , sull' Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, è stato pubblicato sulla G:U: il giorno 11 gennaio 2016. si evidenzia che l'Italia non ha provveduto all'attuazione della Decisione Quadro. Sul tema, SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*. In proposito della direttiva, G. ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. Pen.* 2015, 2, p. 1 che sottolinea che “Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato”.

⁵¹³ Riguardo all'esigenza di valorizzazione nel processo penale del ruolo dell'offeso, G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. Pen.* 2010, pp. 4051 e ss.. il riconoscimento della vittima è qui in chiave attiva, come soggetto portatore di strumenti tecnici che ne fanno una vera parte dal punto di vista processuale.

disciplinato: nella prima sperimentazione dell'istituto nel rito minorile, l'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988, prevede il coinvolgimento dell'offeso, al pari dell'imputato e dell'esercente la potestà genitoriale, unicamente allorquando l'*iter* cominci già nelle more delle indagini preliminari e nell'unica forma della mera audizione da parte del giudice chiamato a valutare la "irrelevanza del fatto": il soggetto offeso ha tutela nella dimensione del suo diritto ad interloquire ed a contraddire circa i profili di tenuità, nella forma di contraddittorio argomentativo in udienza camerale. Un riconoscimento quindi di non poca importanza in un rito che non prevede la costituzione di parte civile e che quindi fa sì che la persona offesa non possa mai assumere il ruolo di parte, risolvendosi in un'integrazione del contraddittorio sui requisiti generali dell'irrelevanza⁵¹⁴. Ancora più tenue risulta il coinvolgimento del soggetto offeso privato dopo l'esercizio dell'azione penale: l'art. 27 co. 4 D.P.R. 448/1988 prevede invero che nella fase processuale "il giudice pronuncia di ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto", senza contemplare alcun coinvolgimento né dell'imputato né della persona offesa. Una valutazione processuale quindi affidata esclusivamente all'organo giurisdizionale specializzato, il quale valuterà i contorni oggettivi e soggettivi della tenuità, alla luce delle "esigenze educative del minore" potenzialmente pregiudicate dall'ulteriore corso del procedimento: una totale indifferenza per gli interessi e le necessità della persona offesa dal reato. Una scelta normativa, che mi sento di condividere, di temperare l'apporto del soggetto offeso, poiché in piena coerenza con l'ispirazione e la natura del rito penale minorile.

Sul coinvolgimento nel giudizio onorario molto si è già detto ed affrontato nel capitolo primo del qui presente lavoro, pieno ed immediato sulla carta, ma con inevitabili incongruenze dal punto di vista pratico che ha spinto già in sede di approvazione del Decreto prima⁵¹⁵ e la dottrina poi⁵¹⁶, a spingersi in interpretazioni correttive dell'art. 34

⁵¹⁴ C. CESARI, *Sub art. 27*, in (a cura di) G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano 2009, p. 309. ID, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., pp. 292 e ss. dove è evidenziato come la persona offesa debba essere messa in condizioni di partecipare all'udienza ed essere sentita, nonostante il suo parere non sia vincolante. L'eventuale opposizione non è di ostacolo all'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: un riconoscimento del coinvolgimento della vittima che è volto ad illuminare i profili dell'effettiva gravità dell'illecito, non quindi propriamente l'occasione per far valere le proprie ragioni.

⁵¹⁵ La Commissione giustizia del Senato espresse, nella seduta del 27 luglio 2000, dubbi circa l'opportunità di considerare condizionante il consenso di un privato per la celebrazione del processo penale, potendo i suoi interessi essere tutelati e soddisfatti in altro modo ed in altra sede, con un'azione civile o attraverso la conciliazione. Il testo del Parere è rinvenibile in *Dir. Pen. Proc.* 2003, pp. 492 e ss.

⁵¹⁶ Tra i numerosi, A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di*

al fine di impedire o almeno temperare l'attribuzione di un peso determinante al dissenso, che però si pone nonostante ciò, in piena armonia con il carattere conciliativo e mediativo del giudizio innanzi al Giudice di pace, votato alla composizione degli interessi in conflitto⁵¹⁷: è la diversità di disciplina, come testimoniato anche dalla previsione di una particolare ipotesi di proscioglimento dell'imputato condizionata alla riparazione del danno all'art. 35 D. lgs. 274/2000 con la nuova figura dell'art. 131 *bis* c.p. e della tipologia dei reati in questione a determinare il diverso atteggiamento nei confronti della vittima, che per alcuni Autori, così inserita nel meccanismo della mediazione, favorirebbe addirittura l'incremento degli spazi operativi della deflazione. Nell'ambito della giurisdizione onoraria si è evidenziato, almeno parzialmente, il ruolo antagonistico primario della vittima rispetto al suo aggressore, ossia la sua natura di “parte naturale” del conflitto penale, dotandola di poteri quali la citazione diretta per i reati perseguibili a querela, il potere di impugnare ad effetti penali e detenere appunto un potere di veto per l'archiviazione per tenuità del fatto, emancipandola quindi evidentemente dal ruolo statico ancillare all'accusa, con la possibilità, di assumere una “posizione di rilievo nella dinamica processuale”⁵¹⁸.

Venendo all'istituto del D. lgs n. 28 del 2015, la disciplina è certamente più complessa, in quanto si sono assunte quelle logiche nonché quei particolari effetti, liberatori e non solo, della particolare tenuità del fatto del D.P.R. 448 del 1988 anche nella nuova normativa rivolta all'imputato maggiorenne con, per quanto riguarda il profilo qui in esame, un coinvolgimento dell'offeso che tuttavia muta al mutare della fase procedimentale nella quale si colloca la decisione.

Il tema è stato da sempre tra quelli più dibattuti nelle varie Commissioni Ministeriali che si sono affaccendate nella costruzione di tale istituto: il Progetto Grosso ad esempio, coinvolgeva tale soggetto attraverso la possibile applicazione dell'istituto solo in assenza di sue pretese risarcitorie; i Progetti Fiorella e Palazzo avevano registrato in tale senso una vistosa battuta d'arresto⁵¹⁹: il Delegante non ha sicuramente in tal modo

pace, in *Dir. Pen. Proc.* 2002, pp. 1185 e ss.

⁵¹⁷ Su tale profilo, C. SCACCIANOCE, *Chiaroscuri della mediazione penale nel “rito di pace”*, in *Giust. Pen.* 2010, III, c. 599 e ss. P. BRONZO, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, p. 965.

⁵¹⁸ S. LORUSSO, *La persona offesa tra garanzie individuali e class actions*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, vol. 9, p. 1068.

⁵¹⁹ In dottrina si è registrata anche una peculiare proposta di attribuzione di un peculiare potere di veto in capo alla persona offesa, in tema di archiviazione, da E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit. Contro, la dottrina maggioritaria, uno tra i tanti, C. F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 521 dove si afferma che la legge delega tacendo sul punto, sembra non aver lasciato alcuno spazio di manovra diverso al delegato.

accennato al soggetto leso, limitandosi a menzionare le esigenze di tutela e la previsione della sopravvivenza del suo diritto al risarcimento dei danni in sede civile, anche se, ad onor del vero va preliminarmente sottolineato, come la norma finale faccia espresso ed unico riferimento alle sole decisioni rese in sede dibattimentale o in seguito a giudizio abbreviato, a posteriori quindi dell'esercizio dell'azione penale⁵²⁰.

La Legge delega ha quindi incaricato il Governo ad evitare un “pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno”: formulazione che non va intesa nel suo senso minimale di necessità di tutelare il soggetto leso da ulteriori ed eventuali effetti negativi derivanti dal giudicato di tenuità, bensì di prestare una più attenta e doverosa sensibilità alle esigenze della vittima, “scoperta” sul piano più prettamente penalistico, che doveva trovare adeguato bilanciamento in campo risarcitorio⁵²¹. Un riferimento chiaro alla tutela extra-penale della vittima, che doveva essere accompagnato da un adeguamento processuale non ovviamente limitato alla sola tutela risarcitoria⁵²², che intende cristallinamente definire il ruolo dell'offeso quale consultivo⁵²³, con l'assenza di qualsivoglia potere di veto in capo a quest'ultima, in quanto se così non fosse, perché preoccuparsi così fortemente del pregiudizio se vi fosse la necessità del suo preliminare assenso?⁵²⁴ Risposta la si trova nero su bianco nella

⁵²⁰ Precisazione di non poco conto, sottolineata da B. LAVARINI, *Gli effetti extra-penali*, cit., pp. 111 e ss, che sottolinea come a livello di legislazione delegata il soggetto danneggiato abbia invero subito una forte contrazione dei propri poteri e facoltà: difficilmente una pronuncia in “odore di tenuità” giungerà indenne sino al dibattimento, essendo più in linea con la funzionalità di economia processuale la dichiarazione di tenuità nelle fasi processuali anteriori. Per non parlare del fatto che sia mancato un necessario intervento sulla disciplina del regime di costituzione della parte civile, che ha comportato un irrimediabile pregiudizio per il danneggiato, spesso non posto in grado di partecipare al processo penale, a cui sarà comunque sempre opposto il giudicato di tenuità, similmente a quanto accade ai sensi dell'art. 651 c.p.p.

⁵²¹ Si legga, B. LAVARINI, *supra*, p. 102 :se il Legislatore avesse voluto prevedere solo la mera protezione da i naturali effetti negativi conseguenti alla pronuncia di tenuità, avrebbe potuto ottenere tale risultato attraverso il puro e semplice silenzio: la sentenza di assoluzione infatti, ancorché per non punibilità, non avrebbe in ogni caso causato tali effetti, in quanto ai sensi dell'art. 652 c.p.p., nella versione allora vigente, vincola il giudice in ordine all'accertamento dell'insussistenza del fatto e della responsabilità e se il fatto è stato posto in essere nella circostanza di adempimento di un dovere o di esercizio facoltà legittima. In realtà, osserva l'Autrice, che anche l'art. 17 lett. F legge n. 468 del 1999 aveva serbato il silenzio sul punto, e nonostante ciò, il Delegato ha poi optato per la previsione del potere di veto della giurisdizione onoraria.

⁵²² S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a ungo attesa*, in (a cura di) M. DANIELE-P.P. PAULESU , *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, 2015, p. 102.

⁵²³ L'opportunità di prevedere tale audizione era già stato rimarcato durante l'esame della Commissione giustizia della Camera nel giugno 2012 del disegno di legge n. 5019 bis, che è il testo originale su cui si è formato la definitiva legge delega, dal Prof. M: Chiavario e dalla Prof. C. Cesari, che hanno sottolineato la necessità di consultazione di chi ha subito il reato, per “liberare” chi lo ha commesso.

⁵²⁴ In realtà, come attenta dottrina ha richiamato, la Corte Costituzionale s. n. 23 del 27 febbraio 2015, ha espresso dubbi circa il potere di opporsi in capo al querelante ex art. 459 co. 1 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost. vi è la lesione del principio di ragionevole durata del processo senza che vi sia

relazione, dove, “ una opzione del delegato a favore del diritto di veto dell'offeso sarebbe stata contraddittoria con la diversa volontà del delegante che, in effetti, non poteva manifestarsi che col silenzio sul punto.”

Tutto questo trova precisa sistemazione anche osservando le critiche svolte alla giurisdizione onoraria, poiché si sarebbero presentati anche qui i medesimi dubbi riguardo la rischiosa deriva verso la negazione del principio di offensività e l'affermazione di una dimensione pietistica e sentimentale del diritto penale⁵²⁵: la depenalizzazione in concreto non sembra poter accettare di devolvere un ruolo così pregnante ad un soggetto privato, in quanto la *ratio* sottesa alla riforma è pur sempre ispirata alla proporzione della pena ed alla deflazione e dato l'ampio spettro di poteri discrezionali che possiedono in forza di tale nuova disciplina gli organi delle indagini preliminari. Sintesi equilibrata di un lungo corso di dibattiti dove si è negato il diritto di veto, ma si è riconosciuto il diritto all'informazione e alla interlocuzione, in linea con quanto previsto dalla direttiva 2012/29/UE, art. 6 §1 lett. a) del Parlamento e del Consiglio Europei, che prevede corposi interventi di modifica sulla disciplina processuale⁵²⁶ e che ha sostituito la previgente decisione quadro 2001/220/GAI ⁵²⁷.

giustificazione in ordine alla tutela delle esigenze del querelante o dell'offeso. Lo stesso potere di veto riconosciuto all'offeso nella legislazione onoraria ha suscitato nei commentatori, notevoli dubbi di natura di legittimità costituzionale. B. LAVARINI, *La tutela della vittima del reato nel procedimento davanti al giudice di pace*, in *Giust. Pen.* 2001, c. 618. La Corte si era assestata sul profilo del diritto ad interloquire, come dimostra la s. n. 353 del 1991, come carattere fondante l'instaurazione del contraddittorio qualora l'offeso non venga avvisato della richiesta di archiviazione e quindi non sia messo nella possibilità di opporsi all'inazione del pm F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., 1708 “eccessivo sarebbe, invece, conferire un vero e proprio diritto di veto a vittima ed indagato, con la conseguenza di impedire necessariamente l'archiviazione e di rendere applicabile l'istituto solo a seguito di contraddittorio in udienza. Una simile soluzione, che finirebbe per sterilizzare le capacità deflative dell'istituto, non sembra imposta, non già dalla delega che tace completamente in proposito, ma neppure da nessun principio pertinente”

⁵²⁵ D. BRUNELLI *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale dinanzi al giudice di pace: tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., p. 123.

⁵²⁶ Sottolinea, S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE: Le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 15 febbraio 2015, pp. 2 e ss. che la prospettiva europea del processo penale è decisamente “pubblica”: la partecipazione dell'offeso risulta fondata essenzialmente sulla pretesa risarcitoria veicolata nel processo penale attraverso la costituzione di “parte civile”. La prospettiva europea si presenta radicalmente diversa in quanto valorizza non tanto la (privata) pretesa alla restituzione patrimoniale del danno patito, quanto l'interesse della vittima alla partecipazione al procedimento, nella sua tipica dimensione pubblica di strumento per l'accertamento della verità processuale

⁵²⁷ Tale Direttiva del 25 ottobre 2012 istituisce le norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e molto precisamente fissa “l'obbligo degli Stati di assicurare che la vittima sia informata del proprio diritto di essere edotta di un'eventuale decisione di non esercitare l'azione penale, di non proseguire le indagini o di non perseguire l'autore del reato”. Tale diritto all'informazione deve essere inteso anche per la circostanza nella quale la vittima deve essere edotta di tutte le informazioni necessarie per decidere se chiedere il riesame di una decisione di non esercitare l'azione penale.

L'intero Capo Quarto è dedicato alle esigenze di protezione e di tutela in rapporto al procedimento penale: La scelta di predisporre una tutela “globale” e “per standard minimi” rappresenta il nuovo volto dell’Europa che, dalla trasformazione in Unione in poi, ha acquisito la capacità di dettare agli Stati membri non più solo suggerimenti, ma di fissare un limite indefettibile minimo comune⁵²⁸.

Una direttiva che sin dai primi commenti alla Legge delega era stata coinvolta quale protagonista dell'estensione dei poteri e dei diritti della vittima⁵²⁹, ferma la consapevolezza degli aggravati procedimentali conseguenti, che potrebbero determinare quello che L' Illustre Tullio Padovani ha icasticamente definito un possibile “effetto boomerang”: una clausola che postula adempimenti particolari, anche ulteriormente a quanto previsto all'art. 408 co. 2 ed in linea con il co. 3 *bis* c.p.p (specificatamente in termini di reati di violenza di genere), tutto a scapito della finalità deflattiva^{530 531}. L’art.

⁵²⁸ F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima di reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 11 aprile 2016, che richiama S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in AA.VV., *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, cit., pp.5 e ss.

⁵²⁹ Preliminare è sottolineare che il D. lgs. 212 del 2015, pur sancendo un novero informativo dei diritti riconosciuti all’offeso, non ha operato una generalizzazione della notiziatura di cui all’art. 408 co. 2 c.p.p. ma ha introdotto l'art. 90 *bis* c.p.p.. Il recepimento, pur non avvenuto attraverso interventi legislativi, è divenuto comunque (non del tutto in realtà) operante in via interpretativa dal giorno 16 novembre 2015 con la conseguente disapplicazione dell'art. 408 co. 2 c.p.p. che prevedeva tale avviso solo per quei soggetti offesi che avevano dichiarato la loro volontà di essere informati, ad eccezione di quanto al comma 3 bis del medesimo articolo. Sulla disapplicazione della normativa interna in favore di quella ben più garantista dell'Unione, R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale, Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 21 e ss. Sul tema, per una panoramica della tutela della vittima, ante direttiva del 2012 tra i tanti, S. ALLEGREZZA, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit. L'Autrice traccia una sintesi delle diverse fasi che hanno progressivamente portato ad un sempre più ampio riconoscimento della vittima, anche se già la stessa locuzione “vittima”, non è definita nei suoi precisi contorni: una vera Babele definitoria. In particolare Ella osserva come l'attenzione posta su una certa categoria di “vittime vulnerabili”, porta con sé l'oblio di altrettante importanti categorie di vittime che non trovano giusta protezione in quanto non ricomprese nelle nuove forme di tutela: prime tra tutte le persone giuridiche, non tutelate quali vittime sostanziali dalla decisione quadro del 2001 che predilige una definizione antropomorfa della vittima ed esenti dai doveri che spettano invero ai soggetti fisici; o le vittime di reati ambientali, economici, culturali, in quanto l'Europa si impegna a proteggere l'integrità fisica e morale dei cittadini da quei comportamenti che urtano la coscienza collettiva. Sulle prospettive attuali, ID, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in (a cura di) L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali.*, Padova, 2015, p. 9 e ss. ed anche H. BELLUTTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Legisl. Pen.* 2014, I, pp. 75 e ss.

⁵³⁰ Parafrasi di quanto affermato dall'Autore, in *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.. Paventa il medesimo rischio, M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della “tenuità del fatto”*: frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali, cit., p. 258. Anche la Procura di Trento, *Commento*, cit., p. 7, sottolinea come la volontà della Commissione giustizia, trasfusa nella vigente normativa, non abbia tenuto in debita considerazione l'inefficienza organizzativa di risorse e personali degli uffici giudiziari e che questo si sia trasfuso nel testo definitivo, mentre quello originario si esprimeva nel medesimo senso dell'art. 408 co. 2 c.p.p.

⁵³¹ Questo in linea con quanto espresso dalla Commissione giustizia della Camera, che ha statuito come l'archiviazione per particolare tenuità presenti caratteristiche peculiari per il soggetto offeso. Nello

411 co. 1 *bis* c.p.p, invero, generalizza l'obbligo del pm di notificare l'offeso, e non il difensore eventualmente nominato, anche se enti pubblici⁵³² ed in maniera multipla nel caso di reato plurisoggettivo, della richiesta di archiviazione, a prescindere da qualsiasi precedente istanza avanzata dalla vittima come espressione di uno specifico dovere di informazione⁵³³ ed estendendolo anche alla persona sottoposta ad indagini: la nuova causa archiviativa prevede di coinvolgere *ex ante* i soggetti privati interessati. Nei reati in cui non si individua una persona offesa non va, ovviamente, disposto alcun avviso⁵³⁴. Piccola ma importante osservazione che è necessario fare, è che proprio nei casi in cui il reato abbia leso i cosiddetti "beni super individuali", e quindi non vi siano soggetti offesi, come ad esempio in fattispecie relative a piccoli abusi edilizi, l'istituto troverà ampio spazio di azione⁵³⁵.

La soluzione appunto già adottata per quelle particolari fattispecie di violenza di genere⁵³⁶ è chiaro segnale del *trend* votato al coinvolgimento e alla tutela della vittima, anche a discapito dell'economia processuale, che ha ispirato modifiche evidenti riguardo ad alcune tipologie di vittime "vulnerabili", che hanno ottenuto un novero più esteso di vecchie tutele e nuovi poteri, basti pensare il più ampio termine per proporre opposizione, da non considerarsi neanche esso perentorio, non previsto nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 411 c.p.p.⁵³⁷. Tali interventi non hanno investito altre categorie di

stesso senso, già il progetto Canzio.

⁵³² Su tale profilo, la Procura di Lanciano, *Prime linee*, cit., p. 18, osserva come non possa non evidenziarsi che il tenore letterale della norma imponga la notifica anche a soggetti pubblici ed enti, anche a costo di ottenere un procedimento "appesantito". Diversamente, Proc. Palermo, *Linee guida*, cit., p. 15 che paventa dubbi sulla capacità di determinati soggetti di assumere lo status di offeso.

⁵³³ Questo, su sollecitazione della Commissione giustizia del Senato, che ha anche suggerito la possibilità, venuta in essere, della proposizione dell'opposizione anche per ragioni diverse dall'integrazione investigativa. Così, Procura di Lanciano, *Prime linee guida* cit., p. 18, evidenzia come la previsione dello schema di decreto, che prevedeva l'avviso solo se richiesto dalla persona offesa, sia stato integrato come richiesto dalla Commissione giustizia della Camera. Anche L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 242. ed ancora, M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit. p. 52

⁵³⁴ Esattamente come per l'analogo istituto nel giudizio onorario, A. MARANDOLA, *Commento*, in *Dir Pen Proc.* 2015, p. 794, afferma, con riguardo alla categoria di conio codicistico, come "Il riferimento all'offesa non esclude l'applicabilità dell'istituto ai reati "senza offesa", che non di rado potrebbero presentare caratteri di particolare esiguità, o senza una persona offesa in concreto identificabile» e richiama la giurisprudenza a supporto della tesi. In giurisprudenza, Cass. Pen. Sez. III n. 48096, in CEDCass, m. 25805, Tavernano,.

⁵³⁵ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1325.

⁵³⁶ L'art. 408 comma 3 bis c.p.p. come modificato dall'art. 2 co. 1 lett. g) nel D. L. 14 agosto 2013 e convertito in legge il 15 ottobre 2013, n. 119, specificatamente in materia di contrasto alla violenza di genere dove si è anche raddoppiato il termine, da dieci a venti giorni, per presentare opposizione. Tale obbligo di avviso è frutto dell'influenza della direttiva, per P. DE MARTINO, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *www.penalecontemporaneo*, 8 ottobre 2013, p. 6

⁵³⁷ Cass.pen.Sez.II, 16 marzo-8 maggio 2006, n.15888, che ponendosi in contrasto con la giurisprudenza di legittimità dominante, ha statuito come in tema di archiviazione, il mancato rispetto del termine di

reati contro la persona altrettanto gravi ma non violenti, come ad esempio lo stalking, scatenando accese polemiche rispetto ad un'ingiusta disparità di trattamento in un ambito, come quello della tutela della vittima, che non dovrebbe esservi⁵³⁸. Anche in questo caso l'automaticità dell'avviso della richiesta di archiviazione all'offeso che non ne abbia fatto istanza, potrebbe apparire in contraddizione logica con l'istituto cui è legata, stante la ritenuta infondatezza dell'ipotesi di reato; in realtà la previsione mira ad estendere una particolare garanzia endoprocessuale, esistente, al fine di assicurare alla parte offesa la possibilità di interloquire ed apportare materiale conoscitivo utile anche al discernimento del Gip con lo strumento dell'opposizione ed indicando i motivi della medesima⁵³⁹, al materiale di accusa⁵⁴⁰.

Molte e diverse sono le opinioni, che si tratteranno in tema di archiviazione, che hanno accompagnato la riforma ed il suo rapporto con il ruolo della persona offesa, sempre in tensione, tra riconoscimenti di diritti e paure di ulteriori aggravii e rallentamenti. Un primo accenno lo si può dare in quanto da una prima lettura emerge chiaramente come il nuovo diritto di opposizione riconosca e sia coperto da molte più garanzie rispetto a quelle che comunemente appartengono ai privati in tale fase procedimentale⁵⁴¹: un

dieci giorni, previsto dall'art.408, comma 3, del c. p.p., non incide sull'ammissibilità dell'atto di opposizione, che il giudice, se non abbia già pronunciato archiviazione, dovrà esaminare, pur se tardivamente proposto, assumendo le conseguenti deliberazioni ai sensi dell'articolo 410 del C.p.p, in quanto il termine assume una funzione "acceleratoria" nei confronti della persona offesa. Così anche Cass.Sez.IV, 22 ottobre 2003, Gozzo, dove viene chiarito come l'opposizione presentata nei termini realizza un mero onere per l'offeso, non incidendo quindi sull'ammissibilità dell'atto ma sul rischio per il soggetto offeso di richiedere un intervento del Gip. Qualora il procedimento sia già concluso, non vi è alcun obbligo, la cui mancata osservanza comporti una causa di decadenza dal diritto. La giurisprudenza prevalente, tra i tanti, Cass.Sez.IV, 18 settembre 2003, Stara; 19 novembre 2005 Cafarelli; 29 marzo 2000, De Gennaro ha sempre ritenuto, almeno sino ad oggi, che il termine di dieci giorni previsto dalla legge per poter presentare valida opposizione alla richiesta di archiviazione avesse natura "perentoria", conseguendo a ciò che un eventuale opposizione depositata o presentata fuori dai termini previsti, doveva sempre e comunque ritenersi "tardiva" e, quindi, inammissibile, nel senso che "deve essere annullato per violazione del diritto di difesa, e quindi del principio del contraddittorio, il provvedimento di archiviazione del g.i.p. adottato anteriormente alla scadenza del termine di dieci giorni" v. Cass., Sez. VI, 30 ottobre 1998, Doglioni, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3455.

⁵³⁸ Si veda A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2014, 2, p. 106. H. BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggior attenzione alle vittime di reato*, in *Legisl. Pen.* 2014, p. 74 e ss. Ancora, G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. Pen.* 2013, pp. 4314 e ss.

⁵³⁹ Si noti che qui non vi è la necessità di richiesta motivata alla prosecuzione di indagini, come previsto all'art. 408 co. 3 c.p.p.

⁵⁴⁰ G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere. Cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 settembre 2013, p. 14.

⁵⁴¹ Secondo FASOLIN, *L'opposizione della persona offesa tra ammissibilità e merito*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3056 e ss.; l'opposizione "consacra l'esistenza di un conflitto tra i "due rami dell'accusa"" , che postula un approfondito vaglio del giudice, in camera di consiglio, nel contraddittorio di cui all'art. 127 c.p.p. M. DANIELE, *supra*, cit., p. 52, sottolinea come il nuovo art. 411 co. 1 bis c.p.p. formalizzi l'obbligo di avviso all'offeso della richiesta (di archiviazione), anche senza la presentazione di una previsa istanza di informazione, che è anche, ed è qui la peculiarità, riconosciuto all'indagato,

riconoscimento della possibilità di argomentare, non di impedire la pronuncia di tenuità, che rimane pur sempre nella piena disponibilità del Gip.⁵⁴². ”L’archiviazione per particolare tenuità del fatto non presuppone il consenso dell’indagato, né tantomeno quello della persona offesa. Entrambi i soggetti processuali hanno, però, il diritto di essere avvisati della richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero e possono presentare opposizione”⁵⁴³. Anche qui è chiara la preoccupazione di un aggravio procedimentale ha favorito il formarsi di interpretazioni “correttive”⁵⁴⁴. Qualora l’avviso manchi, all’offeso è garantito il diritto di ricorrere in cassazione per denunciare una nullità relativa, ai sensi dell’art. 409 co. 6 c.p.p. prevista all’art. 127 co. 1 e 5. c.p.p., in quanto perché non poter ricorrere in Cassazione per un mancato avviso della richiesta di archiviazione, soprattutto in tale *iter* archiviativo “speciale” dove il coinvolgimento dell’offeso è notevolmente più pregnante, quando questo è permesso per la ben meno grave ipotesi di omessa comunicazione della data di svolgimento dell’udienza camerale? Profilo che non è stato, secondo attenta dottrina, affrontato debitamente dalla disciplina, è il difficile equilibrio che deve sussistere tra l’obbligo d’informazione sul procedimento ed il rispetto della volontà della vittima di “rifugiarsi nell’oblio” dalla vicenda

per prevenire quello che è il cosiddetto “danno reputazionale”. P. BRONZO, *L’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, a cura di A. Marandola, Torino, Ipsoa, 2015, p. 960. Così., G. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit. Vi è la coesistenza, nella disciplina generale dell’archiviazione, di interessi generali e specifici, nonché la previsione di una partecipazione garantita e argomentativa dei soggetti eventualmente interessati, coinvolti.

⁵⁴² Disponibilità che come si dirà meglio nel paragrafo sull’archiviazione, subisce peculiari temperamenti allorché vi sia il ricorrere di una diversa causa archiviativa ed il giudice debba restituire gli atti al pm per l’instaurazione del diverso *iter* archiviativo tradizionale, o anche viceversa.. Così, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 25. Più chiara ancora, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1325, che sottolinea come la particolarità dell’ art. 411 co. 1 *bis* c.p.p si concretizzi in un limite di modalità per la decisione del Gip.,che mantiene sì intatta la propria titolarità di quel potere- dovere di ordinare la formulazione dell’imputazione o la integrazione delle indagini, ma che qualora invece, ravveda una diversa causa archiviativa, dovrà, in forza dell’ultimo periodo della disposizione, restituire gli atti al pm. Così anche A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit. nonché P. BRONZO, *L’archiviazione*, cit.. Contra, E. MARZADURI, *L’ennesimo compito*, cit., che invece prevede la possibilità per il gip di pronunciare direttamente l’archiviazione anche al ricorrere di motivi diversi da quelli prospettati dall’organo inquirente. Così anche Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit. e Procura di Trento, *Commento*, cit. che prevedono la possibilità di dissenso del gip, senza la necessità di innesco del procedimento ai sensi art. 409 co. 4 e 5 c.p.p.

⁵⁴³ G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 10.

⁵⁴⁴ Critico di F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., verso le proposte avanzate da parte di alcuni Commentatori di non prevedere la necessità di ordinare un supplemento da parte del gip senza fissare l’udienza camerale di cui l’art. 409 co. 2 c.p.p. Uno dei numerosi esempi di *escamotages* per non addivenire ad una disciplina eccessivamente pesante. Merita menzione anche, Procura Lanciano, *Prime linee guida*, cit., che interpreta, dopo il riferimento al co. 2 dell’art. 411 *bis* c.p.p. l’inciso “sentite le parti”, quale passaggio necessario in quanto se si fosse considerato diversamente sarebbe stato sufficiente il mero rinvio all’art. 127 co. 3 c.p.p., e conseguentemente riconosce implicitamente la presenza della successiva postilla, “se compaiono”.

giudiziaria. Allo stesso modo il coinvolgimento dell'offeso, come già accennato, trova, seppur in maniera diversa e sempre più minore⁵⁴⁵, spazio anche nelle fasi successive all'esperimento dell'azione penale: l'art. 469 co. 1 *bis* c.p.p., prevede, come il tradizionale co. 1, un novero di poteri ben più incisivo in capo all'imputato e all'organo di accusa, le cui opposizioni privano il giudice del potere di chiudere anticipatamente il processo: un impedimento insuperabile a pronunciare in tale momento il provvedimento proscioglitivo. Questo a maggior ragione per il fatto che il proscioglimento predibattimentale è per sua natura sede di pronunce non deputate ad un pieno e completo accertamento di responsabilità. È quindi un'estensione anche in tale “nuovo” caso di quella tradizionale regola prevista per la sentenza predibattimentale in quanto è chiara la prossimità alla sede dibattimentale, più adatta a valutare nel merito la *res iudicanda*, in pieno contraddittorio. Qui il dissenso delle parti, dell'indagato e del pm, assume quindi tutta nuova importanza, in quanto tale fase è quella dove prende forma quello che celebre dottrina descrive come “diritto al giudizio” delle parti⁵⁴⁶: il pm e l'imputato: sono titolari di un diritto ad opporsi *tout court* alla pronuncia predibattimentale. Invece il coinvolgimento della vittima subisce una contrazione in quanto vi è, la “previa audizione in camera di consiglio *anche* della parte offesa, se compare”⁵⁴⁷. Qui, risulta chiaro che è presupposto ineliminabile che la persona offesa sia messa in condizione di scegliere se comparire ed interloquire sulla questione, attraverso l'avviso della fissazione dell'udienza in camera di consiglio, avente espresso riferimento alla specifica procedura *ex art. 469 c.p.p.*⁵⁴⁸. Una pura e semplice funzione contributivo-argomentativa ai fini della valutazione e quindi nulla di paragonabile al potere di veto e dissenso delineato al comma 1 per la persona sottoposta a processo e per il pubblico ministero⁵⁴⁹. Sulle problematiche relative all'ammissibilità della

⁵⁴⁵ Infatti solo nell'archiviazione l'interlocazione della persona è espressamente prevista. Chiaro in Cass. Pen. Sez. V, n. 5800, 2 luglio 2015, dep. 11 febbraio 2016.: “perché in tale contesto la persona offesa non ha ancora avuto la possibilità di farsi parte del processo”

⁵⁴⁶ L'espressione è di F. FALATO, *Immediata declaratoria e processo penale*, Padova, 2010.

⁵⁴⁷ A. CORBO- G. FILDELBO, nella *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione*, cit., p. 3, sottolineano come il requisito di coinvolgimento della parte offesa, sia da valutarsi quale aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quanto richiesto al co. 1 del medesimo articolo.

⁵⁴⁸ Anche se preme sottolineare che, in legittimità è stato affermato che “È affetta da nullità di ordine generale a regime intermedio la sentenza predibattimentale di non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p., pronunciata senza dare avviso alla persona offesa dell'udienza camerale.” Cass. pen. Sez. II, 11 novembre 2015, n. 6310, in CED Cass. 2016, rv. 266207. del medesimo orientamento, Cass. pen. Sez. III, 08 ottobre 2015, n. 47039, in CED Cass. 2015, rv. 265447, dove la Corte ha giudicato non sufficiente la notifica del decreto di citazione a giudizio, perché effettuata quando tale peculiare esito del procedimento non era neppure prevedibile

⁵⁴⁹ i P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali della “particolare tenuità del fatto”*, cit., p. 76.

correttezza dogmatica di tali pronunce, si rinvia al paragrafo che tratterà specificatamente il tema. Una piccola anticipazione riguarda l'evidente nota stonata⁵⁵⁰ evidente già ad una prima analisi che tale fase ha in sé, in quanto una pronuncia, qui, consta di una sistemazione e di una tempistica che mal si conciliano con l'accertamento nel merito richiesto dal nuovo istituto, che troverà invece piena operatività nelle ordinarie logiche decisorie nel dibattimento dove il giudice sarà svincolato da qualsivoglia manifestazione di assenso o dissenso delle parti e qualora ritenga sussistere gli estremi della particolarmente tenuità, potrà emettere sentenza liberatoria *ex art. 530 c.p.p* (o per diversi Commentatori, ai sensi dell'art. 529 c.p.p.) anche in presenza di una opposizione del pm e/o dell' imputato⁵⁵¹.

Il ruolo dell'offeso è chiaramente sempre più sfumato nel corso dell'avanzamento della dinamica processuale, dove, stante le lacune presenti nella disciplina, ed il ruolo sempre più marginale nel procedimento penale, “supplito” (o almeno quello era l'intento) dalla disciplina civile di restituzione e risarcimento del danno, l'importanza della vittima sembra essersi dimenticata “per strada”⁵⁵².

3.3 Un'archiviazione “garantita”? Luci ed ombre

Come già anticipato, l'aver inquadrato la particolare tenuità del fatto tra le cause di non punibilità poneva diversi quesiti applicativi sul piano procedurale, in quanto era radicata l'idea, scorretta, che al fine di consentire l'operatività di tale istituto nella fase pre-processuale fosse necessario una configurazione processuale della clausola. In realtà, superate queste considerazioni prive di fondamento alcuno, in quanto nulla vieta di prevedere un'astensione dall'esercizio penale anche in presenza di una causa di non punibilità,⁵⁵³ la scelta veniva a spostarsi verso il dilemma se privilegiare l'esistente

⁵⁵⁰ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 25. che critica l'inserimento del co. 1 *bis* all'art. 469 c.p.p. in quanto problematico anche per la ricostruzione dogmatica della tenuità del fatto. Non bisogna dimenticare come la pronuncia in tale fase sia una “sentenza di non doversi procedere” che rievoca, impropriamente, le condizioni di procedibilità.

⁵⁵¹ V. BONINI, *Il ruolo della persona offesa*, cit., p. 7.

⁵⁵² Fino ad arrivare alla totale impossibilità per tale soggetto di interloquire, in sede di legittimità. Si veda, Cass. pen. Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, CED Cass. 2016, rv. 265116, che ha rigettato il ricorso alla sentenza del 23 maggio 2014 della Corte di appello di Palermo.

⁵⁵³ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, pp. 368 e ss. Si veda anche, G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Milano, 2001, II ed. 1994. Efficace quanto riporta, C. SCACCIAOCE, *La legge-delega*, cit, p. 257, che osserva come le relazioni improcedibilità-archiviazione e non punibilità-sentenza siano frutto di inquadramento dottrinale, pensate come ineluttabili relazioni logico-consequenziali. Ora, superati tali rigidismi puramente dogmatici, nulla

impianto processuale, riconosciuto capace quindi di accogliere la nuova esimente e quindi delineando una dichiarazione di tenuità che avrebbe avuto spazio solo dopo l'esercizio dell'azione penale, in ossequio alle istanze garantistiche individuali, ai sensi degli artt. 425 e 529 c.p.p., perfetti senza necessità di modificazione alcuna, come anche gli artt. 408 e 411 c.p.p., relegando alla porta in tal modo la carica deflattiva motrice della riforma, poiché senza alcun risparmio di tempo e risorse, ed inserendosi quale nuova causa motivazionale nel caso di sentenza di proscioglimento a seguito di udienza preliminare e di dibattimento⁵⁵⁴ e come notizia infondata prima dell'esercizio dell'azione penale. In base a tale ultima considerazione si sarebbe potuto e dovuto intendere l'adeguamento processuale, espressamente previsto dal Delegante⁵⁵⁵, come volto verso un'altra soluzione : riconosciuta la natura *sui generis* della clausola e la chiara finalità deflattiva della riforma, risultava necessario modificare ed incrementare le formule previste dagli artt. 425 e 530 c.p.p. agendo però anche sul catalogo delle *notitiae criminis* infondate, senza intervenire neanche in tale prospettiva sulla disciplina archiviativa tradizionale. Altra via era quella di prevedere una semplice nuova causa di archiviazione, senza disciplinare un impianto garantistico, consentendo al pm di pronunciarsi per la particolare tenuità appena essa fosse emersa⁵⁵⁶. Il Legislatore ha inaspettatamente invece intrapreso un'altra via, più corretta stante la novità e particolarità dell'istituto e "l'esigenza di evitare il processo non necessariamente deve tradursi in un ostacolo di natura processuale" in quanto il Legislatore può "tradurla, sul piano sostanziale, in una condizione di non punibilità, la cui mancanza determina l'interruzione del processo"⁵⁵⁷. Opzione intermedia, forse ambivalente, che ha previsto la pronuncia per particolare tenuità del fatto lungo tutto il procedimento penale sin dalla chiusura delle indagini preliminari in risposta alla necessità di porre in essere un'anticipazione dell'accertamento della particolare tenuità già nella fase archiviativa, ai fini di risparmio e di economia processuale⁵⁵⁸.

vieta la dichiarazione della causa sostanziale anche nel contesto procedimentale deputato alla decisione circa l'inazione o azione del pm.

⁵⁵⁴ Così, F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit., p. 149, che evidenzia "come causa di non punibilità l'istituto sarebbe destinato a trovare applicazione tendenzialmente solo mediante una sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione".

⁵⁵⁵ L'uso della formula nella Legge-delega, "quando risulti" e non "quando sia accertata" sembra deputare in tal senso. Armonicamente intesa con il decongestionamento.

⁵⁵⁶ Così era delineato il Progetto Canzio, cit. ed anche la soluzione adottata dal più volte richiamato d.d.l. Flick, C-4625 bis, dopo il passaggio in Commissione Giustizia.

⁵⁵⁷ Così, C. SCACCIANOCE, *La legge-delega*, cit., p. 239.

⁵⁵⁸ Il fatto che la declaratoria della tenuità abbia trovato "casa" nella fase archiviative è stato accolto con favore dalla maggioranza della dottrina, F. CAPRIOLI; *Prime considerazioni*, cit., pp. 22 e ss. C.

La tenuità del fatto, pur essendo oramai definitivamente considerata una causa di non punibilità, viene al fine deflattivo trattata come causa di improcedibilità, che preclude l'esercizio stesso dell'azione penale laddove l'offesa sia particolarmente tenue, deve essere disposta l'archiviazione del procedimento a prescindere da un accertamento di responsabilità, che sarebbe invece necessario per la causa di non punibilità, in quanto presuppone l'esistenza del reato e la colpevolezza dell'accusato. E poiché la tenuità non sopravviene al fatto, ma ne è elemento costitutivo sin dalla sua origine, ogniqualvolta la si accerti, è necessario dichiarare che l'azione penale non poteva essere esercitata, come del resto risulta dall'art. 469, con la previsione di una sentenza di non doversi procedere dall'art. 651 *bis*, nell'evocare il proscioglimento, anziché l'assoluzione, dell'imputato in seguito a dibattimento, dove è espressamente richiesto l'accertamento, nero su bianco, della responsabilità penale⁵⁵⁹.

Una scelta di campo, che ha preso le distanze dall'impianto processuale adottato dall'analogo istituto minorile, che aveva optato invece per una sentenza di non doversi procedere, facendo leva sull'accertamento di merito che è insito in tale causa di non punibilità⁵⁶⁰. Ma è proprio la considerazione sostanziale di tale causa e la rappresentazione della non punibilità in questione quale mancanza di un elemento costitutivo interno alla fattispecie criminosa, assimilabile a quando un presunto autore di reato abbia posto in essere un fatto non penalmente rilevante, o quando siano mancati i requisiti di esecuzione con cadenza abituale o le modalità idonee a determinare un quantum di offesa predeterminato, che ha determinato il Legislatore ad optare per la possibilità di un provvedimento archiviativo: medesime sono le logiche di inutilità di un'azione penale votate all'efficientismo e quindi l'accertamento è ontologicamente comune a tutte le ipotesi di archiviazione.

Se si optasse per una più garantita dinamica per l'inquisito, il vaglio di tenuità verrebbe a retrocedere sino a situazioni procedimentali sottratte invero a qualsivoglia controllo giurisdizionale.

SCACCIANOCE, *La legge-delega*, cit., p. 239 e ss; pp. 258 e ss. L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 241 e ss. dove viene affermata la necessaria rivisitazione ad hoc della disciplina processuale. S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto*, cit., p. 124. invece C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 216, nota 186, afferma causticamente che tale scelta ibrida abbia avuto forte peso nel far perdere di importanza la deflazione, in quanto si è posto argine alla celerità e speditezza che erano state create apposta per rendere desiderabile tale istituto. Intervendendo con tali garanzie, meno pregnanti del dibattimento, si è anticipato, aggravando, ciò che a buon occhio poteva allora essere mantenuto post azione penale.

⁵⁵⁹ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali della "particolare tenuità del fatto"*, cit., p. 72.

⁵⁶⁰ Si veda, C. CESARI, *L'inflazione*, cit., p. 31, nonché P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 21.

È stato quindi modificato il comma primo, volto a ricomprendere anche la disciplina ai sensi art. 131 *bis* c.p. ed inserito un nuovo comma, 1 *bis* all'art. 411 c.p.p. ed aggiunto un tutto nuovo riferimento all'avviso dell'indagato: tale nuovo comma prevede che una volta conclusesi le indagini preliminari, qualora il pm ravveda la tenuità, sia investito della possibilità di richiederne l'archiviazione. Gli è attribuito un “ruolo propulsore” nell'applicazione del nuovo istituto nella fase in cui può raggiungere la massima efficacia, evitando inutili ulteriori attività procedimentali e/o processuali⁵⁶¹.

Scelta di delineazione di una nuova ipotesi a sé stante di archiviazione, non condivisa in maniera unanime dalla dottrina, o meglio, non condivisa la sua sistemazione nell'alveo dell'art. 411 c.p.p.: infatti, assunta l'archiviazione come opzione finale, il dubbio se questa fosse da considerarsi *in iure* o *in facto* ha destato accesi dibattiti. Osservando il dato letterale, con l'inserimento al comma primo dell'art. 411 c.p.p. tra le altre ipotesi, comunemente considerate in diritto,⁵⁶² della formula “persona sottoposta ad indagini non è punibile ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.” sembra ravvisarsi la volontà di ricondurre tale figura alla prospettiva in diritto ; invece, altra dottrina, di converso, analizzando la declaratoria in esame, ravvede una somiglianza di tale pronuncia a quelle disciplinate all'art. 408 c.p.p.⁵⁶³

Il Legislatore ha invece lasciato intatti i disposti degli artt. 425 e 530 c.p.p., permettendo quindi di intendere che tale nuova esimente, ai fini processuali, si comporti, e venga considerata , esattamente come le altre cause di non punibilità: questo va specificato per comprendere il perché della mancanza di una nuova formula proscioglitrice successivamente all'udienza preliminare ed al dibattimento, poiché non sono state poste in essere⁵⁶⁴, per le successive fasi processuali, modifiche adeguatrici applicative. Tali problemi, dati da queste lacune legislative, sono affiancati e sottolineati dalla dottrina qualora si affrontino i profili, di non facile interpretazione, dell'iscrizione di tali

⁵⁶¹ Cit. Procura di Lanciano, *Prime Linee guida*, cit., p. 17.

⁵⁶² F. PICCIONI, *Per gli avvocati armi spuntate nella strategia*, cit., p. 1

⁵⁶³ P. GRILLO, *La deflazione del contenzioso penale negli ultimi interventi di riforma: depenalizzazione in concreto*”, nell'intervento tenuto al Convegno di Palermo del 15 aprile 2015. Anche A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto*, cit., p. 2, si esprime in una parziale critica dell'iter delineato dal Legislatore , sottolineando che l'eccentricità della nuova ipotesi archiviativa ed in ragione del tipo di accertamento richiesto al decidente in punto di fatto, disomogeneo rispetto alle altre ipotesi di archiviazione previste dall'art. 411 che avrebbe suggerito più opportunamente di varare un nuovo art. 408 *bis* c.p.p. per la prospettiva *in facto* anche, C. SCACCIAOCE, *La legge-delega*, cit., p. 258

⁵⁶⁴ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., pp. 97 e ss. si esprime nell'approvazione dell'inserimento della nuova ipotesi nell'iter archiviativo, e in particolare della creazione del nuovo comma 1 *bis*. apposito.

provvedimenti archiviativi nel “nuovo” casellario giudiziale e dell'efficacia extra-penale per le sole sentenze emesse a seguito di dibattimento o a giudizio abbreviato, salvo che vi sia l'opposizione della parte civile che non ha precedentemente accettato il rito.

Queste modifiche da alcuni Commentatori, a ragione, sono state definite laconiche: nonostante l'evidente riverbero processuale che la disciplina di nuovo conio ha comportato, la riforma non sembra aver tenuto in considerazione le evidenti problematiche applicative che tali lacune possono comportare, come un' eccessiva discrezionalità, un poco controllo nonché un rischio di derive ingiuste, essendo troppo occupata a soddisfare quelle esigenze efficientistiche che sembrano ricoprire, negli ultimi anni, qualsiasi altro bisogno.

In realtà nonostante queste critiche, giustissime ad onor del vero, l'archiviazione si può considerare il successo processuale (forse l' unico) più compiuto di questa nuova disciplina⁵⁶⁵: la stessa Relazione infatti si era preoccupata di sottolineare come questa fosse “la sede nella quale realizzare il non facile ma necessario equilibrio tra le esigenze di massima anticipazione processuale dell'istituto da un lato, e i contrapposti interessi dei due soggetti privati, dall'altro”. Proclami meritevoli di grande stima che per alcuni autori sembrano essere stati portati ad esistenza, realizzando una soluzione pragmaticamente apprezzabile in quanto conciliante i diversi interessi in gioco, delle parti e del sistema⁵⁶⁶. Famosa dottrina non ha mancato di sollevare in tal merito incertezze, in quanto il Legislatore ha mancato di svolgere *in maniera diligente* quel compito più completo di adeguamento⁵⁶⁷. Uno di questi era proprio quello contenuto all'art. 2 lett. b) del Decreto, che prevedeva, ed è stata posta in essere, l'introduzione di quella che è stata definita un'ipotesi di archiviazione “garantita”, disciplinata ora appunto nel codice penale all'art. 411 co. 1 *bis*, dove si è aggiunta, all' ipotesi della

⁵⁶⁵ Come cristallinamente riconosce A. NAPPI, *La Tenuità del fatto*, cit., p. 1 : “*La disciplina dell'archiviazione per tenuità del fatto ha un ruolo fondamentale della ricostruzione sistematica della disciplina processuale della nuova causa di non punibilità, per quanto attiene sia ai presupposti sia al procedimento di archiviazione*”. P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 21 invece, evidenzia come nonostante il legislatore ne abbia prevista l'operatività anche nella fase delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 411, co. 1 *bis* c.p.p., non può dirsi che tale istituto sia un istituto a carattere prettamente “archiviatorio”

⁵⁶⁶ Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 12.

⁵⁶⁷ A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 796, sottolinea come si l'archiviazione risulta la sede sicuramente più funzionale ad evitare dispendi superflui di tempo ed energie materiali e processuali, ma che comunque si è tralasciato un aspetto fondamentale: la tenuità necessita di un accertamento nel merito dell'esistenza del fatto, che questo sia penalmente rilevante nonché addebitabile al soggetto indagato. L'archiviazione per sua natura non è luogo per tale verifica adatto. Così anche F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 97

manifesta infondatezza della notizia e alle altre tradizionali del comma primo, topograficamente distante ma a fianco quindi dell'estinzione del reato e all'irrelevanza penale, che non comportano una prognosi di probabile condanna, tale nuova archiviazione, per il soggetto sottoposto ad indagini che “non è punibile ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. per particolare tenuità del fatto”, stante anche qui infondatezza della punibilità⁵⁶⁸.

Di seguito il testo della nuova disposizione art. 411, co. 1 *bis*:

“ Se l'archiviazione e' richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non e' inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa e' inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5.”

Un'apposita procedura, un vero e proprio *tertium genus*⁵⁶⁹, un procedimento “parallelo” che sottolinea la specialità di tal nuova ipotesi⁵⁷⁰, in parte fedele al dettato tradizionale ed in parte innovativa, disegnata nei suoi connotati fondamentali dall'Esecutivo, lasciato libero nella scelta circa la modalità procedimentale da delineare.

⁵⁶⁸ Sul tema, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1321. che sottolinea efficacemente l'estremo sforzo di “ricalibrazione” che si è dovuto fare in tema di archiviazione al fine di adeguare l'*iter* alle esigenze e alle regole sottostanti la nuova pronuncia.

⁵⁶⁹ L'espressione è di L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 252.

⁵⁷⁰ Tale definizione appartiene a S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Proc. Pen. Giust.*, 4, 2015, p. 165. A favore di tale impostazione, milita il fatto che già nella Relazione di accompagnamento allo Schema, emergeva già tale volontà confezionatoria di un vero e proprio sub-procedimento ad hoc per tale nuova causa di non punibilità. In giurisprudenza, merita menzione, Cass. Penale, Sez. V, 5 settembre 2016, ud. 7 luglio 2016, n. 36857, Pres. Fumo, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, che ha affermato la nullità dell'ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto pronunciata ai sensi dell'art. 411 comma 1 c.p.p. e quindi senza l'osservanza della speciale procedura prevista al comma 1 *bis*, essendo le disposizioni generali contenute negli artt. 408 e ss. c.p.p. inidonee a garantire il necessario contraddittorio sul punto.

3.3.1. L'innovativo avviso all'indagato ed il suo ruolo inedito in fase di archiviazione

Tale nuova ipotesi necessitava di un'apposita rimodulazione dell'assetto archiviativo tradizionale, in quanto la previsione della particolare tenuità, comportando l'affermazione di responsabilità per un fatto sussistente e penale in una fase pre-processuale come questa, doveva necessariamente coinvolgere l'indagato, la cui partecipazione doveva essere garantita: ma in che termini? Nell'ambito del procedimento archiviativo classico, l'art. 409 co. 2 c.p.p. riconosce alla persona sottoposta alle indagini il mero diritto di partecipazione all'udienza in camera di consiglio in seguito alla decisione del giudice di non accogliere *de plano* la richiesta o all'opposizione ritenuta ammissibile dell'offeso, mentre il comma primo del medesimo enunciato sancisce come, il decreto disposto *de plano* debba essere notificato, qualora sia stata precedentemente applicata la misura di custodia cautelare.

La sequenza archiviativa, sistematicamente e dogmaticamente corretta ma costituzionalmente potenzialmente fragile, al termine delle indagini non sembrerebbe in astratto essere in grado di garantire una piena e completa audizione dell'indagato e quindi la formazione della prova così come previsto all'art. 111 co. 4 Cost.: nonostante ciò il Delegato, affrontando l'annosa questione, ha escluso che il consenso dell'indagato sia necessario *ex art. 111 co. 5 Cost.*⁵⁷¹, in quanto è assodato che in tale contesto non sia in alcun modo coinvolto il profilo dello standard probatorio della colpevolezza e men che meno un trattamento punitivo. Non sembrano trovare spazio ulteriori repliche ispirate all'impiego di elementi formati in maniera unilaterale nel corso delle indagini preliminari che potrebbero produrre un giudizio epistemologicamente scorretto in quanto di fatto vi è in gioco l'accertamento, prognostico, della colpevolezza. Qui il tipo di giudizio in gioco, come in tutte le ipotesi di archiviazione, è quello di una prognosi di sostenibilità del profilo della punibilità in giudizio, un criterio probatorio rivolto alla fondatezza o infondatezza dei singoli punti che compongono la notizia di reato ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p.: l'imputazione non accerta nulla, l'archiviazione non è un giudizio⁵⁷². Attenta dottrina non manca di ricordare come i diritti, ancorché

⁵⁷¹ F. PICCIONI, *Per gli avvocati armi spuntate nella strategia*, in *Guida al diritto*, 2015, n. 15, p. 41. Sul punto, si legga, G GIOSTRA, voce *Contraddittorio* (principio del), in *Dir. Proc. Pen., Enc. Giur.*, agg. X, 2002, Roma.

⁵⁷² R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 670, nota 24, ricorda come la prognosi di probabile condanna propria dell'archiviazione non possa in alcun modo essere equiparato all'accertamento della colpevolezza dibattimentale. Sulla diversità delle tipologie di contraddittorio, O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, (principio del), (*dir. Proc. Pen.*), in *Enc. Giur.*, Annali VII, 2014, pp. 242 e ss.

costituzionalmente garantiti per la fase successiva all'imputazione, possono essere dal Legislatore rimodulati al fine di essere adattati ad interessi ed esigenze proprie dell'indagato rispetto all'inazione penale. Quello che emerge in tale fase non è quindi quel contraddittorio, previsto dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999 n. 2 che ha riguardato i profili del giusto processo, ai sensi del comma quinto dell'art. 111 Cost.: è un contraddittorio invece, debole, argomentativo, una forma semplificata, ma volta ad attribuire all'indagato il diritto potestativo della celebrazione di un'udienza camerale in presenza di una sua opposizione; non un diritto di veto, ma una facoltà che nasce dall'esigenza di bilanciare i pari interessi in gioco ossia⁵⁷³ i diritti dell'indagato a cui si affiancano quelli dell'offeso, ai sensi della già citata direttiva 29/2012/UE.

Il profilo del consenso dell'indagato riguarda, per vero, non tanto l'abbandono del contraddittorio quale canone epistemologico, ma piuttosto l'abbandono proprio dell'accertamento, già sperimentato e criticato, in tema di patteggiamento, dove però essendovi coinvolta una pronuncia di condanna, l'apparato garantistico e di principi deve essere ben diverso. Da ciò discende come non sia incostituzionale la disciplina laddove non preveda il consenso dell'indagato, in quanto, tale possibilità è riconosciuta indirettamente dalla Costituzione, non essendo qui richiamato alcun profilo di applicazione della pena, nella cui eventualità il consenso sarebbe invece necessario.

Quello che si vuole sottolineare è che l'archiviazione *ex art. 411 co. 1 bis c.p.p.* non accerta pienamente la responsabilità, ma solamente che la instaurazione del processo risulta del tutto superflua, in forza dell'infondatezza della punibilità. Questa costruzione si è posta in armonia con la necessità di non creare un meccanismo processuale “a disposizione” dell'indagato, poiché attribuirgli un consenso vincolante, sarebbe attribuirgli l'inedito, ed impensabile dal punto di vista costituzionale, diritto “ad essere processato”⁵⁷⁴. Si assicura così all'indagato il diritto a contraddire, giustificando tale facoltà con la necessità di garantirgli la non apertura del processo, ma a condizioni a lui più favorevoli, avvisandolo, dandogli la possibilità di visionare gli atti e di opporsi legittimamente, così facendo innescare al giudice un'udienza camerale a cui partecipa, insieme alle altre parti eventualmente interessate, ed interloquire anche al fine di ottenere un'archiviazione con formula “più liberatoria” o per domandare l'oblazione⁵⁷⁵,

⁵⁷³ R. APRATI, *supra*, cit., p. 1323, nonché F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1721. anche M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 45

⁵⁷⁴ Chiarisce bene tali termini, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1324.

⁵⁷⁵ Questo novero di poteri genera secondo F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit, p. 28, una

che potrebbe spingersi sino alla richiesta dell'imputazione coatta, non tanto per gli effettivi civilistici, che in seno all'archiviazione non vengono ad esistere, ma per una serie di motivazioni latamente stigmatizzanti che invece l'esito archiviativo comporta, frutto chiaramente di ragioni e pressioni esterne⁵⁷⁶. È, almeno dal punto di vista dell'indagato, la formula archiviativa “peggiore” tra quelle previste nel nostro ordinamento e le sue peculiarità sono state il motivo per cui si è apprestata una procedura speciale rispetto a quella ordinaria⁵⁷⁷.

L'indagato ha qui, in maniera inedita, le medesime facoltà e prerogative del soggetto offeso, ossia il diritto di avviso in presenza di una richiesta⁵⁷⁸, di visionare gli atti e di presentare, nel termine di dieci giorni⁵⁷⁹, opposizione. Opposizione prevista nonostante l'archiviazione non determini alcun vincolo extra-legale, come si deduce da una lettura “a contrario”, dall'art. 651 *bis* c.p.p. che prevede come solo la sentenza a seguito di dibattimento abbia “efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, dell'illiceità penale e all'affermazione di responsabilità nel giudizio civile ed amministrativo, per le restituzioni ed il risarcimento del danno”⁵⁸⁰. Opposizione concessa all'indagato che trova ancora più giustificati argomenti qualora si osservino le comunque presenti conseguenze di tale archiviazione: l'indiscutibile stigma morale di colpevolezza che innerva tale pronuncia, nonché la più discussa iscrizione al casellario giudiziale, che si riverbera, per gli effetti, in ulteriori archiviazioni per tenuità, per il requisito della non abitualità. Ciò in forza di una impostazione, oggetto di feroci

ingiustificata disparità di trattamento nei confronti di soggetti indagati per un fatto infamante anche se penalmente irrilevante o non punibile ai sensi di una causa differente dalla tenuità. Anche sul punto, Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 18

⁵⁷⁶ Chiaro sul punto, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 671, dove sottolinea come a differenza della depenalizzazione astratta, quella in concreto è fondata su interessi che trascendono il disvalore interno al singolo evento criminoso, che sono appartengono ad istanze di prevenzione generale che non accettano di eliminare la previsione di punibilità in astratto per determinate fattispecie, ma che continuano a richiederne sempre di più.

⁵⁷⁷ P. BRONZO, *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Legisl. Pen.* 2015, Interventi e relazioni. Tale testo, rielabora ed annota l'intervento tenuto dall'Autore al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, “Processo e pena: nuovi equilibri”, Roma, 2 luglio 2015.

⁵⁷⁸ E non al difensore di ufficio o di fiducia eventualmente nominato, come previsto attualmente per la fissazione dell'udienza nel caso di opposizione. Si veda, Cass. Pen. s. n. 8709/10

⁵⁷⁹ Il termine non è perentorio, ma la scadenza fa sì che il giudice possa pronunciarsi. Il termine di dieci giorni è sicuramente un termine assai ridotto, soprattutto considerando che il soggetto indagato potrebbe non avere avuto alcuna notizia riguardo all'esistenza di un procedimento a suo carico, prima di tale avviso. La domanda sembra quindi spontanea: come potrà egli in un contesto temporale talmente ristretto, costruire un'ideale e salda strategia difensiva?

⁵⁸⁰ Già richiamata sul profilo, B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., p. 101 ed anche M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., ivi, p. 56.

critiche⁵⁸¹, che ha affermato che tale ipotesi archiviativa sia fondamentale “definitiva” qualora non sia stato proposto o sia stato rigettato il ricorso in Cassazione ex art. 409 co. 6 c.p.p. La motivazione di tale orientamento si fonda su considerazioni corrette, ma che non necessitano di una qualificazione “definitiva” di tali declaratorie: rendere conoscibile tale proscioglimento anche al fine di evitare che il giudice possa applicare la clausola di non punibilità ex art. 131 *bis* c.p. più volte, senza considerare, appunto, la “abitualità” del comportamento⁵⁸². In questo senso si è espressa la Relazione, affermando che il requisito della “non abitualità” del comportamento, previsto dal primo comma del nuovo articolo 131 *bis* del c.p., impone un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolarità tenuità del fatto che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tale causa⁵⁸³. In realtà si deve considerare che una pronuncia archiviativa di particolare tenuità non integra la figura di “un precedente”⁵⁸⁴ comportando automaticamente il riconoscimento della abitualità, ma potrebbe divenire materiale, nonostante la chiusura con archiviazione, che il pubblico ministero, nel corso di un altro procedimento, potrebbe essere indotto ad acquisire ai sensi dell'art. 371 o dell'art. 117 c.p.p. per valutare l'abitualità degli atti o in base a cui promuovere la riapertura delle indagini. Sintetizzando, un effetto *latu sensu* pregiudizievole che il decreto di archiviazione per particolare tenuità dell'offesa può comunque arrecare, stante quantomeno, la possibile ostatività a successive applicazioni dell'istituto⁵⁸⁵. Va precisato che comunque il pm

⁵⁸¹ Uno tra i tanti, R. DIES, *Questioni varie*, cit. ma anche S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 4, p. 165 che propone una lettura restrittiva del senso letterale della modifica intervenuta sull'art. 3 co. 1 lett. f) del D.P.R. n. 313 del 2002:

⁵⁸² 6 F. PALAZZO, *Il dedalo delle riforme*, cit., p. 1708. Tema affrontato con il medesimo approccio anche da A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 798. osserva la Procura di Trento, Commento al D. lgs. Cit., p. 10 e ss, che tale effetti negativo può considerarsi bilanciato dalla facoltà in capo, eccezionalmente, all'indagato di opporsi nel merito all'archiviazione. Così anche F. VARONE, *Casi e modi dell'archiviazione*, 2015, §80. Contrario invece, F. PICCIONI, *Per gli avvocati armi spuntate*, cit., p. 42

⁵⁸³ T.E. EPIDENDIO, *Scritti per Scuola Superiore della Magistratura Formazione decentrata di Genova*, 7 aprile 2015.

⁵⁸⁴ F. CAPRIOLI, *Le prime considerazioni*, cit., p. 100, evidenzia come non sia pensabile, per la punibilità dei fatti seriali successivi come appunto l'abitualità del comportamento, considerare quale elemento determinante, una procedura dove non è pienamente garantito il diritto alla prova e gli esiti non sono impugnabili nel merito. (quest'ultimo profilo verrà trattato in maniera più estesa successivamente). R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1323, che osserva come si potrebbe interpretare la formula “reati commessi” all'art. 131 *bis* c.p. come riferita solo ai reati accertati in processo e non quelli prognosticati all'esterno, proprio come nel caso dell'archiviazione: non vi è l'operatività del profilo ostativo riguardo la commissione di più reati della stessa indole in quanto non vi è stato accertamento giudiziale.

⁵⁸⁵ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità*

qualora dovesse valutare “l'abitudine”, l'accertamento del fatto tenue andrà effettuato ex novo nuovamente, nel contraddittorio.

L'iscrizione di un provvedimento nel casellario giudiziale ne rende possibile la conoscenza, ma non muta i suoi effetti tipici. Gli effetti preclusivi delle decisioni di archiviazione, definiti e ristretti, non ostano ad una nuova valutazione della notizia di reato archiviata per accertare l'abitudine eventualmente ostativa ad una nuova dichiarazione di tenuità. Ancora più chiara risulta la dinamica nel contesto dibattimentale, in forza dell'art. 2 c.p.p, laddove prevede che “il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito”: la precedente decisione di non punibilità per tenuità del fatto, anche espressa nella forma della sentenza dibattimentale, potrebbe essere acquisita a norma dell'art. 238 *bis*, ma non sancisce alcun obbligo in capo all'organo giudiziario che ravveda nuovamente un'ipotesi di particolare tenuità⁵⁸⁶.

L'apparato è chiaramente disegnato per tutelare il diritto dell'indagato ad ottenere un'archiviazione con formula più favorevole.

E gli indagati delle altre ipotesi di archiviazioni che non possono vantare il medesimo trattamento garantistico? In tutti questi casi al pm è consentito instaurare il procedimento archiviativo senza il necessario avviso dell'indagato, che si troverà sprovvisto della possibilità, sicuramente molto favorevole, di dimostrare la propria innocenza.

In realtà la stessa iscrizione di tali provvedimenti, e quindi già a monte di tale dibattito, è stata oggetto di ampie discussioni, in forza di un intervento avvenuto con formula inutilmente ambigua, ai sensi dell'art. 4 d.lgs., n. 28/2015 sull'art. 3 comma 1 lett. f), D.P.R. 14 novembre 2002 n. 313 che esordisce statuendo l'iscrizione dei provvedimenti definitivi che hanno prosciolto o dichiarato il non luogo a procedere per difetto di imputabilità o disposto una misura di sicurezza, con l'aggiunta dell' inciso “nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131 *bis* del codice penale”. Da una lettura ampia e rivolta alla *ratio* deflattiva della riforma, potrebbe ipotizzarsi che tra i provvedimenti che devono essere iscritti nel casellario vi siano anche i decreti di archiviazione *ex art. 131 bis c.p.*⁵⁸⁷. Di converso, una lettura più

dell'offesa, cit. p. 165.

⁵⁸⁶ A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 6, nota 32.

⁵⁸⁷ Così in forza del fatto che la Relazione allo Schema del decreto, che trattava tale punto al prf. 9, è rimasta inalterata, nonché in forza delle indicazioni provenienti dalla Commissione Ministeriale del

restrittiva, sembra maggiormente rispettosa del senso delle parole impiegate dal legislatore e garantirebbe invero anche una maggior omogeneità alla disciplina. Anche in assenza di iscrizione nel casellario, il pm ha la possibilità di verificare, attraverso il Re.Ge. la presenza di precedenti archiviazioni per particolare tenuità, sia presso il proprio sia presso altro ufficio giudiziario qualora il procedimento sia finito o se invece questo sia pendente, acquisire atti ostensibili o attestazioni di segreteria nel rispetto delle esigenze di segretezza⁵⁸⁸. Potrà inoltre richiedere alla Polizia giudiziaria elementi utili per rilevare circostanze di fatto certe e univoche per le nuove valutazioni, come denunce per fatti analoghi per l'attestazione dei fatti che potrebbero emergere. Attività di indagini che potrebbero essere anche astrattamente compiute dall'accusa su richiesta dell'indagato e del suo difensore, dopo la notifica di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., al fine di ottenere un'attestazione di non abitudine per l'applicazione della causa di non punibilità, che se rigettata andrà adeguatamente motivata⁵⁸⁹.

Se l'intento era quello di disporre l'inedita iscrizione nel casellario anche dei decreti archiviatori, il Legislatore Delegato avrebbe dovuto essere più chiaro.

Un'archiviazione garantita che assume su di sé quel rischio di abuso del potere di opposizione che si sostanzia in strategie poste in essere dall'indagato al fine unico di vedersi maturata la prescrizione, che anche se non andate a buon fine, non pregiudicherebbero la possibilità, successivamente, di vedersi riconosciuta la declaratoria di particolare tenuità ai sensi dell'art. 469 *bis* e 530 c.p.p., fermi gli effetti extra-penali che discendono da tali pronunce⁵⁹⁰. In realtà, stante la preminente

Senato. Sul punto, F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1708. Inoltre, anche numerosi uffici giudiziari, chiamati a giudicare sul punto, hanno fatto propria tale impostazione.

⁵⁸⁸ S. QUATTROCOLO, *supra*, p. 165; ID, *Tenuità*, cit., p. 125. che accettando la prassi ormai generalizzata dell'iscrizione di tali provvedimenti, evidenzia come allora l'opposizione peculiare dell'indagato assuma qui tutta un'altra veste, benché non sia giunti alla codificazione della rinunciabilità, sempre per parere del Senato. Del medesimo orientamento, L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 240, che sottolinea come stante la sottoposizione dell'archiviazione al meccanismo di riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p., la finalità di tale iscrizione avrebbe l'unico obiettivo di impedire la reiterata applicazione di tale esimente. Così anche GIUS. AMATO, *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso*, cit., p. 35. Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 29, sottolinea come soccorrano il certificato penale e quello dei carichi pendenti ed i relativi atti, ed in attesa di un sistema unico nazionale, nei luoghi che l'accusa ritiene rilevante per l'accertamento in esame.

⁵⁸⁹ Procura Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 29.

⁵⁹⁰ S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto*, cit., p. 126, che sottolinea come tale rischio sia soprattutto sentito in quelle sedi dove la lentezza degli apparati processuali, aggravata da tali opposizione, può facilmente far divenire il giudizio come una evenienza piuttosto remota. Il problema assume qui un'altra veste: tali opposizione entreranno a legittimo titolo nel fascicolo, così da almeno "scoraggiare" una futura pronuncia da parte del giudice in sede di udienza preliminare o dibattimentale? Questo anche per evitare che l'indagato divenuto imputato, oltre aver tentato "furbescamente" la via della prescrizione, fallita, abbia solamente come effetti pregiudizievole le spese legali e gli effetti extrapenali del giudicato?

discrezionalità in capo al Gip, sembrerebbe oltremodo eccessivo riconoscere che tale rischio, contenibile con un attento vaglio di ammissibilità nei riguardi dell'opposizione da parte del giudice, possa assurgere quale giustificata motivazione per eliminare tale potere oppositivo.

Più semplice è il profilo patologico rispetto all'avviso della richiesta, ossia la sua mancanza o il caso in cui questa sia emessa de plano prima dello scadere del termine di dieci giorni o quando l'opposizione venga giudicata non tempestiva: come per l'offeso sembra potersi riferire al ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 409 co. 6 c.p.p., in forza di una nullità *ex art.* 127 co. 1 e 5 c.p.p. ma anche, in aggiunta a quanto assicurato al soggetto offeso, una nullità “intermedia”, come disciplinata all'art. 178 co. 1 lett. c) in riferimento alla violazione di norme a tutela del diritto di difesa.

Questo, sintetizzato dalle parole di Autorevoli Autori, “Le decisioni del giudice passano attraverso il contraddittorio delle parti, che vanno sempre avvisate dal pubblico ministero e possono “opporsi”, ma la decisione che riconosce la particolare tenuità del fatto e che porta all’archiviazione non può essere censurata nel merito. In conclusione, è possibile solo dolersi della violazione di regole procedurali”⁵⁹¹.

3.3.2. (segue): l'irrinunciabilità della causa ed il rapporto complesso con l'art. 6 CEDU

Da quanto fino ad ora scritto risulta chiaro che, il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto di cui si dirà più avanti, chiudendo il procedimento penale, non esprimono una formale dichiarazione di colpevolezza, nonostante l'accertamento del fatto e della sua illiceità penale nonché l'addebitabilità all'autore, che per loro natura possono determinare alcuni effetti pregiudizievoli in capo al soggetto tuttavia prosciolto. Risulta quindi naturale l'emersione di un dubbio fondamentale: la nuova causa di non punibilità è compatibile con il diritto alla presunzione di innocenza ai sensi dell'art. 6, punto 2 della CEDU?

“Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.”

⁵⁹¹ G. AMATO, *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso*, cit., p. 39.

Volendo chiarire i termini di tale disposizione è necessario ricercare l'interpretazione uniforme ed autentica proveniente dall'organo a ciò deputato: La Corte Europea dei diritti umani⁵⁹².

La Corte di Strasburgo, nella volontà di delineare un'interpretazione unanime di tale diritto fondamentale, vanta una lunga ed articolata tradizione giurisprudenziale in tema di principio di innocenza, tra cui spicca il *leading case Allen c. Regno Unito*⁵⁹³. È opinione maturata e ormai assodata quindi che l'art. 6, § 2, mira ad impedire l'erosione del principio di equità del processo a causa di affermazioni circa la colpevolezza dell'indagato esternate prima che costui sia effettivamente riconosciuto colpevole a seguito di un processo⁵⁹⁴. In questo senso, rappresentando un corollario logico del fine razionale assegnato al processo essa mostra una indiscutibile preferenza ontologica nei confronti dell'innocenza, che si traduce nella convinzione secondo cui il processo

⁵⁹² P. PAULESU, *La presunzione di innocenza tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in (a cura di) BALSAMO e KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Milano, 2008, pp. 125 e ss. E. MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) A. GAITO, *I principi europei nel processo penale, Le ragioni del garantismo*, pp. 169 e ss.

⁵⁹³ Dove viene affermato che il principio di innocenza è garanzia per lo stesso processo, dettando le regole ed i corollari, *in primis* riguardo l'onere della prova, normalmente incombente sulla pubblica accusa, e la conseguenza secondo cui ogniqualvolta vi sia un ragionevole dubbio circa la colpevolezza, deve essere prosciolto l'imputato. Da ciò deriva il diritto per l'imputato di non auto-incolparsi, e soprattutto un divieto in capo agli uffici ed organi giudiziari di emettere dichiarazioni premature sulla colpevolezza. Così anche Corte EDU, Caso Mokhov C. Russia, 4 dicembre 2010, nel caso di specie La Corte europea, su ricorso del soggetto condannato che lamentava la violazione degli artt. 6 ed 8 per violazione del principio di presunzione di innocenza; la Corte ha riqualificato la doglianza secondo l'art. 6, § 2, della Convenzione. Interviene stabilendo i limiti entro i quali informazioni date dagli inquirenti alla stampa su un'indagine in corso sono compatibili con il rispetto del principio di non colpevolezza. Il principio si applica non solo al tribunale competente a giudicare, ma anche agli investigatori, i quali indurrebbero il pubblico a ritenere il soggetto colpevole esprimendo un giudizio anticipato rispetto alla pronuncia del tribunale. Nel caso concreto l'investigatore aveva affermato senza dubbio la colpevolezza del soggetto, sottolineando che il reato di omicidio era stato commesso durante le indagini per altri reati, così facendolo apparire il ricorrente come un criminale incallito ed omettendo di riferire che egli si era professato innocente. La Corte ha ritenuto inoltre irrilevante il fatto che successivamente il soggetto sia stato effettivamente condannato ed ha pertanto, all'unanimità, giudicato sussistente la violazione del principio di presunzione di innocenza, ex art. 6, § 2, CEDU

⁵⁹⁴ Anche, Corte EDU, 30 aprile 2015, Kapeniatis ed altri c. Grecia, punto 82 e ss. dove viene svolto dalla Corte un passaggio ulteriore: il principio di non colpevolezza, garantito nelle fasi più prettamente procedurali del processo, deve essere "coperto" anche dopo la chiusura di questo. La reputazione dell'interessato assolto, o destinatario di un provvedimento archiviativo, non deve essere posto in pericolo da agenti, autorità ed opinione pubblica, che trattano il soggetto come se in realtà fosse colpevole. Qui emerge la concretezza ed effettività dei diritti in gioco, da non tutelarsi esclusivamente su un piano astratto, bensì nella realtà. Un intreccio inestricabile tra l'art. 6 e l'art. 8 CEDU, come completamento dei procedimenti penali in senso stretto, come l'addebito delle spese giudiziarie, alle domande di indennizzo per detenzione illegale, o altri pregiudizi derivanti dal processo. Problema insito nella stessa giurisprudenza della Corte, che invece ha riconosciuto la liceità di espressione di dubbi sulla colpevolezza, quando l'assoluzione o l'archiviazione si siano pronunciate in forza dei ragionevoli dubbi. Corte EDU, Del Latte c. Paesi Bassi, prf. 30.

penale ha una funzione cognitiva proiettata alla dimostrazione, oltre ogni ragionevole dubbio, della colpevolezza e non dell'innocenza

Il campo di applicazione di tale articolo in esame, si osservi attentamente, non si limita a una tutela solamente rivolta a quei procedimenti “pendenti”, ma coinvolge tutte quelle procedure giudiziarie consecutive alla definitiva affermazione di assoluzione o archiviazione, quali corollari complementari dei processi in cui l'interessato ha assunto il ruolo di imputato⁵⁹⁵. Il dispositivo di una sentenza di proscioglimento deve essere rispettato da tutte le autorità che siano chiamate a pronunciarsi direttamente o incidentalmente sulla responsabilità dell'accusato⁵⁹⁶.

Osserviamo come, mentre la Convenzione adotta la formula “presunzione d'innocenza” anche la nostra Costituzione affronta il medesimo principio di tutela dell'imputato, utilizzando tuttavia l'enunciazione “presunzione di non colpevolezza”, all' art. 27 co 2 Cost⁵⁹⁷: non bisogna farsi ingannare tuttavia, in quanto il diritto è esattamente lo stesso.

“L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.”

E' un principio che enucleato nel lontano 1948 ha ritrovato forte e rinvigorita vitalità nella dimensione attuale, anche proprio grazie al riconoscimento operato dalle Convenzioni internazionali, prima tra tutte la CEDU: un'indicazione circa le modalità con cui devono essere architettati i rapporti tra autorità e singolo, nell'accertamento della responsabilità penale. È uno dei punti cardine del processo moderno⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ G. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza*, in *Riv. Dir. Pen Cont.*, p. 9.

⁵⁹⁶ Corte EDU, 27 settembre 2007, Vassilos Stavropoulos c. Grecia, prf. 39.

⁵⁹⁷ Negli anni successivi all'entrata in vigore della Carta, nonostante i grandiosi sforzi di sottolineatura della forza garantistica e costituzionale di tale formulazione, la dottrina, in particolare quella processual-penalistica, che la ha totalmente trascurata. La costituzione non venne neanche considerata come una fonte di diritto processuale penale. Questo atteggiamento è dettato dalla scelta dei governi centristi dell'Italia del dopo 1948 tendente a bloccare di colpo quello spirito di rinnovamento nato con la Costituzione. Quello in esame è uno dei principi più innovatori in tema di processo penale. Tratta estensivamente il tema, Cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1984, p. 22 ed inoltre l'Autore evidenzia: “per salvaguardare le scelte teoriche effettuare in base ad una diversa scala di valori, si giunge a forzare e stravolgere la lettera della Costituzione” Molto significativo è, infatti, il dato secondo il quale in oltre quarant'anni di vita della Corte Costituzionale, in sole due occasioni di sollevamento di questioni di legittimità costituzionale di norme in contrasto con l'art. 27,2 Cost. si è pervenuti a delle sentenze di accoglimento: la sentenza n. 1 del 1980, e la sentenza n. 48 del 1994.

⁵⁹⁸ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, in *Giustizia penale oggi*, coordinata da V: GREVI, Milano, 1979.

È proprio una pronuncia che ha coinvolto l'Italia a costituire punto di interessante discussione specificatamente al profilo qui trattato⁵⁹⁹: una motivazione di un provvedimento di archiviazione che affermava sostanzialmente la colpevolezza dell'indagato, benché l'accusa avesse optato per l'inazione penale: un chiarimento offerto dalla Cedu, che sarà utile per comprendere i profili di criticità di cui si tratterà a breve rispetto alla nuova causa di non punibilità, in quanto contrastano con la presunzione di innocenza le affermazioni che riflettono una considerazione e opinione di colpevolezza, ben al di là della semplice paventazione di un sospetto (considerate, come detto prima, non contrastanti con la Convenzione).

La portata non unicamente endoprocessuale dell'art. 6 punto 2 Cedu, come si è appena esplicitato, consente il rispetto dell'equità globale processuale, tutelando il soggetto imputato in un processo conclusosi con una pronuncia di assoluzione o di rinuncia all'azione penale, nella dimensione extraprocessuale, consentendo al più, a suo carico, l'espressione di giudizi di colpevolezza meramente dubitativa di sospetto. Inoltre tale efficacia, pone un divieto in capo alle pubbliche autorità di emettere decisioni sul presupposto di una colpevolezza che non è stata legalmente accertata del soggetto imputato in un precedente processo, impedendole di disconoscere e/o travisare la portata liberatoria dell'assoluzione e dell'archiviazione. Un attento lettore, sulla scorta di quanto fin'ora trattato in tema della nuova causa di non punibilità, avrà immediatamente capito i termini della problematica che qui si vuole trattare: il diritto alla presunzione di innocenza, è rispettato, in tutti i corollari ed aspetti qui elencati, dall'istituto *ex art. 131 bis c.p.*?

In realtà, già prima dell'entrata in vigore dell'istituto disciplinato al D. lgs 28 del 2015, i medesimi dubbi erano stati affrontati dalla Corte, in tema di sentenza dichiarante l'estinzione del reato per prescrizione: anche qui le problematiche inerivano all'affermazione di colpevolezza presente, che sulla scorta della non meritevolezza e quindi dell'aspetto della punibilità non trovava sanzione: la sentenza della Corte Cost. , 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49⁶⁰⁰, punto 6.2, tentando di fornire un'interpretazione convenzionalmente conforme per quel tipo di pronunce, (che sarà trasposta secondo

⁵⁹⁹ Corte EDU, Marziano c. Italia

⁶⁰⁰ È stato rimesso, il giorno 25 marzo, alla Gran Camera, il caso Hotel promotion Bureau s.r.l. c. Italia, in tema di rapporto tra confisca urbanistica e sentenza di prescrizione *ex art. 30, 31 lett. a) e 34 CEDU*. Commento di V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il ruolo della presunzione di innocenza*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 13 aprile 2015, pp. 16 e ss.

attenta dottrina anche per le pronunce *ex art. 131 bis c.p.*), addivene ad una concezione sostanziale della colpevolezza e quindi della condanna: è una lettura armonicamente sistematica che serve a dare nuovo corpo e vigore proprio all'art. 6 punto 2 CEDU.

La risposta non è quindi sicuramente di immediata soluzione e si attendono chiarimenti da parte della Corte : l'archiviazione ai sensi dell'art. 411 co. 1 *bis c.p.p.* e le pronunce di proscioglimento *ex art. 131 bis c.p.*, non accertano, nero su bianco, la colpevolezza del soggetto indagato/imputato: invero, allo stesso tempo, nelle motivazioni emerge tuttavia la sussistenza di un fatto illecito a tale soggetto ascrivibile; vi è anche qui , in sintesi, un'eliminabile affermazione di colpevolezza, nonostante la quale, in forza della ricorrenza dei requisiti della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, vi è l'abbandono delle accuse e dell'azione, sulla scorta del canone della non meritevolezza della sanzione penale in forza dell'esiguità del fatto. Non vi è qui in gioco il profilo della colpevolezza, bensì della punibilità, indi per cui, i conseguenti provvedimenti tipici di una formale condanna, come l'iscrizione nel casellario giudiziale volto a impedire una successiva possibile pronuncia *ex art. 131 bis c.p.* o per giustificare l'adozione di misure cautelari se è riscontrata la ripetizione di reati della stessa indole anche se non punibile per la particolare esiguità, o gli effetti extrapenali per le sentenze dibattimentali o di rito abbreviato⁶⁰¹, sono totalmente in armonia con il principio della presunzione di innocenza.

In una sentenza di assoluzione o in una pronuncia di archiviazione per particolare tenuità del fatto, su disposto legislativo, si rinviene l'affermazione di una colpevolezza sostanziale dell'imputato/indagato, nonostante sia del tutto estranea una dichiarazione legale di questa. Per tale motivo, parte della dottrina, isolatamente, ha avanzato l'idea di una previsione ostativa al dissenso dell'interessato in presenza di una richiesta di archiviazione per particolare tenuità, in una sorta di lettura "classica" del principio di innocenza *ex art. 6 CEDU*⁶⁰²: tale prospettiva si porrebbe in effetti in contrasto tuttavia con quanto emerge direttamente dalla Costituzione.

Certamente i dubbi rispetto alla compatibilità tra l'esimente in esame e l'art. 6 punto 2 CEDU, sono del tutto legittimi in quanto, stante la non ancora pronuncia dirimente della

⁶⁰¹ Anche se per parte della dottrina, uno tra tutti G. BIONDI, *Non punibilità*, cit., p. 13 descrive come tale previsione di effetti extrapenali sia frutto di un eccesso di delega del delegato, non apparendo per nulla importa dal Delegante che si era fermato alla mera previsione di una causa di non punibilità che non pregiudicasse l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno.

⁶⁰² M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto*, cit., p. 257.

Corte Costituzionale, un'interpretazione convenzionalmente conforme non vi è ancora stata. L'unica via per ora praticabile, al fine di fugare qualsiasi incertezza, sembra quella di interpretare in maniera “convenzionalmente conforme” la normativa interna, come del resto ha statuito la Corte nel 2007, nelle celebri Sentenze Gemelle, Corte Cost. 24 ottobre, nn. 348 e 349, che hanno rivoluzionato il rapporto tra ordinamento interno del nostro Paese e quanto espresso dalla Convenzione: solo dopo tale sforzo interpretativo, qualora non vada a buon fine, è lecito sollevare questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost., in quanto la Cedu è nota essere un cosiddetto “parametro interposto”.

In realtà va preliminarmente osservato come dal testo della disposizione sembra essere ineliminabile il rischio di contrasti tra tale normativa ed il principio di innocenza della Convenzione: è la legge stessa a descrivere ed imporre quei effetti *latu sensu* pregiudizievoli: l'iscrizione nel casellario giudiziale, ai sensi del riformato art. 3 co. 1 lett. f) D.P.R. n. 313/2002, nonché il nuovo art. 651 *bis* c.p., quasi certamente saranno oggetto di ricorso, o addirittura la questione sarà sollevata ex officio, davanti alla Corte costituzionale, in relazione alla violazione dell'art. 117 Cost. in forza dell'art. 6 punto 2 CEDU⁶⁰³.

È quindi un finale ancora da scrivere, in particolare poiché il 27 gennaio 2016, il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea hanno approvato quella fondamentale direttiva sulla presunzione d'innocenza e sul diritto alla partecipazione dell'imputato al proprio processo che ha alle spalle un lungo cammino iniziato con il monitoraggio delle modalità attraverso le quali la presunzione d'innocenza vive in concreto nelle legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, presentato nel 2006 a Bruxelles, dalla Commissione delle comunità europee e noto come il libro verde sulla presunzione di non colpevolezza”. Da quel momento, senza soluzione di continuità, si è messo in moto un meccanismo che, attraverso vari passaggi, ha portato all'approvazione del testo in esame: *in primis* i diritti della persona nei procedimenti penali indicati nel programma di Stoccolma con la direttiva 2010/64/UE sul diritto alla traduzione e interpretazione dei documenti e la direttiva 2012/13/UE sul diritto

⁶⁰³ G. BIONDI, *Non punibilità*, cit., p. 15, riporta come si sia cercato più volte, nella pratica della redazione delle motivazioni delle sentenze proscioglitive o di archiviazione ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., di stimolare gli uffici giudiziari ad esprimersi in termini dubitativi di sospetto, più che di assoluta certezza, sul profilo valutativo e preliminare della colpevolezza o di richiedere ai giudici civili chiamati a liquidare il danno, di non rifarsi integralmente a quanto sancito in sede penale, bensì di servirsi di propri mezzi di prova e considerazioni.

all'informazione nonché infine la proposta presentata dalla Commissione europea nel novembre del 2013 COM (2013). La direttiva finale⁶⁰⁴ punta ad uniformare le legislazioni dei vari paesi membri con l'intento dichiarato di "rafforzare il diritto a un equo processo nei procedimenti penali, stabilendo norme minime comuni relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo" e di "rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale".⁶⁰⁵

Un netto passo in avanti rispetto alla visione distorta che ha da molti anni accompagnato il processo penale: una sorte di meccanismo volto alla pura e semplice difesa sociale verso forme di criminalità complessa, pericolosa e temuta, ma più volte attuazione di scelte politiche europee a tutela delle stesse istituzioni e degli interessi economici. Una macchina per l'autodifesa del patrimonio dell'Unione. Tale idea ha per molto tempo prevalso rispetto alla necessaria armonizzazione delle diverse normative statali al fine di creare un giusto processo penale comune, "soffocato" dall'avvento del più ben accolto mutuo riconoscimento che ha da subito preso il sopravvento andando ad assumere il ruolo di architrave dell'intero sistema Unione Europea. Ed è proprio il mutuo riconoscimento che la direttiva in esame ha scalzato: un radicale mutamento di orizzonte con nuovi obiettivi di politica criminale: l'assicurazione del diritto alla libera circolazione dei cittadini nei confini dell'unione deve essere accompagnato dal possibile affidamento che essi devono avere nel poter usufruire di un equo processo ovunque essi si trovino. Una necessità di proteggere il diritto degli indagati e imputati ad avere un equo processo dalle chiare tinte transnazionali⁶⁰⁶.

Sicuramente con questa direttiva, quando verrà approvata, le prospettive del discorso muteranno in maniera drastica, e sarà necessario nonché particolarmente urgente, un intervento chiarificatore della Corte Costituzionale. La scelta di approvare una specifica direttiva sull'argomento è di estremo rilievo per la intrinseca capacità dello strumento di incidere direttamente sulle legislazioni dei paesi membri, determinando i necessari adeguamenti normativi: basti pensare che la Commissione politiche dell'Unione

⁶⁰⁴ Ne sottolinea le conseguenze e l'impatto sulla normativa interna, O. MAZZA, *Presunzione di innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, pp. 1401 e ss la direttiva secondo l'Autore, sembra scritta da e per la Corte di Strasburgo, quale contenente tutti i precipitati delle più importanti pronunce di tale Corte.

⁶⁰⁵ A. DE CARO, *La recente direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto alla partecipazione al processo*, in *Quotidiano giuridico*, 23 febbraio 2016.

⁶⁰⁶ COM (2013), p. 820 final.

europea del Senato, nel parere reso sulla proposta della direttiva in questione, ha riscontrato l'intervento della Corte di Strasburgo per la violazione del diritto alla presunzione di innocenza, nel quinquennio tra il 2007 ed il 2012, nei confronti di ben dieci Stati membri, per la totalità di ben ventisei casi: in totale sfregio all'art. 6 punto 2 della CEDU nonché dell'interpretazione prevalente della Corte dei diritti umani. Il suo recepimento, infatti, riformerà, riguardo le garanzie, i meccanismi procedurali di molti Stati membri dell'Unione. Infatti, tenendo ferme le interpretazioni giurisprudenziali della Corte di Strasburgo e la sua attenzione. nonché estensione del principio, alla dimensione extrapenale ed extra processuale della presunzione di innocenza, quando la direttiva sarà operativa, nei diversi stati aderenti alla Convenzione, e quindi anche l'Italia, la tutela dell'indagato/imputato sarà fornita di tutto uno strumentario garantistico di matrice comunitaria: la disciplina del D.lgs. n. 28/2015 sarà tra quelle a risentirne di più, rischiando di vedere definitivamente segnata la propria sorte⁶⁰⁷.

Il provvedimento archiviativo può unicamente essere impugnato per ragioni procedurali, nei casi previsti agli artt. 127 co. 5 e 409 co. 6 c.p.p., per lamentare la violazione dell'instaurazione corretta del contraddittorio⁶⁰⁸. Come ad esempio, il caso già ricordato, in cui all'indagato e/o al soggetto offeso non sia stato dato avviso, dal pm, rispetto all'intenzione di archiviare il procedimento ai sensi dell'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p.: qui è chiaro il riferimento al principio generale che subordina il diritto all'impugnazione all'interesse della parte che non sia stata opportunamente avvisata.

È quindi chiaro l'ulteriore nodo problematico rispetto al ruolo e alle facoltà dell'indagato ed il principio di innocenza, che innerva la nuova disciplina in tutto il procedimento: la mancata previsione di un'opportuna facoltà di impugnazione di merito dell'archiviazione, che alcuni Autori hanno spregiudicatamente, e forse ingenuamente, giudicato come in perfetta armonia, in quanto la pronuncia in questione risulta favorevole all'indagato, il quale, è dotato di strumenti quale l'opposizione e la partecipazione all'udienza camerale, come anche l'offeso, per fare valere le proprie

⁶⁰⁷ Anche se, stando alle parole di O. MAZZA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 1410, la direttiva si appalesa essere deludente: un progetto che si abbarbica su posizioni già da tempo presenti, non spingendosi verso orizzonti inesplorati ed innovativi che invece sembrano emergere dalle pronunce della Corte di Strasburgo. Potrebbe addirittura portare ad un abbassamento del livello di garanzie del principio in quei paesi dove esso è rispettato e assicurato. La direttiva, votata all'efficienza, potrebbe scalfire la preziosa tutela che in molti paesi è assicurata dal principio dell'inviolabilità dei singoli diritti

⁶⁰⁸ Secondo la Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 20, tale ricorso è prospettabile inoltre anche nel caso di decreto di archiviazione, per la violazione del contraddittorio.

ragioni in un momento antecedente⁶⁰⁹. Sta di fatto che solo nella fase predibattimentale è stato previsto in capo all'indagato un vero e proprio potere di rinuncia, mentre qui nell'archiviazione se ne è giustificata l'assenza con la presenza della facoltà di opposizione⁶¹⁰. Nulla è detto, e qui emergono prepotentemente i problemi, per l'udienza preliminare ed il dibattimento⁶¹¹.

In realtà la Commissione di Giustizia della Camera, in sede di osservazioni, aveva rivolto al Governo, non accolto, un suggerimento di vagliare “l'opportunità di prevedere uno specifico reclamo di merito, coordinandolo col nuovo istituto disciplinato dall'art. 10 d.d.l. n. 2798, in riferimento al diritto delle parti private di far sentire il proprio dissenso in ordine alla richiesta di archiviazione”⁶¹². La mancata previsione di un potere di veto in favore dell'indagato rischiava (e lo fa!), di porsi in contrasto con l'art. 6 punto 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché con il diritto all'equo processo ivi sancito, nelle sue declinazioni di carattere sostanziale.

Anche la Commissione del Senato, facendo un passo ulteriore, aveva a sua volta invitato il delegato ad introdurre la possibilità per l'indagato di “rinunciare” alla punibilità per particolare tenuità del fatto, in sede di Parere sullo Schema del decreto. Entrambe le Commissioni evidenziavano quindi la necessità di introdurre uno strumento di “reclamo” di merito. Una manifestazione della volontà di vedere venire alla luce una previsione di rinunciabilità della declaratoria di non punibilità, (anche dopo l'esercizio dell'azione penale), stanti gli effetti extrapenali, connaturati alla comunque presente responsabilità, in tale tipologia di pronunce. La giustificazione alla

⁶⁰⁹ M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 62, sulla scorta della versione definitiva della relazione governativa allo schema di D.lgs., p. 9. Riconosce invece A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 6 che, assodato il fatto che l'indagato possa impugnare la decisione di archiviazione unicamente per la violazione del contraddittorio, si può paventare un'illegittimità costituzionale dell'art. 411, stante l'iscrizione nel casellario giudiziale, che con il suo effetto *latu sensu* pregiudizievole, può tranquillamente risultare impedimento per un successivo nuovo riconoscimento della tenuità del fatto, in quanto indicativa di abitudine della condotta. Nel medesimo orientamento, Procura di Trento, *Commento*, cit., p. 10.

⁶¹⁰ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., e R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., si riferiscono alla valenza accertativa meramente prognostica dell'archiviazione

⁶¹¹ A nulla sembrano le critiche che affondano le proprie radici nell'intervento della Corte Cost. con le s. 175/1971 e 275/1990 che hanno sentenziato come la rinunciabilità dell'imputato alle pronunce di prescrizione ed estinzione sia necessaria in quanto è l'occasione per questi di ricevere una pronuncia sul merito. Il merito per la particolare tenuità è già trattato intrinsecamente.

⁶¹² Parere Commissione Giustizia Camera, 3 febbraio 2015. Sottolinea F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 100, nota 106, che il d.d.l. n. 2798 è attualmente stato approvato dalla Camera e dal settembre 2015 è approdato in Senato, come S. 2067 e non prevede, si osservi bene, alcun reclamo di merito, bensì delle forme di correzione atipica dell'errore materiale nelle ipotesi di nullità del decreto archiviativo e prevede altresì una forma di impugnazione per le nullità dell'ordinanza archiviativa, ora come ora ricorribili unicamente per Cassazione art. 409 co. 6 c.p.p. si può tenere sotto controllo l'avanzamento di tale disegno, sul sito www.openparlamento.it

base di ciò risulta semplice: vi è la necessaria impregiudicabilità del profilo dell'innocenza⁶¹³. In tutte le pronunce di proscioglimento o di archiviazione ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., vi è una affermazione della responsabilità per il fatto, ancorché particolarmente tenue: certamente, si potrebbe obiettare che tali problemi non sarebbero venuti in essere allorquando si fosse optato per una ricostruzione dogmatica processuale della causa, più attenta alle tutele e garanzie da apprestare all'indagato, a cui però si ribattono le argomentazioni già ampiamente trattate⁶¹⁴.

E' chiaro quindi che date tali premesse, si pone, benché astrattamente, una questione di interesse dell'indagato ad ottenere una pronuncia "più" liberatoria nel merito, non soddisfabile con lo strumento dell'opposizione, che, come è chiaro, non ha in sé alcun potere vincolativo e dirimente nei confronti della valutazione del giudice: inoltre, qualora l'organo giudicante non valuti positivamente l'opposizione e scelga di accogliere la richiesta, al soggetto non è dato alcun altro strumento valido per far valere le proprie ragioni.

Nonostante queste riflessioni il Legislatore è rimasto tuttavia sordo ai suggerimenti delle Commissioni, ritenendo che "le ragioni di indagato e persona offesa debbano trovare adeguata tutela nella proposta sede dell'opposizione e della conseguente sede camerale"⁶¹⁵. La possibilità, per l'indagato, di ottenere una pronuncia a lui più favorevole, è quindi una garanzia, che qualora non fosse rispettata porterebbe ad una sorta di compromissione del diritto al processo.⁶¹⁶ In realtà, mi si consenta di dire, che il fatto che non si sia dotato di efficacia vincolante l'eventuale dissenso dell'indagato, giustificato dalla previsione di un contraddittorio possibile in una fase precedente, presenta punti di estrema fragilità: mentre il mancato riconoscimento di un potere di veto in capo alla persona offesa appare conforme alla legge delega, che era rimasta sul

⁶¹³ Corte Cost., 15 dicembre 1967, n. 151, Cappelletto, in *Mass. Giur. it.*, 1967, 55, che ha sentenziato: "Colui che venga prosciolto in istruttoria con formula terminativa diversa da quella secondo cui il "fatto non costituisce reato" o "l'imputato non ha commesso il fatto" deve sempre essere messo in grado di difendersi, sia che il giudice proceda ad istruttoria, sia che intenda prosciogliendo senza procedervi; pertanto, l'art. 376 c.p.p. è incostituzionale nella parte in cui non prevede che la contestazione del fatto e l'interrogatorio dell'imputato siano necessari in tutti i casi di proscioglimento con formula diversa da quella che il fatto non sussiste o non costituisce reato; per conseguenza, va dichiarata l'incostituzionalità anche negli artt. 395 ultimo comma e 398 ultimo comma c.p.p.

⁶¹⁴ L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., *passim*.

⁶¹⁵ Così il testo della Relazione allo Schema, cit., p. 9. è rimasta ferma la previsione del ricorso per cassazione per violazione del contraddittorio, Trib Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p.20. Così anche L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 246.

⁶¹⁶ Argomento da molto oggetto di importanti pronunce presso la Corte di Strasburgo: *Golder c. Regno Unito*, 1975; *Dewer c. Belgio*, *Delcourt c. Belgio*, Sull'argomento, R. APRATI, *Le regole processuali*, p. 1324 e ss.

punto in silenzio, anche a conferma del fatto per cui non esiste alcun “principio dispositivo” del processo in mano alla vittima del reato, se non nei casi in cui è esplicitamente previsto, la mancata previsione di un potere di veto in favore dell’indagato rischia di stridere con l’art. 6, par. 2 della CEDU nonché con il diritto all’equo processo ivi sancito⁶¹⁷.

E' un chiaro *vulnus* per il diritto di difesa, a mio dire, nonostante tale scelta precisa sia sicuramente coerente con le finalità deflative di economia processuale e la necessità, di interesse pubblico, di razionalizzare le risorse giudiziarie, su cui però è opportuno riflettere: può l'efficienza giustificare la compromissione di diritti inviolabili come quelli in esame? La dottrina più attenta sembra non dare il benché minimo spazio ad una possibile risposta affermativa, anche in forza delle pronunce e delle interpretazioni provenienti dalla Corte Costituzionale e appunto dalla Corte di Strasburgo, nonché da una visione comparata dell'istituto in paesi a noi vicini, come la Germania e l'Austria⁶¹⁸. In Germania, un Paese dove la tenuità è presente, nelle forme di causa di improcedibilità, sin dagli anni Venti del secolo scorso, è stata da sempre prevista la necessità della previa dichiarazione consensuale dell'accusato per la chiusura anticipata del procedimento penale per particolare tenuità. Peculiare quindi il ruolo attribuito al consenso, da prestarsi liberamente, anche se parte della dottrina sostiene che non possa considerarsi tale in quanto espresso sotto la minaccia del procedimento penale che incombe, da parte dell'indagato/imputato, poiché assolve una funzione di garanzia, rendendosi necessario non frustrare l'interesse che questi possa vantare a difendersi in giudizio, per ottenere una pronuncia del tutto assolutoria. Il consenso, in virtù del principio della presunzione di innocenza, non assume minimamente i caratteri di un'ammissione di colpevolezza, e quindi, qualora il procedimento venga continuato per mancato adempimento della riparazione del danno subito dalla vittima entro i termini, come si tratterà estensivamente nel capitolo quarto riservato all'analisi comparata, esso

⁶¹⁷ Così anche A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 1 nonché P. BRONZO, *L'archiviazione*, cit., p. 698., mentre R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, cit., p. 1317 e s. s., esprime perplessità limitatamente all'effetto di iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale. Si è posta invece l'idea di F. PALAZZO, *Nel dedalo* cit., 1708 “eccessivo sarebbe, invece, conferire un vero e proprio diritto di veto all' indagato, con la conseguenza di impedire necessariamente l'archiviazione e di rendere applicabile l'istituto solo a seguito di contraddittorio in udienza. Una simile soluzione, che finirebbe per sterilizzare le capacità deflative dell'istituto, non sembra imposta, non già dalla delega che tace completamente in proposito, ma neppure da nessun principio pertinente”

⁶¹⁸ L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 247 e ss.

non può essere valutato come mezzo di prova della responsabilità dell'indagato⁶¹⁹. Il celebre caso e il caso *Wulff* ha dimostrato, in riferimento specifico all'ipotesi di inazione, ma le cui considerazioni sono esportabili anche nelle altre eventualità, come la discrezionalità sia connaturata alla stessa azione penale: frequenti sono i casi in cui alla rinuncia di tale tipo di pronuncia anticipata, segua una piena pronuncia assolutoria⁶²⁰. In Austria, con una riforma del 1975, fu introdotta nel codice penale una disposizione, in parte analoga al § 153 a) StPO, ossia il § 42 StGB, successivamente modificato con una novella del 1988 al fine di evitare il giudizio di disvalore che consegue ad una pronuncia di condanna, in quanto l'applicazione del § 42 StGB non prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale. Il problema in esame qui, è stato ricondotto nell'alveo della convenienza per l'imputato di "sfuggire dal procedimento"; anche qui, come in Italia, il delicato bilanciamento trova contrapposti il principio di innocenza e le esigenze deflative: è stata qui operata una scelta di campo, forse criticabile, di far prevalere le esigenze di deflazione e smaltimento del carico giudiziario.

La situazione nel nostro Paese si pone quale eccezione: quasi sicuramente interverrà in un futuro non troppo lontano, la Corte di Strasburgo, che tuttavia, si legga bene, ha rigettato il ricorso, sulle medesime problematiche, in tema di proscioglimento per prescrizione, in forza del criterio di irricevibilità del medesimo in base all'"assenza di pregiudizio importante"⁶²¹. È la stessa Corte, nelle prime pronunce applicative del

⁶¹⁹ E. ADDANTE, *La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove*, in *Arch. Pen.* 2016, fasc.2, p. 13.

⁶²⁰ Ancora più caratterizzante è il caso *Mannesmann AG*, uno dei più grandi scandali finanziari della storia tedesca. L'oggetto della controversia era il reato di infedeltà patrimoniale ex § 266 StGB nella procedura di aggiudicazione all'impresa tedesca di telefonia Mannesmann Ag da parte del consorzio inglese Vodafone, che ha causato un pregiudizio al patrimonio dell'impresa ed agli azionisti per un valore approssimativo di 57 milioni di euro. il 29 novembre 2006, su sollecitazione della difesa la stessa Procura e il giudice prestavano il loro consenso all'archiviazione condizionata che poneva fine al processo ex § 153 a StPO. Il Tribunale, infatti, decise di avallare l'accordo raggiunto tra difesa e accusa consistente nel versamento di un indennizzo di 5,8 milioni di euro da parte degli imputati. Decisione assunta stante il fatto che l'interesse pubblico alla persecuzione era scomparso, ritenendo opportuno chiudere definitivamente il processo, anche perché dopo circa 7 anni dall'avvenimento dei fatti oggetto di processo, rinvenire le prove risultava faticoso e allora il Tribunale scelse di chiudere il procedimento senza alcun formale accertamento della responsabilità. Per una disamina attenta della disciplina, rispetto ad un altro caso, nei confronti dell'ex cancelliere tedesco Helmut Kohl per una presunta infedeltà patrimoniale, *Untreue*, disciplinata dal § 266 StGB, attraverso l'alterazione della contabilità ufficiale BONADIO, *Giustizia e politica in Germania: il caso Kohl*, in *Dir. pen. XXI sec.* 2002-2003, pp. 104 e ss.

⁶²¹ P. GAETA, Nota a Corte EDU, sent. 6 marzo 2012, ric. n. 23563/07, Gagliano Giorgi c. Italia, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 27 aprile 2012, già stata presentata, ivi, brevemente da F. ZACCHE'. La Corte com'è noto, valutate le circostanze del caso, ha stabilito che la riduzione di pena connessa alla declaratoria di prescrizione per i parte dei reati ascritti al ricorrente ha compensato o ridotto in misura rilevante il pregiudizio normalmente connesso alla durata eccessiva della procedura. La Corte

nuovo criterio, ad evidenziare che esso è il risultato normativo dell'adagio *de minimis non curat praetor*, introdotto all'unico fine “di trattare rapidamente le richieste a carattere futile, al fine di potersi concentrare sulla propria missione essenziale, che è quella di assicurare al livello europeo la protezione giuridica dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli”.

La Corte detiene così una funzione maggiormente sbilanciata verso l'oggettiva identificazione dei diritti fondamentali e, con essi, delle violazioni più gravi e rilevanti di essi: con tutta probabilità non si ripeterà lo stesso nel caso della particolare tenuità, in quanto è unanimamente riconosciuta la presenza di profili di elevata afflittività nelle pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. e un'irrinunciabilità come prevista, non può che comportare un pregiudizio importante⁶²².

Un diverso ruolo della Corte EDU, non più “giudice della violazione”, ma innanzitutto, “della rilevanza della violazione” del diritto fondamentale.

3.3.3. Ulteriori nodi problematici e snodi procedurali

I problemi già trattati nel capitolo secondo di questo lavoro e riaccennati in questo terzo nelle prime battute, riguardo la ricostruzione dogmatica sostanziale, corretta o meno, della causa, assumono ulteriore importanza anche rispetto più specificatamente al profilo archiviativo in quanto, una causa di non punibilità necessita di un accertamento di responsabilità penale, che potrebbe astrattamente confliggere con l'archiviazione che è, per antonomasia, il procedimento più votato all'agilità della struttura ed alla celerità e non toccato da quelle necessarie e ben più pregnanti ponderazioni che si riferiscono alla colpevolezza, che trovano naturale posto invece nell'udienza preliminare e nel dibattimento⁶²³. Per salvare da tali paventate incongruenze il rapporto tra la nuova

attribuisce un diverso valore all'effetto prescrittivo, ritenendolo non più “neutro” come in passato, ma attribuendovi valenza positiva per la sfera di interessi dell'imputato: dunque, idoneo a compensare il danno per le lungaggini processuali.

⁶²² Il 1° giugno 2010 è entrato in vigore il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (del 13 maggio 2004), il cui art. 12 ha modificato il par. 3 dell'art. 35 della Convenzione. In seguito a tale modifica – e per quel che interessa in questa sede – il testo modificato prevede che “La Corte dichiara irricevibili tutti i ricorsi individuali (...) allorché ritiene: (...) b) che il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantito dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito ed a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno”

⁶²³ P. POMANTI, *La clausola*, cit., pp. 20 e ss. sottolinea proprio tale punto, ossia che in base a tali argomentazioni, fondate su una conservazione degli aspetti “classici” dell'archiviazione e sulla

clausola di non punibilità e l'archiviazione, parte della dottrina ha proposto una interpretazione, per così dire, alternativa: una razionalizzazione della corrispondenza necessaria tra piano sostanziale e processuale, che faccia propria quella considerazione della tenuità quale elemento interno al fatto, facendo leva su “una valutazione prettamente tecnica del rapporto condotta-offesa”⁶²⁴. Un ritorno alla prospettiva dogmatica processuale in forza di una condizione “anomala di improcedibilità” che limita e non giustifica l'azione penale, che ritrova le medesime e rinforzate obiezioni già presentate nella debita sede.

Assunta invece la correttezza dogmatica sostanziale dell'istituto ed assumendo che uno dei pilastri fondamentali della nostra giustizia penale è che l'archiviazione si fonda su indagini tendenzialmente complete⁶²⁵: sia che l'accusa opti per l'esercizio dell'azione penale, sia di converso richieda l'archiviazione, si è in presenza di un'esperienza comune votata alla doverosità di una o dell'altra alternativa, a seconda delle risultanze, tra loro speculari⁶²⁶. Doverosità che fa rima con obbligatorietà, ma non con automaticità: a parte il gioco di parole, quello che si intende ricordare è che è l'esercizio dell'azione penale ad essere doveroso quando il pm ravveda la presenza di quei parametri delineati *ex lege*. L'obbligatorietà dell'azione penale qui assume il compito di imporre una parità di trattamento per tutti, in base a criteri normativi generali, che certamente comportano,

considerazione della natura sostanziale della clausola, poteva affermarsi che in realtà, nonostante gli interventi compiuti sulla disciplina archiviativa ai sensi dell'art. 411 co. 1 e l'introduzione del co. 1 bis c.p.p., l'istituto non possa definirsi pienamente operante in tale fase, in tanto in quanto il momento “naturale” per l'applicazione di tale istituto sostanziale, sembra collocarsi nel momento processuale della decisione in seguito al dibattimento ovvero ex art. 442 c.p.p. Così anche L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 241, che riporta i dubbi avanzati in dottrina circa l'impossibilità nella fase archiviativa di addivenire a quell'accertamento necessario nel merito per l'operatività del nuovo istituto e di consentir all'indagato di ottenere esiti liberatori più favorevoli, stante il coinvolgimento ed il consenso necessario che ad esempio vi sono nella udienza preliminare, nella fase pre dibattimentale nonché ovviamente in dibattimento.

⁶²⁴ L. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali*, cit., pp. 11 e ss., che facendo propri i precipitati della sentenza da Lei commentata, n. 15449 del 2015, e partendo dalla decisione in questione, che non ha riconosciuto l'applicabilità della clausola in forza della presenza del dolo specifico che caratterizza la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, chiarisce come la causa sostanziale richieda necessariamente l'azione e quindi una sentenza. Se invece si facesse leva sulla valutazione prettamente tecnica ed interna al fatto della tenuità, si ricomporrebbe la correttezza dogmatica del sistema, in quanto la tenuità, se intesa come “modo di essere del fatto”, troverebbe ragionevolezza anche nella fase archiviativa. La scarsa offensività riscontrata dal pm in base a una prognosi tecnica, concretizza l'irrelevanza sul terreno della giustizia penale e quindi si sostanzia in una valutazione di superfluità del giudizio, ricostruendo quel rapporto di immediatezza tra fatto e decisione.

⁶²⁵ Per una definizione dell'archiviazione, si veda M. CAIANELLO, voce *Archiviazione* (dir. Proc. Pen.), *Enc. Dir.*, Annali II, 1, 2008, p. 66. E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit., p. 3., anche F. SIRACUSANO, *Le completezza delle indagini nel processo penale*, in *Proc. Pen.*, diretta da -BARGIS-GREVI-ILLUMINATI-KOSTORIS_ ORLANDI- ZAPPALA', Torino, 2005, pp. 460 e ss.

⁶²⁶ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 328. G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, a cura di G. GARUTI, 3, Padova, 2009, pp. 743 e ss.

come già più volte ricordato, una discrezionalità intrinseca ed ineliminabile a cui si è già cercato di porre rimedio, attraverso lo strumento diverso dei criteri di priorità, in quanto causa principale dell'inefficienza del sistema. Medesime regole appartengono anche alla peculiare “nuova archiviazione”, seppur con le dovute precisazioni: sia l'archiviazione tradizionale, sia quella per particolare tenuità sono rivolte alla decretazione dell'insostenibilità dell'accusa in giudizio, ai sensi dell'art. 125 disp. Att. c.p.p., ed è ancorato per l'archiviazione classica a criteri precisi ed astratti, per la quella di tenuità ai parametri sostanziali ed oggettivi delineati *ex art. 131 bis c.p.*,⁶²⁷ ma diverse sono le tipologie di prognosi. L'archiviazione classica coinvolge il probabile proscioglimento e quindi l'apparato probatorio delle indagini deve supporta pienamente l'innocenza o se questo risulta insufficiente e/o contraddittorio, non è valutato dall'accusa in grado di sostenere il giudizio o qualora manchi una causa di procedibilità o il reato non è penalmente rilevante oppure è estinto⁶²⁸. Invece l'archiviazione *ex comma 1 bis*, è speculare, opposta, in quanto la prognosi che qui viene in gioco è di probabile condanna ed in base al principio di innocenza, l'impianto probatorio qui non può mai assumere le caratteristiche di contraddittorietà o incompletezza, ma vi deve essere la prova inconfutabile dell' addebitabilità della responsabilità. Provata quest'ultima, ossia la probabile colpevolezza e condanna, il pm potrà procedere con la valutazione sulla tenuità⁶²⁹. Questo fa comprendere il motivo per cui il Legislatore, prevedendo il diritto

⁶²⁷ Ritenuti sufficientemente precisi da F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 4 ; C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit. p. 522. Così anche S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 124, che afferma come sia tendenzialmente facile già nella fase archiviativa riscontrare la presenza o meno dei parametri indicatori della tenuità, in forza degli apporti dei soggetti indagato ed offeso o altre persone informate sui fatti, da elementi documentali circa la modalità di condotta, misura del danno o del pericolo. Anche G. DE FRANCESCO, *Una “novella” al passo coi tempi? Brevi considerazioni sulle diverse “anime” della legge n. 67/2014, nella prospettiva della riforma penale*, cit. p. 5, dove osserva, come sia evidente che il richiamo all'art. 133 dovrebbe presupporre che il ‘tipo legale’, per l'appunto – sia oggettivo che soggettivo – formi oggetto di preventiva delibazione, e che esso non possa dunque venire ‘surrogato’ *per saltum* limitandosi unicamente ad un apprezzamento ulteriore orientato in chiave discrezionale. Diversamente, C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., pp. 2 e ss. Ne rileva l'eccezionalità e ne sottolinea la distanza dalla oggettività rintracciabile nelle fattispecie astratte.

⁶²⁸ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1323, che afferma che il provvedimento di archiviazione per esiguità del fatto si basa sulla valutazione di “sostenibilità” in giudizio della notizia di reato rispetto ai punti relativi alla responsabilità (sulla sussistenza del fatto, sulla sua commissione da parte dell'indagato e sulla sua configurabilità come reato), a cui si affianca la “non sostenibilità” del punto relativo alla punibilità . Contra, A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 3 che vuole escludere che l'art. 125 Att. Cpp, relativo al fondamento in fatto della notizia di reato, si applichi alle archiviazioni *ex art. 411*, che non presuppongono comunque un accertamento sul fondamento della notizia, ma ne prescindonoCo per la sua irrilevanza, in forza anche di una recente giurisprudenza, Cass. 23.9.2015, Frigo Hellas Company Ltd, in CEDCass, m. 265426; Cass. 4.6.2009, Vedani, in CEDCass, m. 244780.

⁶²⁹ Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 30, sottolinea come la richiesta di archiviazione qui in esame deve rispettare le indicazioni del modulo all'uopo previsto, che sarà progressivamente aggiornato in base alle risultanze della prassi. È un modulo altamente preciso anche al fine di

in capo all'indagato di ottenere l'archiviazione con formule più favorevoli, avvisato della richiesta e garantito nel diritto di interloquire e visionare gli atti, abbia previsto indirettamente che il pm possa e debba formulare la richiesta *ex art. 411 co. 1 bis c.p.p.* solo allorquando le indagini abbiano escluso la sussistenza delle altre cause di non punibilità, meno stigmatizzanti. Questo, insieme all'espressione , nel procedimento, dell'interesse persecutorio della vittima del reato , fa sì che si possa affermare come l'opposizione alla richiesta di archiviazione si risolva in una forma di controllo sul rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale⁶³⁰ , in quanto stimolante un esame circa l'osservanza del principio di completezza delle indagini, di cui si dirà a breve : in questa prospettiva la facoltà di opporsi alla richiesta di archiviazione, indicando nella disciplina tradizionali, l'oggetto dell'investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova e le ragioni del dissenso nell'ipotesi della tenuità, risulta disegnata per evitare archiviazioni derivanti da carenze nelle indagini.

Ulteriore aspetto problematico in capo a tale nuova archiviazione sempre rispetto al profilo delle indagini, sembra emergere allorquando si interpreti, scorrettamente, tale nuova disciplina come volta a svuotare proprio di significato il principio della completezza di queste ultime ⁶³¹, che decretano l'insostenibilità dell'accusa in giudizio⁶³²: il rischio, paventato da parte della dottrina, che il magistrato inquirente, sulla carta obbligato ad eseguire indagini “complete” anche in favore del soggetto indagato e anche sulla ricorrenza della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 326 c.p.p.,⁶³³ possa eseguire investigazioni minime, complicando ed accentuando ancora di più il possibile *deficit* cognitivo insito nell'impianto probatorio, sicuramente meno esteso di quello ottenibile con il dibattimento, nel segno delle finalità deflattive, applicando decisioni come quelle ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. al fine unico di pervenire in maniera celere ad un esito o continuando con gli *escamotages* assunti da alcuni uffici di qualificare come non dotate di priorità talune notizie, lasciandole sugli scaffali,

consentirne una valutazione nell'eventualità di successivi riscontri per la valutazione del requisito della non abitualità. La procura riporta i contenuti necessari e minimi della richiesta per particolare tenuità del fatto.

⁶³⁰ ; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990,

⁶³¹ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 28, nonché L. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali*, cit., pp. 9 e ss.

⁶³² F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed. Milano, 2012, p. 430.

⁶³³ Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 29 e ss. che sottolinea come in tale fase gli uffici giudiziari devono essere informati, in particolare con riferimento alla non abitualità del comportamento, dalla polizia giudiziaria, che deve curare la completezza della notizia di reato, con tutti gli elementi utili per le determinazioni necessarie.

destinate quindi alla prescrizione⁶³⁴. Oltre a questo, essendo l'archiviazione “garantita”, creata al fine di dotare i soggetti privati di una folta schiera di strumenti garantistici, ha finito per accedere ad una dimensione eccessivamente pesante che potrebbe paradossalmente rischiare di pesare negativamente sulla reputazione dell'indagato, o almeno molto di più di quanto avrebbe fatto una richiesta di archiviazione “in ipotesi di responsabilità”⁶³⁵. Rischio ancora più sentito quando si formerà, per i reati rientranti nella soglia del massimo edittale dei cinque anni, un'inevitabile “casistica” proveniente dalle corti, per sottofattispecie “particolarmente tenui”: inevitabile nonostante la concretezza insita nell'art. 131 *bis* cp. In realtà, il disimpegno investigativo è astrattamente presente anche qualora il reato presenti i profili della prescrizione o della improcedibilità sin dalle prime battute del procedimento, anche se, va sottolineato, che la causa di non punibilità per particolare tenuità, riguarda intere classi di reato e soprattutto è legata indissolubilmente alla discrezionalità.

Un travalicamento di quel “principio fondamentale che governa la fase delle indagini preliminari”⁶³⁶, che certamente non può essere giustificando portando a proprio sostegno

la necessità di rispetto di quei dettati efficientistici del giusto processo *ex art.* 111 co. 2

⁶³⁴ Cfr. M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 47 e ss. Inoltre, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 29 e ss.. In sostanza, il legislatore sembra qui voler ‘giocare a ‘carte coperte’: nel ‘presumere’ un’eventuale responsabilità, esso ha avviato il giudice sulla strada di una decisione inevitabilmente ‘sommaria’: in funzione di un’esigenza ‘deflattiva’, cit., G. DE FRANCESCO, *Una “novella” al passo coi tempi?*, cit., p. 5. In giurisprudenza, Corte cost., n. 88 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586, dove si afferma che il principio in questione, da un lato, funge da argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell’azione penale che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, e lacunose si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale e, dall’altro lato, è volto ad evitare che il pubblico ministero si orienti per l’archiviazione sulla base e in forza di carenze investigative. P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 5, sottolinea come la razionalizzazione della risposta penale insita nella nuova causa di non punibilità, potrebbero diluire la completezza delle indagini, in quanto nella prospettiva di dover comunque rinunciare all'azione penale, il pm potrebbe deputare eccessivamente faticoso portare a termine indagini complesse e lunghe circa la fondatezza di una notizia in ogni caso destinato all'archiviazione: un'archiviazione di notizie ritenute infondate, quando invece solamente mal interpretate. .

⁶³⁵ In termini negativi, come già ricordato in tema di partecipazione dell'offeso, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22 nonché M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto*, cit., p. 253, che ravvede nell'estrema garanzia un'arma a doppio taglio: molte garanzie, poca appetibilità stante la già patologica lentezza degli apparati, che non necessitano di ulteriori ostacoli alla celerità.

⁶³⁶ F.P. GIORDANO, *Le indagini preliminari, Poteri e limiti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, Padova, 2006. F. SIRACUSANO, *Le completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 460 e ss., In giurisprudenza, Corte Cost. n. 88, 15 febbraio 1991 la quale ha affermato che le finalità ancorate al suddetto principio sono, innanzitutto, di impedire l'esercizio apparente dell'azione penale, basato sul mero procedere senza alcun approfondimento investigativo e quindi di evitare il processo superfluo, ed inoltre, di porre in condizione l'imputato di ricorrere ai riti alternativi, la cui utilizzazione presuppone un quadro indiziario circostanziato, esauriente e tale da poter sorreggere una ragionevole previsione dell'esito. Così anche sent. n. . 319 del 1993 nonché le ordinanze n. 252 del 1991 e n.96 del 1997.. Inoltre, Cons. Super. Magistr., procuratore P.L. VIGNA., *La Completezza e la tempestività delle investigazioni. La funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni.*, in *Quaderno n. 99*.

Cost. Infatti il carattere deflattivo di tali principi può riguardare le attività strettamente processuali, non potendo coinvolgere il lavoro del pm⁶³⁷.

L'archiviazione per particolare tenuità è un delicato gioco di equilibri ed interessi, per alcuni precario⁶³⁸, che non sembra aver invece coinvolto l'istituto analogo minorile, che ha invece optato per una sentenza di non doversi procedere nella fase anteriore all'esercizio dell'azione, e nemmeno l'istituto ai sensi dell'art. 34 D. lgs. 274/2000, in quanto anche questo, come quello minorile, votato alla tutela di esigenze parimenti meritevoli di protezione: la tutela del minore per una, il fatto che riguardi reati meno gravi ed omogenei l'altra. Tali interessi nuovi e contrari che possono giustificare un temperamento dell'art. 112 Cost., ed anzi, riescono a dargli corpo proprio contro quel potere di cestinazione e selezione delle notizie di reato che hanno avuto la meglio per molto tempo, scongiurando la retrocessione a momenti procedimentali non garantiti, anche con i poteri di controllo che, in vista dell'attuazione del principio di completezza e di obbligatorietà dell'azione penale, son previsti dall'ordinamento processuale. Poteri che culminano, in coerenza con il *favor actionis* radicato nell'art. 112 Cost., nel potere attribuito al Gip., ove dissenta dalla valutazione di infondatezza della notizia di reato espressa dal pm con la richiesta di archiviazione, di ordinare a quest'ultimo di formulare l'imputazione (artt. 409 co 5 e 554. co 2 c.p.p.). Permane certamente il rischio di un'eccessiva discrezionalità al pm, in quanto l'azione penale obbligatoria non significa consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo: infatti il limite che il processo non debba essere instaurato, qualora si appalesi oggettivamente superfluo, è divenuto argine razionale ed implicito a quell'obbligatorietà eccessiva. Da ciò deriva la doverosità della indagine che presuppone la sua completezza, poiché un'indagine incompleta sarebbe elusiva del disposto costituzionale. Per tale motivo starà alla bravura ed alla correttezza degli interpreti, nei tribunali e non, mantenere la "tenuta" costituzionale di tale nuova archiviazione e forgiarne una ferrea credibilità ed applicabilità.

⁶³⁷ Tali riflessioni appartengono a R. BARTOLI, *L'esclusione*, cit., p. 669.

⁶³⁸ M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 50, sottolinea come in realtà la difficoltà di bilanciamento tra interessi e principi connota la disciplina generale della tenuità, anche dopo l'esercizio dell'azione penale, a prescindere quindi dall'impianto probatorio, dalla partecipazione dei soggetti eventualmente interessati e dalle facoltà del pm.

Entrando nel nucleo più procedimentale dell'archiviazione⁶³⁹, una volta delineate le linee caratterizzanti la nuova disciplina costituenti *in primis* il contraddittorio argomentativo tra indagato ed offeso, va preliminarmente sottolineato come anche la nuova disciplina, *ex art. comma 1 bis*, al pari del comma primo, va integrato con “le disposizioni degli articoli 408, 409 e 410.” Anche qui risulta chiaro che tale disciplina non vada considerata esaustiva e compiutamente parallela e completa, ma che possa e vada integrata con le disposizioni compatibili tra le regole previste in rapporto all'archiviazione tradizionale.

Si sottolinea in aggiunta, come il decreto delegato abbia scelto di prevedere un'udienza camerale ogniqualvolta vi sia un'istanza dai soggetti interessati: anche qui le esigenze efficientistiche hanno avuto la meglio, impedendo una disciplina votata all'obbligatorietà ineliminabile di detta udienza⁶⁴⁰, che sarebbe stata una scelta coerente con l'apparato garantistico e con l'aspetto *latu sensu* pregiudizievole della tenuità. Invece, secondo il richiamo all'art. 409 co. 2 c.p.p., unicamente allorché la persona offesa o l'indagato indichino le ragioni del dissenso, in presenza quindi di un'opposizione ammissibile, il giudice non può decidere *de plano* ma deve necessariamente fissare l'udienza in camera di consiglio⁶⁴¹. Dopo tale riferimento, è opinione di (forse eccessivamente) precisa dottrina che l'inciso “dopo aver sentito le parti” sembrerebbe attraverso una lettura “al contrario” un po' troppo contorta, riferirsi ad un'interlocuzione necessaria, in quanto se fosse il contrario, sarebbe stato sufficiente un mero richiamo “doppio”, *per relationem*, all'art. 127 co. 3 c.p.p. secondo cui, il pm, le parti private ed i difensori vengono sentiti solo ed eventualmente se compaiono in

⁶³⁹ Su cui la Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 30 pone dubbi sulla possibile deriva discrezionale, auspicando l'elaborazione di criteri più precisi per evitare possibili disparità trattamentali. Per questo paventa l'idea di una previsione necessaria di previo visto del Procuratore su tali richieste, accompagnate dal fascicolo, e successivamente anche il provvedimento del Gip su tale richiesta.

⁶⁴⁰ F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1708, 1 Il rigetto della richiesta di archiviazione per tenuità non potrebbe essere adottato con decreto, ma dovrebbe sempre passare attraverso l'udienza camerale secondo G., AMATO, *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso*, cit., p. 36, in quale anzitutto nota come l'art. 411, 1° comma *bis* c.p.p. non fa distinzioni tra la semplice restituzione e quella accompagnata dagli ordini di cui all'art. 409, 4° e 5° comma, c.p.p., e tali ultimi epiloghi, nella disciplina comune seguono sempre ad un contraddittorio, e in secondo luogo fa rilevare come tale soluzione consenta all'indagato di intervenire adesivamente rispetto alla richiesta del pm

⁶⁴¹ Rispetto all'opposizione del soggetto offeso, Cass. pen. Sez. V, 10-02-2016, n. 26876, CED Cass. 2016, rv. 267261, dove è stato statuito come sia necessaria la fissazione dell'udienza, ai sensi dell'art. 409 co. 2 c.p.p., ogniqualvolta venga presentata opposizione, in quanto essa si presenta quale passaggio funzionale all'instaurazione del contraddittorio tra le parti e all'esercizio del diritto di difesa, riconosciuto alla persona offesa dal reato dall'art. 411 co. 1 bis c.p.p..L' inosservanza di tale precetto , determina dunque la nullità dell'eventuale provvedimento adottato.

udienza. Un'interpretazione esegetica puntigliosa, non accolta da la maggioranza della dottrina, che, per non appesantire eccessivamente la disciplina, ha considerato necessario, anche se ardito, non guardare all'inciso in questione, e ritenere invero sottesa la formula “se compaiono”⁶⁴².

L'udienza dovrebbe certamente concepirsi quale passaggio obbligato dell'archiviazione, secondo la modesta opinione della scrivente, in quanto quest'ultima non dovrebbe mai essere oggetto di una pronuncia *de plano*, perché solo all'esito di un'udienza camerale, con il contraddittorio effettivo a garanzia anche della completezza degli elementi di prova, potrà addivenirsi ad una decisione così complessa.

L'opposizione dell'offeso e del soggetto indagato, necessari per l'instaurazione della suddetta udienza, è soggetta ad una valutazione, “a maglie larghe” e preventiva, di ammissibilità da parte del Gip⁶⁴³: per l'ammissibilità devono essere specificatamente individuate le “ragioni del dissenso rispetto alla richiesta”⁶⁴⁴, anche oltre il termine di dieci giorni ordinario, ferma tuttavia la possibilità per il giudice di provvedere dopo tale scadenza, lasciando quindi “scoperta” la possibilità di opposizione dei soggetti, che

⁶⁴² Il richiamo alla comparizione, che ben può non esservi, era prevista nel Testo della relazione allo schema del decreto, e vi è, per quanto riguarda il soggetto offeso, all'art. 469 co. 1 bis riguardo alla fase predibattimentale. Ha trattato l'argomento, disponendo che la disposizione vada letta come subordinata comunque alla comparizione delle parti, Procura di Lanciano, cit., p. 19, che è richiamata da F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 102. Contra A. MARANDOLA I “*ragionevoli dubbi*”, cit., p. 797, nel timore di un aumento dei ricorsi per cassazione, ma senza considerare che il ricorso è ammesso solo per violazione del contraddittorio, non ipotizzabile in mancanza di una previsione di necessaria partecipazione all'udienza

⁶⁴³ La Procura di Trento, *Commento*, cit., p. 9, equipara, per l'inammissibilità, alla mancanza di espressione delle ragioni, la rappresentazione di ragioni manifestamente infondate. Mentre per quella tradizionale è prevista, pena l'inammissibilità dell'opposizione. Questa deve riferirsi alla completezza delle indagini preliminari, e quindi deve essere volta ad ampliare il panorama conoscitivo utile ai fini della decisione sull'*an* dell'azione penale. Si veda, in generale sull'opposizione nell'archiviazione, R. FONTI, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Arch. Pen.*, 2013, 6, p. 2.

⁶⁴⁴ Si legga, Cass. Pen. Sez. IV, n. 8384, 22 dicembre 2015- 1 marzo 2016 Pres. Izzo, CED Cass. 2016. Stante il diverso titolo della richiesta di archiviazione ex art. 411 c.p.p., rispetto a quella per infondatezza della *notitia criminis* prevista dall'art. 408 c.p.p., la persona offesa non deve dunque porre a fondamento dell'opposizione deduzioni inerenti la colpevolezza della persona indagata con l'indicazione di indagini suppletive e dei relativi mezzi di prova, come prescritto dall'art. 410 c.p.p., ma deve controdedurre in merito alla sussistenza della speciale causa di non punibilità posta dal pm a fondamento della richiesta di archiviazione. Per un commento della sentenza, P. GRILLO, *Per l'opposizione alla richiesta di archiviazione non occorre indicare le ulteriori indagini*, in *Dir. Giust.*, 12, 2016, p. 24. Ancora sul tema, in giurisprudenza di legittimità, Cass. pen. Sez. V, 15 dicembre 2014, n. 8890, in CED Cass. 2015, rv. 263419, che annullando senza rinvio il provvedimento emanato dal Gip di Brescia sentenza, che ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, il giudice debba valutare la pertinenza e la rilevanza degli elementi di prova su cui l'opposizione stessa si fonda, e, dunque, l'idoneità delle prove richieste per incidere sulle risultanze delle indagini preliminari, ma senza, perciò, porre in essere alcun giudizio prognostico circa l'esito della investigazione suppletiva richiesta.

si ritroverebbero impossibilitati ad interloquire, in quanto al giudice è garantito il potere di decidere; qualora lo abbia già fatto, nulla rimarrebbe da fare alle parti.

L' ammissibilità dell'opposizione risulta fondamentale in quanto comporta una variabilità dell'*iter* decisorio successivo.

i. *L'archiviazione de plano*: Qualora l'opposizione non venga presentata o quando venga ritenuta inammissibile, il giudice ha la facoltà di procedere, *de plano*, sul modello dell'art. 409 co. 1 c.p.p., procedendo senza formalità, se accoglie la richiesta di archiviazione, con decreto motivato. Anche qui risulta applicabile, nonostante alcune solitarie opinioni discordi⁶⁴⁵, il meccanismo secondo cui tale decreto deve essere necessariamente notificato all'indagato nei cui confronti sia disposta la custodia cautelare.

ii. *Il rigetto della richiesta di archiviazione*: Nel caso opposto, in cui la richiesta non sia accolta, si innesca un *iter* peculiare, fondato sulla restituzione degli atti al pm, “*eventualmente* provvedendo ai sensi dell'art. 409 commi quarto e quinto”, ossia fissando ulteriori indagini o procedendo con l'ordine di imputazione coatta. Peculiare in quanto nel procedimento archiviativo tradizionale, non vi è alcun riferimento all'eventualità della mera restituzione degli atti, fondata, si intenderebbe, sul giudizio del giudice circa l'inesistenza dei presupposti di tale causa di non punibilità, che comporta la rimessione di quelle valutazioni inerenti ad ulteriori indagini, modalità di esercizio dell'azione penale, etc, all'organo di accusa. In realtà la restituzione semplice, qui assume una giustificata veste quando ad esempio, il pm abbia proceduto con una richiesta di archiviazione tradizionale, ma il giudice ravveda i presupposti per l'applicazione di quella per particolare tenuità e quindi la restituzione, accompagnata dall'invito all'accusa di formulare quest'ultima “nuova” richiesta, necessariamente, per superare qualsivoglia obiezione in merito, con tutti gli adempimenti peculiari procedurali “garantiti” (avviso all'offeso ed all'indagato di poter visionare gli atti nonché opporsi ed interloquire) che la caratterizzano, assume ruolo preminente, ancorché non espressamente prevista dall'art. 409 c.p.p.⁶⁴⁶. Va escluso qui il potere del

⁶⁴⁵ Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 19, nota 36, afferma che tale prescrizione non possa ritenersi operativa in quanto la disposizione in esame si pone quale a carattere speciale rispetto all'art. 409 co. 1 c.p.p.

⁶⁴⁶ Esprime perplessità circa tali evenienze, G. SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, cit., p. 20 .Contrario alla previsione di tale mera restituzione, P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 3, sottolineando l'impossibilità, senza l'adeguata seguente interpretazione di salvataggio, di ravvedere uno spazio per tale evenienza. Di diverso avviso la Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 11, p. 30. che interpreta tale restituzione come espressione del dissenso del gip rimettendo però all'accusa, unico

giudice di “sostituire” la formula archiviativa, in quanto, nella disciplina ordinaria, non vi è la enucleazione di tutto quell'apparato garantistico, *in primis* nei confronti del soggetto indagato, richiesto dall'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p. e per questo motivo in tale contesto viene richiamato l'art. 409 co. 2 c.p.p., che in quella tradizionale si riferisce ai casi in cui il giudice “non accoglie la richiesta”⁶⁴⁷. Tale interpretazione “di salvataggio”, che su certi punti non sembra fornire salde giustificazioni in quanto instaurerebbe un'evidente incongruenza rispetto alle situazioni in cui il giudice provvede con l'imputazione coatta, non lasciando invero al pm quella libertà di manovra rispetto il “se” ed il “come” esercitare l'azione che invece in base a tale ricostruzione possiederebbe nel caso della mera restituzione⁶⁴⁸, sembra l'unica via coerente per rendere tale semplice restituzione dogmaticamente e sistematicamente significativa. La restituzione “peculiare” ivi prevista⁶⁴⁹, non è stata da parte della dottrina adeguatamente considerata: si è infatti sostenuto, cercando di dare un significato al silenzio del Legislatore (tuttavia non corretto), che non ricorrendo all'integrazione investigativa o all'imputazione coatta, l'unica via percorribile sarebbe quella che si disponga l'archiviazione tradizionale; anche se, va osservato che in tale ottica più che a restituire il giudice sarebbe chiamato direttamente ad archiviare. Sono problematiche che ineriscono al rapporto tra chiesto e pronunciato⁶⁵⁰.

organo costituzionalmente deputato a valutare se iniziare o meno l'azione penale. Inoltre, dopo la restituzione de plano o con ordine di svolgimento di nuove investigazioni, la richiesta nei particolari modi previsti, andrà nuovamente notificata alle parti. In merito alla soluzione da applicare anche per le richieste di archiviazione ex art. 411 co. 1 c.p.p. pendenti al momento dell'entrata in vigore del D. lgs. 28/2015, si legga quanto espresso da A. CORBO- G. FIDELBO, *Relazione* dell'ufficio del Massimario della Cassazione, cit., p. 14, che hanno statuito l'applicabilità di codesto discusso regime anche per queste.

⁶⁴⁷ Contra, E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit. p. 9, aderendo alla successiva interpretazione “ di salvataggio”, sottolinea come in realtà, il giudice potrebbe direttamente formulare lui la nuova ipotesi di archiviazione, senza la restituzione, stante una lettura peculiare dei poteri di tale organo. Sulla difficoltà di una ricostruzione dogmaticamente forte di tale nuova ipotesi di restituzione

⁶⁴⁸ P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., nota 8, p. 4.

⁶⁴⁹ La restituzione è invece prevista nel rito minorile, nelle forme dell'ordinanza motivata: invero il contesto è talmente diverso che tentare qualsivoglia analisi comparativa sarebbe del tutto inutile nonché fuorviante. (Nel procedimento minorile, in presenza della tenuità del fatto, il pm non fa richiesta di archiviazione, bensì esercita astrattamente l'azione penale, allo scopo invero di sentire dichiarata la non meritevolezza di punizione del minore per il reato a lui ascritto. Il giudice può accogliere o restituire/rigettare qualora risultino insussistenti i presupposti per codesta declaratoria, ossia quando l'azione è stata erroneamente esercitata restituzione che significa che il fatto non è irrilevante. Rimane ferma la possibilità per il giudice di affidarsi all'art. 129 c.p.p.). Sul punto, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1323, consente la mera restituzione come mezzo in capo al giudice di semplicemente restituire chiedendo l'archiviazione per altra causa al pm.

⁶⁵⁰ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 102 il quale ravvede l'importanza della mera restituzione nell'ipotesi inversa, ossia quando su richiesta per particolare tenuità il giudice ravveda gli estremi dell'ipotesi tradizionale, am invece nutre forti dubbi circa la restituzione qui: egli evidenzia la facoltà del giudice di archiviare per diversa formula, stante gli adempimenti “garantistici” di tale nuova

Secondo tale impostazione sembra ovvio che perda qualsivoglia solidità la motivazione di quelli che ipotizzano, in caso contrario, un'eventuale violazione dell'art. 112 Cost. che, si badi bene, vincola l'iniziativa del pubblico ministero, non le decisioni del giudice⁶⁵¹. Tuttavia la possibilità che il giudice archivi per altre ragioni non esclude l'ammissibilità di una restituzione incondizionata degli atti, perché le prescrizioni di indagare o di esercitare l'azione penale si giustificano solo quando il pubblico ministero abbia ipotizzato infondata la notizia di reato, non quando non ne escluda l'attendibilità. Ad onor del vero, la previsione di un terzo giudicante vincolato alla specificità dell'iniziativa dell'accusa non esiste e contrasta astrattamente con i poteri riservati al giudice⁶⁵², tra i quali emerge la facoltà di disporre un'archiviazione per ragioni diverse, sulla base di indagini che non ha ritenuto bisognose di integrazione⁶⁵³. In realtà la peculiarità della causa di non punibilità si riverbera anche su tale aspetto: nonostante il silenzio del Legislatore sul punto, non è possibile porre in disparte la circostanza per cui l'archiviazione per particolare tenuità possieda uno strumentario di poteri volti a garantire il contraddittorio e la partecipazione delle parti private anche al fine di una riquilibrata formula tenendo in considerazione l'interesse della persona sottoposta ad indagini, assente nell'ipotesi tradizionale. L'attenzione verso tale interesse,

archiviazione. Contrario alla restituzione in tal caso, CORBO-FIDELBO, Ufficio Massimario Cassazione, *Relazione e Problematiche processuali*, cit., pp. 14 e ss, che sottolineano la possibilità di decretare, in capo al giudice, anche *extra-petita* con tuttavia l'ordine al pm di notifica dell'avviso all'indagato ed al soggetto offeso, ossia l'instaurazione dell'iter garantistico. Così anche A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 6 secondo cui non v'è dubbio che il giudice, richiesto di archiviare per tenuità del fatto, possa disporre l'archiviazione per altre ragioni, se ritiene ad esempio che il fatto non è previsto dalla legge come reato o che manchi una condizione di procedibilità. In linea anche con la giurisprudenza di legittimità, Cass. 13 novembre 1998, Villa, in CEDCass, m. 212509.

⁶⁵¹ Queste sono le parole di A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 6 che critica aspramente le deduzioni di A. MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi"*, cit., p. 3 s

⁶⁵² In base alla lettera del testo, sembrerebbe disporre l'impossibilità per il giudice di archiviare per un motivo diverso rispetto alle prospettazioni fornite dall'accusa: le vie per il non accoglimento della richiesta sono essenzialmente l'ordine di formulare indagini, l'imputazione o la mera restituzione. In realtà, da dottrina e giurisprudenza ora assodate, il giudice può archiviare per qualsiasi causa, a prescindere dalla proposta del pm, qualora ne ravvisi i presupposti. Si legga, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 368. Ulteriore passo, S. QUATTROCOLO, *Esiguità*, cit., p. 243. Ed inoltre, qualora vi sia concorrenza tra due ipotesi, in facto o in iure, va pronunciata l'archiviazione più favorevole. Precipitato dell'art. 129 c.p.p. che anche se dettato per il processo, assume ruolo di indirizzo rispetto alla valenza del principio del *favor rei*. Secondo G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici*, Milano, 1991, p. 58, la formula *in iure* dovrebbe sempre prevalere, con l'eccezione del caso, proposto dal pm, in cui "manchino i presupposti".

⁶⁵³ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 382 e ss. Contrariamente a ciò che si ritiene consentito quando, riscontrata l'insussistenza del "caso" di archiviazione postulato dal pm, il giudice ritenga sussistenti i presupposti per una archiviazione con diversa formula nell'archiviazione tradizionale. Si veda, Cass., VI, 19-10-1990, n. 2702, in *Cass. Pen.*, 1991, 93, secondo cui in questi casi il g.i.p. che sostituisce a quella proposta dal pm una diversa formula archiviativa non deve rimettere gli atti al pm "che ha già esercitato ed esaurito il potere di richiesta"; conformi Cass., V, 4-5-1995, n. 231, ivi, 1995, 3436, nonché Cass., V, 31-11-1998, n. 6131, in CED Cass., rv. 212509.

la possibilità di visionare gli atti e di proporre opposizione, concepiti quali aspetti garantistici e caratterizzanti la nuova disciplina devono anche qui essere mantenuti, anche a costo di vedere menomate le facoltà suppletive del giudice⁶⁵⁴. Una restituzione che dovrà in ogni caso essere, secondo l'interpretazione maggioritaria, anche se non previsto, accompagnata da una, seppur stringata, motivazione, essendo anche questo un provvedimento giudiziario e che è stata invece creata, cercando di rinvenire la finalità che si era ivi prefissato il Legislatore, ossia di valorizzare la collaborazione tra uffici nonché creare una nuova modalità di restituzione degli atti, semplificata, per addivenire anche qui, ad una deflazione processuale: se così non fosse il giudice dovrebbe ordinare l'udienza camerale e disporre l'imputazione coatta ai sensi del comma quinto dell'art. 409 c.p.p. con l'eventualità che la tenuità venga in ogni caso riconosciuta successivamente ad esempio al termine dell'udienza preliminare, con un dispendio di energie umane e materiali che non sarebbe accaduto con tale meccanismo che opera in fase archiviativa. Scopi meritevoli, che lo divengono ancora di più quando si osserva che tale meccanismo consente una profonda e preventiva informazione del pm, che riceve la facoltà di interloquire, anche qualora le altre parti private non si oppongano e non inneschino l'udienza, per comprendere i motivi sottostanti il mutamento di tipologia di archiviazione assunto dal giudice⁶⁵⁵. E' comunque un profilo che caratterizza tale nuova archiviazione rispetto a quella tradizionale, impedendo una pronuncia *in melius* nonché l'immediata definizione del procedimento come sarebbe desiderato dall'indagato che ha presentato opposizione. Complesso è il profilo se tale restituzione, mera o seguita dalla richiesta di integrazioni di indagini o di imputazione coatta, stante il silenzio del Legislatore, debba intendersi operante anche nell'eventualità della possibilità di ravvedere un rigetto della richiesta assunto *de plano* e non solo quindi allorquando questa sia successiva all'udienza camerale.⁶⁵⁶ In realtà la possibilità,

⁶⁵⁴ Anche se ribatte P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 6, non può pensarsi equivalente tale tipo di contraddittorio direttamente in udienza a quello super-garantito della disciplina ex art. 411 co. 1 *bis* c.p.p.: qui vi sarebbe solamente un avviso “di una possibile definizione del procedimento per particolare tenuità”. È comunque una mutazione *ex officio* della formulazione, “mascherata” con un solo apparente pieno contraddittorio. Allora perché non prevedere direttamente la modifica in sede di emissione del decreto? Si attendono le dovute risposte dalla pratica.

⁶⁵⁵ Ufficio del Massimario della Cassazione, *supra*, cit., p. 13 e ss..

⁶⁵⁶ M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 60 nonché GIUS. AMATO, *Con l'offesa lieve*, cit., p.36, nonché S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 126, e P. BRONZO, *Interrogativi sull'archiviazione*, cit., p. 1 hanno correttamente affermato che la possibilità di respingere *de plano* la richiesta, sempre corroborata dall'etichetta dell'efficienza, rischia di comportare delle ricadute notevolmente negative sul contraddittorio e che il Legislatore non distinguendo tra la mera restituzione e quella accompagnata dagli atti ex commi 4 e 5, genera incongruenze rispetto all'ipotesi tradizionale che nel secondo caso

secondo alcuni Commentatori, qui originale, di tale rigetto *de plano* è controbilanciata dal potere, anch'esso originale, dell'indagato di essere avvisato del procedimento archiviativo e di poter proporre opposizione. La dottrina più cauta sembra non ravvedere la possibilità di tale tipo di rigetto, in quanto comporterebbe un'evidente violazione del contraddittorio, a nulla valendo le giustificazioni ora esposte⁶⁵⁷. Va sottolineato tuttavia come i richiami ai commi quarto e quinto dell'art. 409 c.p.p., possono apparire, ai sensi dell'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p., consentire al gip di ordinare ulteriori indagini ovvero la formulazione dell'imputazione coatta, ancorché senza la fissazione dell'udienza; in realtà, osservando la norma, non può escludersi che in base al suddetto richiamo, vengano richiamate anche tutte le modalità di emanazione di tali tipi di provvedimento. Non ci sono ragioni per vedere modificata la tradizionale sequenza culminante con la necessaria fissazione dell'udienza camerale: anzi, proprio in tale contesto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. il contraddittorio tra le parti assume un rilievo pregnante per la valutazione del giudice.⁶⁵⁸ Lo stesso art. 409 co. 4 c.p.p. sancisce: “a seguito dell'udienza, il giudice se ritiene...”. Un richiamo che si può e deve definire totale che coinvolge anche le modalità di emanazione.⁶⁵⁹ Tale prima opzione potrebbe portare ad esiti diversi, in quanto, una volta terminata codesta integrazione, l'organo accusatorio potrebbe riproporre una richiesta di archiviazione, anche per motivi archiviativi “tradizionali” oppure esercitare l'azione penale. Va sottolineato che ovviamente tale sollecitazione presuppone lacune evidenti e percepibili dal giudice e, se così non fosse, risulterebbe completamente inadeguata. È quindi da concepirsi operante nei casi di “patologica negligenza investigativa”: un'alterazione della dinamica tradizionale dei rapporti tra uffici giudiziari, un ultimo rimedio. Anche se, appare più coerente pensare che tale ordine di ulteriori indagini, nell'ipotesi *ex art.* 411 co. 1 *bis* c.p.p., non sia, come nell'archiviazione tradizionale, volta a acquisire elementi utili per smentire la richiesta per particolare tenuità ed instaurare il processo in base alla investigazioni *iussu iudicis* ed al *favor actionis*, bensì per sondare la possibilità di

prevede sempre un contraddittorio. Contra, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1324, che invece afferma come tale restituzione possa tranquillamente applicarsi ad entrambe le ipotesi di rigetto in quanto è la realizzazione di un equilibrio tra l'obbligatorietà dell'azione ed il monopolio del pm.

⁶⁵⁷ 3 S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto*, cit., p. 126 nonché A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 5 e P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 5. F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 31

⁶⁵⁸ Procura di Trento, commento, cit., F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 31.

⁶⁵⁹ E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit., p. 9 e S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., nota 8. F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 102. e Procura di Trento, *Commento*, cit., p. 19.

archiviare con una formula più favorevole⁶⁶⁰. Secondo via è quella delineata dall'art. 409 co. 5, che prevede i contorni dell'imputazione coatta, che prevede l'ordine giudiziario rivolto al pm di esercitare, nel termine di dieci giorni, l'azione penale, accompagnato dalla previsione, con decreto, di un'udienza preliminare, entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, ai sensi degli artt. 418 e 419 c.p.p: ovviamente qui le motivazioni attengono alla valutazione del giudice concorde circa il profilo della colpevolezza formulata dall'accusa, ma non con la prognosi della particolare tenuità, ovvero al riscontro di un impianto probatorio insufficiente o contraddittorio sulla colpevolezza, che deve essere vagliato in dibattimento.

Non può invece procedere con l'archiviazione, ed assume qui piena indipendenza ed importanza la figura della “restituzione secca”, quando non concordi, in base alle risultanze dell'iniziativa svolta de plano o dell'udienza camerale, con la prospettazione del pm circa la fondatezza della *notitia criminis* o altri aspetti costitutivi del reato. Qui sarebbe corretto allora interpretare la locuzione “richiesta”, presente nell'inciso “se il giudice non accoglie la richiesta”, riferita all'archiviazione *tout court* e non a riferita specificatamente a quella per particolare tenuità⁶⁶¹. Si ricordi che il Gip non ha il potere di agire direttamente, ma ha la pura facoltà di ordinare di agire: quindi nel caso sopra prospettato, egli deve rimettere gli atti all'organo di accusa, l'unico deputato, *ex art.* 112 Cost., a valutare l'ipotesi di esercizio dell'azione penale o se propendere per una diversa ipotesi archiviativa: un comportamento vincolato, sprovvisto di sanzione qualora vi sia una violazione, verso cui il giudice svolge una funzione di controllo del rispetto di tale obbligo costituzionale⁶⁶². Se così non fosse, verrebbe lesa la prerogativa istituzionale per antonomasia dell'accusatore, che, in tale ipotesi, formulata una richiesta *ex art.* 411 co. 1 *bis* c.p.p. circa un fatto, che se non di particolare tenuità, sarebbe dovuto essere portato pacificamente a processo: risulta chiaro che se il gip procedesse per un'archiviazione estranea alle prospettazioni della pubblica accusa, basata su una diversa valutazione, si sarebbe alla presenza di un tipo di archiviazione coatta al di fuori di qualsiasi disposizione e controllo, con la frustrazione del principio esiziale nel nostro

⁶⁶⁰ In una prospettiva contraria, P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 5

⁶⁶¹ R. APRATI, *Le regole procedurali*, cit., p. 1324 e ss. nonché Procura di Lanciano, *Prime linee-guida*, cit., p. 19. P. BRONZO, *L'archiviazione*, cit., p. 699.

⁶⁶² F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 333, il quale sottolinea che anche qualora il pm abbia erroneamente valutato gli elementi che avrebbero diretto verso una pronuncia ai sensi dell'art. 408 c.p.p., il fatto che egli abbia deciso per l'avvio dell'azione, è ragione sufficiente per l'avvio del processo.

procedimento penale, del *favor actionis*. A nulla vale l'ipotesi della riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p., che, in *primis*, necessita di una valutazione positiva da parte dell'organo giudicante e di una giustificazione circa la necessità di nuove investigazioni, molto stringente, come del resto è tutta la disciplina riguardo lo svolgimento, le modalità ed i tempi delle indagini preliminari⁶⁶³.

iii. *L'archiviazione camerale*: Qualora invece l'opposizione sia valutata quale ammissibile, il richiamo della nuova ipotesi di archiviazione è all'art. 409 co. 2 c.p.p.⁶⁶⁴, stabilisce la necessità di fissazione dell'udienza camerale, nelle forme “classiche” dell'art. 127 c.p.p.: gli atti dovranno rimanere sino alla data dello svolgimento, depositati in cancelleria, con la possibilità per le parti, compreso l'offeso, di estrarne copia. Normalmente, nell'ipotesi di pluralità di soggetti offesi, ha luogo la distinzione presente agli artt. 409 co. 2 e 410 co. 3 c.p.p., secondo i quali qualora il momento camerale sia attivato dal giudice che non abbia accolto de plano la richiesta, l'avviso di convocazione è notificato a ciascuna vittima, mentre se l'udienza è fissata a seguito dell'opposizione di soli alcuni dei soggetti offesi, l'avviso deve essere notificato solo a questi. In realtà, tale distinzione qui non trova spazio: l'udienza può seguire qui ad un impulso dell'offeso o dell'indagato, e mai all'iniziativa del giudice e allora, in forza di quanto normalmente disciplinato, la convocazione nella nuova ipotesi archiviativa riguarderebbe solo i soggetti che abbiano proposto opposizione, con evidente *vulnus* dell'apparato garantistico per i soggetti privati di cui si fregia la disciplina di nuovo conio (ed anche per l'immensa portata pratica che le dichiarazioni rese in tale sede possono portare alla decisione giudiziale)⁶⁶⁵. Particolare, come si è detto prima, è la

⁶⁶³ E. MARZADURI, *supra*, cit., p. 9 e ss, ritiene corretta la possibilità per il giudice di archiviare direttamente. Invece P. BRONZO, *Interrogativi*, cit., p. 4., nonostante anche Egli sia per la previsione di un mutamento ex officio della formula archiviativa, sottolineando come l'art. 112 Cost. non dovrebbe precludere il controllo giudiziale di legalità qualora ravveda, negli atti, un diverso motivo di archiviazione., conclude osservando che impedire tale facoltà risulta invero coerente e conveniente per evitare l'elusione della completezza delle indagini, che regola sia l'azione ma anche la legalità penale.

⁶⁶⁴ Non vi è invece il richiamo al comma terzo di tale articolo, condizione apposta dalla Commissione Giustizia della Camera, che dispone la comunicazione della data dell'udienza anche al procuratore generale della Corte di appello: anche qui sembra una previsione votata all'efficienza, evidente già nella RELAZIONE allo schema, cit., p. 9. : infatti se vi fosse stato il richiamo, sarebbe stato possibile per il Procuratore procedere con l'avocazione cosiddetta facoltativa ogniqualvolta valutasse ingiustificata l'archiviazione o le indagine incomplete o in presenza di un'opposizione dell'indagato, che invero non genera sospetto alcuno circa l'inerzia dell'accusa. Rimane ovviamente ferma la possibilità dell'avocazione obbligatoria da parte di tale soggetto, ai sensi dell'art. 412 co. 1 c.p.p. in forza autonomo dissenso del giudice o di un'esplicita richiesta del soggetto offeso come disposto dall'art. 413 c.p.p. è comunque un *vulnus* della disciplina la mancata partecipazione del procuratore generale, secondo L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 244.

⁶⁶⁵ L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 245.

previsione all'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p., che obbliga di “sentire” gli interessati, “se comparsi”⁶⁶⁶, in quanto la loro presenza non può considerarsi quale condizione di procedibilità se non a scapito dell'adozione di tale formula archiviativa qualora queste “parti” , private ed accessorie, non siano comparse durante tale udienza. (con “parti” si intende ricomprendere anche la persona offesa, al pari dell'indagato e del pm.). Ritenere non ostativa alla pronuncia di archiviazione la mancata comparizione, oltre alle motivazione “efficientistiche” e deflative già presentate, è inoltre giustificato dal fatto che in ogni caso, la valutazione finale spetta in ogni caso al giudice⁶⁶⁷ e che, il diritto di interloquire può in ogni caso dirsi soddisfatto dal anche seppur limitato contraddittorio “cartolare” in forza del deposito degli atti di opposizione, che se non avvenuto, è testimonianza della mancanza di interesse verso l'esito delle indagini preliminari.

Conclusa l'udienza, il giudice qualora accolga la richiesta, pronuncia ordinanza e restituisce gli atti all'accusa. Al contrario, si innerverà il procedimento di cui sopra, .

3.3.4. Il rapporto con la riapertura delle indagini

Infine, ultima considerazione riguarda l'istituto della riapertura delle indagini *ex art.* 414 c.p.p. che è applicabile, senza ombra di dubbio, anche a seguito dell'archiviazione per particolare tenuità: lo stesso articolo prevede che la riapertura possa esservi “ dopo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti” e quindi ricomprendendo a pieno titolo anche il comma 1 *bis* dell'art. 411 c.p.p.. In realtà, una parte minoritaria della dottrina ha affermato, sottolineando il contenuto sostanzialmente di colpevolezza insito nella nuova archiviazione, che la previsione anche in tale evenienza della riapertura delle indagini incontrerebbe e si scontrerebbe con il principio del *ne bis in idem*⁶⁶⁸.

La riapertura sembra invero ritagliarsi un ruolo ben più marginale rispetto a quello che normalmente possiede: la riapertura può venire in essere unicamente alla presenza di un

⁶⁶⁶ Si legga, nota 580 del qui presente lavoro, e A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto*, cit., p. 4 e ss. che osserva come in realtà considerare la comparizione quale *condicio sine qua non* avrebbe l'immenso vantaggio di consentire alle parti di articolare in maniera migliore le proprie ragioni difensive o offensive espresse in opposizione, data anche l'iscrizione nel casellario di tale provvedimento.

⁶⁶⁷ Non è previsto il potere di veto in capo all'offeso e nemmeno la rinunciabilità della causa da parte dell'indagato: è un giudizio che appartiene in toto al giudice. Si ricordi, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 520 ; A. MANGIARACINA, *La tenuità, del fatto*, cit., pp. 9 e ss..

⁶⁶⁸ A. MANGIARACINA, *La tenuità*, cit., p. 9.

novum investigativo ben specifico, al fine di porre in crisi la valutazione circa la “particolare tenuità” alla base della precedente pronuncia archiviativa, ossia un'esigenza motivata di nuove investigazioni, potenzialmente capaci di modificare il precedente giudizio prognostico, come potrebbero essere l'acquisizione di atti di indagini compiuti in un altro procedimento anch'esso chiusosi con un'archiviazione ai sensi dell'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p., costituente materiale su cui rivedere il giudizio circa il requisito dell'abitudine o meno del comportamento criminale, come l'emersione di precedenti condotte illecite, determinate modalità della condotta che, se conosciute nel momento della declaratoria, avrebbero impedito la pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

In sintesi, la pronuncia archiviativa per particolare tenuità risulta avvolta da una maggiore resistenza⁶⁶⁹, anche se va sottolineato, al pari dell'archiviazione tradizionale, non presenta un'efficacia preclusiva se non nel caso delle attività di indagine, che risultano invero invalidamente ⁶⁷⁰ poste in essere senza la formale riapertura di cui all'art. 414 c.p.p., questo in quanto vi è l'immanente principio della completezza delle indagini, su cui si fondano tutte le ipotesi di archiviazione.

Inoltre, come nell'archiviazione tradizionale, non sarebbe neanche in tale ipotesi possibile applicare una misura cautelare personale, che necessita della pendenza di un procedimento, che vi sarebbe appunto nell'eventuale riapertura delle indagini.

Anche qui si potrebbero avanzare le medesime e note incertezze, che hanno coinvolto per molti anni dottrina e giurisprudenza, se la riapertura vada considerata quale condizione atipica di procedibilità la cui mancanza costituisce impedimento all'esercizio dell'azione penale o meno. Favorevoli alla soluzione affermativa sono le Corti,

⁶⁶⁹ L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 244, pone l'accento su tale resistenza, che assume un'importanza del tutto peculiare rispetto alla dichiarazione che il soggetto destinatario della pronuncia archiviativa può fare in un processo a carico di altri, ex art. 197 *bis* c.p.p. il ruolo di testimone puro risulta in tale eventualità, anche per la giurisprudenza più recente delle Sezioni Unite, più stabile ovviamente delle ipotesi “classiche”. Profilo che potrebbe presentare profili di strumentalizzazione se non fosse che la discrezionalità del giudice rende più gestibile tale tipo di pronuncia e quindi meno facile la deriva verso usi impropri dell'istituto per ottenere prove piene a carico di altri soggetti con addebitati fatti più gravi.

⁶⁷⁰ Anche se è discusso in dottrina che queste possano essere qualificate quali invalide invece che inutilizzabili ex artt. 191 e 407 co. 3 c.p.p. a seconda che la riapertura rivesta ruolo o meno di condizione atipica di procedibilità. F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 434 nonché in Giurisprudenza, Cass. Pen. Sez V, 25 ottobre 1994, Carbone, m. 199875, nonché Cass. Sez IV, 24 giugno 1998, Migliaccio, m. 212910, che escludono la nullità del procedimento.

costituzionali e di legittimità⁶⁷¹⁶⁷², nonché alcuna autorevole dottrina⁶⁷³. A ciò si sono contrapposti altri Commentatori, la cui teoria, sosteneva che una limitazione di questo genere sarebbe impensabile nel nostro ordinamento stante il principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost*; pertanto, l'unica possibile conseguenza alla violazione dell'art. 414 c.p.p. dovrebbe essere l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti senza autorizzazione⁶⁷⁴.

La realtà normativa si è sempre posta in maniera più drastica: non vi è menzione, tra i provvedimenti suscettibili di divenire irrevocabili e produrre il *ne bis in idem ex art. 648 e 649 c.p.p.*, il provvedimento di archiviazione; inoltre, la riapertura verterebbe sul profilo dello svolgimento delle indagini, nulla a che vedere con l'art. 434 e ss. c.p.p. che invece disciplinano l'esercizio dell'azione solo allorquando la sentenza di non luogo a procedere venga revocata.

Anche la giurisprudenza è arrivata ad un punto di definitivo approdo, su cui la scrivente non si sente di ribattere, anche in forza di una lettura approfondita di alcuni contributi di autorevoli Autori⁶⁷⁵, è che la mancata adozione del provvedimento autorizzativo,

⁶⁷¹ Affrontata prima da Corte Costituzionale, sentenza 19 gennaio 1995, n. 27, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 1371 con nota critica di F. CAPRIOLI in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1147 con osservazioni di A. MACCHIA, che ha stabilito l'efficacia preclusiva sentenziando che "carattere indefettibile di ogni ipotesi di preclusione è quella di rendere improduttivi di effetti l'atto o l'attività preclusi, ed è compito del giudice quello di sancire tale inefficacia" La soluzione è stata rimessa per due volte alle Sezioni Unite, Sez. Un., 22 marzo 2000, n.9, Finocchiaro in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2610, che ha aderito all'interpretazione fornita dalla Consulta cinque anni prima. si è dichiarata a favore dell'impostazione garantista. In assenza del provvedimento di autorizzazione alla riapertura delle indagini preliminari, non è possibile condurre nuove e utili investigazioni e nemmeno esercitare l'azione penale: si è riconosciuta al provvedimento autorizzativo del giudice natura di vera e propria "autorizzazione a procedere". Dieci anni dopo, Cass. Sez. Unite, 24 giugno 2010, n. 33885, Giuliani, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 4, 422. viene ulteriormente precisato l'ambito di applicazione di tale preclusione

⁶⁷² Nel medesimo solco, Sez. I, 30 aprile 1996, Zara, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2515 e Sez. VI, 18 settembre 1996, Tagliari, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2117

⁶⁷³ Di questo avviso A. NAPPI, *op. cit.*, p. 341; L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale*, Milano, 1999, p. 537; I. RUSSO, *Riapertura delle indagini*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 441; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 99 secondo il quale, ragionando al contrario, si arriverebbe alla "stranezza di un pm che, tenuto ad esercitare l'azione penale quando non sussistono i presupposti per l'archiviazione, sia abilitato ad esercitarla quando non solo abbia già ritenuto insussistenti i presupposti per l'archiviazione, ma questi siano già stati accertati dall'organo giurisdizionale" e che quindi l'azione penale se esercitata al di fuori della formale riapertura sarebbe affetta da nullità assoluta, *ex art. 178 lett. b) e 179 co. 1 c.p.p.*; Così anche L. PADULA, *L'archiviazione: modelli, questioni e scelte operative*, Milano, 2005, p. 372.

⁶⁷⁴ §638, nonché Di questo diverso avviso GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini*, in *Dig. D. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 166; R. E. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 355; A. BERNARDI in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, sub art. 414, 1990, p. 554; F. CAPRIOLI, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, sub art. 414, II.

⁶⁷⁵ Tra cui, R. APRATI, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2011, 4, p. 422 A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2007, p. 404.

inoppugnabile⁶⁷⁶, di riapertura delle indagini provoca due diverse conseguenze: l'inutilizzabilità degli esiti di indagine successivi alla archiviazione non rimossa e la preclusione all'esercizio della azione penale.

Ultima postilla merita il procedimento per reato commesso da persone ignote: un *iter* necessariamente diverso, art. 415 c.p.p. ex l. 479/1999, esclusa la possibilità di esercitare l'azione penale per quei reati commessi da persone non identificate. Il legislatore ha previsto che, entro sei mesi dall'iscrizione oggettiva della notizia di reato, il pm debba optare tra la richiesta di archiviazione ovvero l'autorizzazione a proseguire le indagini.

3.4.L'udienza preliminare

Il D. lgs sul tema nulla specifica⁶⁷⁷: milita in favore di un'applicazione dell'istituto anche in tale fase secondo alcuni, il fatto che sia stata prevista un'ipotesi peculiare archiviativa con l'inserimento del comma 1 *bis* all'art. 411 c.p.p. (come si è detto estensivamente), nonché anche nella fase predibattimentale, come disciplinato all'art. 469 co. 1 *bis* c.p.p.. Ancora più giustificato motivo per ravvedere anche in questa fase l'operatività della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, sembrerebbe la circostanza per cui, il codice di procedura, all'art. 425 co. 1, prevede che, l'udienza preliminare, abbia tra i propri esiti, la possibilità che il Gup “se si tratta di persona non punibile per qualsiasi altra causa, pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo”: una formula comprensiva anche delle cause di non punibilità in senso stretto⁶⁷⁸, in forza della quale non è stato ritenuto necessario implementare la

⁶⁷⁶ Giustiniani, *Il diritto penale*, 1993, Milano, maggio 1992, n. 4702.
⁶⁷⁷ Questa pretesa per l'art. 411 c.p.p. ha soggiunto alla richiesta di archiviazione. Nella sostanza una previsione per particolare tenuità ai sensi dell'art. 425 c.p.p.: si tratta però di un'ipotesi residuale. Così, L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 247.

⁶⁷⁸ Trib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3936, giud. Tremolada, commentata da G. ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del tribunale di Milano*, cit. Inoltre, Trib. Trento, del 29 aprile 2015, n. 229/15, relativa ad un'imputazione per 640 *ter* e 55 D. Ivo n. 231/07 e l'applicazione dell'art. 425 c.p.p. per le ipotesi ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. Ancora, il Gup presso il tribunale di Trento con la sentenza impugnata, resa ai sensi dell'art. 425 c.p.p. il 4-9 giugno 2015, ha proscioltto il F., ed altri soggetti non impugnanti, dall'imputazione di diffamazione a mezzo stampa in danno di G.L., costituitosi parte civile. Il Gup di Trento aveva esaminato la questione afferente l'imputazione e ritenuto l'inutilità del dibattimento in presenza certa dell'applicabilità della causa di non punibilità, ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.. Avverso la sentenza resa dal Gup ha proposto ricorso per cassazione personalmente il solo F. rilevando i seguenti vizi di legittimità a) violazione di legge in quanto il giudice trentino aveva applicato l'art. 131 *bis* cp benché tale possibilità non fosse

disposizione, già idonea formalmente ad accogliere il nuovo istituto⁶⁷⁹. In base a tali argomentazioni l'accertamento sembra vantare una natura sostanziale, in perfetta armonia con quanto richiesto dal nuovo tipo di pronuncia. Sarebbe quindi compito del giudice, soggetto solo alla legge, valutare e optare per la formula adeguata, tra il ventaglio decisorio che l'art. 425 c.p.p. e la normativa gli offre.⁶⁸⁰ Tale affermazione positiva dell'operatività si inserisce in un dibattito tuttavia molto acceso. Sembra ancora molto discusso che la causa in questione possa operare sia nella fase dell'udienza preliminare *ex art.* 425 c.p.p. sia nell'eventuale rito abbreviato che qui si innesti: entrambe le soluzioni contrapposte rilevano argomenti a loro sostegno validi e motivati. La prospettiva "negativa", facendo leva sul silenzio serbato dal Legislatore sul punto, che invece si è espresso chiaramente in sede di archiviazione e predibattimento, nonché sulla conseguente mancata menzione di una interlocuzione delle parti, ha prospettato che la volontà legislativa fosse quella di non prevedere la pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. in tale fase. Proprio la mancata previsione di uno spazio di interlocuzione milita a favore dell'impossibilità di pronunciare la particolare tenuità qui, non essendo nemmeno menzionata un'eventuale rinunciabilità. Tale impostazione teorica si avvale anche di un'ulteriore argomentazione, che si ispira alla diversità di tipologia di accertamento che le pronunce per la particolare tenuità richiedono: un giudizio estraneo al classico vaglio prognostico *ex art.* 425 c.p.p. Va tenuto presente il fatto che, stante anche la funzione di "filtro" svolta, dopo la riforma del 1999 con l'art. 23 della L. n. 479, dall'udienza preliminare, per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, il Gup potrebbe e dovrebbe valutare, sotto il mero aspetto processuale, se gli elementi probatori acquisiti siano insufficienti, contraddittori o inadeguati a sostenere l'accusa in giudizio, dovendo

preveduta dalla legge, in sede di udienza preliminare, b) visto di motivazione in quanto il primo giudice aveva esaminato il merito dell'imputazione e precisato che vi erano ragioni che imponevano l'assoluzione degli imputati ma non solo non aveva provveduto a tale declaratoria ma applicava causa escludente la punibilità. La Sez. V della Corte di cassazione, sent. 23 maggio 2016 n° 21409, rigettava il ricorso e condannava il ricorrente al pagamento delle spese processuali. In senso conforme, Cass. Pen. Sez. II, n. 46415 del 5 novembre 2015, in CED Cass. 2015.

⁶⁷⁹ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1327, che si rifà alle pronunce della Cassazione, nonché, come si dirà successivamente, all'art. 2 Cost ed ai doveri inderogabili di solidarietà. A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 800; che fonda la sua opinione sul fatto che la nuova udienza penale, per come strutturata, da ampio spazio di difesa all'imputato. Così anche L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 253. *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., p. 4 che si rifà alla presenza, seppur cartolare, del contraddittorio nonché l'obbligo di avviso al soggetto offeso, pena la nullità; inoltre è in linea con le finalità deflattive della riforma. Procura di Lanciano, *Prime linee-guida*, cit., p.21, in forza della ampia formula prevista al comma 1 ed appunto al contraddittorio cartolare.

⁶⁸⁰ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p. 77.

giudizio di prognosi sull'opportunità del dibattimento, a cui è necessario rimanga estranea qualsivoglia approfondita analisi del merito⁶⁸¹. Certo siamo in presenza di un'udienza preliminare dotata di vari e validi strumenti che le consentono di divenire sede di un approfondito accertamento, ma la sentenza di non luogo a procedere ha, in base a tale argomentazione, comunque natura meramente processuale⁶⁸².

Invece, in base ad ormai assodata opinione della Corte costituzionale, la natura della sentenza *ex art. 425 c.p.p.* è di merito. La Corte⁶⁸³, che ha affrontato tale tematica rispetto al giudizio penale minorile, ha espresso la considerazione in base alla quale, ormai, in tale sede, risulta chiaro che si compia un accertamento compiuto e nel pieno rispetto del diritto di difesa, sicchè le pronunce di proscioglimento contenenti una valutazione di responsabilità, come la non imputabilità o appunto altre cause di non punibilità tra le quali spicca l'irrelevanza del fatto, possano qui trovare sicuramente spazio. Queste tuttavia necessitano dell'adesione dell'imputato: tant'è vero che la contumacia di questi, che non permette di raccogliergli il consenso, fa sì che se il fatto risulti irrilevante e debba pronunciarsi rinvio a giudizio⁶⁸⁴. In realtà, molti Autori hanno rilevato, che ammettere tali tipi di sentenze sarebbe come ammettere un'evidente deroga alla dialetticità che innerva il meccanismo di formazione della prova, che non troverebbe nemmeno giustificazione nell'impugnazione in Cassazione che comunque, a parte i limiti in ordine al profilo conoscitivo e decisorio, si rivelerebbe fittizio in quanto meramente volto a controllare la decisione, non potendo intervenire sul *deficit probatorio* alla base.⁶⁸⁵

⁶⁸¹ Cass. pen. Sez. II, 07-04-2016, n. 15942, in CED Cass. 2016, rv. 266443. Cass. pen. Sez. IV, 18-02-2016, ivi, n. 19179, rv. 267250.

⁶⁸² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 905 e A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 418.

⁶⁸³ Prima apertura a tale lettura, rispetto al procedimento penale minorile, Corte Cost. 6 luglio 2001, n. 224, a cui sono susseguite diverse pronunce tra cui Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 195, Corte Cost., 2 aprile 2004, n. 110 Corte Cost. 9 maggio 2003, n. 149; Corte Cost. 11 giugno 2003, n. 208 ed infine Corte Cost., 11 febbraio 2013, n. 24. In legittimità, Cass. Pen. Sez. II, 5 marzo 2014, n. 21826, in CED Cass. 2014, rv. 259577, Sez. 2, Ordinanza n. 45527 del 21 ottobre 2005, ivi, n. 233142. Sez. II, Ord., 21 ottobre-2005, n. 45527, in Arch. Nuova Proc. Pen., 2007, 1, p. 113 Cass. Pen. n. 40569 del 2008, ivi, rv n. 241316; Cass. Pen. 13237 del 2008, ivi, rv n. 239575. Cass. Pen. Sez. III, 9 luglio 2009, n. 36362, ivi, rv. 244901. In dottrina, S. QUATTROCOLO, *Esiguità*, cit., p. 193.

⁶⁸⁴ Così R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1327; Contra, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit. nonché M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, pp. 103 e ss. P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p. 78.

⁶⁸⁵ Così P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p. 79; Contra R. APRATI, *Le questioni processuali*, cit., pp. 1326 e ss, che invece vede nel ricorso per Cassazione, con il motivo del vizio di motivazione della decisione o dell'ordinanza che hanno escluso le prove, un adeguato elemento controbilanciativo della mancanza del consenso.

In realtà la possibilità che l'udienza preliminare divenga un giudizio di merito, quindi con il consenso dell'imputato, è offerta dall'ordinamento nelle forme del giudizio abbreviato. Per questo alcuni Commentatori hanno avanzato la proposta che, "al fine di ottenere una pronuncia di esclusione della punibilità per tenuità del fatto", l'imputato debba "chiedere il giudizio abbreviato, ossia un giudizio di merito".⁶⁸⁶ E' proprio quello del contraddittorio *ex art. 111 co. 5 Cost.*, il profilo più di ostacolo al riconoscimento della possibile pronuncia in questione in udienza preliminare, poichè non sembra qui invero, compiutamente chiarito nei confronti della nuova causa di non punibilità, dove vi è un accertamento pieno della responsabilità. La non previsione di un previo consenso dell'indagato (qui nemmeno temperata dalla facoltà di opposizione che vi è nell'archiviazione) nonché l'assenza della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, non può non sollevare qualche incertezza rispetto quindi all'inclusione delle pronunce *ex art. 131 bis c.p.* nell'*art. 425 c.p.p.*⁶⁸⁷. È ancora incerto infatti, e le pronunce costituzionali rispetto al giudizio minorile non hanno chiarito tutti i dubbi, se il consenso in presenza di tali nuove sentenze "ibride" sia indefettibile o indifferente⁶⁸⁸, anche perché, se da un lato sembra assodato in giurisprudenza che il diritto dell'imputato al giusto processo e all'assunzione delle prove a suo carico nel dibattimento debba prevalere rispetto alla necessità di chiudere celermente il processo, anche perché non può un'affermazione di responsabilità essere imposta all'imputato in quanto il suo consenso assume la veste di una rinuncia all'istruzione dibattimentale, dall'altro lato l'affermazione incontrovertibile della necessità di tale assenso non vi è. Data perciò la peculiarità di accertamento insito nelle pronunce *ex art. 131 bis c.p.*, se il Legislatore avesse proposto per l'ammissibilità della pronuncia, anche senza previo consenso, all'imputato dovrebbe essere concesso poter chiedere almeno un giudizio di merito, ossia un giudizio abbreviato. Si potrebbe affermare che l'ammissibilità delle pronunce di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 425 c.p.p.* non dovrebbero creare problemi stante l'assenza di qualsiasi effetto anche solo *latu sensu* pregiudizievole e quindi il consenso

448/1988 del giudizio minorile: la corte in tale caso, ha chiarito la necessità del consenso per le sole
⁶⁸⁶ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit. p. 82.
⁶⁸⁷ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit. p. 77.
⁶⁸⁸ pronunce di perdono giudiziale o dichiarazione di irrilevanza, appunto sostanzialmente di condanna, ma non formalmente. Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 195 con rinvio di M.G. COPPETTA, *Cost. 05*, pp. 1556 e ss. e Corte cost. 2 aprile 2004, n. 110.

non sembrerebbe qui necessario; l'iscrizione nel casellario giudiziale, a cui tali provvedimenti sarebbero sottoposti non può non essere considerata come neutrale nelle conseguenze, dato che l'indicazione del criterio ostativo per una nuova medesima pronuncia in forza della commissione di reati della stessa indole, fa sì che non vi sia la possibilità di ricorrere nuovamente al beneficio in questione (anche se non può definirsi, per alcuni, una conseguenza punitiva nel vero senso del termine, ma più che altro specialpreventiva, e quindi non necessariamente da tutelare con misure altamente difensive) per alcuni l'ammissibilità di tali pronunce si riconosce in forza del tipo di contesto, nonché dalla lettera dell'art. 425 c.p.p. che consente la pronuncia in questione per le ipotesi di imputabilità, qualora non vadano applicate misure di sicurezza, vi sia già la piena accettazione di pronunce che in tale fase accertano la commissione di un reato. Anche se va chiarito su tale punto che sulla possibilità di pronunciare sentenza di difetto di imputabilità in udienza preliminare permangono ancora dubbi in quanto, non tutti sono concordi a ricondurla ad una causa personale di esenzione della pena⁶⁸⁹: punto a favore, in verità, per tali sentenze risiede che qui oltre alla punibilità dovrebbe venire meno anche la colpevolezza, che invece permane nelle pronunce *ex art. 131 bis c.p.*⁶⁹⁰

Si comprendono quindi le tematiche di scontro tra l'orientamento che non ritiene applicabile la causa di non punibilità anche in sede di udienza preliminare e quello che invece ne ravvede la possibile operatività. Una lettura singolare, che merita menzione, di un'Autrice tra i sostenitori dell'orientamento “positivo” è offerta dall'Autorevole dott. Aprati⁶⁹¹, la quale, non riconoscendo invero in sede di udienza preliminare (come di archiviazione) una violazione del principio costituzionale del contraddittorio, suggerisce la possibilità di premere su una considerazione particolare dell'art. 2 Cost e dei doveri di solidarietà sociale ivi previsti, in base ai quali è consentito accollare a qualcuno un peso, per il bene di altri. Accollare agli imputati colpevoli di fatti penalmente rilevanti particolarmente tenui la rinuncia al contraddittorio sembra la via per poter garantire lo svolgimento dibattimentale a coloro che si sono macchiati di reati non tenui., in forza

⁶⁸⁹ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. Pen.* 2000, pp. 2831 e ss., e A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 356. in base a tale prospettiva il co. 4 dell'art. 425 c.p.p. coinvolgerebbe le altre ipotesi di proscioglimento, a cui applicare le misure di sicurezza, ai sensi art. 49 e 115 c.p.p.

⁶⁹⁰ È un fatto non colpevole quello commesso dall' inimputabile perché egli per la sua condizione personale non può essere rimproverato di dolo o colpa e per questo la risposta neutra della misura di sicurezza è quella più adeguata. La particolare tenuità del fatto non esime dalla colpevolezza.

⁶⁹¹ Ispirata da V. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 198 e ss.

della ormai ovvia presa di coscienza dell'impossibilità di garantire a tutti un pieno ed equo contraddittorio processuale, in termini ragionevoli⁶⁹².

Merita menzione una teoria decisamente particolare. Per alcuni , adoperando un *escamotage* dogmatico che tratta la causa di non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. come sostanziale ma dal comportamento processuale, si potrebbero superare tutte quelle problematiche che si sono fino ad adesso paventate. Si può allora considerare l'idea che il giudice dell'udienza preliminare, rilevata la tenuità del fatto contestato all'imputato, debba pronunciare una sentenza di non luogo a procedere perché "l'azione penale non doveva essere iniziata", ai sensi dell'art. 425 co. 1 c.p.p. , con una decisione che, non presupponendo l'accertamento della responsabilità dell'imputato, è compatibile con la destinazione dell'udienza al controllo sull'esercizio dell'azione penale⁶⁹³.

Condividendo alcune argomentazioni portate all'attenzione da uno o dall'altro degli schieramenti, ed auspicando un intervento volto a districare questa difficoltosa questione processuale e sostanziale, mi sento comunque di dover rimarcare che una forma, seppur cartolare, di contraddittorio è anche qui presente: vi è il deposito di atti, uno strumentario di assunzione *ex officio* di patrimonio probatorio ampio, ai sensi dell'art. 421 co. 1 c.p.p. qualora si appalesi al giudice "evidente la decisività" e tale pronuncia ha come sede di impugnazione il collegio di legittimità, di cui si ammette candidamente la problematicità.

Mi sento quindi di condividere, seppure con qualche riserva, la posizione "positiva" riguardo l'operatività della causa di non punibilità qui in esame in sede di udienza preliminare, poiché più coerente con la *ratio legis* ispiratrice dell'intervento riformatore, nonché, ad eccezione del profilo del contraddittorio pieno su cui nutro alcuni dubbi, con la nuova sistemazione dell'udienza. In base a tale impostazione il giudice , munito di una piena conoscenza dei fatti per i quali si è instaurato il processo, potrebbe emettere una sentenza di non luogo a procedere per tenuità del fatto, attraverso la formula "persona non punibile per qualsiasi causa", avverso la quale sarà proponibile solo il ricorso per Cassazione *ex art.* 428 c.p.p., con tutte le problematiche di cui sopra, in tutti i casi nei quali l'organo non ravveda alcuna possibilità che il dibattimento possa giungere ad una diversa soluzione. Certamente anche l'approdo a tale scelta non va

⁶⁹² Contra, P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p. 79 che vede in tale impostazione un'evidente distonia rispetto all'art. 111 Cost., in quanto le garanzie non possono essere diversamente modulate a seconda della gravità o meno del reato, perché in gioco vi è la responsabilità penale da accertare.

⁶⁹³ A. NAPPI, *Tenuità del fatto*, cit., p. 9.

esente da critiche in quanto il Legislatore, introducendo con l'art. 131 *bis* c.p. nell'ordinamento una speciale causa di non punibilità e fatta rientrare nell'ampia previsione di applicabilità in sede di udienza preliminare, avrebbe potuto riconoscere tale operatività dell'esimente unicamente in presenza di un necessario contraddittorio, in forza di un'interpretazione, già in dottrina da tempo presente, che si può definire "avvenieristica" che sottolinea come tale pronuncia presupponga, per sua stessa natura, l'interlocuzione delle parti⁶⁹⁴.

Il Legislatore ha sempre riconosciuta al Gup la facoltà di procedere al proscioglimento anche della persona non punibile, nelle ipotesi in lo cui svolgimento del dibattimento si riveli inutile. Tuttavia, l'accertamento che questo tipologia di pronuncia richiede è invero diverso, poiché comporta un' anticipata verifica della "colpevolezza" dell'imputato, che per alcuni Commentatori, stona con il ruolo e le facoltà del giudice dell'udienza preliminare. In realtà i poteri accordati al Gup, come già accennato, più ampi post riforma, consentirebbero di vagliare se tale peculiare causa, nei suoi requisiti, emerga o meno dagli atti del procedimento: ha a disposizione l'intero fascicolo delle indagini, anche integrato eventualmente da atti provenienti dalle investigazioni della difesa, può egli *ex officio* ordinare nuove indagini nonché assumere nuove prove in base alle quali propendere per l'esito della sentenza di non doversi procedere.

Inoltre il soggetto offeso può qui interloquire in quanto destinatario dell'avviso dell'udienza, anche se, ad onor del vero, l'effettiva possibilità di partecipazione di tale soggetto è stata fino adesso oggetto di riserve: questo perché, anche se in forza degli artt. 419 c.p.p. e 131 disp. Att. c.p.p., non è in dottrina né in giurisprudenza unanimamente considerato il diritto alla partecipazione all'udienza preliminare, poiché è affermato da molti che la citazione abbia l'unica finalità di consentire la costituzione di parte civile. Anche su ciò, sembra dover e poter intervenire la nuova direttiva sulle vittime 2012/29/UE, che modificando l'art. 90 c.p.p. dovrebbe incidere sulla definitiva soluzione di tale questione⁶⁹⁵. Problemi poi ulteriori si innestano anche sulla facoltà di impugnativa di tale sentenza da parte dell'offeso costituitosi parte civile, soprattutto con riferimento al riformato art. 577 c.p.p. e ancora maggiormente all'indomani della nota

⁶⁹⁴ C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 521.

⁶⁹⁵ Le letture più recenti, ad esempio G. SPANGHER, *sub art. 90 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, 2010, p. 520, sembra avere già aperto ad una lettura volta alla vera e propria partecipazione dell'offeso; contra, le letture più risalenti, in linea con quanto espresso dalla Corte Cost nel lontano 1968, sentenza n. 132, A. GHIARA, *sub art. 90 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, 1989, p. 409.

Legge Pecorella, intervenuta sull'art. 428 c.p.p., che sembrano avere trovato risposta, in linea col nuovo *trend* attento all'offeso nel processo, nella possibilità di impugnazione da parte del soggetto vittima di reato, anche in forza di un interesse “squisitamente penale” per rispondere al fatto criminoso⁶⁹⁶.

L' approccio volto all'affermazione delle pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. affonda le proprie salde radici nella “solita” necessità di recupero di efficienza e finalità deflattiva: l'istituto, se applicabile in tale fase, realizza quell'*ultima ratio* alla base di tutta la riforma, che sarebbe invece vanificata ogniqualvolta si pervenga al giudizio dibattimentale.

Mi si consenta di ribadire che comunque è sicuramente necessario un intervento dirimente della consulta, anche al fine di risolvere le incertezze ed i possibili contrasti che si porrebbero tra le pronunce espresse dalla stessa nei confronti del giudizio minorile e la possibile pronuncia di proscioglimento per particolare tenuità in sede di udienza preliminare, ai sensi dell'art. 3 Cost⁶⁹⁷.

3.5 Il proscioglimento predibattimentale nell'ipotesi della non punibilità per particolare tenuità del fatto

Le fasi successive alle indagini preliminari non sono state considerate nel particolare dal Legislatore, con la unica eccezione per l'appunto della sentenza predibattimentale all'art. 469 c.p.p.⁶⁹⁸, che assume notevole importanza, stante la prevalenza del meccanismo a citazione diretta, con il salto dell'udienza preliminare, per i reati rientranti nel campo

⁶⁹⁶ Dibattito ricostruito efficacemente nelle sue problematiche, Cass. Sez. unite, 29 maggio 2008, D'Eramo, *Cass. Pen.* 2009 con nota di G. ANDREAZZA, *Il ricorso per cassazione della persona offesa costituitasi parte civile avverso la sentenza di non luogo a procedere tra incoerenze sistematiche e dubbi di costituzionalità*, in *Cass. Pen.* 2009, p. 109 e ss. In realtà come sottolinea L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 254, nota 79, il disegno di legge n. 2798, all'art. 12 ora oggetto di iter parlamentare, mira a sopprimere il secondo periodo al comma 2 dell'art. 428 c.p.p. come riformato dalla Legge pecorella, in quanto il soggetto offeso non risulterebbe pregiudicato nei propri interessi. Contro ciò, tra i tanti, L. ALGERI, *L'impugnazione della parte civile*, Padova, 2014, pp. 119 e ss.

⁶⁹⁷ Ampiamente, G. GIOSTRA, *Il codice di procedura penale minorile*, Miano, 2007, dove viene affrontato il problema del non dialogo tra la riforma del giusto processo e la normativa minorile, il cui esito è stato unicamente una pronuncia di incostituzionalità del 2002 nei confronti dell'art. 32 D.P.R. 448/1988, proprio a proposito del necessario consenso per la pronuncia di non luogo a procedere in sede di udienza preliminare. Non è stato invece affrontato il profilo dell'irrilevanza, ma dalla motivazione “a contrario”, stante l'affermazione implicita della responsabilità ivi presente, il consenso sembra doversi essere.

⁶⁹⁸ Art. 3 D. lgs. n. 28/2015, che rubricato “disposizioni di coordinamento processuale”, prevede appunto che “al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni a) all'art. 469 c.p.p. è aggiunto un comma 1 *bis*...”

applicativo dell'istituto. Sarà quindi nelle ipotesi dove al pm sia sfuggita la particolare tenuità, che il giudice in fase predibattimentale potrà pronunciarla, evitando ulteriori dispendi di tempo e risorse, nel compimento della finalità deflattiva della riforma⁶⁹⁹. Sicuramente avrebbe maggior frequenza l'applicazione dell'esimente in tale fase qualora si escludesse la possibilità di una pronuncia ai sensi dell'art. 425 c.p.p., accompagnata anche dalla previa interlocuzione delle parti.

È stato previsto un nuovo comma 1 *bis*, dove viene disciplinata la declaratoria di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto:

“La sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131 *bis* del codice penale, previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare”

Tale sentenza si atteggia quindi, quale momento conclusivo di un meccanismo comprensivo di una necessaria audizione delle parti, imputato e pm, e del soggetto offeso: interlocuzione per quest'ultimo che si atteggia in maniera drasticamente diversa rispetto alla fase precedente delle indagini preliminari⁷⁰⁰.

Cominciando con una lettura esegetica della disposizione, balza all'occhio dei lettori il riferimento, peculiare, ad una “sentenza di non doversi procedere”, che solitamente è una formula appartenente ad epiloghi meramente processuali e che risulta un riferimento stonato alla presenza di una categoria sostanziale come quella della punibilità e del necessario accertamento della responsabilità di un fatto penalmente rilevante⁷⁰¹, poiché la sentenza inoppugnabile ai sensi dell'art. 469 c.p.p. si fonda su quella che si suole definire una natura tecnica del proscioglimento, senza la necessità di ulteriori accertamenti sui presupposti. Per tali motivazioni sembra strano, molto, che tale schema possa accogliere, non senza parecchie forzature almeno, le ipotesi di

⁶⁹⁹ E. MARZADURI, L'ennesimo compito, cit., p. 7.

⁷⁰⁰ Chiaramente, in Cass. pen. Sez. III, 08 ottobre 2015, n. 47039, in CED Cass. 2015, rv. 265447, dove nella massima afferma che “La sentenza predibattimentale per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.p. presuppone che la persona offesa sia messa in condizione di scegliere se comparire ed interloquire sulla questione, mediante avviso della fissazione dell'udienza in camera di consiglio contenente espresso riferimento alla specifica procedura di cui all'art. 469 co. 1 c.p.p.. Nella fattispecie in cui la Corte ha giudicato non sufficiente la notifica del decreto di citazione a giudizio, perché effettuata quando tale particolare esito del procedimento non era neppure prevedibile.

⁷⁰¹ Si esprime nel senso di una contaminazione tra processuale e sostanziale, che ha comportato la creazione di una pronuncia di non doversi procedere a dir poco singolare, L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 247. Quasi una trasformazione della pronuncia che presuppone, in maniera del tutto originale, un accertamento nel merito.

particolare tenuità che invece richiedono numerose e complesse verifiche. Non può considerarsi certamente una mera svista del Legislatore, ma piuttosto una, forse discutibile, volontaria scelta che può trovare diverse giustificazioni: *in primis* potrebbe rilevare la *sedes* in cui tale disposizione è inserita, necessariamente da coordinare con il primo comma del medesimo articolo, anche se, va considerata, la sostanziale differenza che vi è tra una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato o per difetto di una o più cause di procedibilità e per la presenza di una causa di non punibilità: per usare le parole di un'Autorevole voce, solo la prima presenta i caratteri di un *absolutio ab observatione iudicii* ⁷⁰². Per altri Autori, tale scelta di campo del legislatore risponde ad una precisa intenzione di creare una netta linea di demarcazione tra la considerazione dogmatica e sostanziale della causa e la sua dinamica processuale, che trova conferma dal riferimento, poco chiaro, nell'art. 651 *bis* c.p.p. al proscioglimento, in netta controtendenza rispetto alle altre disposizioni che trattano degli effetti extrapenali della sentenza, che si riferiscono all'assoluzione irrevocabile.

Molto si può dire rispetto alle diverse possibili motivazioni che hanno spinto il Legislatore ad inserire tale tipo di pronuncia, che necessita di un accertamento nel merito della responsabilità penale, in un contesto, come quello del proscioglimento predibattimentale, normalmente volto alla rilevabilità della presenza di una causa estintiva o di improcedibilità, che si attesta sulla dimensione della fondatezza a cui sono del tutto estranee le considerazioni e le valutazioni complesse che coinvolgono le pronunce di non punibilità per particolare tenuità: quello che è richiesto normalmente nella sede predibattimentale è un vaglio circoscritto all'atto di imputazione a cui il giudice deve pervenire con i ridotti mezzi conoscitivi presenti nell'embrionale fascicolo del dibattimento (senza la possibilità di visionare il sicuramente più ampio fascicolo del pm) per verificare che la domanda di giudizio possa e vada coltivata.⁷⁰³ Proprio per tale motivo, numerosa dottrina sembra riconoscere l'impossibilità, non troppo rara, per il giudice di pervenire ad una decisione, che è stata più volte denominata quale “cripto-

⁷⁰² R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1327, di cui si sono riportate le parole, per definire quella che L'Autrice ha definito una incoerenza formale. Essa esclude la natura conciliativa del provvedimento e la natura procedurale della sentenza. F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 25, si esprime nel riconoscere un campo di applicazione della causa di non punibilità in tale sede, in maniera limitata.

⁷⁰³ Questione affrontata e dichiarata infondata dalla Corte Cost., 9 marzo 1992, n. 91, in *Riv. It Dir. Proc. Pen.* 1993, p. 393 con nota di S. BUZZELLI, *In tema di atti utilizzabili dal giudice ai fini della sentenza predibattimentale*, p. 780

condanna”,⁷⁰⁴ che ha sollevato diverse e confliggenti decisioni nelle corti di merito,⁷⁰⁵ dove spesso per superare tale incoerenza formale, si è attuato un *escamotage* consistente nella possibilità di richiesta di ulteriori atti da parte del giudice: *escamotage* che però non sembra poter superare compiutamente le eventuali e corrette incertezze rispetto alla paventata incompatibilità di tale giudice a compiere determinazioni sul merito. A sostegno di tali incertezze milita anche il fatto che raramente, dopo un'udienza preliminare conclusasi con il rinvio a giudizio, il giudice predibattimentale possa reperire elementi che dimostrino, senza ombra di dubbio, la particolare tenuità dell'offesa: sarà nei casi a citazione diretta appunto, o astrusamente qualora il giudice del dibattimento abbia opinione diametralmente opposta al Gup, che la praticità di tale pronuncia verrà in evidenza⁷⁰⁶.

È comunque inserito all'interno di un articolo, il 469 c.p.p., con cui deve essere mantenuta una certa coerenza, in particolare rispetto alla partecipazione dei soggetti interessati, anche se, come si vedrà, la dottrina non si è schierata in maniera unanime in tal senso, stranamente, ⁷⁰⁷ in quanto, è del tutto evidente che la sentenza di cui all'art.

⁷⁰⁴ A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 799, che sottolinea come non sia possibile attuare qui, come invece è stato fatto per il patteggiamento, un'estensione dell'art. 135 disp. Att. c.p.p. che consentirebbe la visione del fascicolo dell'accusa. P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p.73

⁷⁰⁵ A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 799 §54 e §55. tra le sentenze richiamate, si richiama, per l'estensiva e chiarissima trattazione, T. Milano, n. 3937/2015, con commento di G. ALBERTI, *Le prime applicazioni del Tribunale di Milano*, cit.. Nel medesimo orientamento, secondo cui è consentita l'acquisizione del fascicolo del pubblico ministero nel caso in cui il Giudice ravvisi la possibilità di definire, in via predibattimentale, un processo per particolare tenuità del fatto, Trib. Bari n. 1523/2015, con nota di A. DELLO PREITE, che afferma come “in quanto, da un lato, la norma fornisce all'interprete dei criteri negativi ed oggettivi per escludere la tenuità del fatto, dall'altro, invece, per quanto attiene ai criteri positivi e soggettivi, essa rimanda, invece, ai criteri dell'art. 133, 1° comma cp. che non emergono certamente dal solo capo d'imputazione e dal certificato del casellario giudiziario, ma debbono essere approfonditi nel merito, sol che si pensi alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e ad ogni altra modalità dell'azione, alla gravità del danno o al pericolo cagionato alla persona offesa dal reato ed all'intensità dell'azione; alla gravità del danno o al pericolo cagionato alla persona offesa dal reato ed alla intensità del dolo o al grado della colpa; si pensi, per chiarire, al ruolo della durata della condotta tipica nei reati permanenti”. Contra, Trib. Asti, n. 724/2015. Sulla possibilità di tale sentenza, Trib. Roma Sez. I, 24 febbraio 2016, in Massima redazionale, 2016. Così anche, Trib. Ascoli Piceno, 22 luglio 2016, ivi. Anche sulla non rinunciabilità della causa in capo all'imputato.

⁷⁰⁶ Cos', E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit., p. 9; S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 167.

⁷⁰⁷ Si fa riferimento a . L. PARLATO, *Il volto processuale*, che propende per una lettura atomistica del comma 1 bis c.p.p. A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 799, invece, candidamente afferma come non sia intellettualmente corretto ammettere un'applicazione “a piacimento” parziale del comma 1, in forza di una correttezza di pensiero sistematica votata alla coordinazione. Così anche Spunti di riflessione della Camera Penale di Siena e Montepulciano, a cura dell'Avv. R. DAINELLI, *Prime riflessioni sul D. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, contenente: “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67” secondo cui* : “Tale comma sembrerebbe – *prima facie* - non prevedere il diritto dell'imputato ad opporsi a tale pronuncia (previsto per la sentenza predibattimentale di cui all'art. 469 comma 1

469 *bis* c.p.p. sia soltanto una *species* dello stesso *genus*, cioè la sentenza predibattimentale di cui all'art. 469 comma 1 c.p.p.. La pronuncia predibattimentale è votata alla necessità dell'apporto delle parti, che si estrinseca nella non opposizione dei soggetti protagonisti del processo, pm e imputato, che presentano un vero e proprio potere di veto in capo alla pronuncia,⁷⁰⁸ a cui si aggiunge di “sentire anche l'offeso” (se compare).L'utilizzo della congiunzione “anche” consente invero di confermare tale assunto, sicché risulti chiaro che anche la sentenza predibattimentale di cui all'art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. debba prevedere anch'essa il diritto dell'imputato ad opporsi a tale pronuncia, previsto dalla sentenza predibattimentale “ordinaria” di cui all'art. 469 c.p.p., alla quale, il nuovo comma si richiama per i requisiti costitutivi e gli elementi procedurali, con l'unica precisazione che la sua emissione può avvenire *anche* per una causa diversa, appunto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., rispetto a quelle “classiche” previste dall'art. 469 c.p.p. Mi sento di condividere la posizione della dottrina maggioritaria, che ravvede anche nel nuovo comma 1 *bis* la necessità, che l'imputato non esprima dissenso, qui a maggior ragione ancora più motivato stante la natura sostanziale di condanna della pronuncia e l'iscrizione nel casellario, benché priva di alcun efficacia extrapenale, nonché nella necessità di garantirgli la facoltà di addivenire al dibattimento nella piena espletazione del contraddittorio probatorio, per ottenere una pronuncia più favorevole⁷⁰⁹. Qui è stato previsto, al contrario che nell'udienza camerale,

c.p.p.), per cercare di ottenere una sentenza con una formula liberatoria più ampia nel dibattimento. In altre parole, la sentenza predibattimentale di cui all'art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. per particolare tenuità del fatto non prevede (espressamente) il diritto dell'imputato ad opporsi a tale pronuncia. Tale lacuna deve, in realtà, ritenersi soltanto il frutto di un difetto di coordinamento, ma non una vera preclusione, che in realtà non esiste e può essere superata (mediante l'interpretazione letterale della stessa disposizione “.

⁷⁰⁸ Così, P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 74 e ss, A. MANGIARACINA, *La tenuità*, cit., p. 7 e tra i tanti altri, A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 799. e nel merito, trib. Asti, n. 724, cit. Contra L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 247, supportata anche da diverse pronunce di merito, tra le quali, trib. Milano, s. n. 3937, cit.; trib. Bari, n. 1523, cit.

⁷⁰⁹ Sul potere di veto in capo alle parti, Cass. pen. Sez. V, 04 febbraio 2016, n. 28660, in CED 2016, rv. 267360; Cass. Pen.Sez. 2, n. 6310 dell'11 novembre 2015, P.G. in proc. Cutili, in CED Cass. 2015, rv. 266207. Ancora, Cass. pen. Sez. III, Sent., 23 giugno 2016, n. 38507, in CED Cass. 2016, secondo cui l' opposizione di una delle due predette parti preclude pertanto al giudice l'emaneazione della sentenza ai sensi dell'art. 469 comma 1 *bis*. Così anche Cass. pen. Sez. IV, Sent., 10 febbraio 2016, n. 10190 e Cass. pen. Sez. V, Sent., 21 aprile 2016, n. 25394, Cass. pen. Sez. IV, Sent., 15 gennaio 2016, n. 15323. Cass. pen. Sez. V, Sent., 21 aprile 2016, n. 20720. Cass. pen. Sez. V, Sent., 13 giugno 2016, n. 33316. Nel merito, Trib. Campobasso, Sent., 13 aprile 2015, Trib. Terni, Sent., 05 ottobre 2015; Trib. Terni, Sent., 11 maggio 2016. Diversamente, Trib. Ascoli Piceno, 22 luglio 2016, cit., secondo cui la non punibilità per particolare tenuità del fatto, come già trattato in sede di archiviazione, non può essere oggetto di rinuncia da parte dell'imputato, non essendo l'eventuale contrarietà manifestata nell'interesse dell'imputato alla definizione del procedimento penale per particolare tenuità del fatto, di ostacolo ad una pronuncia in tal senso da parte del Tribunale.

un meccanismo di interlocuzione volto a smorzare sul nascere qualsivoglia questione inerente all'art. 111 comma 5 Cost. nonché all'art. 6 punto 2 CEDU. È una facoltà che si intreccia alla condizione processuale di proscioglimento, esiziale nell'ipotesi in questione, ancora di più che nella generalità dei casi. La facoltà di veto della pubblica accusa è mantenuta, ed è arricchita, nel nuovo comma, dalle medesime prerogative e giustificazioni alla base del comma primo: una scelta di strategia processuale che risponde alla possibile volontà per tale organo di rinviare alla fase dibattimentale, più garantita e completa, la decisione; anche perché, stante la sostanzialità dei requisiti ostativi all'operatività della causa di non punibilità, quali la abitudinarietà o l'esercizio di crudeltà o l'adozione di sevizie verso gli animali, la dinamica dibattimentale certamente meglio si presta⁷¹⁰.

Discusso è il profilo inerente al ruolo dell'audizione del soggetto offeso, su cui il delegante non si era espresso, che è sentita solo se compare: in base a tale formulazione sembra essere sancita l'assenza di qualsivoglia potere di veto in capo a tale soggetto, la cui audizione sembra rispondere a finalità informative ed argomentative circa la presenza o meno dei requisiti per la pronuncia di proscioglimento. Posizione che si pone, secondo alcuni Commentatori⁷¹¹, in linea con quanto espresso dalla Corte Costituzionale rispetto al potere di veto in capo all'offeso in riferimento alla pronuncia di decreto penale di condanna, dove ha espressamente statuito che: "E' costituzionalmente illegittimo l'art. 459 comma 1 c.p.p. nella parte in cui prevede la facoltà del querelante di opporsi, in caso di reati perseguibili a querela, alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna"⁷¹². In assenza di una

⁷¹⁰ Così, Cass. Pen. Sez. II, 15 marzo 2016, n. 12305, Panariello, in *Dir. Pen. Proc.* 2016, p. 887, con nota di ANSELMINI. Interessante che il procuratore di Asti, che aveva proposto ricorso per Cassazione perché la pronuncia era stata emessa nonostante la sua espressa opposizione, aveva già fatto ricorso per il medesimo tema, ed in aggiunta perché secondo lui mancavano addirittura i requisiti ex art. 131 bis c.p. accolto con sentenza Cass. Pen., sez. III, n. 47039, Derossi, dell'8 ottobre 2015, in *CED Cass.* 2015, rv 265446, a cui si guardi la nota per i richiami.

⁷¹¹ Tra i tanti, C. SANTORIELLO, *La non punibilità*, cit., p. 4, apprezza la scelta legislativa; così anche A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 799. Invece E. MARZADURI, *Ennesimo compito*, cit., p. 7 stante il trend vittimocentrico, afferma che sarebbe stato più corretto ravvedere un potere di veto anche in capo all'offeso.

⁷¹² Corte Cost., 27 febbraio 2015, n. 23, *Quotidiano Giuridico*, 2015 nota di CORBETTA è costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., in quanto la norma censurata non trova, infatti, valida giustificazione né con riferimento alla posizione processuale della persona offesa, né con riguardo a quella del querelante. Quanto alla prima, gli interessi civili sono assicurati dalla possibilità di esercitare la relativa azione in sede propria. La disposizione contestata si pone pertanto in contrasto sia con il principio di ragionevolezza che con quello di ragionevole durata del processo, stante la funzione acceleratoria del procedimento per decreto che viene ad essere inibito. Tale argomentazione ha convinto anche in dottrina, uno per tutti, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 522.

tale espressa previsione, permane il dubbio di quale sia il mezzo attraverso cui far valere gli interessi del soggetto offeso, che invece risulta pienamente tutelato nell'ordinamento del Giudice di pace, ai sensi art. 34 D. lgs. 274/2000, stante la peculiarità di tale tipo di rito. La risposta, un lettore attento, l'avrebbe già dovuta riscontrare nella massima delle sentenze, § 687: non è l'organo giurisdizionale che deve farsi carico di tale compito, a conferma della netta diversità dalla giurisdizione onoraria e della volontà di tenere ben separate la persecuzione pubblica e la tutela della vittima, in quanto la sede naturale delle pretese di questa è quella civile⁷¹³. Se l'offeso manca di comparire, potrebbe riconoscersi, in un'ottica deflattiva, il suo scarso interesse persecutorio, quale assenso tacito alla declaratoria di irrilevanza, con il duplice risultato acceleratorio ed efficientistico nonché educativo nel rendere una parte interessata a porre in essere atti diligenti, che andrebbero tuttavia temperati da un attento esame volto ad evidenziare eventuali cause impeditive o di presentazioni di precedente querela, che non può considerarsi rimessa, secondo la giurisprudenza prevalente, da una mera assenza.

L'audizione essenziale in tale fase è successiva alla notifica dell'udienza, la cui assenza potrebbe legittimare il ricorso per Cassazione delle parti necessarie, che non essendo state messe nelle condizioni di intervenire, in particolare l'imputato ed il suo difensore, possono pacificamente lamentare una nullità assoluta di ordine generale atta ad invalidare la pronuncia. Ricorso consentito, per parte della dottrina⁷¹⁴, anche all'offeso, sempre per la violazione del contraddittorio, come per l'ipotesi dell'archiviazione con procedura camerale, ai sensi art. 127 c.p.p.⁷¹⁵ Il ricorso per Cassazione, si badi bene, è l'unico rimedio ammesso avverso la sentenza di non doversi procedere, come sancito da una nota sentenza della Corte di legittimità a Sezioni Unite⁷¹⁶.

Come già anticipato il dialogo tra il comma primo e quello 1 *bis* dell'art. 469 c.p.p. non è stato unanimamente accettato: stante la sua ambiguità, la disposizione ha permesso di considerare la decisione per la particolare tenuità del fatto disciplinata dal solo comma 1

⁷¹³ Così anche R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1328; interessante il quesito che pone A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 799, ossia se le spese sostenute dalla parte civile per la costituzione, a fronte di una pronuncia ai sensi dell'art. 469 comma 1 *bis* c.p.p., possano essere a lei pagate. Dubbio espresso anche da G. SPANGHER, *La prescrizione del reato prevale sulla particolare tenuità del fatto*, nota a Cass. Pen, Sez. III., 26 maggio 2015, n. 27055, in *Giur. It.*, 2015, 7, p. 1725

⁷¹⁴ A. MANGIARACINA, *La tenuità*, cit., p. 7, stante l'apporto conoscitivo importante che riveste l'audizione dell'offeso. *Contra*, Procura di Trento, *Commento*, cit., p. 9.

⁷¹⁵ Cass. Pen., sez. II, 11 novembre 2015, n. 6310, in CED Cass. 2016, rv. 266207. È affetta da nullità di ordine generale a regime intermedio la sentenza predibattimentale di non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.p., pronunciata senza dare avviso alla persona offesa dell'udienza camerale

⁷¹⁶ Cass. Pen SS. UU., 19 dicembre 2001, Angelini.

bis, che diviene secondo tale interpretazione, autonomo. Da ciò discende un'importante conseguenza: verrebbe qui a perdersi quindi il potere oppositivo delle parti che invece è esiziale nella disciplina “classica” della pronuncia predibattimentale. Una nuova ipotesi ad hoc che troverebbe giustificazione, quantomeno per il pm, nel fatto che non avendo richiesto in precedenza l'archiviazione, non sarebbe logico consentirgli di fare ciò successivamente.. una sorta di pronuncia svincolata da qualsiasi potere di veto delle parti, unicamente nelle mani e nella discrezionalità giudiziale⁷¹⁷. Una disciplina della sentenza predibattimentale di non punibilità per particolare tenuità, contenuta in un comma autonomo e regolata in forma differente rispetto al “vecchio” proscioglimento predibattimentale, ad esempio con la necessità di ascoltare la persona offesa, non prevista dall'art. 469 c. 1 c.p.p. e non richiamando quindi espressamente la facoltà delle parti di opporsi alla sentenza in camera di consiglio, non essendo contemplato affatto tale potere, né per la difesa né per il pm. Un'interpretazione che certamente si pone in linea con l'intervento deflattivo voluto dal Legislatore⁷¹⁸ e che sottolinea come, la *ratio* dell'utilizzo dello strumento, di cui all'art. 469, co. 1 *bis*, c.p.p., è quella di calibrare l'uso della “costosa risorsa del processo” nei soli casi in cui ciò si renda veramente necessario⁷¹⁹.

Sicuramente tale interpretazione atomistica non può andare esente da critiche in quanto, appare del tutto fuorviante intendere la volontà legislativa come volta a creare una disciplina del tutto indipendente per la nuova causa di non punibilità, inserendo un comma 1 *bis* all'interno di un articolo, senza prevederne un serrato dialogo. Certamente

⁷¹⁷ Così, T. Asti, 13 aprile 2015, n. 724, BELLÌ, Giudice, X. ed altro, Imputati, che così motiva: “Il nuovo art. 469 c. 1 bis non menziona né l'imputato né il pm, limitandosi a prescrivere la necessaria audizione in camera di consiglio “anche della persona offesa, se compare”. L'uso della congiunzione “anche” esclude ogni dubbio circa la necessità che vengano sentite non solo la persona offesa, bensì anche le altre parti processuali, ossia quelle citate nel precedente comma. Proposto dal pm ricorso per Cassazione, Cass. Pen., Sez. III, Sent., 30 giugno 2016 n. 35333. Annulla la sentenza impugnata con rinvio al Tribunale di Asti, in quanto il principio sotteso all'art. 469 comma 1 *bis* presuppone che l'imputato medesimo ed il Pubblico Ministero consensualmente non si oppongano alla declaratoria di improcedibilità, rinunciando alla verifica dibattimentale

⁷¹⁸ Tale prospettiva trova conforto negli atti parlamentari e in particolare nei lavori preparatori all'approvazione della legge 28.4.2014 n. 67, che all'art. 1 lett. m) ha conferito al Governo una delega per “escludere la punibilità di condotte sanzionate (...)”. Innanzitutto occorre precisare che la citata lettera m) è stata aggiunta al testo della legge delega nel corso dell'esame al Senato, modificando la versione approvata in un primo tempo dalla Camera dei Deputati, all'evidente scopo di potenziare le misure deflattive del sistema penale. Inoltre i lavori preparatori confermano che il testo adottato dal Governo in attuazione della predetta delega ha mutuato, a grandi linee, un disegno di legge approvato dalla sola Camera dei Deputati, C. 2094, nella scorsa legislatura, volto ad introdurre “nel codice di rito un istituto deflattivo...”

⁷¹⁹ N.D. CASCINI, *Tenuità del fatto: le prime applicazioni anche in fase predibattimentale*, commento alla sentenza di cui supra, in *Arch. Pen.* 2015.

le esigenze deflative potrebbero portare ad interpretarlo in tale modo, a costo però di incontrare doglianze di ordine sistematico e logico-formale, nonché di carattere costituzionale: mentre tale impostazione potrebbe incontrare qualche tiepida giustificazione per l'organo di accusa, che non ha fatto precedentemente richiesta di archiviazione per tale causa, invece mal si adatterebbe alla posizione dell'imputato, stante la irrinunciabilità nonché l'unica via concessagli di impugnazione attraverso ricorso in Cassazione, a fronte di una pronuncia, che non mi stanco mai di ripetere, contenente un'affermazione di colpevolezza che potrebbe comportare problemi di ordine costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost. bisogna però riconoscere conclusivamente una cosa: la teorizzazione del Tribunale di Asti, permette di comprendere la scelta, di cui si tratterà di qui a poco, del Legislatore delegato di non prevedere una pronuncia di tale tipo ai sensi dell'art. 129 c.p.p., indicando la necessità di procedere *ex art. 469, co. 1 bis, c.p.p.*, che permette una pronuncia predibattimentale, contrariamente all'art. 129 c.p.p., il quale richiede l'esistenza di un "giudizio" in senso tecnico.

3.6 L' epilogo dibattimentale

L'art. 3 del D.lgs n. 28/2015 ha previsto inoltre l'introduzione, dopo l'art. 651 di un nuovo articolo, il 651 *bis* c.p.p. rubricato, "Efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile ed amministrativo di danno". In base a tale normativa, la sentenza penale irrevocabile di *proscioglimento*, pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato, come similmente, la sentenza per la medesima causa, pronunciata ai sensi dell'art. 442 c.p.p., anche se in tale caso, "salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il giudizio abbreviato". È quindi chiaramente statuito, seppur in maniera indiretta, che la causa di non punibilità in esame possa essere irrogata quale pronuncia dibattimentale, recependo il dettato della Corte Costituzionale che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 27 D.P.R. 448/1988⁷²⁰, nella parte in cui relegava tale declaratoria alla sola udienza preliminare, al giudizio immediato e al giudizio direttissimo.

Anche qui tuttavia le lacune non si sono fatte attendere, come testimonia la difficoltosa interpretazione ricostruttiva della tipologia di sentenza da adottare. Il problema si

⁷²⁰ Corte Cost., 9 maggio 2003, n. 149

intreccia indissolubilmente con la previsione della sentenza di non doversi procedere, indicato al comma 1 *bis* all'art. 469 c.p.p., che potrebbe militare in favore di tale tipo di pronuncia, anche in sede dibattimentale, ai sensi dell'art. 529 c.p.p., quale affermazione di una valutazione del tutto peculiare dell'ipotesi nuova di non punibilità, così da mantenere anche una sistematica coerenza che non si incrina con il mutamento della *sedes processuale*⁷²¹. Vi sono tuttavia altrettante giustificate motivazioni, accolte dalla dottrina maggioritaria, ritengono invece che il delegato abbia voluto propendere per una considerazione puramente sostanziale della nuova esimente, legittimando un pronuncia di assoluzione nel vero senso del termine⁷²², ai sensi perciò dell'art. 530 c.p.p., supportata anche dal fatto che non è intervenuta alcuna interpolazione, invece prospettata nella precedente Legge Tenaglia.

In questa ottica la funzione del nuovo istituto risponde all'esigenza di decarcerizzazione pura e semplice: è ovvio che la pronuncia, a questo punto del processo, non può essere letta quale forma di alleggerimento del carico giudiziale. Invero la fase dibattimentale appare in linea con il contenuto accertativo necessario per la pronuncia di particolare tenuità, che presuppone l'accertamento del compimento, da parte dell'imputato, di un fatto penalmente rilevante, che ha soppiantato qualsiasi paventata idea, che aveva avuto successo nel giudizio minorile, delle responsabilità "in ipotesi": è proprio il dibattimento il momento "naturale" per l'applicazione di tale istituto, che trova posto nel momento processuale cardine della decisione, in seguito al dibattimento ovvero *ex art.* 442 c.p.p. nella fase dell'applicazione della sanzione. In quel preciso momento il giudice, anche di

⁷²¹ Così, Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., pp. 31 e ss. che infatti ravvede nell'art. 529 c.p.p. il modello a cui deve ispirarsi il giudice del dibattimento qualora pronuncia per la particolare tenuità. Anche A. NAPPI, *La tenuità*, cit., p. 9. ;A proposito, Corte cost. sent. n. 25/2015, secondo la quale è inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p. nella parte in cui non prevede una formula di proscioglimento per particolare tenuità del fatto simmetrica e analoga a quella prevista, per i procedimenti penali di competenza del giudice di pace, dall'art. 34 del D. lgs 274/2000, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost., Trib. Trento, Sent., 06 ottobre 2015 Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sent., 29 settembre 2016 ; Trib. Campobasso, Sent., 19 luglio 2016 ; Trib. Perugia, Sent., 22 luglio 2015

⁷²² Procura di Trento, *Commento*, cit., R. APRATI, *Le regole processuali* cit., p. 1328, P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 22 che invece riconducono la pronuncia nei meccanismi *ex art.* 530 c.p.p. co. 1 e 3, già pienamente comprensiva di tale nuova formula. In giurisprudenza, Trib. Torre Annunziata, Sent., 20 aprile 2016 risulta per contro utilizzabile la formula di proscioglimento prevista dall'art. 530 c.p.p. sul presupposto che tale disposizione espressamente prevede anche l'assoluzione dell'imputato per essere egli "non punibile per un'altra ragione". Trib. Genova Sez. II, Sent., 14 dicembre 2015. In legittimità, Cass. pen. Sez. V, Sent., 02 luglio 2015, n. 5800. L'Ufficio del Massimario della Cassazione, evidenzia come le sentenze ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. vadano ravvisate nell'art. 530, mentre il riferimento espresso del predibattimento alle sentenze di non doversi procedere militano proprio per far comprendere la differenza intercorrente, anche con la natura delle pronunce, tra le diverse fasi processuali. Anche B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., p. 108

ufficio, appurato che il fatto rientra nei parametri di cui all'art. 131 *bis* c.p., deve applicare la causa di non punibilità non condannando quindi l'imputato ad una pena, in nome della corretta prevalenza della formula assolutoria.⁷²³ in realtà i commentatori più arditi hanno invece ricostruito la pronuncia di proscioglimento della nuova causa di non punibilità come una pronuncia non tipicamente assolutoria, che avrebbe necessitato di una ipotesi *ad hoc* di sentenza: un autonomo caso di proscioglimento che avrebbe potuto e dovuto calarsi nella zona intermedia tra l'art. 529 c.p.p. e l'art. 530 c.p.p.⁷²⁴: una scelta in tale direzione avrebbe consentito il definitivo allontanamento dalle formule proscioglitive "in senso stretto" e la presa di coscienza che la nuova pronuncia in questione presenta caratteri peculiari che difficilmente riescono a rientrare perfettamente nelle categorie tradizionali votate ad un rigido e ormai superato formalismo⁷²⁵.

Per questo, la riconducibilità dell'art. 131 *bis* c.p. si rileva incerta tra degli artt. 529 e 530 c.p.p.: infatti, se da un lato non si può pacificamente considerarlo un proscioglimento, dall'altro pure deve escludersi che la decisione qui considerata costruisca una sentenza di assoluzione. Ad onor del vero sull'ultima opzione trova preciso riscontro nella nuova previsione introdotta all'art. 651 *bis* c.p.p. dello stesso Dlgs n. 28 del 2015.⁷²⁶

Quello che si mira a sottolineare qui è che il dibattito non si esaurisce, come si potrebbe pensare, in una mera diatriba di natura definitoria, in quanto, certamente si è in presenza di un reato che per difetto di alcuni elementi sottolineati dal legislatore non comporta l'applicazione della pena, ma stante anche qui l'espressa non rinunciabilità della causa

⁷²³ Come sottolinea P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 21 e ss. "non solo la stessa collocazione dell'istituto "prima dell'art. 132 c.p." ma soprattutto la modifica della denominazione del Titolo V (ora denominato "Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena") e del Capo I (ora intitolato "Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena") ex art. 1 d.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 sottolineano sia il particolare risalto che il legislatore ha voluto riconoscere a tale istituto, che la diretta incidenza della clausola nel momento applicativo della pena."

⁷²⁴ P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 81 ess. Così anche S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 128, che però suggerisce come la strada migliore sarebbe stata quella di prevedere un ibrido tra il 529 e 530 c.p.p. Così anche C.F. GROSSO, *La Particolare tenuità*, cit., che suggerisce l'inserimento di un apposito 529 *bis* c.p.p. Originale il punto di vista di F. CAPRIOLI, *Due iniziative*, cit., p. 14, che sottolineando la peculiarità della particolare tenuità, quale *tertium genus*, difficilmente troverebbe spazio come altre esimenti nell'art. 530 c.p.p. necessitando di un apposito meccanismo. Un nuovo 530 *bis* c.p.p. era stato ipotizzato dalla Commissione Riccio, che addirittura ravvedeva nella formula della tenuità un *quartum genus* del proscioglimento, fedelmente alla visione sostanziale della causa.

⁷²⁵ A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 800 dove esprime i propri dubbi circa la collocazione definitoria nell'una o nell'altra. Dubbioso anche C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 4

⁷²⁶ G. SPANGHER, *La prescrizione del reato prevalre sulla particolare tenuità del fatto*, nota a Cass. Pen, Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, *Giur. It.*, 2015, 7, p. 1725.

da parte dell'imputato e l'intervento attuato dal Delegato sul piano extraprocessuale dell'efficacia del giudicato, non possono tuttavia negarsi i grandi risvolti che vi sono nei giudizi civili di risarcimento del danno. Una clausola generale di rinunciabilità non è stata, come ben si sa, prevista e nonostante le giustificazioni che vi si possono dare a riguardo, il risultato è sicuramente un sistema incoerente e poco chiaro, con i problemi che coinvolgono il principio di presunzione di innocenza di cui si è già ampiamente trattato nonché i risvolti afflittivi che si abbattano sull'imputato, che non appaiono, per quanto mi riguarda, sufficientemente compensati dal fatto che un giudizio di merito, che è stato secondo la Corte Costituzionale il motivo giustificato per prevedere la rinunciabilità delle sentenze di amnistia e prescrizione, sia presente come imprescindibile elemento della declaratoria *ex art. 131 bis* e che il nostro ordinamento non permette la rinuncia di tali tipi di sentenze⁷²⁷.

Superato questo primo aspetto complicato, un problema si potrebbe porre nel caso di concorso di più formule proscioglitive: un abbozzo di indicazione su quali debbano prevalere è offerto dall'art. 529 c.p.p. in ossequio al principio del *favor rei*: il proscioglimento nel merito, come è logico che sia, prevale su qualsivoglia pronuncia che si sostanzia in un'affermazione del fatto e della addebitabilità all'imputato, mentre l'improcedibilità, agendo sull'incarico del giudice, fa sì che vi debba essere la dichiarazione dell'immediata interruzione del procedimento a prescindere del risultato nel merito. Il dubbio se la causa di non punibilità in esame, rispetto alla pronuncia di estinzione per prescrizione prevalga, in quanto la prima ha, come è noto, peculiari effetti vincolanti extrapenali, estranei alla seconda è stato affrontato dalla giurisprudenza e dalla dottrina che ha commentato le pronunce⁷²⁸: stante il principio della prevalenza della sentenza con formula più favorevole, quest'ultima dovrebbe logicamente preferita, anche in forza del fatto che l'art. 129 co. 2 c.p.p. prevale ai sensi dell'art. 531 c.p.p., e l'esimente *ex art. 131 bis c.p.* non è lì contenuta⁷²⁹.

⁷²⁷ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 166.

⁷²⁸ Cass. pen. Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 11040, in CED Cass. 2016, rv. 266505.con nota di G. STEA, *Prescrizione e tenuità del fatto: tempo, reato e favor rei*, in *Giur. Pen.*, 2015; ancora, Cass Pen. n. 27055, 26 giugno 2015. Peculiare l'iter argomentativo Corte Cass., Sez. III, sentenza 22 dicembre 2015 n. 50215, riguardo l' intreccio, con la prescrizione nel caso esaminato, che la questione del concorso tra non punibilità ed estinzione del reato si pone solo quando le stesse sono contemporaneamente applicabili "in partenza" e in questo caso a prevalere è la prescrizione. (nel caso esaminato, la Cassazione, non essendosi verificata la prescrizione, ha annullato la sentenza con rinvio al giudice di merito per l'applicabilità o meno dell'articolo 131 bis, allora "nel giudizio di rinvio non può essere dichiarato prescritto il reato quando la causa estintiva sia sopravvenuta alla sentenza di annullamento parziale" In dottrina, C. CESARI *Le clausole di irrilevanza*, cit. p. 376

⁷²⁹ Chiaro in Cass., Sez. 3, n. 27055 del 26 maggio 2015, Sorbara, Rv 263885. dove ha escluso che, in

La pronuncia dibattimentale ex art. 530 c.p.p. di assoluzione è comunemente governata dalla regola in dubio pro reo, legata indissolubilmente al principio della presunzione di innocenza, che impongono un proscioglimento ogniqualvolta l'impianto probatorio risulti incompleto, impreciso e/o contraddittorio. Come può in base a tali presupposti pensarsi che la nuova causa di non punibilità possa pacificamente qui essere ricompresa? Certamente il comma primo prevede l'assoluzione qualora la prova di una causa di non punibilità sia accertata: ma nel caso di una prova contraddittoria di tale esistenza? La risposta la si rinviene nel comma terzo, il quale coinvolge le sole scriminanti e cause personali di non punibilità: in realtà, osservando la norma, ed in particolare la commistione oggettiva e soggettiva dei requisiti dell'art. 131 bis c.p., questa rientra tra quelle ultime, in una prospettiva *de iure condendo*, al fine di eliminare qualsivoglia valutazione inerente all'opportunità dell'azione penale⁷³⁰. tale pronuncia, a pieno rientrante tra i provvedimenti definitivi, sarà iscritta nel casellario giudiziale e comporterà, come già detto, effetti extrapenale. Leggendo la norma 651 bis c.p.p., l'indiretto riferimento coinvolge le pronunce prese in sede di giudizio abbreviato ex art. 442 c.p.p., che operativo in udienza preliminare, ma avendo le caratteristiche proprie del giudizio di merito, si pone quale riassunto compiuto delle esigenze efficientistiche nel rispetto dei corollari necessari che discendono dal tipo di pronunce in questione, primo tra tutti, il rispetto dell'art. 111 commi 4 e 5 Cost.⁷³¹.

relazione ad un reato già estinto per il decorso del termine di prescrizione, possa essere rilevata la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. A fondamento di tale conclusione, la Corte ha osservato che, mentre la dichiarazione di prescrizione estingue il reato, “la declaratoria di non punibilità per la particolare tenuità del fatto lascia del tutto intatto il reato nella sua esistenza sia storica che giuridica”, e che diverse sono le conseguenze scaturenti dalle due distinte tipologie di proscioglimento. Il principio è stato poi puntualmente riproposto da Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, Sarli.

⁷³⁰ In dottrina, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 167le cui osservazioni per il giudizio minorile sembrano qui trovare posto; nonché R. APRATI, *Questioni processuali*, cit., p. 1328. va sottolineato che i medesimi problemi si pongono anche con il dubbio previsto all'art. 529 comma 2 c.p.p. Nel merito, Trib. Genova Sez. I, Sent., 16 aprile 2015 ; Trib. Torino, 9 aprile 2015, inedita, Reynaud. Per una lettura contraria, che non ravvede la possibilità di una lettura in chiave di condizione personale di non punibilità, e nel riscontro della ineliminabile discrezionalità ed elasticità del concetto di tenuità, quasi come un principio generale in cui sussumere il caso concreto ogniqualvolta il giudice voglia applicare l'art. 131 bis c.p., P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 86 in forza di Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 5 29 settembre 2004, n. 302.

⁷³¹ A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 800

3.7. Gli effetti extrapenali: un'originale efficacia e un sistema “sofferto”

La riforma in esame ha introdotto nel codice di rito un nuovo articolo, il 651 *bis* c.p.p., che mira a disciplinare l'efficacia, travolgente, della sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. nel giudizio civile e/o amministrativo di danno. Ho già riportato la *ratio* sottesa a tale riforma: la Legge delega, all'art. 1 comma 1 lett. m) , si era preoccupata di garantire un'azione risarcitoria, sul piano dunque extrapenale, a seguito della declaratoria di particolare tenuità per evitare “un pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno.”

Un'indicazione scarna ed essenziale che tuttavia, per non risultare priva di senso⁷³², necessitava di un' interpretazione volta sì, a proteggere da eventuali effetti negativi il danneggiato (per il quale sarebbe comunque stato sufficiente il mero silenzio), ma anche ad esprimere quel messaggio chiaro e preciso di nuova attenzione verso la vittima del reato.

La Legge delega ha prescritto al Governo, subito dopo la menzione delle indicazioni relative a tale azione *de damno*⁷³³, di attuare quel famoso adeguamento processuale: il delegato, lasciato libero di azione ed interpretazione, si è da subito orientato, come testimonia lo Schema di decreto delegato, all'art. 3 lett. c), sottoposto al parere delle Camere nel dicembre precedente all'entrata in vigore , verso una soluzione interpolativa dell'art. 652 c.p.p.,⁷³⁴ in linea con quanto espresso dal codice di procedura anche rispetto all'art. 578 c.p.p. la cui modifica era stata approvata solo in frutto del compromesso sotteso alle esigenze deflattive, senza quindi pienamente accettare quanto espresso nel lontano 1887 e ripreso poi con il Progetto Tenaglia, ossia la previsione di un'apposito obbligo per il giudice di pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento anche a seguito di un proscioglimento qualora il fatto e l'addebitabilità all'imputato, siano provati.

⁷³² Come è invece considerata da F. PALAZZO, *Nel dedalo*, cit., p. 1708, che la reputa superflua in quanto meramente ripetitiva di una tutela già accordata alla vittima ai sensi art. 652 c.p.p. che vincola il giudice civile all'accertamento dell'insussistenza del fatto e della responsabilità. Al contrario, A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge 67/2014*, in *Proc. Pen. Giust.* 2014, 5, p. 144, che invece interpreta la lettera m come volta a prescrivere l'ininfluenza della pronuncia verso l'azione civile.

⁷³³ E si noti che l'adeguamento doveva essere generale, non riferito all'unica disciplina in ordine alla tutela risarcitoria. Sul punto, E. MARZADURI, *L'ennesimo compito*, cit., p. 5. sui modi di attuazione di quanto espresso nella Legge delega, C. SCACCIANOCE, *La legge-delega*, cit., p. 252 e ss-

⁷³⁴ Nella relazione della Commissione Palazzo, si giustificava tale scelta in quanto il proscioglimento per particolare tenuità ha in sé comunque un accertamento sull'esistenza del reato e la ascrivibilità all'imputato.

In realtà va sottolineato che anche la scelta modificativa dell'art. 652 c.p.p. appariva destinata a presentare problemi, in particolare inerenti alla tenuta interna, in quanto gli effetti derivanti da tale sistema nuovo, sarebbero stati connotati da grande afflittività e severità ed a questi necessariamente avrebbe dovuto corrispondere un elevato grado di chiarezza⁷³⁵. Si sarebbe presentato quale palese ricostruzione creativa di quanto previsto dalla Legge delega, in quanto si attuava un sistema in cui il giudice civile, oltre che all'accertamento del fatto penalmente illecito, era vincolato pure alla qualifica di particolare tenuità del danno, pregiudizievole ovviamente per il danneggiato nel quantum di risarcimento da ottenere. Pregiudizio ancora di più evidente qualora si fosse osservata la mancanza di previsione di qualsivoglia limite soggettivo a tutela del responsabile civile, invece ora prevista, la cui presenza non sarebbe risulta necessaria al fine della pronuncia di proscioglimento in questione: l'assorbimento dell'accertamento e della valutazione tenue dell'offesa avrebbe esplicato i propri dubbi effetti anche nei confronti di tale soggetto, potenzialmente non citato o intervenuto nel processo penale⁷³⁶.

Se si fosse invece fatto proprio quanto espresso dal Progetto Tenaglia e dalla Commissione Riccio⁷³⁷, un intervento sul profilo globale dell'azione civile esperita nel giudizio penale, con il cambiamento delle formule degli artt. 538 c.p.p. e 578 c.p.p., si sarebbe innanzitutto dato al giudice la facoltà di decidere sulla domanda di risarcimento nella medesima sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità ed in secondo luogo si sarebbe riconosciuto a tale sentenza, espressiva della sussistenza del reato e dell'addebitabilità all'imputato, effetti civili del tutto accostabili a quelli di una condanna⁷³⁸. Tale scelta avrebbe comportato certamente carenze sul versante deflattivo ed efficientistico della riforma, ma avrebbe attuato una complessiva ed innovativa scelta normativa.

⁷³⁵ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 168 che sottolinea come la previsione dell'esiguità dell'offesa espressamente richiamata all'art. 131 *bis* c.p. ed il rindondante riferimento ai parametri ex art. 133 c.p. comma 1 che li riprendono costituiscono evidente ostacolo per una quantificazione consistente del quantum risarcitorio.

⁷³⁶ B. LAVARINI, *Gli effetti extra-penali*, cit., p. 107 evidenzia come in tale frangente l'applicazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata della Corte, s. n. 99/1973 e n. 55/1971 non appaia sufficiente a fugare i dubbi.

⁷³⁷ Interessante invece notare che la Commissione Canzio, non ritenendo adeguato consentire una pronuncia sulla domanda risarcitoria e restitutoria a seguito di una sentenza proscioglitrice di particolare tenuità in forza della mancata e quantomeno necessaria rivisitazione dei rapporti tra civile e penale, aveva *tout court* escluso detta efficacia extrapenale.

⁷³⁸ Tale opzione, più attenta agli interessi della parte civile in sede penale è stata condivisa da C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., pp. 214 e ss.

Si è invece “saltati direttamente alle conclusioni”, come sottolinea attenta dottrina: la previsione di un art. 651 *bis* c.p.p. e quindi di un'autonoma fattispecie, mira ad evitare qualsivoglia problematica di coerenza in cui si sarebbe incorso con le scelte precedentemente illustrate e, nonostante la sua genesi sia stata avvolta da contrasti, imprecisioni e confusioni⁷³⁹, risulta da condividere ancorché i profili dubbi non siano certamente assenti. Una scelta intermedia⁷⁴⁰, che ha attuato sì modifiche sul versante dell'efficacia extrapenale, ma che non è stata affiancata invero da una ricalibrazione ed arricchimento dei poteri decisorii del giudice penale, obliterando qualsivoglia indicazione riguardo i modi di esercizio, il trasferimento e/o la revoca dell'azione civile esperita nel processo penale. Una scelta presa con coscienza dal delegato che, all'esito dei passaggi parlamentari, ha individuato la giusta definizione di tale tipo di sentenza, non tipicamente assolutoria: in base a tale considerazione si è compresa la notevole differenza con le pronunce inserite nell'art. 652 c.p.p., nonché la necessità di trattarla nei modi consueti riservati alle sentenze di condanna.⁷⁴¹

Gli effetti extrapenali riguardano ora esclusivamente le sentenze emesse a seguito di dibattimento ordinario o di giudizio abbreviato e non le pronunce archiviatrici, non quelle di non luogo a procedere in udienza preliminare e non quelle emesse ai sensi dell'art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. e la motivazione è semplice: nessuna di queste contiene un'affermazione accertativa del fatto⁷⁴². In ciò la nuova disciplina è accumulata alle previsioni già esistenti, gli artt. 651 e 652 c.p.p., che sono legate a doppio filo, seppur in maniera non estremamente limpida, alle sentenze di assoluzione ai sensi dell'art. 530 c.p.p.: comune è il tipo di accertamento sottostante a tali tipi di provvedimento⁷⁴³.

⁷³⁹ Il testo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18 marzo 2015, presentava il riferimento all'efficacia extrapenale delle sentenze proscioglitive per particolare tenuità a quelle di condanna, simili “condannato”, che è stato pertanto sostituito con pronta rettifica il 23 marzo, *Avviso di rettifica nella sostanza*, *relativo al d. lgs 28/2015 del 16 marzo*, con la formula corretta di “prosciolto”.

⁷⁴¹ F. RELAZIONE, cit., p. 8 in sede di approvazione, l'on. Ferraresi, aveva definito tale riconoscimento extrapenale agli elementi costitutivi della particolare tenuità come scorretto, stante la motivazione più minima della particolare tenuità rispetto a quelle di condanna. In realtà sarà onere del giudice provvedere con una motivazione completa e precisa.

⁷⁴² Es, Cass. pen. Sez. V, 15 dicembre 2015, n. 7264, in CED Cass. 2016, rv. 265816 che sulla sentenza di non doversi procedere predibattimentale, in motivazione, ha precisato che la sentenza impugnata, emessa prima dell'istruttoria dibattimentale, non avrebbe avuto efficacia di giudicato nell'eventuale giudizio civile per il risarcimento del danno, efficacia che l'art. 651 *bis* c.p.p. riserva alle pronunce emesse “in seguito a dibattimento”

⁷⁴³ È solo da ricordare brevemente che il giudice, ai sensi degli artt. 651-654 c.p.p. dovrà aver previamente accertato l'esistenza di un fatto penale, la commissione e l'addebitabilità all'imputato per procedere con la pronuncia di particolare tenuità. Se l'impianto probatorio di responsabilità risulta mancante, insufficiente o contraddittorio, sarà dovuta una formula proscioglitrice più favorevole. Il

Il giudicato di tenuità vincola il prosciolto ed è invece opponibile al responsabile civile solo quando questo sia citato o intervenuto nel processo penale: per il danneggiato nulla è previsto quale limite al vincolo extrapenale della pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. nel giudizio dibattimentale ordinario, che invece permane in generale in capo alla parte civile nel giudizio abbreviato, qualora si sia opposta alla conversione del rito.

La scelta della previsione autonoma nell'art. 651 *bis* c.p.p. mira a fugare ogni dubbio circa l'impossibilità di imporre un vincolo, non unicamente limitato all'accertamento del fatto, che si sarebbe instaurato per il giudice civile circa la valutazione della tenuità. Alcuni importanti voci discordanti in dottrina, che trovano ampi riscontri nella lettera non chiara della relazione allo Schema, non sono su ciò d'accordo: l'entità del fatto penalmente rilevante oggetto del processo penale non sarebbe così nettamente separato dalla valutazione civile di risarcimento dell'entità del danno. È una commistione che lo stesso 131 *bis* c.p. non mira a chiarire, stante la presenza, tra i presupposti cardine, proprio dell'esiguità del danno⁷⁴⁴.

Il profilo pratico è quello che sicuramente desta più incertezze e che potrebbe portare ad un'interpretazione incostituzionale dell'art. 651 *bis* c.p.p. per eccesso di delega : una limitazione delle facoltà discreitive del giudice civile nella valutazione della misura del danno potrebbe comportare degli effetti altamente pregiudizievoli per l'azione civile, che invece il Delegante voleva proprio tutelare esplicitamente e che la giurisprudenza civile da tempo ha letto come un'ingiustificata interferenza al di là dei limiti oggettivi entro i quali il giudizio penale può operare^{745 746}.

La parte più problematica del nuovo sistema attiene alla posizione del danneggiato: prevedendo una cristallizzazione dell'accertamento di responsabilità, il Legislatore ha

vincolo dell'art. 651 *bis* *extrapenale* avrà effetti anche qualora vi sia il dubbio sulla tenuità, ma non possono essere invece incerti gli altri elementi.

⁷⁴⁴ B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., p. 112 dove in forza di una lettura attenta della relazione, ne ravvisa l'intrinseca ambiguità testuale e semantica. Riconosce tale commistione anche S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit.p. 114 che sottolinea anche le problematiche che si riverberano sulla posizione dell'offeso. È invece categorico nell'affermare l'assenza di qualsivoglia interferenza, R. BARTOLI, *L'esclusione*, cit., p. 666

⁷⁴⁵ Bisogna mantenere quanto disposto dall'art. 75 c.p.p. e più in generale dall'art. 24 Cost. In giurisprudenza diverse sono le Pronunce della Suprema Corte di Cassazione che hanno contribuito ad individuare i confini esterni della sfera giurisdizionale attraverso SS.UU., 21 maggio 2003, n. 7946; 23 settembre 2009, n. 20434 e 27 ottobre 2009, n. 24672 e n. 25 febbraio 2010, n. 4549.

⁷⁴⁶ Non derivano vincoli di determinazioni in capo al giudice civile e amministrativo per le attenuanti ai sensi dell'art. 62 comma 4 c.p. o le attenuanti generiche per la particolare tenuità, e quindi non dovrebbero esservi nemmeno nell'eventualità qui in esame, che prevede l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. anche quando la legge prevede la particolare tenuità come circostanza.

creato un meccanismo paradossale⁷⁴⁷ ed in alcuni punti votato alla disparità trattamentale. Mentre un proscioglimento *ex art. 131 bis* c.p. avrà peculiari effetti extrapenali nel giudizio civile ed in quello amministrativo, lo stesso non si può dire del proscioglimento per estinzione del reato per prescrizione al termine della completa attività dibattimentale ed istruttoria in cui sia stata accertata la responsabilità dell'imputato: ove il reato venga dichiarato estinto per prescrizione, il giudice non può pronunciare sulle statuizioni civili.⁷⁴⁸ Le ricadute pratiche potrebbero essere le seguenti: una lesione del principio di uguaglianza *ex art. 3* Cost. in quanto alle parti civili dei processi conclusi con proscioglimento per prescrizioni, si ritroverebbero sprovvisti di una uguale copertura garantistica e di converso, l'imputato del procedimento per particolare tenuità potrebbero fare di tutto per addivenire alla pronuncia per prescrizione, a loro più favorevole, sul fronte del risarcimento danni. Medesime argomentazioni si rivolgono all'assenza di efficacia extrapenale per la sentenza di assoluzione per difetto di imputabilità per vizio totale di mente, che come già ribadito in precedenza, è considerato ora a livello costituzionale come una pronuncia lontana dalla tipologia *tout court* liberatoria, non distinguendosi invero nei suoi caratteri piuttosto dalla condanna⁷⁴⁹.

In realtà molte preoccupazioni non risultano del tutto infondate: per perseguire le finalità deflattive, un vero e proprio mantra degli uffici giudiziari negli ultimi tempi⁷⁵⁰, si potrebbe paventare il rischio che il giudice per addivenire alla pronuncia dell'istituto in esame compia una sistematica valutazione al ribasso, al fine di fare rientrare numerosi fatti nei limiti edittali della causa di non punibilità, o per qualificarlo quale

⁷⁴⁷ B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., 120 la quale sottolinea che in particolare tale ingiustificata disparità si manifesterà nei casi in cui, in concreto, vi sia un pari accertamento del fatto e della commissione ad opera dell'imputato. Per non parlare del fatto che le ipotesi di estinzione per prescrizione e di assoluzione per inimputabilità potrebbero astrattamente risultare in casi connotati da estrema gravità: è necessario un adeguamento dell'art. 651 *bis* c.p.p. in tal senso.;così anche S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 130 che sottolinea come sia un'impostazione votata all'eccessivo formalismo destinata a creare un'inspiegabile ingiustizia.

⁷⁴⁸ Cass. pen. Sez. V, Sent.,21 dicembre 2015, n. 10753 . In parziale dissenso con Cass. Sez. Unite, 29 maggio 2008, n. 40049, in *Giur. it.*, 2009, p. 2525. In dottrina, una voce particolare è quella di E. MARZADURI, *L'ennesimo*, cit., p. 7, il quale l'irrilevanza extrapenale delle pronunce ai sensi dell'art. 531 c.p.p. sarebbe del tutto giustificata, stante la maggioritaria giurisprudenza che subordina la declaratoria dell'estinzione per prescrizione al mero vaglio superficiale di non emersione immediata di altra ipotesi più favorevole: un vaglio che non è compiutamente accertativo è quindi alla base dell'estinzione qui in esame e allora è motivato la non efficacia extrapenale.

⁷⁴⁹ Corte Cost. n. 274 del 29 ottobre 2009, cit.

⁷⁵⁰ Ed in dottrina, come C. F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 520 che si augura che gli uffici sappiano sfruttare al meglio la nuova disciplina come strumento deflattivo. Alla p. 22 sottolinea come in realtà la pronuncia del giudice penale non vincola rispetto a tutti gli elementi costitutivi del reato, che rimane ovviamente illecito e commesso.

comportamento non abituale, accanto alle ipotesi più tipiche di derubricazione o di rinvenimento di un concorso nella causazione del fatto della vittima, con un evidente pregiudizio del danneggiato.

In ogni caso la tutela extrapenale della vittima lascia trasparire i termini essenziali del discorso: non attribuendo all'offeso, e non al danneggiato che non è apparso neppure meritevole di una tutela *ad hoc*, potere dispositivo o di veto rispetto al provvedimento, ma unicamente consultivo ed argomentativo, si è dovuto agire per la sua tutela su un altro fronte. La Legge delega sul punto appare pienamente rispettata, che attraverso il silenzio non appare avere mai voluto offrire un tale tipo di protezione all'offeso, poiché la finalità deflattiva nonché i principi costituzionali non lo avrebbero permesso. Il fulcro di tale discussione risiede nella facoltà della parte civile di potersi avvalere della sentenza dibattimentale innanzi al giudice civile: è tuttavia mancato un aggiornamento dell'art. 75 comma 3 c.p.p., che avrebbe consentito al soggetto offeso di avvalersi di tale pronuncia prima che questa divenisse irrevocabile, anticipando il giudizio di risarcimento e restituzione.⁷⁵¹ Mancato aggiornamento che si è posto in linea con la volontà della Legge delega, come alcuni Commentatori non hanno mancato di rilevare⁷⁵², nonché con l'inapplicabilità di tale disciplina alle altre forme “alternative” al procedimento, quali il giudizio abbreviato non accettato dalla parte civile, il patteggiamento, la sospensione con messa alla prova nonché l'oblazione. Questo avrebbe permesso che il soggetto offeso avrebbe potuto esperire l'azione in sede civile nonostante la precedente costituzione nel giudizio penale o senza attendere l'irrevocabilità di tale sentenza, subendo la sospensione di un giudizio che in ogni caso avrebbe comportato un evidente pregiudizio alle attese risarcitorie in quanto contenente una valutazione di scarsa offensività del reato.

Tale punto presenta una doppia identità per il soggetto vittima del reato: da una parte positiva in quanto non permette al giudice civile di revocare o porre in dubbio l'accertamento della responsabilità del prosciolto per i fatti oggetto della causa; dall'altra negativa, in quanto la connotazione di “particolare tenuità” dell'offesa avrà inevitabili ricadute sul *quantum* risarcitorio⁷⁵³. Risarcimento che non darà, quasi sicuramente, la

⁷⁵¹ preoccupazioni rispetto all'assetto civile-penale hanno fatto desistere dall'estensione, anche per non creare disparità rispetto alle altre sentenze proscioglitive ma sostanzialmente contenenti elementi di condanna come l'estinzione per prescrizione.

⁷⁵² . QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 169

⁷⁵³ I. RUSSO, *D. lgs 16 marzo 2015 n. 28. Disposizioni i materia di non punibilità per particolare tenuità*

soddisfazione agognata e che spesso risulta essere grandemente inferiore alle spese processuali anticipate per l'azione.

Tale posizione ambivalente del danneggiato non è nuova nei commenti della disciplina agli artt. 651 c.p.p. e ss: anche rispetto a questo, si era paventata l'idea di prevedere in capo al danneggiato la possibilità di scegliere se fare propria la decisione ed avvalersene in sede civile o meno, qualora fosse rimasto estraneo o non messo nelle condizione di partecipare al processo penale⁷⁵⁴. In aggiunta, per quanto riguarda l'attuale art. 651 *bis* c.p.p., le questioni si fanno ancora più accese, stante la facoltà, nel giudizio abbreviato invece concessa al danneggiato di sottrarsi al vincolo extrapenale, previa opposizione al mutamento di rito, se questo non risponde ai suoi interessi.

Il problema consiste soprattutto nel mancato cambiamento della disciplina della costituzione di parte civile, che ha comportato inevitabili profili pregiudizievoli, come se non ve ne fossero già abbastanza, per il danneggiato: una soddisfazione non completa, non garantita e non rapida. Non si è attuato alcun aggiornamento relativo al novero delle pronunce atte ad includere le statuizioni sull'azione civile. Da ciò discende l'impossibilità per il giudice di pronunciarsi sulle pretese risarcitorie e restitutorie della parte costituita, che invece è consentito per le sentenze di condanna; che qualora la particolare tenuità venga pronunciata nel giudizio di impugnazione dopo una pronuncia di condanna in primo grado, non saranno fatti salvi gli effetti civili della prima pronuncia, che sono invece tutelati quando la sentenza di secondo grado è di proscioglimento per estinzione per amnistia o prescrizione. Rimangono a carico del danneggiato costituito le spese di rappresentanza ed assistenza, al contrario di quanto previsto per la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e di accoglimento della domanda risarcitoria.

A niente possono valere le pindariche ricostruzioni che vogliono un'applicazione analogica degli artt. 538 e 578 c.p.p. che trattano delle sentenze di condanna: sono disposizioni speciali e derogatorie, e sottratte perciò all'analogia legis, che consentono al giudice penale di esprimersi sulla materia civile, in deroga al tradizionale riparto di giurisdizione. Qui si comprende l'utilità che si prefiggevano il progetto Tenaglia e Riccio, ossia la creazione di un sistema penale votato alla concentrazione in un'unica sede delle decisioni relative agli effetti civili e penali, in un'ottica di razionalizzazione

del fatto. Osservazioni a prima lettura, in *Arch. Pen.* 2015, 3, p. 3. A. CISTERNA, *A rischio di legittimità*, cit., p. 67

⁷⁵⁴ G. SPANGHER *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e penale*, 1995, p. 55.

ed economicità del sistema processuale generale. La stessa lettera dell'art. 578 c.p.p. fuga ogni dubbio circa le ipotesi, simili al proscioglimento per particolare tenuità, di estinzione per amnistia o prescrizione: ancorché in presenza di un accertamento della responsabilità e dell'affermazione della commissione del fatto in capo all'imputato, non è concesso al giudice penale di esercitare la facoltà speciale di decidere in materia *de damno*. La giustificazione, a mio avviso ingenua, è sempre la medesima: la *sedes* per le ragioni della parte civile è per l'appunto il giudizio civile. Un cane che si morde la coda in quanto, come si è visto rispetto al mancato intervento sull'art. 75 comma 3 c.p.p., il danneggiato è obbligato ad attendere la statuizione penale senza poter giovare nel frattempo degli strumenti previsti nel codice di rito agli artt. 539, 540, 605 c.p.p. che invece appartengono alle sentenze di condanna formali, con buona pace della tutela che l'art. 6 CEDU e l'art. 111 comma 2 Cost. sul diritto ad una ragionevole durata del processo accordano anche alla parte civile⁷⁵⁵. Questo in realtà è un profilo che attiene più propriamente all'effetto *latu sensu* pregiudizievole insito nelle pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.p.: un imputato tenterà nei diversi gradi del giudizio di ottenere una pronuncia più liberatoria (basti pensare la prescrizione, priva di effetti extrapenali.) Le vie che si pongono al danneggiato sono l'attesa, talvolta di anni, o l'impugnazione ai sensi dell'art. 576 c.p.p. per ottenere una condanna, se non già oggetto di un'impugnazione della pubblica accusa: in tale caso se andasse a buon fine, stante l'art. 578 c.p.p., al giudice sarebbe concesso liberamente di pronunciarsi sulla questione *de damno*, anche perciò ai soli effetti civili⁷⁵⁶. Punto tutt'ora controverso stante la diversità di pronunce che si sono affacciate sul tema, in particolare qualora la declaratoria non abbia causato effetti dannosi e pregiudizievoli al danneggiato: sulla particolare tenuità si dovranno attendere le prime pronunce in legittimità e nel merito in quanto, per il danneggiato, oltre ai già elencati effetti sfavorevoli, vi sono anche effetti positivi ed è

⁷⁵⁵ Nella giurisprudenza EDU, *H. c. Francia*, 1989, § 58, *Selmouni c. Francia*, 1999, rinvenibili sul sito dell'Osservatorio dell' Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁷⁵⁶ l'interesse a proporre impugnazione deve essere apprezzabile, nei confronti di tutte le parti processuali e in qualunque situazione, in termini di attualità e concretezza e deve essere correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare rispetto ai quali l'interesse all'impugnazione sussiste solo se il gravame sia idoneo a costituire, attraverso l'eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante rispetto a quella esistente. Riguardo alla mancata pronuncia di una condanna "per errore" da cui far scaturire una pronuncia per fini risarcitori in favore della parte civile, Cass. Pen. Sez. Unite, 29 maggio 2008, Parovel c. Guerra, n. 40049, cit. in *Giur. It.*, 2009, 11, 2525 nota di MORELLI e FALATO. Ancora, Cass. pen. Sez. II, Sent., 25 marzo 2010, n. 15182 ed infine Sez. V, 9 gennaio 1990, Rabito, in CED 184532.

questo il punto più problematico riguardo alla possibilità o meno di rinvenire un interesse all'impugnazione.

Alcune sono le domande rimaste irrisolte dopo questa trattazione: che efficacia avranno le pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. nei giudizi disciplinari ed in quelli civili ed amministrativi *non* di danno? Se questi non fossero coinvolti, da una lettura restrittiva degli artt. 653 e 654 c.p.p., si incontrerebbe l'ennesima incongruenza sistematica, giustificabile, ma non troppo, con il significato assolutivo che la sentenza presenta. Certamente il giudizio disciplinare, ai sensi dell'art. 653 c.p.p. sembra destare le più pungenti critiche, in quanto circoscrive gli stessi effetti disciplinari delle sentenze di assoluzione, evidenziando come unicamente le sentenze di condanna e di patteggiamento abbiano una vincolatività rispetto alla sussistenza del fatto e della commissione. Meno problematica risulta la disciplina dell'art. 654 c.p.p., che senza troppi problemi sembra poter ricomprendere l'efficacia extrapenale delle pronunce di particolare tenuità.

In ogni caso vi è da fare una sincera valutazione circa la probabilità statistica con cui gli effetti extrapenali verranno nella pratica in gioco. La particolare tenuità è infatti rilevabile sin dalla fase delle indagini preliminari, nell'udienza preliminare, nella fase predibattimentale: la domanda sorge quindi spontanea: sarà frequente l'addivenire al dibattimento di una pronuncia, che per sua stessa *ratio* ispiratrice, è volta alla deflazione processuale, all'esito del dibattimento?

3.8. La curiosa assenza di una modifica anticipata e non attuata: l'art. 129 c.p.p.

La mancata modifica dell'art. 129 c.p.p. è quella che la dottrina ha considerato la più grande lacuna processuale nell'ottica della riforma: mentre nello schema di decreto legislativo sottoposto al parere delle Camere, un apposito richiamo era rivolto, all'ipotesi della particolare tenuità del fatto, nel comma primo⁷⁵⁷, il testo definitivo del D.lgs n. 28 del 2015 non contempla alcuna modifica dell'art. 129 c.p.p., ma un rigoroso silenzio. Silenzio che dice tuttavia moltissimo: non vi è dunque la possibilità di applicare la declaratoria per particolare tenuità del fatto “in ogni stato e grado del

⁷⁵⁷ Era previsto un esplicito richiamo, si veda Relazione su “Definizione del procedimento penale nei casi di “particolare tenuità del fatto”,” cit., p. 2. La Commissione Riccio ne prevedeva un apposito riferimento dopo l'ipotesi del fatto “non previsto dalla legge come reato” in perfetta coerenza con la gerarchia delle formule di proscioglimento.

giudizio”. Alcuna dottrina, correttamente, ha classificato tale assenza opportuna⁷⁵⁸, stante la non stretta indispensabilità di una previsione della declaratoria immediata, in quanto pacificamente disciplinata in diverse ipotesi liberatorie già presenti, a seconda dei diversi stati del procedimento: l'art. 425 comma 1 c.p.p. per l'udienza preliminare, l'art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. nel dibattimento, la sentenza assolutoria ai sensi dell'art. 530 c.p.p. nel dibattimento. Diversi sono infatti i meccanismi assicurati per l'operatività della nuova esimente, atti a indirizzare il procedimento verso l'esito liberatorio. A questo si aggiungono motivazioni di matrice più tecnica e processuale, le vere ispiratrici di tale *revirement* in corsa: la pronuncia di particolare tenuità del fatto sottende specifici accertamenti e meccanismi, che facilmente possono presentare profili di incongruenza con l'*iter* proprio dell'art. 129 c.p.p. al comma primo, soprattutto in quanto, ben si sa, la particolare tenuità può essere pronunciata solamente allorché siano state previamente escluse tutte le altre cause previste dall'art. 129 c.p.p. stesso. Infatti non può negarsi che l'emergere dei diversi requisiti della norma 131 *bis* c.p. non possa impedire la prosecuzione del processo, che potrebbe consentire di rinvenire altre cause di proscioglimento immediato: la mancanza o il venire meno di una causa di procedibilità precedono, necessariamente, la pronuncia di particolare tenuità⁷⁵⁹. E' la diversità rispetto alla tipologia di formule contemplate dalla disposizione che fa sì che non si sia potuto giustificare lecitamente la modifica⁷⁶⁰ nel vaglio sulla particolare tenuità non vi è la possibilità di avvalersi di un solo punto decisivo per addivenire ad una decisione così da pervenire in maniera rapida all'esito, in compiuta finalità deflattiva, in quanto nessun punto è qui decisivo essendo il quadro completo essenziale per un globale giudizio di non punibilità. Quello che si vuole sintetizzare è che la conclusione immediata del processo, *ratio* stessa dell'art. 129 c.p.p., non può qui estendersi stante l'attività probatoria ed accertativa necessaria alla sentenza di particolare tenuità.

Non si può nascondere tuttavia che tale lacuna possieda evidenti problemi ed incongruenze, che emergono prepotentemente rispetto ad alcune circostanze

⁷⁵⁸ S. QUATTROCOLO, *Tenuità*, cit., p. 127; sulla disciplina generale dell'art. 129 c.p.p., L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, Torino, 2008, pp. 85 e ss.

⁷⁵⁹ E. MARZADURI, *L'ennesimo*, cit., p. 8.

⁷⁶⁰ R. APRATI, *Le questioni processuali*, cit., pp. 1329 e ss. Ampiamente, anche Procura di Palermo, *Linee guida*, cit. Ancora, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per tenuità del fatto*, cit., p. 25;

processuali, come il procedimento per decreto, il giudizio di applicazione della pena su richiesta delle parti e le impugnazioni⁷⁶¹

Quello che inoltre lascia forse perplessi è che l'unica interpolazione, “sopravvissuta” al parere consultivo parlamentare sia la previsione ad hoc del predibattimento: fase nella quale, come ampiamente evidenziato, il giudice si attiene ad un vaglio delle situazioni evidentemente e incontrovertibilmente rilevabili, come l'esistenza di una causa estintiva, il venir meno o l'assenza di una causa di procedibilità etc. Anche qui allora vi è un proscioglimento di natura “tecnica”, senza accertamenti probatori ulteriori e tuttavia la particolare tenuità, con le sue peculiari e complesse verifiche, qui trova esplicito riconoscimento. Come mai?

Tale quesito ha forza anche per un motivo più semplice: non si può negare che l'art. 129 c.p.p. costituisca elemento altamente importante nell'attività del giudice, soprattutto *extra petita*, che si trova qui pertanto privato di uno strumentario esiziale, soprattutto in sede di impugnazione. Non potrà operare, camuffandosi l'art. 131 *bis* c.p. con l'art. 129 c.p.p.: quest'ultimo qui assume non tanto la “classica” funzione acceleratoria come in primo grado, ma bensì un ruolo di amplificatore dei poteri spettanti all'organo giudiziario. Per superare tale lacuna è necessario che il giudice addivenga alla soluzione attraverso l'uso di altre disposizioni, come un'applicazione analogica dell'art. 597 comma 5 c.p.p., che consente un novero più ampio di poteri decisori anche *extra petita*, in forza della natura di norma favorevole per il trattamento sanzionatorio. Tali perplessità inerenti alla cognizione *extra petita* in cassazione non hanno la stessa forza, stante l'immanente principio dello *iura novit curia*, o in un'ottica più formale, anche senza l'art. 129 c.p.p., in forza degli artt. 619 comma 3 e 620 lett. 1) c.p.p. che prevedono un inedito potere di annullamento senza rinvio in assenza di necessità di ulteriori accertamenti o se sia manifestamente superfluo il rinvio. Su tale tema si rinvia al paragrafo che tratterà esplicitamente il giudizio di legittimità⁷⁶².

Il nocciolo duro della questione può dirsi tuttavia a monte di tali considerazioni: l'operatività della norma dipende dalla lettura che si dà alla stessa, che anche all'interno della giurisprudenza di legittimità non è univoca. Comunemente in dottrina è affermato che non sia possibile rinvenire altre formule, come appunto quella della non punibilità

⁷⁶¹ FIORETTI, *La nuova tenuità del fatto alla luce della recentissima sentenza della Cassazione n. 15449/15*, in *Questione Giustizia*, 2015

⁷⁶² R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1329.

per particolare tenuità del fatto⁷⁶³, da quelle espressamente elencate all'art. 129 c.p.p., attraverso una lettura estensiva⁷⁶⁴. Il motivo è semplice ed ermeneuticamente ineccepibile: quello che ci si porrebbe di rintracciare in tal modo per sua stessa natura è estraneo al meccanismo dell'art. 129 c.p.p. in quanto bisognoso di accertamenti che ineriscono alla sussistenza del fatto e alla sua rilevanza penale nonché alla commissione ad opera del soggetto imputato. Questa impostazione, che appare la più convincente dal punto di vista sistematico e logico, è stata spesso oggetto di parziali rivoluzioni, volte soprattutto a ricondurre ad efficienza ed economia la realtà processuale, che invece hanno statuito la rilevabilità di diverse cause di non punibilità, nei diversi ambiti processuali⁷⁶⁵. Spesso al fine di coinvolgere l'art. 129 c.p.p. anche in ipotesi di assenza di un richiamo espresso, molto attuale anche per la nuova esimente ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., si è voluto intenderlo quale “regola di condotta”⁷⁶⁶ e non un tipo ulteriore ed

⁷⁶³ Cristallina sul punto, Cass. pen. Sez. V, Sent., 02 luglio 2015, n. 5800, cit., che evidenzia come tale modifica, dunque, annunciata, ma poi abbandonata all'atto di licenziare il testo definitivo non può non valere quale precisa e consapevole opzione del legislatore nel senso di escludere la possibilità di fare ricorso all'art. 129 al fine di rilevare la particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità (prevedendo detta norma processuale, già in rubrica, un obbligo di immediata declaratoria solo in ordine a "determinate" cause di non punibilità)

⁷⁶⁴ Uno tra i tantissimi, L. SCOMPARI, voce *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)*, in *Enc. Dir. Annali*, II, 2, Milano, 2008, pp. 225 e ss.

⁷⁶⁵ Tuttavia la giurisprudenza tende talora a estendere l'applicazione dell'art. 129 co. 1:4 Cass. 23.11.2010, Lisai, in *FI* 2011 (3), II, 137, con riferimento alla causa di non punibilità in senso stretto prevista dall'art. 649 Cp, ma in ragione appunto di un generico riferimento alle cause di non punibilità, più che attraverso una lettura “disinvolta” della formula «il fatto non costituisce reato», come si rileva in dottrina Nel patteggiamento, Cass. Pen. Sez. VI, 6 dicembre 2012 n. 48765, Ricciardi, in *CED Cass.* 2012, rv. 254105 dove è affermato che la causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p. possa essere rilevata di ufficio per situazioni ai sensi dell'art. 384 c.p. anche senza l'invocazione dell'imputato. Correlata, Cass. pen. Sez. I, 12 gennaio 1994, Di Modugno n. 123, *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc.5, 108, rv. 196824, nonché Cass. pen. Sez. V Ord., 20-09-1999, n. 04117, Valarenzo Lorel Yhonny J., *CED Cassazione*, 1999, rv. 214478. in sede di legittimità, ax art. 599 c.p.p., Cass. pen. Sez. V, 15 febbraio 2005, Sampaolesi, n. 25155, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, 5, p. 549 rv. 231896, dove è stato causticamente affermato che “la causa di non punibilità può essere riconosciuta anche in sede di legittimità ex art. 129 c.p.p.”; ovvero in applicazione dell'art. 598 c.p.p., Cass., Sez. 6, n. 15955 del 01 marzo 2001, Fior dove è affermato che la formula “perché il fatto non costituisce reato” è stata sempre intesa come comprendente anche le cause di non punibilità; e, d'altronde, un'interpretazione diversa comporterebbe (...) fondati dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale, traducendosi in disparità di trattamento difficilmente giustificabili sotto il profilo della logica e della razionalità”. Per l'applicazione analogica, Cass. pen. Sez. III, 14 novembre 1995, n. 3877, *Prati*, Cass. Pen., 1997, 1048, ha affermato che in tema di legalità della pena, interpretando l'art. 129 c.p.p. analogicamente in *bonam partem*, nell'ipotesi in cui il giudice abbia irrogato una sanzione, che sia superiore ai limiti edittali ovvero in genere o specie più grave di quella prevista in astratto, la Cassazione ha, anche d'ufficio, l'obbligo di annullare la pronuncia, qualora non possa direttamente provvedere a rideterminare la medesima. In alcuni casi, si è ritenuto che l'illegalità della pena possa essere rilevata di ufficio ai sensi dell'art. 609, comma 2, cit., in applicazione analogica dell'art. 129 c.p.p. Sez. VI, n. 39631 del 24 settembre 2002, Gambini, Rv. 225693. altre volte vi è stata la mancanza di presa di posizione, come in Cass. Sezioni Unite, n. 40049, Guerra, cit.,

⁷⁶⁶ Cass. Pen. Sez. Unite, n. 12283 del 25 gennaio 2005, *DeRosa*, Rv. 230529: “l'art. 129 non attribuisce al giudice un potere di giudizio ulteriore ed autonomo rispetto a quello già riconosciutogli dalle specifiche norme che regolano l'epilogo proscioglitivo nelle varie fasi e nei diversi gradi del processo

autonomo di giudizio: una disciplina che impone al giudice di pronunciarsi allo stato degli atti, limitandosi all'attività essenziale⁷⁶⁷. E' una lettura che ha la finalità di smuovere il baricentro del fondamento del potere del giudice di individuare l'esistenza di una causa di non punibilità anche in sede di riti speciali ed anche in legittimità, dall'art. 129 c.p.p., per spostarlo in disposizioni peculiari per ogni tipo diverso di procedimento. Un valore puramente ricognitivo dato alla norma, che tenta maldestramente di camuffare l'*escamotage* per svicolare dai problemi interpretativi connessi alla mancata integrazione del dato positivo. È una soluzione estrema e poco condivisibile, ancorché se ne riconoscano le immense facilitazioni, soprattutto per la pronuncia ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. che sembrava originariamente richiedere a gran voce un'inclusione nell'art. 129 c.p.p. Però non si può nascondere l'evidente ed ulteriore problematica che deriverebbe da tale applicazione estensiva "scaltra": prevedendo infatti l'art. 131 *bis* c.p. una necessaria previa audizione delle parti coinvolte per argomentare la sussistenza o meno dei requisiti richiesti, poco convincente risulta la trasposizione del meccanismo, che in ogni caso verrebbe a trovarsi arricchito dalla possibile efficacia extrapenale propria delle sentenze dibattimentali e a seguito di giudizio abbreviato.

Il silenzio finale del delegato deve quindi indicare la via corretta interpretativa: è una volontaria ed espressa omissione, una scelta pura e semplice di non considerarla applicabile ai sensi dell'immediata declaratoria, utile, per vero, ad evitare una serie di questioni che sono una vera e propria "*rebus sic stantibus*" e che coinvolgono da tempo la disciplina dell'art. 129 c.p.p.⁷⁶⁸

Tale scelta assume la veste di un presidio cognitivo⁷⁶⁹ volto a statuire come la irrilevanza del fatto vada pronunciata solamente a seguito di una previa

valutazione
- art. 425, 469, 529, 530 e 531 -, ma enuncia una regola di condotta rivolta al giudice che, operando in ogni stato e grado del processo, presuppone un esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio" In campo l'art. 620 comma 1, lett. i), che consente alla Corte di cassazione di adottare pronunzia di annullamento senza rinvio quando la restituzione del giudizio nella sede di merito è "superflua", tale norma è stata ripetutamente ritenuta dalle Sezioni Unite fonte per l'adozione di pronunzie assolutorie nella sede di legittimità esempi: Cass. Pen. Sez. U, n. 22327 del 30 ottobre 2003, Andreotti, Rv. 226100; Sez. U, n. 22327 del 21 maggio 2003, Carnevale, Rv. 224181; oltre che dalle sezioni semplici, Sez. 2, 11 novembre 2010, n. 41461, Franzi, Rv. 248927. Essa ha costituito pure la base normativa per applicare una causa di non punibilità sopravvenuta, si veda Sez. VI, n. 9727 del 18 febbraio 2014, Grieco, Rv 259110; Sez. VI, n. 17065 del 26 aprile 2012, Cirillo, Rv.252506..Recentissima, Cass. Pen. Sez. Unite, Sent., 25 febbraio 2016 , n. 13681

⁷⁶⁷ Come osservato da Ufficio Massimario Cassazione, Relazione, cit., p. 7.

⁷⁶⁸ Ufficio Massimario Cassazione, *Relazione*, cit., p. 6.

⁷⁶⁹ L.PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 252

sulla possibile sentenza tra quelle indicate nell'art. 129 c.p.p., più liberatoria, con un attento vaglio dell'idoneità delle prove. È inevitabile il giudizio preliminare ai sensi dell'art. 129 c.p.p. che vaglia la presenza, evidente, delle cause di non punibilità in esso previste, in forza anche dell'accertamento del fatto tipico per la pronuncia ai sensi del nuovo art. 131 *bis* cp.

3.9 Le impugnazioni

Il Legislatore, disciplinando la particolare tenuità del fatto , ha invece taciuto sulle possibili doglianze nei confronti del provvedimento, lasciando ferma l'idea che valga anche in tal frangente il principio di tassatività delle impugnazioni. La mancanza interpolazione dell'art. 129 c.p.p. ha comportato, come brevemente detto prima, l'impossibilità di pronunce *ex art. 131 bis* c.p. oltre i limiti del *devolutum* nelle impugnazioni. Tale riserbo non trova tuttavia piena giustificazione stante *in primis* la discrezionalità insita nelle pronunce ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., ma anche soprattutto che esse non si prestano a una motivazione dettagliata come quanto previsto all'art. 546 lett. e) c.p.p. e nemmeno all'impugnazione che necessita di un riesame nel merito della particolare tenuità, “se non in presenza di specifiche violazioni di legge”.

Certamente, come attenta dottrina ha osservato, alla mancata modifica comprensiva dell'art. 129 c.p.p. si può porre rimedio rinvenendo una possibilità di applicazione analogica dell'art. 597 comma 5 c.p.p., che come ricordato sopra, consente al giudice di utilizzare poteri decisorii *extra petita*, in fatto ed in diritto, con riferimento alle norme di favore che trattano del trattamento sanzionatorio⁷⁷⁰. Tale interpretazione, minoritaria della dottrina, trova ampio ostacolo nelle pronunce di legittimità e nelle pubblicazioni maggioritarie, che in forza della natura eccezionale della norma, non ne ravvedono un'applicabilità estensiva alle ipotesi non espressamente richiamate.

Sembra pacificamente da ammettersi che in appello ed in cassazione potrà essere concessa o al contrario revocata, previa impugnazione della parte portatrice di interesse⁷⁷¹: all'interno della cornice del *devolutum*. In giurisprudenza, come

⁷⁷⁰ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1329. dottrina attenta ha inoltre rilevato che tale impostazione si rivela corretta, stante che anche l'esclusione di una o più aggravanti qualora erroneamente applicate o il ricalcolo della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. sottostanno a tale norma. Contra, P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali*, cit., p. 96, che lo esclude in forza dell'eccezionalità della norma art. 597 c.p.p.

⁷⁷¹ Nella fase intertemporale, non espressamente disciplinata dalla riforma, il giudice dovrà applicare, ai

ampiamente anticipato trattando della natura giuridica dell'istituto ai sensi della sentenza n. 15449, la Corte di legittimità sembra essersi ora assestata su un'interpretazione positiva unanime⁷⁷². E' una pronuncia che rientra nel ventaglio di quelle adottabili da un giudice di merito, e quindi appare accettabile che la corte di appello possa riconoscerla d'ufficio, previa instaurazione di un contraddittorio argomentativo tra le parti. Il giudice di appello è obbligato per fini di legalità superiore della giurisdizione a pronunciarsi in questo caso non solo di ufficio, bensì anche al di là dei motivi proposti con l'impugnazione.

3.9.1. La declaratoria di non punibilità in Cassazione.

Per il giudizio di cassazione, come anticipato nel paragrafo sulla natura giuridica dell'istituto al capitolo II ed in forza del mancato aggiornamento del catalogo di cui all'art. 129 c.p.p., per i casi in cui non vi sia espresso motivo di censura delle parti e il giudice di legittimità ravveda i caratteri del nuovo istituto, si è avanzata l'idea di far leva sulla disposizione art. 609 c.p.p., in forza della quale al giudice è riconosciuta la facoltà di rilevare d'ufficio le questioni, tra le quale risiede la corretta applicazione del diritto: l'immanente principio di legalità, monopolio del giudice in forza dell'art. 101 Cost. , funge da volano per il riconoscimento del nuovo istituto anche in legittimità. Una cognizione *extra petita* che ovviamente verterà unicamente su questioni di diritto, in riferimento alla tenuità, perché per quella sull'errore di fatto sarebbe stata necessaria la

sensi dell'art. 2 comma 4 c.p.in quanto normativa più favorevole sopravvenuta, sia in appello che in cassazione

⁷⁷² In generale, sulla trattazione dei limiti del *tantum devolutum quantum appellatum*, Cass. Pen. Sez. VI, 6 febbraio 2004, Addala, m. 228468, Cass. Pen, sez. III, 1 giugno 2005, n. 20499; Sez. VI, 26 gennaio 2004, Calluso, m. 228468; Cass. Pen., sez. IV, 9 novembre 1993 Di Vetta, m. 196610, contra, Cass. Pen., sez. V, 26 giugno 2001 Fdaa, m. 220233. Cass. se. V, 10 ottobre 2005, Della Cerra, m. 232536, contra, Sez. III, 8 febbraio 2005, Altin, m. 231122. sulla comparazione delle circostanze e sulla loro possibilità o meno, favorevole, Cass. Sez. I, 12 gennaio 1993, Principato, m. 195949. Contra, sulla specialità dell'art. 597 comma 5 c.p.p., Cass. Sez. Unite, 16 marzo 1994, Magotti, m. 197700. espressamente sull'inapplicabilità nei casi non espressamente previsti, infatti, proprio l'espressa previsione, da parte del legislatore, delle facoltà attribuite, *ex officio*, al giudice dell'appello preclude un'applicazione estensiva od analogica della norma, ed un ampliamento, per via di interpretazione giurisprudenziale, dei poteri discrezionali specificamente, e tassativamente, conferiti al medesimo giudice. , Cass. 26 settembre 1997, Gargano, in *Cass. Pen.* 1998, p. 2945, con nota di R. FOIS, *Può il giudice di rinvio applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive di pene detentive?*. Cass. pen. Sez. VI, 20 marzo 1997, n. 4302, Manzella, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 2025; Sez. 4, n. 12947 del 20/02/2013, Pilia, Rv. 255506; Sez. 6, n. 35912 del 22/05/2009, Rapisarda, Rv. 245372 ed infine Cass. pen. Sez. IV, Sent., 06 ottobre 2015, n. 43425 . In dottrina, P. CORSO, *Codice di procedura penale commentato*, Piacenza, 2015.

modifica dell'art. 129 c.p.p.⁷⁷³. E' una cognizione di diritto nel perimetro di quanto definito dagli atti e dai limiti conoscitivi di legittimità della Corte: una mera valutazione in iure su cui deve instaurarsi comunque un contraddittorio : ovviamente ciò è subordinata alla considerazione e qualificazione giuridica del fatto (e non del danno) come tenue, in ottemperanza al principio del *favor rei* , come qualificazione *in melius*.⁷⁷⁴ In base alle risultanze, come si dirà subito sotto, si applicheranno *ex officio* l'art. 623 c.p.p. o l'art. 620 lett. l) c.p.p.. Preme tuttavia sottolineare come in tale ipotesi il contemporaneo esercizio da parte del giudice di legittimità del giudizio rescindente e rescissorio sarà più frequente, stante qui la non punibilità *tout court* dell'imputato ed il non necessario ricalcolo di pena, nonché il fatto che il materiale decisivo è già nella cognizione della Cassazione, la quale potrà immediatamente ravvedere l'errore di diritto e correggerlo con un semplice esercizio riqualificatorio.

Con uno sguardo analitico alla nuova disciplina, quello che emergerà nella pratica sarà sicuramente il ricorso in cassazione per l'avvenuto riconoscimento o meno della tenuità del fatto, attraverso le censure che coinvolgono tanto l'errore di diritto quanto il vizio motivazionale; in particolare quest'ultimo, chiaro sulla carta, dovrà essere mantenuto entro i contorni della motivazione illogica, contraddittoria o assente non sfociando in un vaglio sulla valutazione dei requisiti dell'esimente *ex art. 131 bis c.p.* Meno denso di problemi risulta invece il vizio della violazione di legge, in quanto più afferente alla dimensione astratta del sistema: l'ipotesi che emergerà sarà quella relativa ad un'errata interpretazione dell'ampiezza degli indici caratterizzanti la particolare tenuità, come potrebbe essere il significato da darsi alla forma “reiterata” o “plurima” della commissione di reati, o l'identificazione corretta del grado di offesa di un illecito penale o ancora, la scorretta applicazione di una circostanza attenuante al posto della più favorevole declaratoria di non punibilità o viceversa. In tale caso la pronuncia di legittimità dovrà necessariamente coinvolgere l'art. 623 c.p.p. , ossia un annullamento

⁷⁷³ Prima della nota sentenza Mazarotto, un punto fermo nell' ampia elaborazione giurisprudenziale era quello per cui doveva ritenersi esclusa la necessità di procedere ad annullamento della sentenza impugnata solo perché viene dedotta la possibile applicazione dell'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p.. Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni, Rv. 263693, da Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742, Clemente, Rv. 264596, e da Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, T., Rv. 265114-265116, le quali hanno espressamente precisato che non è compatibile con il nostro sistema processuale un “annullamento con mere finalità esplorative” (così, precisamente, Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., cit.), o, comunque, un “indiscriminato annullamento quando non ricorrano le condizioni di applicabilità del nuovo istituto” (questi i termini di Sez. III, n. 21474 del 2015, Fantoni, cit.). In particolare, Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., Fermo è rimasto il divieto di annullamento a finalità esplorative.

⁷⁷⁴ Per R. APRATI, *Le regole processuali*, cit. p. 1331, oltre che in *bonam partem*, il potere è esercitabile anche in *malam partem*.

con rinvio, in quanto è necessariamente un giudice di merito a dover riqualificare i fatti in guisa alle indicazioni ed osservazioni espresse in legittimità in forza di motivazioni moralmente apprezzabili e dell'assenza di interessi personali al compimento della condotta, del grado di offensività della condotta e della colpa, dell'irrogazione di una pena pari al minimo edittale, nonché della concessione delle attenuanti generiche, sebbene in concorso con un'aggravante⁷⁷⁵. Rinvio assolutamente necessario in particolare quando l'art. 131 *bis* c.p. sia stato riconosciuto nel merito e successivamente disconosciuto dalla Cassazione: in tal caso il giudice del rinvio sarà incaricato di irrogare la pena, in forza di un annullamento parziale, ma in quanto all'accertamento della responsabilità, farà stato con interruzione dei tempi di prescrizione, come prescritto dall'art. 624 c.p.p.⁷⁷⁶ Pacificamente accettato rispetto all'errore di diritto, ma circondato ancora da forti dubbi stante la natura sostanziale della causa e dei suoi elementi, sembra la possibilità per la Cassazione di procedere ai sensi dell'art. 620 lettera l), qualora i fatti siano presenti ma non siano stati considerati e sistemati correttamente dal giudice di merito: la Cassazione potrà quindi procedere alla corretta sussunzione dei fatti nella norma giusta, senza alcuna valutazione, che le è preclusa in quanto nel merito, circa la tenuità⁷⁷⁷, "ogniqualevolta già dalla sentenza impugnata risultino palesi la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali e un

⁷⁷⁵ Sez. III, 5 maggio 2015, n. 40774, Falconieri, Rv. 265079; Sez. III, 14 maggio 2015, Ferretti, n. 24358, Rv. 264109; Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, Gau, Rv. 264034; Sez. III, 1 luglio 2015, n. 43816, Amodeo, Rv. 265084; Sez. III, 2 luglio 2015, n. 31932, Terrezza, Rv. 264449; Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264795-264796; Sez. F, 13 agosto 2015, n. 36500, Greco, Rv. 264703; Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742, Clemente, Rv. 264596

⁷⁷⁶ Nota 746, nonché F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 1152 e 1162 che richiama anch'esso la somiglianza tra l'art 129 c.p.p. e l'art 620 lett. l), in quanto il giudice in tali casi risolve a favore dell'imputato sia che esistano gli estremi o meno, in una sorta di ibrida natura di riforma, dove l'azione di annullamento è rivolta al gravame, nonché l'esito ai sensi dell'art 623 c.p.p. A. SPINELLI, *Prescrizione e lieve entità del fatto: i limiti ai poteri cognitivi nel giudizio di rinvio*, in *Processo penale e giustizia*, 3,2016., In giurisprudenza, Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264795-264796, e Sez. III, n. 50215 del 2015, Sarli, che hanno statuito che il giudice del rinvio è tenuto a verificare esclusivamente l'applicabilità in fatto di tale causa di esclusione della punibilità, ma non può rilevare l'eventuale decorso del termine di prescrizione maturato dopo la sentenza di annullamento (parziale), stante la formazione del giudicato progressivo in punto di accertamento del reato e di affermazione della responsabilità dell'imputato.

⁷⁷⁷ Dunque, correndo l'obbligo per il giudice di applicare la *lex mitior* anche nel giudizio di legittimità, con particolare riferimento all'applicabilità diretta dell'art. 131 *bis* c.p. in relazione alle fattispecie già definite in grado d'appello prima dell'entrata in vigore della norma stessa la Corte di Cassazione avrà pieno titolo di pronunciarsi e, dove ravvisasse nella motivazione della sentenza impugnata gli estremi per l'applicabilità del nuovo istituto, potrà financo pervenire ad una sentenza di annullamento senza rinvio ai sensi dell'art. 620, comma I, lettera l), c.p.p. Si veda, Cass. Sez. III, sent. 14 maggio 2015, n. 24358, imp. Ferretti. Si veda Cass. Sezioni Unite, sent. 26 giugno 2015, n. 46653, imp. Della Fazia, che ha esteso il dovere del giudice di legittimità di applicare la legge più favorevole all'imputato fino a ricomprendere anche i casi in cui il ricorso sia inammissibile. Si legga, ad esempio, Cass. Sez. VI, sent. 16 settembre 2015, n. 45073, imp. Barrara.

apprezzamento del giudice di merito coerente alla conclusione logica che il caso di specie vada sussunto nella particolare tenuità del fatto”o, comunque, quando, per il “contesto di assoluta evidenza dei presupposti indicati dall’art. 131 *bis* c.p.”, risulti “superfluo l’annullamento con rinvio della sentenza impugnata”.⁷⁷⁸ Dubbi permangono circa la rilevanza o meno della causa di non punibilità in presenza di un ricorso inammissibile: è un rapporto giuridico processuale che legittima una pronuncia di proscioglimento⁷⁷⁹?

3.9.2. Le problematiche di diritto intertemporale

Con il nuovo intervento normativo, ed il silenzio del Legislatore circa la disciplina da applicare per i giudizi di Cassazione pendenti al momento di approvazione del provvedimento, la maggioranza degli interpreti, in forza di una considerazione della successione delle leggi nel tempo e della necessità di risolvere quindi la normativa di una condotta concreta attraverso le comuni regole di diritto intertemporale, ha risolto il dilemma con l'applicabilità dell'art. 2 comma 4 c.p. e non di un *abolitio criminis*⁷⁸⁰, come già chiarito. Questo risultato, frutto di un continuo ed intenso lavoro di ricerca ha coinvolto, oltre che la Cassazione, anche le diverse procure della Repubblica, stante le problematiche attinenti alla natura sostanziale che comporta la stessa lettera dell'art. 131 *bis* c.p., trova il proprio fondamento nel principio del *favor rei*, anche se ancora non è del tutto unanime la considerazione che la riforma sia da considerarsi quale *ius superveniens* più favorevole⁷⁸¹. Se si fosse voluto applicare la nuova causa di non

⁷⁷⁸ Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., cit, le Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020. Su tali pronunce, la rassegna penale Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, p. 62, che l’annullamento con rinvio costituirebbe una disapplicazione dell’art. 620, comma 1, lett. l), cpp., e sarebbe “non solo contrastante con i principi costituzionale della ragionevole durata del processo e della sua economia ed efficienza, ma anche intrinsecamente contraddittorio”, per la pratica impossibilità per il giudice del rinvio di escludere l’operatività dell’art. 131 *bis* c.p. Avendo riguardo alle conseguenze della decisione di annullamento senza rinvio. ha precisato che, nonostante tale esito decisorio, restano ferme le statuizioni civili, in considerazione del disposto di cui all’art. 651 *bis* cpp.

⁷⁷⁹ Querelle già propria in presenza delle cause estintive del reato, e rispetto l'illegalità della pena. In base alle risposte affermative della Cassazione, sembra prospettarsi una definitiva sistemazione affermativa anche per la nuova esimente.

⁷⁸⁰ Nonostante, come già anticipato, alcune pronunce di merito abbiano sentenziato diversamente. Ad esempio Trib. Palmi, Corte di Assise, Sez. I, 19 ottobre 2015, Capone, Est. che ha sostenuto come i fatti particolarmente tenui dopo la riforma, avessero sostanzialmente subito una *abolitio criminis* in forza della natura sostanziale dell'esimente e con la possibile applicazione retroattiva in quanto più favorevole,

⁷⁸¹ Condizione rilevabile anche ex officio dalla stessa Corte, stante la natura sostanziale dell'istituto e il fatto che l'esimente afferisce ad una condizione obiettiva del fatto, come sancito da Cass. Pen. Sez. III, 30 novembre 2015, n. 47256. fermo è tuttavia l'obbligo che il ricorso presentato dalla parte non sia

punibilità ai processi conclusi, sarebbe stato necessario un intervento normativo: appunto un'espressa disciplina transitoria in deroga al limite temporale di retroattività in forza di una *lex mitior*⁷⁸². E' una declinazione specifica del canone di uguaglianza, che prevede quindi l'applicazione nei processi in corso dell'esimente, per fatti anteriori all'entrata in vigore della riforma. L'operatività della disposizione presuppone l'attuale rilevanza penale del fatto, che tuttavia il Legislatore rinuncia a punire stante la esiguità dell'offesa: una valutazione che si basa sulla serietà e gravità delle conseguenze dannose, che deve essere attuale, necessariamente contemporanea al comportamento vietato o comunque contestuale al momento del giudizio. Oltre ai dubbi di compatibilità costituzionale, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi della nota sentenza Edu Scoppola, emergono dubbi anche circa la possibile disparità trattamentale, che si porrebbe con l'art 2 comma 3 c.p. ,che consente invero la rimodulazione della pena detentiva in pecuniaria retroattivamente. In particolare per i giudizi di Cassazione le parti possono ,con motivi aggiunti, sollevare la questione circa la causa di non punibilità, in quanto non è possibile considerare il profilo del passato in giudicato per il decorso del termine decadenziale. Inoltre vi è anche la possibilità, come detto prima, *ex officio* per la Corte, di sollevare la questione ai sensi dell'art. 609 comma 3 c.p.p., in combinato disposto con l'art. 2 comma 4 c.p., se non è stato possibile rilevarlo in appello, in quanto il giudice di legittimità ha l'obbligo di procedere all'immediata cognizione in base a quanto dedotto negli atti. Una sorta di accertamento sull'accertamento, ai sensi di quanto dedotto nell'art. 131 *bis* c.p., così come riconosciuto ormai in sede di legittimità e dottrina⁷⁸³.

3.10 La causa di non punibilità nei riti speciali

Il mancato aggiornamento dell'art. 129 c.p.p. ha avuto ampi strascichi rispetto anche ai riti speciali oltre che alla fase più strettamente dibattimentale. Certamente tale aggiornamento, con la previsione di un previo vaglio di responsabilità e una disciplina di necessaria interlocuzione, sarebbe stata la soluzione più chiara ed opportuna⁷⁸⁴.

infondato o inammissibile per i motivi tradizionali, se no il difetto precluderebbe la possibilità di instaurazione e rilevazione della causa da parte della Suprema Corte anche se *ius superveniens* più favorevole. Si veda anche Cass. Pen. Sez III, 24 giugno 2015 e Cass. Pen. 18 agosto 2015, n. 40152.

⁷⁸² Procura di Trento, *Commento*, cit., p 12 nonche Ufficio Massimario Cassazione, *Relazione*, cit., p. 2.

⁷⁸³ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1331. Cass. Pen., n. 15449, Mazzarotto, cit.

⁷⁸⁴ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 100; P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi*, cit., p. 94 e ss.

Rispetto al rito di applicazione della pena su richiesta delle parti, per decreto di condanna e per la messa alla prova, è chiaro che l'istituto della particolare tenuità potrebbe avere ampia applicabilità, stante la tipologia di reati che vengono in tali sedi coinvolti, quasi nella totalità rientranti nella cornice edittale dell'art. 131 *bis* c.p. Però rispetto a tali riti è sancita la non applicazione di sanzioni qualora siano presenti le cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p.: il mancato coinvolgimento della particolare tenuità nella disciplina dell'immediata declaratoria di non punibilità è stato qui riconosciuto come corretto, in quanto un riconoscimento senza interlocuzione delle parti lederebbe l'essenza negoziale dei riti, nonché la volontà del soggetto imputato che si troverebbe, senza possibilità di replica, con una pronuncia iscritta nel casellario giudiziale. In realtà, la scelta delle parti non può far sì che il giudice sia obbligato a pronunciare condanne o cripto-condanne, qualora il fatto si appalesi tenue. Una libertà del giudice da tutelare, tenendo presente l'impossibilità di leggere estensivamente l'art. 129 c.p.p.

Per il procedimento per decreto, l'erronea valutazione del pm rispetto al profilo della punibilità, potrà essere cambiata dal giudice, soggetto solo alla legge, che restituirà gli atti all'accusa in base ai criteri di adeguatezza e non proporzionalità della pena *ex art. 27 Cost.*. Restituzione, nella probabile forma di ordinanza, che non vincolerà tuttavia il pm che potrà instaurare nuovamente il processo nelle forme da lui ritenute corrette o procedere invece per l'archiviazione⁷⁸⁵. Per quanto riguarda le questioni intertemporali, in caso di opposizione pendente a decreto già pronunciato, la valutazione sull'irrelevanza potrà farsi all'esito del giudizio di opposizione; tuttavia, in presenza di richiesta di oblazione, che porta normalmente all'estinzione del reato, la recente sentenza della Corte costituzionale⁷⁸⁶, consentendo al Gip di pronunciare sentenza *ex art. 129 c.p.p.* nel caso di domanda di oblazione contestuale all'opposizione al decreto condanna, ha reso la disciplina decisamente più vischiosa.

Tuttavia, proprio la mancata modifica dell'art. 129, che non ricomprende l'irrelevanza, sembra portare a ritenere preclusa tale possibilità per l'istituto in esame.

Medesimo *iter* e medesime argomentazioni appaiono prospettabili per il patteggiamento qualora il giudice valuti un fatto come tenue, in forza dei poteri di controllo sulla

⁷⁸⁵ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit p. 1332, nonché in giurisprudenza, Cass. Pen., 14 gennaio 2005, n. 5659, n. 231208, Cass. 20 marzo 2009, n. 1680, *ivi*, n. 244052; *contra*, Cass. Pen. 23 giugno 2009, n. 35186, *ivi*, n. 245373.

⁷⁸⁶ Corte Cost., n. 14 del 2015.

congruità della pena-che consente di respingere il patteggiamento- e⁷⁸⁷ per la messa alla prova per un fatto tenue. La mancata operatività dell'art. 129 c.p.p., divenuta in tali termini una regola di condotta, può quindi essere compensata dal fatto che il giudice, in forza del principio di legalità, può qualificare correttamente e giuridicamente ai fini della pronuncia di merito: qualificando un fatto come lieve, può sussumerlo nella fattispecie di cui all'art. 131 *bis* c.p., pronunciandosi di conseguenza.

In ogni caso, la giurisprudenza sarà chiamata a pronunciarsi rispetto ai riti speciali e la particolare tenuità, al fine di dirimere definitivamente l'annosa questione.

Questo perché dal punto di vista pratico ad esempio sussiste un paradosso: il Gup può pronunciare per tale ragione una sentenza di non luogo a procedere mentre il giudice del dibattimento non può far luogo ad analoga decisione ai sensi dell'art. 129 c.p.p.. D'altro canto, considerata la previsione espressa del proscioglimento predibattimentale, ogni questione potrà nel caso affrontarsi in dibattimento.

⁷⁸⁷ Ufficio Massimario, cit., p. 13 chiaro sulla non applicabilità dell'art. 129 cpp. In realtà il giudice con la facoltà di valutare la congruità della pena deve assumere una valutazione complessiva in base all' art. 133 c.p.

CAPITOLO IV.

UNO SGUARDO COMPARATO ALL'ESPERIENZE TEDESCA , AUSTRIACA E SVIZZERA.

Sommario: 4.1. Alcuni brevi cenni su il *Deutsches Strafsrecht: il Legalitätsprinzip*; 4.1.2 Una prima analisi critica nell'ottica degli §§ 153 e 153a StPO; 4.2. L'archiviazione "semplice": il § 153 StPO; 4.2.1. I requisiti: la colpevolezza esigua; 4.2.2. L'assenza di interesse pubblico; 4.3. L'archiviazione ai sensi del § 153a StPO e l'ampliamento dell'istituto anche alla criminalità "non piccola"; 4.3.1. Peculiarità strutturali ed applicative rispetto all'archiviazione "semplice". Il consenso e la natura "condizionata"; 4.4. L'istituto della tenuità in Austria: tratti salienti e problematiche; 4.5. Nel sistema elvetico; 4.6 Conclusioni critiche rispetto alla novella italiana;

4.1. Alcuni brevi cenni su il *Deutsches Strafsrecht: il Legalitätsprinzip*.

Tra i *Grundsätze des Strafverfahrens*⁷⁸⁸, i principi fondamentali del procedimento penale, richiamati nella *Strafprozessordnung*, il codice di procedura penale, emerge, accanto all'*Anklagegrundsatz*, all'*Offizialprinzip*, all'*Instruktionsprinzip* e al *Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, il *Legalitätsprinzip*, disciplinato al § 152 II StPO, nella versione ultima del 1987⁷⁸⁹.

Il diritto processuale tedesco quindi si ispira, con le immancabili eccezioni del diritto minorile ispirato allo *Opportunitätsprinzip*⁷⁹⁰ in forza della peculiarità del rito, al *Legalitätsprinzip*, ossia il principio di legalità dell'azione penale, a noi noto come il

⁷⁸⁸ W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 1998, nn. 6 e ss. I principi previsti nel codice di rito e le loro applicazioni rispondono alla gerarchia primariamente delineata dalla Costituzione federale tedesca nonché i diritti personali tutelati dalla CEDU. Sono principi che tutelano il singolo dinanzi al potere statale e giudiziario.

⁷⁸⁹ Alcuni di tali principi rispecchiano quelli previsti nella nostra Costituzione, in forza delle latenti somiglianze strutturali tra il diritto nostro e quello tedesco: il principio del giusto processo, presente da anni nel diritto interno e cristallizzato definitivamente, come da noi, con l'art. 6 CEDU; il principio di legalità che sancisce il monopolio statale dell'esercizio dell'azione penale, con eccezionali deroghe costituiti dai reati di minore gravità per cui è concessa tale facoltà ai soggetti privati; il principio accusatorio della domanda, dell'obbligatorietà dell'azione penale, della precostituzione del giudice. Vigono poi i principi che dirigono lo svolgimento del processo, quello inquisitorio per ricercare la verità materiale, del contraddittorio, della concentrazione nonché quelli che attengono più specificatamente alle prove, alla forma del procedimento. Per una trattazione, F.C. SCHRÖDER, *Strafprozessrecht*, München, 1997, n. 54 e ss. e C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1995, §2.

⁷⁹⁰ Il quale conferisce al pubblico ministero la discrezionalità nel procedere ad indagini e poi solo eventualmente, all'*Anklageerhebung*.

principio di obbligatorietà⁷⁹¹. Il motivo di tale scelta risiede nell'esigenza di assicurare che l'organo di accusa - ai tempi della promulgazione del codice di procedura e della legge sull'ordinamento giudiziario, nel lontano 1877, parte del potere esecutivo e sottostante il monarca in una società fondata su forti disuguaglianze di classe - procedesse per ogni reato, a prescindere dalle condizioni economico-sociali del sospettato. Differenza esiziale risiede nel fatto che, in Germania, tale principio non è coperto, come invece da noi, dalla tutela costituzionale: ciò consente una deroga meno problematica e più frequente di tale principio cardine, in forza di considerazioni dettate dall'opportunità che rispondono a diverse motivazioni, ad esempio il venir meno dell'interesse dello Stato alla persecuzione, ovvero la prevalenza di altri reati o appunto la lieve entità dell'offesa di quei reati di microcriminalità. Anche in Germania l'iniziativa appartiene all'ufficio del pubblico ministero, il *dominus* delle indagini che, ai sensi del § 152 II StPo, è obbligato ad iniziare l'azione penale⁷⁹², sempre, qualora sussista almeno un sospetto fondato⁷⁹³, lo *hinreichender Tatverdacht* - o lo *Anfangsverdacht*, (non obbligatoriamente *hinreichend*,) quando <<*möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt*>>⁷⁹⁴ - circa la commissione del reato e la sua addebitabilità al soggetto indagato/imputato: è un chiaro adempimento del principio di antico conio del *fumus boni iuris*⁷⁹⁵. Qualora le indagini, finalizzate al riconoscimento

⁷⁹¹ K. JAVERS, *Profili generali del diritto processuale tedesco*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2003, pp. 930-949. Intrecciata a tale principio, la *Verfolgungspflicht pone in capo al pm l'onere* di procedere per la *Beseitigung von Verfahrenshindernissen*, se vi è l'interesse pubblico, come nell'ipotesi che vada chiesta, qualora l'imputato sospettato sia un deputato al Parlamento Federale, la *Immunitätsaufhebung*.

⁷⁹² <<*Legalitätsprinzip bedeutet Verfolgungszwang -gegen jeden Verdächtigen->> nonché l'*Anklagezwang*, alla presenza di determinati presupposti: quest'ultimo fa sì che il pm sia obbligato a formulare l'imputazione per tutti i reati, qualora sussistano le condizioni di procedibilità, di cui siavvenuto a conoscenza, se sussistano indizi sufficientemente concreti circa la presenza di un reato (§ 152, comma 2, StPO). Vi è obbligo della *Anklageerhebung*, <<*wenn die Beweisfähigkeit des Tatvorwurfes den Grad der Wahrscheinlichkeit erreicht hat und mit einer Verurteilung zu rechnen ist*>>, come ha precisato il BGH, 15, 158. Charo risulta il motivo: realizzare il *Gleichheitsprinzip vor dem Gesetz*, il principio della parità dinanzi alla legge. L'*Anklagezwang* è il completamento e il perfezionamento dell'*Anklagemonopol*, anche qui nelle uniche mani dell'organo di accusa, il pubblico ministero.*

⁷⁹³ Singolare l'impostazione secondo cui non è necessario ricercare il sospetto in sé e per sé: è sufficiente la "probabilità di essere riconosciuto colpevole" di L.R. RIEß, §153, Rn. 12. Contra, BEULKE, §153, cit., Rn. 334 che invece, in forza di argomentazioni più solide, statuisce la necessità di ricercare il sospetto che deve avere il carattere della sufficienza.

⁷⁹⁴ "Che tali sospetti facciano desumere chiaramente che vi sia stato il compimento di un fatto rilevante e penalmente perseguibile." Il sospetto, nella maggioranza dei casi, raggiunge la polizia o la procura attraverso la querela o la denuncia o, seppur in maniera del tutto sporadica, attraverso "ragioni del loro ufficio". Per il pm, tale facoltà è subordinata alla necessità che i reati per cui intende avviare le indagini, siano connotati da una certa gravità.

⁷⁹⁵ Per una panoramica sul processo tedesco, R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, in (a cura di) M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2001, pp. 176-230.

del fondato sospetto ed allo stesso tempo alla raccolta del materiale probatorio ex § 161 I StPo, abbiano disvelato la presenza dei requisiti e delle circostanze del reato per un corretto esercizio dell'azione penale, l'accusa dovrà essere necessariamente formulata e dovrà procedersi con *l'Anklageerhebung*, nonché l'inoltro della richiesta di rinvio a giudizio al giudice competente, ex §170 StPo. È un sistema fondato anch'esso sul principio accusatorio, dove l'azione penale per iniziare necessita di un accertamento giurisdizionale, ai sensi dei §§ 151 e 170 I StPo: un procedimento sì di tipo accusatorio, con tuttavia la peculiarità del principio della ricerca della verità materiale che lo traghetta verso orizzonti anche inquisitori⁷⁹⁶. Un impianto imperniato sulla concezione retributiva della pena, che ha ispirato la creazione e progettazione del *Legalitätsprinzip* del codice di rito, ma che ha tuttavia mutato i propri caratteri di pari passo con la interpretazione evolutiva della pena stessa in una visione preventiva della sanzione, dove l' inflizione della pena non può prescindere dalla *gesellschaftlichen Notwendigkeit* nonché dalla *Zweckmäßigkeit* della medesima, la valutazione di adeguatezza della realtà socio-culturale. Le basi originarie del principio del §152 StPo sono venute meno, ma nonostante questo è rimasto tra quelli fondamentali. Uno stato democratico, di diritto e fondato sul *Bestimmtheitsgrundsatz* non può non esigere che sia il Legislatore a delineare i caratteri necessari per l'inizio di un procedimento penale e permettere che tale esiziale facoltà sia affidata alle mani degli organi inquirenti.

L'avvio delle indagini preliminari, una volta emerso il sospetto iniziale di avvenuta commissione di un reato o almeno della sua possibilità, è nelle mani dell'organo di accusa, il quale, ai sensi di §§ 152 II, 160 e 163 StPo, è obbligato ad iniziare l'azione: un argine a possibili derive arbitrarie. Tale sistema subisce, come anticipato, delle deroghe⁷⁹⁷, in forza dell'approdo ad una concezione preventiva e rieducativa della

⁷⁹⁶ C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht, cit.*, cap. 3. Il pm persegue il reato ed il giudice pronuncia la condanna: questo è l'emblema del sistema accusatorio; tuttavia dopo la formulazione dell'imputazione il procedimento è rimesso nelle mani del giudice, interamente in nome e per conto della verità processuale ed assume tutte le prove ce egli ritiene necessarie. Nella prassi, l'interrogatorio in contraddittorio, sulla carta previsto, è privo di significato e la difesa ed il pm sono privati di qualsivoglia disposizione del materiale processuale. Rispetto quest'ultimo punto, H. KÜHNE, *Strafprozessrecht, cit.*, nn. 748 e ss.

⁷⁹⁷ Le deroghe al *Legalitätsprinzip* non trovano applicazione per gli organi di polizia: la *Verfolgungspflicht* è rimasta integra, ai sensi di § 163 StPo, anche se si ritiene che tale paragrafo vada qualificato come una *Aufgabenübertragung*. Accanto all'ipotesi che interessa il qui presente lavoro, dei reati bagattellari, l'archiviazione nonostante la sufficienza di indizi, che risponde quindi a valutazioni di opportunità, si applica: per determinati reati commessi all'estero, ex §153 c StPo; per alcuni reati politici, §153 d) StPo, in caso di attentato alla sicurezza interna, anche se tale facoltà appartiene al procuratore generale federale con il consenso del tribunale regionale superiore, ex §153 e StPo; per il concorso di reati qualora la pena che andrebbe applicata ad uno di essi non incide in

sanzione penale, tra le quali ha assunto ruolo sempre più importante la tenuità dell'offesa accompagnata dalla lieve entità del livello di colpevolezza: nell'alveo della *Kleinkriminalität* e della *mittleren Kriminalität*, non si applica il *Legalitätsprinzip*, bensì l'*Opportunitätsprinzip*, perlomeno per quanto concerne il pm. Agli organi di polizia invece non è stato ancora attribuito alcun *Einstellungsermessen*, ossia il potere di sospendere e/o abbandonare l'azione penale, neanche all'indomani delle modifiche del 1999 e nonostante il ruolo autonomo e propulsivo che questi hanno assunto in particolare verso la criminalità bagatellare. I loro obblighi e *Befugnisse* sono contemplati principalmente dal § 163 StPO. Se del caso la polizia è obbligata a contattare il pm, al fine di concordare lo svolgimento di eventuali ulteriori attività investigative. E' comunque fatto salvo l'obbligo, da parte degli organi di polizia, di adottare provvedimenti di propria iniziativa in caso di indifferibilità⁷⁹⁸.

4.1.2. Una prima analisi critica nell'ottica degli §§ 153 e 153A StPo

Il ruolo della sanzione penale quale *ultima ratio*, motore della riforma qui esaminata, è presente, in maniera ancora più accentuata nei paesi germanici, dove la finalità unica del diritto penale assume i contorni della protezione dei valori fondamentali indicati dalla Costituzione, tra cui spicca la tutela del diritto principe: quello alla libertà individuale. Non deve quindi sorprendere la constatazione secondo cui la pena assume una veste del tutto sussidiaria, dovendo il diritto penale sostanziale mirare a proteggere, attraverso la sanzione, quei soli beni e interessi giuridici "costituzionali". Per la tenuta efficiente di tale sistema, il diritto penale deve ovviamente sottostare ad una serie di regole, le quali mantengono vivo e recettivo l'ordinamento: la considerazione di reprimere solo quella criminalità "grande" e non quindi le mere bagatelle, riducendo quindi statisticamente l'applicazione della pena, ha costruito un sistema, che seppur non esente da critiche, risponde in maniera positiva da decenni⁷⁹⁹, in risposta al problema,

maniera rilevante sulla pena inflitta per un altro, ex §154 I StPo.

⁷⁹⁸ Eccezione fa la *Finanzbehörde*, la quale, con il consenso del giudice, ha facoltà di procedere alla *Verfahrenseinstellung* ai sensi del §153 StPO, se è stata essa stessa a condurre le indagini preliminari.
⁷⁹⁹ KRÜMPPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, 1966, Berlino, p. 146 .K.L. KUNZ, *Das strafrechtliche bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlino, 1984, pp. 11 e ss. per una lettura in italiano, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 130 e ss. G. FORNASARI, *Le alternative alla pena detentiva: un excursus nel sistema penale tedesco*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 2008, pp. 127-140

da noi ancora del tutto attuale, dell'ipertrofia verticale del diritto penale⁸⁰⁰. Questo anche perché, negli ultimi decenni, si è assistito a un incessante incremento della piccola e media delinquenza che ha comportato non una scelta, ma bensì la necessità di addivenire a un sistema imperniato sullo *Opportunitätsprinzip*⁸⁰¹. In realtà, deve evidenziarsi che tali istituti-deroga, più che introdurre vere ipotesi di opportunità, rispondono a quel principio-dovere di attuazione di una discrezionalità vincolata, *das pflichtgemässes Ermessen*, il quale certamente costituisce importante limite per il principio di obbligatorietà, ma non lo contrasta⁸⁰². La predeterminazione di parametri legislativi che delineano i criteri ai cui l'organo giudiziario deve attenersi per disporre l'archiviazione in esame consentono tutto ciò: un sistema fermo, ma "opportunamente" flessibile.

Ora quindi, a seconda dei settori, al pm competono facoltà e compiti diversi, risolvendosi la sua decisione in un'archiviazione discrezionale oppure condizionata.

Esiguità tracciata dal noto "modello di *Krumpelmann*" e che coinvolgerebbe ogni elemento del reato. Il tradizionale modello di tipicità bagattellare, infatti, risulta composto dalla contemporanea esiguità del disvalore di evento, disvalore di azione e grado di colpevolezza: "una triarchia paritaria dei reati bagattellari"⁸⁰³. Il disvalore dell'evento si rispecchiava nell'offesa al bene giuridico ed il disvalore dell'azione si poneva come l'intensità dell'offesa. Il modello tracciato da Mayer e poi da Krumpelmann, distingueva fra i reati bagattellari propri o autonomi ed i reati bagattellari impropri o non autonomi, tra cui i primi possedevano una pena lieve e non dovevano essere sottospecie di delitti astrattamente gravi ed erano già per il Legislatore delle violazioni che per la loro esiguità dovevano essere solo minimamente sanzionate. Invece il modello di reato in concreto esiguità corrisponde a quella che può definirsi una commisurazione anticipata della pena, ossia che nella sua delineazione concorrono una serie di fattori che normalmente appartengono alla pena, con una importantissima differenza: qui non è il *quantum* a doversi misurare, bensì l'*an*⁸⁰⁴. Un'esiguità che nel

⁸⁰⁰ RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, p. 226, il quale, nel denunciare un'espansione eccessiva del diritto penale, accumuna la pena ad un farmaco, e di conseguenza, "più medicine riceve il malato e più sicuramente muore".

⁸⁰¹ Per tutti, HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZstW*, 1980, p. 228.

⁸⁰² G. CORDERO, *Oltre il "patteggiamento" per i reati bagattellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il nostro art. 112 Cost.*, in *Leg. Pen.*, 1986, pp. 663 e ss.

⁸⁰³ P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 3

⁸⁰⁴ KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., pp. 198 e ss.

modello tedesco affonda le proprie radici nelle dimensioni oggettiva e soggettiva e ha assunto la veste ideale a cui si è ispirato il nostro art. 131 *bis* c.p., che abbandonando una vocazione prettamente oggettiva si è aperto ad un coinvolgimento, seppur mediato e subordinato, delle componenti soggettive -le quali vanno a completare il quadro della valutazione- e fanno così emergere, nella disciplina, anche la finalità di prevenzione speciale⁸⁰⁵. L'istituto archiviatorio previsto dal § 153 StPO rubricato “abbandono dell'azione penale per tenuità”, previsto per i reati minori, i c.d. *Vergehen*, prende in considerazione non unicamente l'offesa nella duplice veste dell'importanza del bene giuridico leso e del grado e intensità dell'offesa arrecata, come il disvalore di evento ed anche il disvalore dell'azione rappresentato dalle concrete modalità attuative della condotta nonché il grado della volontà colpevole, la c.d. colpa minima ovvero la più lieve volontà colpevole⁸⁰⁶.

La prima precisazione, cara agli studiosi, deve farsi circa la natura giuridica della tenuità in Germania⁸⁰⁷: il Legislatore non ha affrontato in maniera generale ed astratta il problema, demandando agli organi giudiziari, pubblico ministero e giudice, il compito discrezionale di valutazione della tenuità. Non a caso le norme qui interessate sono contenute nel codice di rito, nel *Strafprozessordnung*, la StPo.

Qualora il *Tatvorwurf* sia *geringfügig*⁸⁰⁸, ossia di lieve entità, e non sia ravvisabile uno *Strafverfolgungsinteresse*, affinché si proceda contro il presunto autore del reato, dalla dottrina denominato *schwindendes Interesse*, si applica l'istituto dell'archiviazione per la tenuità del fatto costituente reato. Nei cosiddetti *Geringfügigkeitsfälle*, previsti dal § 153 StPO, il Legislatore ha delineato una scarsa rilevanza, quasi una minima offensività dell'illecito penale, che non rende necessario procedere contro l'autore del reato e giustifica un provvedimento di archiviazione, nonostante la sussistenza di indizi di

⁸⁰⁵ E ADDANTE, *La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove*, cit., p. 3.

⁸⁰⁶ P.POMANTI, *La clausola*, cit., p. 12.

⁸⁰⁷ Più aderenti ad una ricostruzione sostanziale, NAUCKE, *Der Begriff der “geringer Schuld”*, §153 StPo, in *Straftatsystem*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 202 e ss., BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in *Festschrift für Peters*, Tübingen, 1974, pp. 5 e ss. Rivolti alla natura processuale, DREHER, *Die Behandlung der Bagatellkriminalität*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York, 1974, pp. 933 e ss. Anche in Germania si sono registrate le posizioni ibride volte a una soluzione capace di conciliare ed amalgamare diversi aspetti di diverse teorie, creando un *tertium genus* di illeciti con una disciplina ad hoc: HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZstW*, 1980, pp. 245 e ss.

⁸⁰⁸ ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit*, cit., p. 377 secondo il quale “la percepibilità dell'aggressione al bene è infatti considerata come un requisito implicito del reato, in assenza del quale, nel caso concreto, la pena non si legittima né sotto il profilo sostanziale né sotto il profilo teologico”

reità⁸⁰⁹. Nell'ambito di questi particolari *Fälle* sono ravvisabili due distinte ipotesi: una *absoluter* e una *relativer Geringfügigkeit*. L'archiviazione per tenuità, come disciplinata ai sensi di §§ 153 e 153a StPo⁸¹⁰, consente al pubblico ministero - se l'azione penale non sia stata già esercitata- o al giudice - qualora lo sia stata - di non formulare l'accusa (contro) o di condannare l'indagato/imputato, nonostante la presenza di quel fondato sospetto riguardo l'addebitabilità della commissione del reato al soggetto sottoposto ad indagini o a procedimento, alla presenza di fatti illeciti di particolare esiguità. A tale archiviazione possono non seguire alcune conseguenze negative per l'indagato/imputato, laddove si sia in presenza di un'archiviazione semplice ex § 153 StPo; invece conseguenze e condizioni prescrittive e *latu sensu* afflittive sono presenti nei casi in cui la previsione richiamata sia il § 153a StPo. In tali ipotesi la colpevolezza, *Schuld*⁸¹¹, implica un giudizio complessivo su tutte le componenti del fatto⁸¹²: der *Geringschuld* dell'autore ed il fatto sono di esiguo rilievo e per questo l'instaurazione di un procedimento penale non appare opportuno. In sintesi quello che ha fatto il Legislatore è ritenere giustificato derogare al *Verfolgungszwang*, laddove il fatto, di lieve entità, non costituisca un delitto, ma semplicemente una contravvenzione e contemporaneamente non sussista un interesse pubblico a procedere, ossia *mit Vorbehalt des öffentlichen Interesses*. Il requisito della mancanza dell'interesse pubblico" comporta, stante la sua genericità nei criteri valutativi, l'attribuzione di una vera e propria "discrezionalità" che sarebbe incompatibile con il nostro art. 112 Cost⁸¹³. Presupposto per la deroga è anche la presunzione che il giudice potrebbe ravvisare gli estremi per l'applicazione del cosiddetto *Absehen von Strafe* ex § 153b StPO, come ad esempio il *Täter Opfer Ausgleich* ai sensi di § 46a StGB.

⁸⁰⁹ C. SCHRÖDER, cit., n. 584. H. JUNG, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, 1992.

⁸¹⁰ H. SATZGER- W. SCHLUCKBIER-G. WIDMAIER, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 2014, §153, Rn.1.

⁸¹¹ Il concetto di colpevolezza corrisponde, per alcuni, a quello usato per la commisurazione della pena, der *Strafzumessungsschuld*, ad esempio per BOXDORFER, *Das öffentliche an der Strafverfolgung trotz geringer Schuld des Täters*, in *NJW*, 1976, p. 318; KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip- eine strafrecht dogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin, 1984, pp. 266 e ss.

⁸¹² Più comune è il riferimento alla colpevolezza del fatto, *Tatschuld*, con l'esclusione di tutte le circostanze prese in considerazione in sede di commisurazione della pena. Si veda KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, pp. 99 e ss e pp. 212-213.. La colpevolezza del fatto e' *gering* se, qualora si procedesse a dibattimento e venisse emanata sentenza, la pena inflitta, "würde sich im untersten Bereich des Strafrahmens bewegen", sarebbe "vicina" alla pena edittale minima. La qualifica del reato compete al pm.

⁸¹³ T.E. EPIDENDIO, *Tenuità*, cit., p. 17. vaghezza riconosciuta anche dalla stessa dottrina tedesca, si veda, RIEB, cit., 18 vor §153.

Inoltre, profilo interessante, soprattutto in comparazione con la novella italiana è che la *Einstellung wegen Geringfügigkeit* è dichiarata, ancorché la responsabilità del presunto autore del reato non risulti incontrovertibilmente, ma vi sia unicamente una, seppur elevata, probabilità di condanna.

Non può negarsi la finalità deflattiva anche in tali istituti, volti all'attuazione della depenalizzazione in concreto e all'attuazione del più classico principio di sussidiarietà del diritto penale, al fine di razionalizzazione e concentrazione di energie materiali ed umane degli uffici giudiziari nei confronti della criminalità più grave, alleggerendo il carico di lavoro degli uffici, oberata dalla piccola criminalità di scarsa gravità⁸¹⁴. Ovviamente non sono mancate velate, ma non troppo, critiche a tali *Einstellungsmöglichkeiten* che, come disciplinate dalla StPo, consentono un'ampia discrezionalità, anche se il reato, per il quale è pronunciata l'*Einstellung des Verfahrens*, deve necessariamente essere caratterizzato da *geringer Täterschuld* nonché dall'assenza di un interesse pubblico a procedere. Una discrezionalità che è giustificabile dal punto di vista dell'economia processuale, ma che appare in forte incoerenza con la circostanza che quest'istituto possa essere, e lo è, utilizzato non soltanto coloro che abbiano commesso un reato per la prima volta, ma delle volte anche dai cosiddetti *Mehrfachtäter*; in Italia i cosiddetti recidivi, a cui, come detto in precedenza, l'esimente in discussione può essere applicata a patto, che la recidiva non sia specifica e sottenda la commissione di più reati della stessa indole.

Gli istituti *ex §§ 153 153a StPo*, esattamente come quello italiano, non sono tuttavia esenti da problematiche e discrasie: la scelta di optare per una ricostruzione in chiave processuale dell'istituto offre il fianco alle medesime argomentazioni che si sono trattate allorquando si è discussa la natura giuridica del nostro art. 131 *bis* c.p.; criticità che attengono alla presenza del principio di legalità, messo in crisi dalla discrezionalità insita nella scelta, nella totalità demandata agli organi giudiziari, e dal rischio conseguente di sperequazioni e violazioni del principio di uguaglianza⁸¹⁵. Ulteriori problematiche attengono all'ampiezza dei requisiti richiesti per tali pronunce

⁸¹⁴ Cristallino a tale proposito H. ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg-München, 1975, p. 14, che afferma che “il non perseguimento della criminalità bagatellare rappresenta, per così dire, il prezzo da pagare per realizzare un intenso perseguimento penale nei settori della criminalità medio-alta”.

⁸¹⁵ C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., n. 15. Forti sono state le critiche da parte della dottrina per il ruolo eccessivamente forte del pm, soprattutto al capo I del §153 e capo primo n. 6 del §153a, all'indomani dell'emanazione della legge sulla riduzione dei carichi pendenti del 1993. per una panoramica MEYER- GOSSNER, §153a, Rn. 18 e ss.

archiviative, una “colpevolezza esigua” o “non grave”, nonché il richiamo al parametro dell’“interesse pubblico”: è chiaramente difficile temperare la discrezionalità se non vi è la presenza di criteri precisi e definiti atti ad indirizzare l'attività della pubblica accusa. Medesime sono quindi le preoccupazioni, in Germania ed in Italia, rispetto all'introduzione di tale istituto: anche nel Paese tedesco le più piccate preoccupazioni si rivolgono a quei casi in cui il pm può archiviare il procedimento senza una preventiva autorizzazione del giudice, che riguardano certamente i casi più lievi, che si prestano tuttavia a divenire terreno di ampia e talvolta incontrollabile discrezionalità⁸¹⁶. Ulteriori problematiche si pongono rispetto al consenso dell'indagato all'applicazione dell'istituto: in Italia, come ben sappiamo, questo è tutt'ora il profilo che più preoccupa i Commentatori, anche nella prospettiva di una censura della Corte europea dei diritti dell'uomo per la violazione dell'art. 6 § 2 Cedu. In Germania il necessario *placet*, nel formale rispetto dei principi del *fair trial*, è previsto: ma la sua genuinità? Forti sono le preoccupazioni di consensi rilasciati in forza di pressioni esterne. Il §153a *StPo* disciplina la cosiddetta archiviazione condizionata: un istituto che pone non pochi dubbi rispetto al profilo del principio di non colpevolezza, in quanto, seppur non sottoposto ad iscrizione nel casellario giudiziale, la pronuncia non contiene, come invece da noi, un accertamento incontrovertibile di colpevolezza, ma un mero sospetto; in secondo luogo, l'archiviazione “condizionata” è seguita-preceduta dall'imposizione di sanzioni che, benché non penali, presentano un implicito carattere afflittivo e prescrivivo, che potrebbe essere, secondo autorevole dottrina⁸¹⁷, uno strumento facilmente piegabile alle logiche di chi, abbiente, se lo può permettere.

Un profilo, che a mio avviso dovrebbe invece destare le più aspre critiche rispetto alla disciplina tedesca tenendo presente l'evoluzione teoretica e dottrinarica compiuta in Europa ed in Italia, è quello inerente al ruolo della persona offesa. Questa sembra non aver ottenuto quella considerazione, che il vittimocentrismo europeo ora richiama a gran voce: forse per l'impianto risalente dell'istituto, presente seppur con modifiche dal 1924 nella *StPo* ovvero per la paura di attribuire un ruolo maggiore al soggetto leso impedendo la deflazione processuale voluta: in ogni caso risulta essere l'ambito più

⁸¹⁶ Negli altri casi il giudice può convalidare l'atto di accusa del pm e iniziare il rito ordinario giurisdizionale, se ravvisa una probabile condanna dell'indagato; può anche riqualificare il capo di imputazione o circoscriverla ad alcuni reati già ascritti. L'opinione può anche essere contraria rispetto le prospettazioni dell'accusa, l'azione penale sarà in tal caso interrotta e in capo al pm residuerà la facoltà di impugnare.

⁸¹⁷ L. R. BEULKE, *Strafprozessrecht*, XII ed., Heidelberg, 2012, p. 223.

fragile del sistema germanico, che appare sordo al *trend* evolutivo e *victim-centered* ormai imperante nelle corti europee. *Der Verletzte* non è riconosciuta la qualifica di parte del processo, relegata al semplice ruolo di testimone: solo in taluni specifici casi il suo ruolo assume una valenza specifica, come ad esempio quando si sia in presenza di reati di lieve entità o comunque coinvolgenti la sfera intima e personale dell' offeso, per i quali è necessaria la querela, *der Strafantrag* ex §§ 77 StGB e 158 II StPo, nonché per i reati bagatellari tassativamente indicati al § 375 I StPo è prevista quell'eccezione, prima accennata, al monopolio dell'azione penale del pm, che in questi casi può essere esercitata dal privato, con la c.d. *die Privatklage*. Il soggetto vittima può inoltre adire, in forma scritta, il Tribunale regionale superiore al fine di costringere al perseguimento il pm, che si sia precedentemente rifiutato nonostante dietro denuncia, ai sensi del § 172 StPo. È la *das Klageerzwingungsverfahren*: un reclamo a cui il Tribunale può dare risposta negativa, rigettando la domanda, oppure positiva, ingiungendo con un'ordinanza al pm di esercitare l'azione; sono esclusi i casi in cui al privato sia consentito direttamente iniziare l'azione, sia nelle ipotesi di fatti punibili con l'ammenda “quasi amministrativa”, nonché quando il rifiuto dell'accusa risponda a quanto sancito dal principio di obbligatorietà dell'iniziativa penale e le sue deroghe, come per l'appunto l'archiviazione per tenuità dell'offesa. Inoltre, diversamente tuttavia da quanto previsto in Italia con la costituzione di parte civile, la vittima può anche costituirsi in giudizio accanto al pm che esercita l'azione, quale accusatore sussidiario, nella forma di *die Nebenklage*⁸¹⁸ che, accompagnata dal deposito di una domanda per danni, è revocabile in ogni momento. In tal caso l'accusatore sussidiario ha il diritto a presenziare: è una facoltà eccezionale riconosciuta a particolari categorie di vittime, quali quelle di offese al buon costume, del reato di lesioni, percosse, ancorché involontarie se gravi, o di reati contro la vita – ed in tal caso possono accedervi gli aventi causa della vittima deceduta- nonché i pubblici funzionari in presenza di specifici reati e le vittime di illeciti penali economici.

La *Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit* è applicata, con frequenza, in materia di *Betäubungsmittelgesetz*, lo BtMG, la legge sugli stupefacenti; in particolare al § 31a , ossia in caso di violazione dei §§ 29, comma 1 e 2 vi è la facoltà *von Verfolgung*

⁸¹⁸ Per una panoramica della vittima in Germania, M.KAISER, *Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren* ; H. JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, *Saarbrücker Bibliothek* , ZStW 1981, p.p.1147 -1176 ; S.N. PATSCURAKOU, *Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem: Eine rechtsdogmatische, rechtsphilosophische und rechtspolitische Analyse*, 1993.

abzusehen, il nostro non doversi procedere, laddove la colpevolezza dell'indagato possa ritenersi *von geringer*; non sussista un interesse pubblico alla *Strafverfolgung*, stante tuttavia la necessità che la quantità dello stupefacente sia modica e destinata esclusivamente al consumo personale del detentore o che in ogni caso quest'ultimo abbia coltivato, prodotto o acquistato la sostanza solo ed esclusivamente per tale scopo⁸¹⁹. Il § 31a BtMG e' *lex specialis* rispetto al § 153StPO. Qualora si applichi il §153a StPo, nel caso che la pena prevista sia inferiore ai due anni con l'esclusione quindi del reato di traffico di stupefacenti, gli obblighi e le prescrizioni possono prevedere l'accettazione dell'accusato di sottoporsi a cure disintossicanti per almeno tre mesi.

4.2. L'archiviazione “semplice”: il §153 StPo.

I. Se si procede per un delitto, il pm, con il consenso del giudice competente per il dibattimento, ha facoltà di non procedere, se la colpevolezza del presunto autore del reato sarebbe da considerarsi “lieve” e se non sussiste un interesse pubblico affinché si proceda. L'approvazione del tribunale non è richiesta per un reato la cui pena edittale detentiva minima (o la corrispondente pena pecuniaria) non e' superiore ad un mese e se le conseguenze del fatto sono da considerarsi lievi.

II. Se l'azione è già iniziata, il giudice può pronunciarsi con il consenso del pubblico ministero qualora il reato per cui si procede è un delitto, alle condizioni di cui al paragrafo 1. Il consenso degli imputati non è necessario se l'udienza principale non può essere effettuata per i motivi indicati nel § 205 o quando viene effettuata in sua assenza, nei casi di cui al § 231 (2) e §§ 232 e 233. La decisione è essere espressa con sentenza. La decisione non è contestabile.⁸²⁰

⁸¹⁹ Con la nota *Canabis-Entscheidung*, la Corte costituzionale federale (BVerfGE 90, 145, 189 m), in forza del *Übermaßverbot*, ha ricostruito il § 31a del BtMG attribuendogli il significato secondo cui la pronuncia di non doversi procedere per tenuità può applicarsi unicamente in caso di detenzione e acquisto di modiche quantità, nel caso di specie *canabis*, per fini esclusivamente di utilizzo proprio.

⁸²⁰ §153. Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit

I. Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

II. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in § 205 angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den

Il §153 StPo disciplina l'archiviazione “semplice” per motivi di tenuità: è un istituto di lunga data, inserito nel lontano 1924, con il §23 della nota *Emminger Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege* e che costituisce una deroga al principio di legalità dell'azione penale, permettendo nel caso di delitti, *Vergehen*, e non di crimini, *Verbrechen*, lievemente offensivi, una definizione celere e anticipata del procedimento, in forza di motivi di equità. Va preliminarmente precisato che il sistema penale tedesco appartiene al cosiddetto sistema bipartito: da una parte vi sono i delitti, i *Vergehen*, ossia i reati sanzionati con la pena detentiva inferiore, nel minimo, ad un anno o con la mera pena pecuniaria; dall'altra i crimini, *Verbrechen*, con una sanzione detentiva, nel minimo non inferiore ad un anno: è la pena principale irrogabile a fungere da *discrimen* tra le due figure di illecito, la cui distinzione è fondamentale per istituti, come quello della tenuità, che coinvolgono unicamente i delitti⁸²¹. È un dato di fatto che le tematiche più problematiche ed urgenti, dal punto di vista politico-criminale e dell'economia processuale, siano presi dal magma indistinto della “piccola criminalità quotidiana”, ossia da quei fatti di esigua offensività. La tenuità è un istituto rivolto esclusivamente ai reati meno gravi, i delitti, in una logica deflattiva rivolta alla piccola criminalità, che ricomprende “una criminalità di tutti i giorni”, la cosiddetta *Alltagskriminalität*, conseguenza e connessa alla caotica e conflittuale vita quotidiana- come ad esempio le ingiurie familiari, di vicinato ovvero sul posto di lavoro, le lesioni personali lievi ed i cosiddetti *Schwarzfahren*, l'utilizzo abusivo di mezzi pubblici di trasporto - nonché “una criminalità occasionale”, la *Gelegenheitskriminalität*, invece frutto di peculiari ed appunto sporadici eventi della vita, come possono essere gli illeciti dati da occasione particolare o dal luogo in cui si trova l'autore, come ad esempio i furti e le appropriazioni indebite in negozi o in grandi magazzini⁸²². Il pubblico ministero nel processo penale tedesco possiede una pregnante considerazione, quale *dominus* della fase delle indagini preliminari, supportato dall'attività della polizia giudiziaria⁸²³:

Fällen des § 231 Abs. 2 und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar.

⁸²¹ Si veda, S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003. Per una trattazione comparata dei diversi modelli, monostico, tripartito e bipartito, presenti in Europa, A.a. V.v. *Procedure penali d'Europa*, cit., p. 160.

⁸²² ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in (a cura di) GÖPPINGER, *Kriminologie und StrafverfahrenKriminologische Gengenwartsfragen*, 12, 1976, pp. 16 e ss.,

⁸²³ Il giudice è invece competente a controllare la legalità delle misure coercitive nonché per valutare la necessità di autorizzazione della misura, implicitamente procedendo ad un controllo sull'opportunità, ex §162 StPo.

senonché nella prassi, ed in particolar modo per i reati di piccola e media criminalità, la polizia svolge per larga parte autonomamente l'attività di indagine e ne trasmette le conclusioni, il rapporto finale riassuntivo ossia *der Schlussbericht* all'accusa.

L'archiviazione per la tenuità dell'offesa e della colpevolezza coinvolge la fase più specificatamente delle indagini, con l'archiviazione da parte dell'organo di accusa, *ex* § 153 I StPo, ed inoltre la fase successiva, ai sensi del §153 II StPo, qualora l'azione sia stata esercitata dal pm e sia entrata nella sfera di poteri dell'organo giudiziario. In riferimento all'archiviazione disposta dall'organo di accusa, i problemi sono evidenti: il pubblico ministero si trova a poter disporre, senza una necessaria e preventiva acquisizione da parte del giudice dell'autorizzazione ove le conseguenze siano di minima rilevanza, il provvedimento di archiviazione, laddove non abbia riscontrato il ricorrere del fondato sospetto circa la commissione ed addebitabilità del fatto al soggetto sottoposto ad indagini, con palese rischio di derive verso posizioni arbitrarie del tutto escluse dall'ambito del controllo di legalità del giudice terzo ed imparziale.

Come si può facilmente osservare dal testo della disposizione, il § 153 StPo è suddiviso in due capi: il primo disciplina l'archiviazione da parte de pubblico ministero mentre il secondo dispone dell'archiviazione per decisione giudiziaria.

Durante le indagini, come si è ampiamente anticipato, è il pm a decidere se rinunciare al procedimento: in realtà, stante la preminenza nella prassi delle attività di polizia, sarà quest'ultima a fornire il materiale su cui verterà la decisione dell'accusa, potendo limitare, qualora nel corso delle investigazione intraveda i requisiti *ex* § 153 StPo, le indagini ai fatti dirimenti ed indirizzanti la pubblica accusa verso la pronuncia di archiviazione. Una sorta di controllo indiretto della procedura di *diversion* da parte della polizia⁸²⁴.

In realtà non può affermarsi che in tale ambito il ruolo del giudice sia del tutto assente: vi è una partecipazione minima, che si sostanzia in un consenso alla decisione del pm, che attiva però una corresponsabilità in capo ai due organi, con alcune eccezioni di cui si dirà appena sotto. Corresponsabilità che tutela il principio di legalità dell'azione penale e nella pratica consente un controllo vero e proprio sulla sussistenza dei presupposti *ex* §153 StPo per eliminare qualsivoglia dubbio o deriva discrezionale

⁸²⁴ Curiosità: per il rito minorile, stante l'incidenza alta dell'applicazione dell'istituto, si sono adottate, a livello regionale, delle linee guida pratiche per orientare e procedere legittimamente alla pronuncia.

nonché violazione di principi fondamentali, primo tra tutti quello di uguaglianza innanzi alla legge di ogni cittadino.

Sul ruolo unicamente marginale della vittima si è già detto e quindi non stupisce che la sua interlocuzione non sia minimamente indicata, ancorché abbia sporto denuncia: più complessa invece risulta il mancato coinvolgimento dell'indagato, neppure a livello di semplice audizione, che invece ai sensi dell'art. 411 *bis* c.p.p. è da noi prevista.

L'autorizzazione del giudice si pone quale valvola di respiro per tenere in piena funzione il sistema, ma nonostante questo vi sono delle eccezioni, che rispondono alla finalità di celerità e decongestione dell'apparato giudiziario. Eccezione prevista nei casi in cui il pm ritenga in astratto di poter applicare la pena edittale minima prevista (un mese di detenzione o il tasso giornaliero moltiplicato per cinque giorni) e se le conseguenze derivate si appalesino di lieve entità⁸²⁵. È chiara la scelta legislativa di devolvere la piena ed assoluta decisione, per tutti i reati bagatellari, unicamente al pm, in netta inversione rispetto al sistema vigente sino al 1993 in cui tale potere era esercitabile dall'accusa unicamente per i reati contro il patrimonio di lieve entità⁸²⁶. È chiaro l'ambito notevolmente ampio della competenza delle procure, ancora di più accentuato dal fatto che nel campo dell'opportunità non è minimamente previsto un controllo simile a quello disciplinato nell'istituto dell'imputazione coatta.

La procedura si conclude con un provvedimento del pm, senza motivazione qualora emergano i presupposti *ex* §170 II S.2 StPo: ossia se l'indagato sia stato interrogato o sia destinatario di un mandato di arresto, se abbia chiesto di essere informato o è evidente un suo particolare interesse all'avviso. Può paradossalmente esservi la circostanza per cui il soggetto indagato non sappia né dell'indagine a suo carico, né della pronuncia di archiviazione per tenuità. Non è inoltre necessario l'avviso al soggetto offeso.

Come in Italia, l'archiviazione in Germania non ha alcun effetto preclusivo: il pubblico ministero ha la facoltà di riaprire le indagini solo in presenza di circostanze concrete ed oggettive e per ragioni rilevanti. Un divieto di arbitrio per l'organo accusatore.

⁸²⁵ Nel caso si reati contro il patrimonio si valuterà il danno causato, ad oggi è lieve se uguale o inferiori ad euro 50. negli altri casi si guarderanno le reali conseguenze, guardando alla specie di delitto.

⁸²⁶ Sul punto, MEYER-GÖBNER, *Änderung der Strafprozeßordnung durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz*, in *NJW*, 1993, pp. 499 e ss. Nel sistema previgente, vi era la rinunziabilità del placet del giudice nelle ipotesi di “delitto contro il patrimonio altrui quando la pena applicabile non fosse superiore a quella minima edittale e in presenza di un danno di lieve entità.” S. BEULKEMANN, *sub. §153 StPo*. Nei casi dubbi l'accusa può chiedere “in via precauzionale” il placet del giudice.

Il capo II disciplina il caso in cui il pm abbia esercitato l'azione penale, con rinvio a giudizio all'organo giudiziario competente, il quale diviene *dominus* del potere di archiviazione per tenuità. È una decisione che proviene unicamente dal giudice: né l'indagato, né il pm possono richiedere, formalmente, una pronuncia ai sensi del § 153 II StPo. Una sollecitazione informale per l'archiviazione in questione può esservi, in cui è quindi implicito il consenso dell'indagato: quello da parte dell'accusa, stante il monopolio di questa nell'iniziativa penale, è requisito irrinunciabile. Come il consenso del giudice deve esservi nella fase precedente demandata al potere del pm, nella fase immediatamente successiva l'accordo deve comunque sussistere ancorché a parti invertite: è la necessaria corresponsabilità che prima si è richiamata a volere tale obbligatorio controllo reciproco. È necessario qui il consenso dell'accusato, il quale, assunto il ruolo di imputato, si vede attribuito il diritto di difesa in dibattimento per addivenire alla decisione a lui più favorevole, solitamente il proscioglimento, ma che potrebbe appunto essere anche l'archiviazione per tenuità⁸²⁷. Consenso necessario anche in un'altra ipotesi archiviativa, quella per eccessiva durata del procedimento. Non è un consenso dal sapore di ammissione di colpevolezza, si badi bene: esso non è necessario nei casi in cui il giudice abbia la facoltà di procedere anche in assenza dell'imputato⁸²⁸.

Un consenso che potrebbe essere rilasciato dall'imputato a fronte di un'esenzione da parte dello Stato delle spese di difesa, ad esempio⁸²⁹.

Non è esiziale l'assenso di altre parti del processo, ad eccezione, nel caso della *die Nebenklage*, della persona offesa che va obbligatoriamente informata.

Il giudice si pronuncia con decreto, senza alcuna limitazione di fase, nel corso dell'intero procedimento (udienza intermedia, giudizio, appello, ricorso per cassazione e pure giudizio di revisione) qualora ravvisi la sussistenza dei presupposti *ex comma primo*. Anche qui, come per il pm, non sussiste alcun obbligo di motivazione, ancorché utile ai fini della delineazione dei confini della regiudicanda⁸³⁰: il passaggio in giudicato coinvolge unicamente il punto controverso.

Importante è ricordare che anche nel caso in cui l'archiviazione provenga dal giudice, questa non ha effetto preclusivo: qualora emerga che il fatto oggetto era da qualificarsi

⁸²⁷ S. BEULKEMANN, *sub. §152 StPo*, anche per i richiami giurisprudenziali.

⁸²⁸ §§ 205, 231 II, 232, 233 Stpo.

⁸²⁹ Non così per L.R. BEULKE, *cit.*, Rn. 70.

⁸³⁰ L. MEYER- GOSSNER, B. SCHMITT, *Strafprozessordnung*, §153 Rn. 20 e ss.

quale crimine e non delitto, potrà pacificamente cominciarsi il procedimento penale, in quanto venuti meno i presupposti per l'archiviazione. Parte della dottrina ravvede la possibilità di riapertura del processo anche qualora emergano fatti o prove nuove che delinino un'ipotesi di non lieve entità: in sintesi l'effetto di preclusione viene meno ogni qualvolta siano ravvisati elementi o prove che giustificano una nuova qualificazione giuridica più severa⁸³¹.

In conclusione preme ricordare che la valutazione circa i requisiti della colpevolezza esigua e dell'assenza di interesse pubblico non è contestabile con impugnazione⁸³²: facoltà che invece è esercitabile qualora si ravveda che il delitto per cui si era preceduto era invero un crimine o se mancavano allora requisiti, non discrezionali, per l'archiviazione, come il consenso dell'imputato o della pubblica accusa.

4.2.1. I requisiti: la colpevolezza esigua.

La presupposizione della lieve entità della colpevolezza è il primo e più importante tra i requisiti applicativi del § 153 StPo. Dall'utilizzo del termine “presupposizione” si può dedurre come non sia necessario che la colpevolezza sia provata, ma è sufficiente che questa si sostanzi, con una certa probabilità ed in base a mere valutazioni ipotetiche nel corso delle indagini. Non necessita un ulteriore e più vasto esame accertativo: qualora le indagini disvelassero l'infondatezza del sospetto iniziale, l'archiviazione ai sensi del § 153 StPo non potrebbe essere pronunciata, in quanto il sospetto fondato è *condicio sine qua* non per il legittimo esercizio dell'iniziativa penale.

Come in Italia, la colpevolezza ha in sé una pluralità di elementi che assurgono a criteri necessari alla commisurazione della sanzione penale, ai sensi del § 46 II StGb, che richiama i motivi e l'atteggiamento dell'autore, l'entità dell'antidoverosità, i modi dell'azione illecita nonché le conseguenze che ne sono derivate ed infine la misura della riparazione del danno o dello sforzo per addivenire ad una soluzione consiliativa con la persona offesa.

È chiaro che anche in Germania si sia voluto tenere lontana qualsivoglia valutazione etica o morale: la colpevolezza va parametrata alla media in delitti del medesimo tipo e potrà essere considerata come esigua qualora il raffronto indichi la sua collocazione ben

⁸³¹ J.R. BEULKE, cit., §153 Rn. 191. *Contra*, K.K. DIEMER, cit., § 153 Rn. 41 nonché MEYER- GOSSNER-SCHMITT, cit., §153, Rn.38.

⁸³² MEYER- GOSSNER- SCHMITT, cit., §153, Rn. 34.

al di sotto di detto valore mediano, tale da poter indirizzare in astratto il giudice verso una comminatoria che si rivolge alla parte inferiore della forbice edittale⁸³³.

Da tali assunti si comprende come l'istituto si rivolga, per sua stessa natura, alla piccola criminalità o comunque a condotte che nelle loro modalità, circostanze o autori non siano esenti da qualsiasi forma di colpevolezza ma che si avvicinino molto a tali ipotesi⁸³⁴.

Fondamentale, e si vedrà meglio in seguito, è il consenso: che è diverso tuttavia dalla confessione, che non è invero richiesta per l'applicazione del §153 StPo, in quanto non si può concludere come elemento di discernimento circa l'esiguità della colpevolezza⁸³⁵.

4.2.2. L'assenza di interesse pubblico.

Ferma la preminenza del requisito della colpevolezza esigua, ben può esservi la permanenza di un interesse pubblico a perseguire l'autore di un reato anche qualora questi abbia posto in essere una condotta connotata da lievità: è un chiaro esempio di ipotesi votata ad esigenze di prevenzione generale o speciale⁸³⁶.

Mentre tra le ragioni di prevenzioni speciale -ad esempio la considerazione dell'atteggiamento interiore di ostilità o disprezzo verso le autorità- che appartengono al cosiddetto diritto penale delle intenzioni, lontano dall'attuale modello di diritto del fatto, le uniche a salvarsi sono i precedenti penali che rientrano tuttavia nella valutazione poiché ricompresi nel requisito della colpevolezza esigua, la prevenzione generale trova qui, peculiarmente, più spazio⁸³⁷. È chiara la necessità di tutelare, dall'archiviazione, la collettività dal pericolo della reiterazione o dall'effetto criminogeno, in quanto l'interesse della comunità può assurgere a motivazione per l'introduzione di un procedimento penale al fine anche di preservare la fiducia e

⁸³³ L.R. BEULKE, cit., §153.

⁸³⁴ K. JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§ 153. 153 A StPo*, cit., p. 177, cita ad esempi, la commissione di reati in presenza di cause di giustificazioni o di esclusione della colpevolezza non pienamente integrate, ma poco lontano dalla loro completezza. O per esempio quando vi sia un'eccessiva durata del procedimento per cause non imputabili all'imputato.

⁸³⁵ L.R. BEULKE, cit. §153, Rn. 27.

⁸³⁶ MEYER- GOSSNER- SCHMITT, cit., §153 Rn.7. Possono riguardare la persona dell'autore, i suoi precedenti penali, i suoi atteggiamenti antisociali o la sua posizione nella collettività. Nello specifico, BEULKE, cit., § 153 Rn. 31. anche S. BEULKEMANN, sub. §153 StPo, in *Beck'scher Online Kommentar*, (a cura di) J.P.GRAF, 8 settembre 2014. C.E. PALIERO, *Minima*, cit., p. 730 invece nega la possibilità che le ragioni di prevenzione speciale e generale possano assurgere a fondamento per intervenire sulla criminalità bagatellare di massa: è un'affermazione contraddittoria secondo l'Autore.

⁸³⁷ MEYER- GOSSNER, cit., 20 vor §153; SCHOREIT, in PFEIFFER, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., 23 vor §153.

l'osservanza da parte di tutti nei precetti legali⁸³⁸. Questi non possono essere minati, soprattutto quando il caso è nell'occhio del ciclone dell'opinione pubblica, quando la ricostruzione del fatto è necessaria per indagare ed impedire successivi reati o allorquando l'offesa sofferta dalla vittima si sia rilevata di elevata gravità⁸³⁹; è escluso invece che l'interesse a chiarire una questione di diritto da parte dell'autorità possa assurgere ad interesse pubblico alla persecuzione⁸⁴⁰.

In realtà osservando il testo della disposizione balza all'attenzione l'uso della forma verbale *kann*: il verbo potrebbe consentire, e lo fa secondo autorevole dottrina⁸⁴¹, una piena discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria. Al contrario, acuti commentatori hanno ravvisato, nel caso di una comprovata presenza di elementi della fattispecie, ancorché vaghi e imprecisi come l'esiguità della colpevolezza e assenza di un interesse collettivo, vi è già un'ineliminabile presenza di discrezionalità, che non può essere ulteriormente ampliata: se la colpa è lieve e manca l'interesse pubblico la pena perde la sua funzione principale e a monte la stessa celebrazione del processo, senza alcun margine di scelta per gli organi giudiziari⁸⁴². Ovviamente il requisito in esame, stante la sua indeterminatezza, va riempito di caso in caso, ancorché il fatto si riveli di diffusa entità, in quanto la valutazione va condotta in base alle circostanze concrete del fatto: dovranno valutarsi le ragioni di prevenzione generale⁸⁴³. Critico risulta il rapporto che tale requisito instaura con la qualifica processuale della causa: ricondurlo allo scopo generalpreventivo o specialpreventivo della pena finisce per svuotare lo stesso di significato in quanto fa sì che assuma aspetti sostanziali che mal si concilia con la pronuncia archiviatoria. Per questo motivo, attenta dottrina⁸⁴⁴, per non cadere in banali contraddizioni di questo genere, preferisce la locuzione *öffentliche Interesse an der Bestrafung* al posto di *öffentliche Interesse an der Verfolgung*.

⁸³⁸ E esso è ricondotto alle funzioni della pena, generale e speciale secondo la maggioranza della dottrina teutonica. Particolare è la visione di SCHÖCH, in *Aa. Vv. Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2/Teilband 1*, cit., pp. 20 e ss. vor §153, che "salva" la finalità di prevenzione generale in quanto nonostante sia tradizionalmente problematica una sua giustificazione, in questo caso, risultando a favore del reo, è pacificamente da ammettere.

⁸³⁹ Per alcuni, ulteriore criterio, criticabile, è la posizione nella società dell'autore o della vittima.

⁸⁴⁰ MEYER- GOSSNER-SCHMITT, cit., § 153, Rn. 8.

⁸⁴¹ K.K. DIEMER, cit. § 153, Rn. 15.

⁸⁴² Tra i tanti, L.R. BEULKE, cit., § 153, Rn. 38 e K. JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§ 153, 153 A StPo*, cit., p. 189.

⁸⁴³ Così RIEB, cit., 28 vor §153.

⁸⁴⁴ FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, cit., p. 29; nonché RIEB, cit., 25 vor §153.

4.3. L'archiviazione ai sensi del § 153a StPo e l'ampliamento dell'istituto anche alla criminalità “non piccola”

Per effetto dell' *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, avvenuto nel 1974, è stato inserito il § 153a StPo, il quale conferisce al pm la facoltà di non procedere, pur sussistendo un interesse alla *Strafverfolgung*, qualora questo possa essere considerato venuto meno grazie alla comminazione all' indagato di determinati *Auflagen*, obblighi, e *Weisungen*, prescrizioni, nonché <<*wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht*>>, ossia se la gravità della colpevolezza non sia tale da assurgere a impedimento⁸⁴⁵: si parla in tal senso di *ablösbares Interesse*. L'abbandono, nel 1993, della definizione di colpevolezza esigua ha risposto ad una prassi che da tempo vedeva l'applicazione del §153a StPo a casi di più elevata colpevolezza rispetto all'istituto ex § 153 StPo e quindi la sua definitiva ed ufficiale estensione a ipotesi più gravi.

Ha consentito l'emersione di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno fornito importanti direttrici anche per le altre forme discrezionali dell'azione⁸⁴⁶ ed ha risposto a quei timori che si rivolgevano a determinati reati che non potevano e dovevano rientrare in una sorta di deprocessualizzazione indefinita⁸⁴⁷.

Deve esservi il fondato sospetto della commissione del reato da parte dell'indagato nonché che la sua colpevolezza sia da collocarsi entro un livello medio: un *fumus boni iuris* implicitamente più ampio rispetto al § 153 StPo. Un livello medio di colpevolezza che è limite ed argine per quei casi connotati da colpevolezza elevata: un *discrimen* talvolta sottile e di difficile individuazione⁸⁴⁸. Per questo va sottolineato il ruolo marginale che riveste il requisito della colpevolezza: la conseguenza di ciò è che l'archiviazione viene disposta spesso anche in presenza di questa nelle forme “gravi”. Può usarsi quale parametro la comminazione della sola pena pecuniaria o della pena detentiva purché sospendibile⁸⁴⁹? In questo caso l'applicabilità dell'istituto in questione non sarebbe applicabile alla presenza di una pena detentiva non sospendibile, ossia

⁸⁴⁵ Inizialmente, prima del 1993, era necessaria l'esiguità della colpevolezza esattamente come nel §153.

⁸⁴⁶ Critico a tal proposito, SCHLÜCHTER, §153a StPo, 570, 21. contrario a tale estensione SCHOREIT, *DriZ* 1991, p. 404.

⁸⁴⁷ F. SALINGER, *Grenzen der Opportunität: §153a StPo und der Falle Kohl. Zugleich Besprechung von LF Bonn*, Beschluss vom 28 febbraio 20001, in *GA*, 2005, pp. 155 e ss.

⁸⁴⁸ FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, in *ZstW*, 1994, pp. 31-32.

⁸⁴⁹ L.R. BEULKE, cit., §153a StPo, Rn. 32.

superiore ai due anni. È quella che nei manuali è denominata *die Auflagen und Weisungen*⁸⁵⁰.

Anche in tale normativa assume un ruolo importante l'interesse pubblico, in particolare dopo che la riforma del 1993 lo ha reso l'unico criterio per l'archiviazione condizionata. Riveste un ruolo parzialmente diverso rispetto a quello che possiede nel § 153 StPo: l'esimente “condizionata” è applicabile anche allorquando sussista tale tipo di interesse, sempre a patto che la colpevolezza si mantenga nei ranghi della media entità⁸⁵¹. Questo tuttavia trova controbilanciamento nell'adempimento di condizioni e prescrizioni. Paradossalmente l'interesse a perseguire da parte della collettività deve esservi, al contrario si applicherebbe il §153 StPo; l'interesse deve però trovare adeguata soddisfazione nell'adempimento delle *Auflagen e Weisungen*, che saranno diverse nei diversi casi e determineranno ogni volta una compensazione differente anche a seconda della necessità sanzionatoria in chiave preventiva nonché le conseguenze che queste andranno ad avere sull'indagato, in maniera repressiva. È un delicato gioco di equilibri ed interazioni che devono plasmarsi e plasmare (sul)le condizioni personali del reo.

Gli obblighi e le prescrizioni di cui al § 153a , co. 1, nn. 1-6 *StPO* sono eterogenei ed il loro elenco non è tassativo: si pensi al risarcimento dei danni ovvero al versamento di un determinato importo di denaro in favore di un' istituzione di beneficenza oppure in favore dell'erario o della stessa vittima, ovvero in partecipazione ad esempio a corsi e stage di scuola guida⁸⁵². Non hanno carattere penale e non somigliano, come struttura e disciplina, alle sanzioni.

Una volta adempiuti le prescrizioni e gli obblighi imposti non può più procedersi per il fatto costituente il *Vergehen*, sussistendo la *Verfahrenshindernis*: esso diviene improcedibile ai sensi del § 153a, comma 3, *StPO*⁸⁵³. L'improcedibilità non viene neppure meno qualora, dopo la pronuncia, emergano elementi dai quali desumersi una maggiore colpevolezza, con la unica eccezione che il fatto non debba essere riqualficato come *Verbrechen*. C'è sicuramente un minore accertamento, ed il sospetto è presente ivi in maniera più pregnante, ma tale pronuncia è vincolante e maggiore

⁸⁵⁰ JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, cit., p. 223.

⁸⁵¹ L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 275.

⁸⁵² W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., pp. 226 e ss.

⁸⁵³ Il giudice emana un provvedimento essenzialmente dichiarativo, come si evince da T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., p. 841.

resistenza rispetto a quella prevista al §153 StPo: per tale motivo è riconosciuto un tratti più favorevole dell'istituto ai sensi del §153a StPo per l'imputato⁸⁵⁴.

Qualora sia avvenuta la *Klageerhebung*, il giudice, con il consenso del pm e dell'indagato, ha facoltà di sospendere provvisoriamente il procedimento e di imporre a questi le *Auflagen* e le *Weisungen* di cui sopra. L'adempimento osta alla procedibilità per il *Vergehen*. L'ultimo comma del § 153a *StPO* dispone inoltre che, durante il periodo di tempo assegnato all'indagato per gli adempimenti, il termine prescrizione rimane sospeso.

Il § 153a StPO è stato oggetto di molteplici e variegata critiche, basti pensare alla definizione quale *Kommerzialisierung der Strafrechtspflege*⁸⁵⁵. Non può però essere trascurato il fatto che questo si sia rivelato nella pratica un valido ed efficace strumento deflattivo per la giurisdizione penale in maniera pregnante.

Contro l'illegalità bisogna fare appello alla forza della legge, che va applicata in modo uguale per e verso tutti, per mantenerne l'integrità e per non rischiare che questa venga percepita come un semplice schema figurativo, che può essere dominato da spinte clientelistiche⁸⁵⁶.

Le ipotesi di maggiore applicazioni concernono appunto i delitti contro il patrimonio non gravi, reati stradali di lieve gravità o al più media, reati tributari ed economici, sempre fermo il fatto che il danno sia di minima entità e il reato si sia sostanziato in un unico comportamento illecito. Nonostante sulla carta possa apparire l'esiguità delle ipotesi a cui l'istituto deve essere applicato, talvolta i casi oggetto della disciplina si rilevano molto complessi e caratterizzati da danni ingenti: ad esempio casi di infedeltà patrimoniale, truffa, come abbiamo appunto ricordato in precedenza citando il caso *Kohl* ed il caso *Mannesmann*⁸⁵⁷. Non a caso la dottrina ha descritto causticamente tali applicazioni, risultati di manovre politiche ed economiche di difficile giustificazione⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ In realtà la dottrina, tra i tanti, J. SCHULENBURG, *Legalitäts und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren*, in *JuS*, 2004, pp. 767 e ss. il quale, pur riconoscendo l'assenza di una scala di priorità propriamente detta, ravvede nel §153 Stpo una pronuncia più liberatoria e quindi da applicarsi con precedenza rispetto al §153 a SrPo.

⁸⁵⁵ J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, Von Priv.-Doz., Hamburg. 2015.

⁸⁵⁶ E. BURKE, *Thoughts on the cause of the present discontents*, 1770, in Id., Works, London, 1864, pp. 318 e ss.

⁸⁵⁷ LG Bonn, 28 febbraio 2001, in *NJW*, 2001, pp. 1736 e ss.. ancora, R. MUHM, *Il caso Kohl- Il ruolo del pubblico ministero in Germania*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2000, pp. 1025 e ss. Sul caso Mannesmann, H. GÖTZ, *Strafprozessuale und aktienrechtliche Anmerkungen zum Mannesmann-Prozess*, in *NJW*, 2007, pp. 419 e ss.

⁸⁵⁸ E. ADDANTE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., pp.19 e ss. Ancora, SALIGER-SINNER, *Abstraktes*

Esattamente come nel §153 StPo, anche nell'archiviazione “condizionata” ex §153a StPo sono disciplinate due diverse pronunce archiviaive, una proveniente dalla pubblica accusa, § 153 a I StPo e l'altra dal giudice ex §153a II StPo⁸⁵⁹.

(1) Con l'approvazione del giudice di merito competente e dell'imputato, il pubblico ministero può provvisoriamente astenersi dal proseguire con l'azione penale in presenza di un delitto e contemporaneamente prescrivere condizioni ed istruzioni nei confronti dell'accusato a condizione che queste siano appropriate all'interesse pubblico alla prosecuzione e la gravità del debito non lo precluda.

Obblighi o istruzioni sono disposti, in particolare,

- per fornire risarcimenti per i danni causati dal reato;
- al pagamento di una somma di denaro per un ente caritativo o al Tesoro
- altrimenti per contribuire a servizi caritativi,
- adempiere ad obbligazioni di un certo lavoro,
- per impegnare l'autore in un serio sforzo al fine di raggiungere un accordo con i feriti (compensazione tra vittima e aggressore) che potrà sostanziarsi in una richiesta di completa ammenda o di risarcimento,
- partecipare ad un corso di formazione sociale o
- ad un seminario ai sensi del §2 ter comma 2 frase 2 o ad un seminario di guida ai sensi del §4 del codice della strada.

Per rispettare le condizioni e le istruzioni il pm impone al convenuto un termine per adempiere che, nei casi previsti alla frase 2 numeri da 1 a 3, 5 e 7 è di sei mesi e nei casi di condanna dal numero 4 e 6, un termine massimo di un anno. La pubblica accusa può successivamente annullare gli obblighi e le istruzioni e prorogare il termine, solamente una volta, per un periodo massimo di tre mesi; con il consenso degli accusati può posticipare e modificare le condizioni e le istruzioni. Una volta adempiute le condizioni imposte il fatto non può essere perseguito come un reato. Se l'imputato non adempie le condizioni imposte, i servizi che egli ha reso per il loro compimento, non sono rimborsabili. Il § 153 par. 1, frase 2 si applica anche nei casi di condanna dai numeri da 1 a 6 . Anche il §246a comma 2 si applica mutatis mutandis.

(2) Se l'azione è già cominciata, il giudice può, con il consenso del pubblico ministero e l'imputato, chiudere il procedimento in via provvisoria fino alla fine del dibattimento, in cui i risultati effettivi possono essere esaminate, e la frase 2 paragrafo 1 deve essere applicato mutatis mutandis ai numeri da 3 a 6 e 8. La decisione ai sensi della frase 1 è adottata con decreto. La

Recht und konkreter Wille. Anmerkungen zur Einstellung des «Mannesmann» -Verfahrens nach § 153 a StPO, in *ZIS*, 12, 2007, pp. 476 e ss. BONADIO, *Giustizia e politica in Germania: il caso Kohl*, in *Dir. Pen.* XXI sec, 2002-2003, pp. 104 e ss.

⁸⁵⁹ <<Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen>>

decisione non è contestabile. La disposizione al quarto capoverso si applica alla constatazione che le condizioni e le istruzioni fornite in con la pronuncia siano state soddisfatte.

(3) Durante il periodo concesso per l'adempimento e sino alla scadenza del termine fissato, il decorso del termine di prescrizione rimane sospeso.

(4) La sezione 155b si applica mutatis mutandis nel caso del paragrafo 1, frase 2, punto 6, anche in combinazione con il paragrafo 2, a condizione che i dati personali relativi all'imputato nel periodo di formazione sociale siano trasmessi in procedimenti penali diversi solo se le persone interessate vi hanno acconsentito. La frase 1 si applica mutatis mutandis anche se il fatto è disciplinato da altra legge penale, qualora vi siano istruzioni che dispongono la partecipazione ad un corso di formazione sociale ⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ I. Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Als Auflagen oder Weisungen kommen insbesondere in Betracht,
1. zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Leistung zu erbringen,
2. einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen,
3. sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen.
4. Unterhaltspflichten in einer bestimmten Höhe nachzukommen, sich ernsthaft zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer- Ausgleich) und dabei seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wieder gut zu machen oder deren Wiedergutmachung zu erstreben. (1)
(1) an einem sozialen Trainingskurs teilzunehmen oder
(6) an einem Aufbauseminar nach §2b Absatz 2 Satz 2 oder an einem Fahreignungsseminar nach § 4a des Strassenverkehrsgesetzes teilzunehmen.

Zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen setzt die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine Frist, die in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 3, 5 und 7 höchstens sechs Monate, in den Fällen des Satzes 2 Nummer 4 und 6 höchstens ein Jahr beträgt.

Die Staatsanwaltschaft kann Auflagen und Weisungen nachträglich aufheben und die Frist einmal für die Dauer von drei Monaten verlängern;

4b mit Zustimmung des Beschuldigten kann sie auch Auflagen und Weisungen nachträglich auferlegen und ändern.

Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, so kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden.

Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen nicht, so werden Leistungen, die er zu ihrer Erfüllung erbracht hat, nicht erstattet.

§ 153 a Absatz 1 Satz 2 gilt in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 6 entsprechend.

II. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können, vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in Absatz 1 Satz 1 und 2 gezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen. Absatz 1 Satz 3 bis 6 gilt entsprechend.

Die Entscheidung nach Satz 1 ergeht durch Beschluß.

Der Beschluß ist nicht anfechtbar.

Satz 4 gilt auch für eine Feststellung, daß gemäß Satz 1 erteilte Auflagen und Weisungen erfüllt worden sind.

Während des Laufes der für die Erfüllung der Auflagen und Weisungen gesetzten Frist ruht die Verjährung.

Il capo I prevede la possibilità per la pubblica accusa, durante le indagini, di astenersi dalla formulazione dell'accusa qualora vi siano i presupposti *ex* 153a StPo, con le medesime problematiche della discrezionalità già trattate in sede di §153 StPo. Similmente nel caso di un fatto bagatellare, il pm può procedere direttamente all'archiviazione, mentre negli altri casi è necessaria anche qui un'autorizzazione del giudice per procedersi ai sensi del 153a StPo: se dal giudice o dal soggetto sottoposto ad indagini proviene un esplicito rifiuto, in base al *fumus boni iuris* già attuato, l'accusa dovrà procedere con la formulazione dell'accusa formale⁸⁶¹.

Al contrario, se perviene l'assenso, il pm potrà procedere all'archiviazione provvisoria, che comporta una sospensione temporanea del procedimento, necessaria al fine di consentire l'adempimento degli obblighi imposti dalla pronuncia archiviativa stessa da parte del soggetto destinatario: si è in presenza di un eventuale impedimento processuale. Il pubblico ministero può annullare *die Auflagen und Weisungen* e prorogare una sola volta il termine fissato per l'adempimento, anche senza il consenso dell'indagato, per un periodo massimo di tre mesi *ex* §153 I s.4 StPo. In presenza del consenso del soggetto l'accusa può cambiare quelle precedenti o imporre nuove condizioni e prescrizioni.

Adempiuti gli obblighi⁸⁶², il fatto non può più essere perseguito e l'archiviazione del pm assume la definitività ed il procedimento non potrà essere riaperto se non alla scoperta che l'illecito per cui si è proceduto *ex* §153a StPo era invero un crimine e non un delitto. È la cosiddetta immodificabilità, ancorché parziale. Qui emerge la somiglianza tra questa pronuncia del pubblico ministero e quella che invece proviene dal giudice ai sensi §153 II StPo: non vi è la possibilità di impugnazione né da parte dell'offeso né dell'indagato⁸⁶³. È questa la definitiva archiviazione del procedimento con cui si rinuncia alla repressione del fatto in sede penale.

La pronuncia *ex* 153a StPo non è sottoposta ad iscrizione nel casellario giudiziale⁸⁶⁴.

§155b findet im Fall des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 6, auch in Verbindung mit Absatz 2, entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, dass personenbezogene Daten aus dem Strafverfahren, die nicht den Beschuldigten betreffen, an die mit der Durchführung des sozialen Trainingskurses befasste Stelle nur übermittelt werden dürfen, soweit die betroffenen Personen in die Übermittlung eingewilligt haben.

Satz 1 gilt entsprechend, wenn nach sonstigen strafrechtlichen Vorschriften die Weisung erteilt wird, an einem sozialen Trainingskurs teilzunehmen.

⁸⁶¹ L.R. BEULKE, *cit.*, §153a StPo, Rn. 109

⁸⁶² §153 I n.4-5 StPo in merito al mancato adempimento delle prescrizioni.

⁸⁶³ L.R. BEULKE, *cit.*, §153a StPo, Rn. 116 e ss.

⁸⁶⁴ KK: DIEMER, *cit.*, Rn. 49.

La possibilità di tale pronuncia archiviativa “condizionata” appartiene anche al giudice, come previsto al Capo II del § 153a StPo dall'inizio dell'azione penale sino alla fine del dibattimento di appello, mentre in Cassazione la pronuncia ai sensi del §153a StPo non è più pronunciabile⁸⁶⁵. Il procedimento segue, per gran parte, le fasi ed i meccanismi della pronuncia del pm.

Il giudice al fine di procedere all'archiviazione deve vagliare la presenza dei requisiti sostanziali previsti al Capo I del medesimo paragrafo e procedere secondo i principi del §153 II StPo: esiziale è l'elemento consensuale dell'indagato quanto del pm. Anche qui il decreto non è necessariamente motivato e non è impugnabile.

4.3.1. Peculiarità strutturali ed applicative rispetto all'archiviazione “semplice”. Il consenso e la natura “condizionata”.

La pronuncia ai sensi del § 153 a StPo necessita sempre del consenso dell'indagato/imputato che si sostanzia in un'accettazione di adempiere prescrizioni e condizioni⁸⁶⁶. Rispetto al profilo del consenso, non sono venute meno le critiche di chi ha intravisto, nel § 153a StPO, un'evidente discrasia con la presunzione di non colpevolezza, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, della CEDU: presunzione che, dalla dottrina tedesca, viene dedotta anche dal *Rechtsstaatlichkeitsprinzip* e che nel § 153a StPO, ancora più evidentemente che nel §153 StPo, non presuppone l'accertamento della colpevolezza, ma comporta una *Verfahrenseinstellung*⁸⁶⁷. Di conseguenza la dichiarazione di non doversi procedere ex § 153a StPo, ancorché accompagnata dal consenso dell'indagato, non può assurgere al rango di prova circa la commissione del reato. È un procedimento definitorio votato alla cooperazione che si avvale del consenso dell'indagato/imputato da una parte e l'imposizione di compensazioni e fanno venire meno la necessità di irrogazione della pena o misura di sicurezza. Una sorte di trasposizione nelle logiche penali degli elementi contrattuali in quanto si richiamano i meccanismi di negoziazione. Per questi motivi quello della tenuità, ed in particolare quello del paragrafo 153a StPo, è un procedimento che, se non adeguatamente

⁸⁶⁵ Invece la pronuncia ai sensi del §153 StPo è possibile anche in Cassazione, come ricorda K. JARVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 188.

⁸⁶⁶ K. JARVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 187.

⁸⁶⁷ ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, cit., 15 vor § 14, secondo cui l'adempimento degli oneri è astrattamente libero, mentre nel concreto è una costrizione, che viola il § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni.

imbrigliato in regole e criteri precisi, può facilmente trasformarsi in un *Freikaufverfahren*, ossia un puro e semplice *escamotage* volto a non subire la sanzione, dietro il pagamento di un “prezzo”⁸⁶⁸.

Il consenso, comunque revocabile sino all'adempimento completo ed esattamente come ai sensi del paragrafo 153 StPo, non contiene un'ammissione di colpevolezza e qualora le condizioni non siano adempiute e il procedimento debba quindi proseguire, tale elemento non potrà assurgere a mezzo di prova circa la responsabilità dell'indagato/imputato⁸⁶⁹.

Ulteriori critiche sono state mosse a questo paragrafo in considerazione del fatto che l'adempimento agli obblighi e alle prescrizioni avviene, almeno sulla carta, liberamente; in realtà l'indagato viene posto di fronte ad una sola “formale” alternativa: accettare le prescrizioni e gli obblighi imposti ovvero incorrere in un procedimento penale, con un esito incerto e quasi sempre meno favorevole (anche se vi è sempre la possibilità di un finale con proscioglimento). Calza a pennello la definizione di acuti Commentatori⁸⁷⁰, ossia che l'indagato si trovi in una *Zwangslage*, o comunque, in una *Lage, die an Zwang heranreicht*: una situazione senza via d'uscita libera.

Dubbi di costituzionalità, riguardo a diversi profili di tutela e difesa del singolo, avvalorati, secondo attenta dottrina⁸⁷¹, dal carattere sanzionatorio delle obbligazioni e prescrizioni a cui l'indagato sarebbe esposto, informalmente e quindi più pericolosamente, senza alcuna garanzia di protezione anche innanzi all'applicazione di sanzioni del tutto ingiustificate.

Si è appunto detto che, con tale §, si è aperta la porta di tale archiviazione “nonostante la sufficienza di indizi” alla media criminalità, ed in particolare la sempre più comune criminalità economica, in guisa all'adempimento di (onerose) prestazioni pecuniarie⁸⁷².

Le condizioni e le prescrizioni non contengono, come invece fanno le pene, un'esplicita espressione del disvalore sociale nonché dell'accertamento della responsabilità. Hanno un carattere chiaramente afflittivo, che tuttavia deriva dalla volontà del soggetto

⁸⁶⁸ Secondo BEULKE, cit. § 153 a, Rn. 10, è scorretto ricostruire il procedimento in tali meccanismi negativi in quanto è più che altro una compensazione dal sapore neutro, non un mercato della pena.

⁸⁶⁹ MEYER-GOSSNER.SCHMITT, cit., §153a, Rn. 10.

⁸⁷⁰ C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., n. 15, §14. che evidenziando le possibili conseguenze dannose per la tenuta legale di tale sistema, auspica una pronta e solerte modifica del §.

⁸⁷¹ . KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., Rn. 584.

⁸⁷² Famoso in tal senso è il già citato caso Kohl, in cui l'archiviazione in esame è stata concessa nel procedimento a carico dell'ex Cancelliere, per il reato di infedeltà patrimoniale, che si è risolto con l'obbligo di pagamento di 200.000 marchi tedeschi.

sottoposto ad indagini o procedimento mentre il profilo della sua responsabilità invece rimane aperto.

Osservando gli elementi “condizionanti” tale archiviazione, emerge il carattere votato alla prevenzione speciale delle prescrizioni e alla punizione dell'illecito delle condizioni: la loro combinazione si modula con tempi uguali oppure diversi, rispondendo alla necessità di mantenere inalterato il principio di proporzionalità, quale garanzia per l'imputato di non essere sottoposto a sforzi eccessivi ed irragionevoli⁸⁷³.

Come abbiamo detto precedentemente, le prescrizioni e le condizioni hanno natura e contenuti eterogenei, come si evince *ex* § 153 a I StPo: un elenco esaustivo di possibili *Auflagen* e *Weisungen*. Qualora vengano comminate, le condizioni e prescrizioni necessitano di una delineazione precisa e dettagliata, che possono rispondere alle tipizzazioni “classiche” definite dal testo di legge, oppure essere create “su misura” dal pm o dal giudice, sempre nel rispetto delle regole costituzionali nonché collegate alla tipologia di reato commesso per cui si applica l'esimente⁸⁷⁴.

Riguardo gli elementi indicati dal § 153a StPO, in particolare, è necessario evidenziare il ruolo che l'interesse della vittima ritrova nell'economia dell'istituto. Unicamente con riferimento ai reati senza vittima è ammissibile che la valutazione circa l'irrilevanza del fatto porti alla pronuncia della non punibilità: va rilevato che questo meccanismo di depenalizzazione in concreto porrebbe al bando ogni possibile reazione punitiva dell'ordinamento, diversamente dall'ipotesi dell'oblazione. Per questo va definito che la valutazione del fatto concreto deve essere globale e complessiva. Per i reati con vittima, l'irrilevanza del fatto non può non considerare che vi sia un soggetto offeso e per questo l'operatività potrebbe essere, e lo è quasi sempre, subordinata ad una qualche forma di riparazione nei confronti della vittima, ma si badi bene che questo non può in nessuna maniera comportare un incontrollabile ampliamento della discrezionalità del pubblico ministero o del giudice⁸⁷⁵.

⁸⁷³ K. JARVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 186; DIEMER, *cit.*, §153 a, Rn. 47 e ss.

⁸⁷⁴ L.R. BEULKE, *cit.*, §153a, Rn. 70.

⁸⁷⁵ Ad esempio, l'art. 227.1 d.lg. 19 febbraio 1998 n. 51 attribuisce espressa rilevanza all'interesse della persona offesa" come uno dei criteri necessario nell'ordine di trattazione dei procedimenti e di formazione dei ruoli di udienza.

4.4. L'istituto della tenuità in Austria: tratti salienti e problematiche

Il pm ha la facoltà di disporre l'archiviazione se si tratta di un reato punibile con la sola pena pecuniaria o con quella detentiva non superiore a tre anni, qualora

-1) tenuto conto della gravità del reato, delle conseguenze dello stesso, del comportamento susseguente alla perpetrazione del reato, in particolare se vi è stato risarcimento dei danni cagionati, il fatto possa essere considerato lieve;

-2) non si appalesi necessario procedere contro l'autore del fatto costituente reato per prevenire che egli in futuro commetta altri reati o che vengano commessi reati da altri consociati.

Dopo che sia iniziata l'azione penale, davanti ai giudici di prima istanza competenti, o qualora sia iniziato il processo per quei reati perseguibili *ex officio*, la Corte dopo l'udienza dibattimentale può alle medesime condizioni applicare quanto previsto dal §209 capoverso 1⁸⁷⁶.

Nell'ordinamento austriaco l'istituto "fratello" dei §153 e 153a StPo, anch'esso fondato sulla esiguità della colpevolezza, era disciplinato dal § 42 StGB del codice sostanziale, così rubricato: "Assenza di meritevolezza di pena del fatto" a cui si è espressamente richiamata, nella relazione del 15 luglio 1999, la nostra Commissione Grosso, con il titolo "Inoffensività e irrilevanza del fatto"⁸⁷⁷. Il § 42 StGB austriaco, richiamandosi nella delineazione dei criteri a quanto descritto nel sistema tedesco, nel delineare il criterio dell'interesse pubblico e specificandolo quale assenza di esigenze di prevenzione generale, destava fondate perplessità in ordine al profilo della

⁸⁷⁶ §191

Die Staatsanwaltschaft hat Von der Verfolgung einer Straftat, die nur mit Geldstrafe, mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist, deren Höchstmaß drei Jahre nicht übersteigt, oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe hat die Staatsanwaltschaft abzusehen und das Ermittlungsverfahren einzustellen, wenn

1.in Abwägung der Schuld, der Folgen der Tat und des Verhaltens des Beschuldigten nach der Tat, insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Schadensgutmachung, sowie weiterer Umstände, die auf die Strafbemessung Einfluss hätten, der Störwert der Tat als gering anzusehen wäre und

2.eine Bestrafung oder ein Vorgehen nach dem 11. Hauptstück nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegen zu wirken.

Nach Einbringen der Anklage, im Verfahren vor dem Landesgericht als Geschworenen- oder Schöffengericht nach Rechtswirksamkeit der Anklageschrift wegen Begehung einer strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist, hat das Gericht unter denselben Voraussetzungen (Abs.1) das Verfahren bis zum Schluss der Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen. §209 Abs.2 erster Satz gilt sinngemäß.

⁸⁷⁷ Così P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 12. Simile all'archiviazione condizionata è l'art. 163 del cpp sloveno, in R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., pp. 1485 ss.

discrezionalità. La strada percorsa dall'Austria nell'istituto della tenuità, nella prima fase di sperimentazione, era stato trovato nel § 42 StGB che nel 2008 è stato abrogato e sostituito da una normativa corrispondente, ma processuale, il § 191 StPO⁸⁷⁸. Esso disciplinava al primo e al secondo comma due ipotesi perfettamente speculari ai nostri articoli nella disciplina del Giudice di pace 34 e 35 d.lgs. 274/2000, a partire dalle quali è iniziato il lungo cammino della *restorative justice* in Austria e da cui poi è nata l'attuale normativa.

L'Austria ha adottato una disciplina, coordinata opportunamente con il codice di procedura penale, secondo cui il pubblico ministero ha l'obbligo di proporre all'indagato una deviazione dal processo ogniqualvolta sussistano determinate condizioni: la competenza deve essere del giudice monocratico, vi deve essere una sufficiente precisione sulla modalità di svolgimento dei fatti, dal reato non deve essere derivata la morte di alcuno, va verificata l'assenza di altre cause di archiviazione che porterebbero ad un'altra immediata chiusura del procedimento, non deve esservi la presenza di colpevolezza grave e l'organo giudiziario deve giudicare la *diversion* alla luce delle ragioni preventive generali e speciali⁸⁷⁹. Verificate tali condizioni, il pm deve rinunciare, temporaneamente, alla persecuzione del reato, stilando un percorso alternativo, che deve essere oggetto di consenso da parte dell'indagato, che se portato a termine con successo rende la pronuncia archiviativa definitiva. Il relativo provvedimento di archiviazione è dotato di una stabilità e definitività tali da mettere l'indagato al riparo dalla riapertura del processo, salvo per i casi nei quali è prevista anche la revisione delle sentenze, la *ordentliche Wiederaufnahme*, ex §§ 205 comma 1 e 352 StPO. Se l'azione penale sia stata già esercitata, proprio come ai sensi dei §§ 153 e 153a StPo tedeschi, anche il giudice è tenuto a proporre una *diversion*. Se ritiene che ricorrano le condizioni, sospende il processo, in base ad una diversa valutazione dei requisiti applicativi già presenti e valutati dal pm, sia qualora ne sopravvengano di nuovi⁸⁸⁰. Le condizioni e

⁸⁷⁸ G. FORNASARI, *Esiguità del fatto e parte generale: cenni sull'esperienza austriaca*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa: offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp. 143-161. - (Casi, fonti e studi per il diritto penale. Serie 3., Gli studi.

⁸⁷⁹ B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 2014, p. 4.

⁸⁸⁰ *Die Aufnahmen e die Weisungen* tipiche sono il pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato, in base a criteri predeterminati e va affiancato dalla riparazione del danno derivante dal reato oppure le prestazioni gratuite in favore della collettività, regolate da un'apposita disciplina estremamente dettagliata (ore di lavoro, istituzioni ed enti idonei, esigenze personali da tenere in considerazione), anch'esse accompagnate dall'obbligo di riparare il danno.

prescrizioni vanno individuate dall'organo giudiziario al fine di essere le più adatte al caso concreto.

Esattamente come in Germania anche qui il profilo del consenso è elemento fondamentale e l'indagato valuta se accettare la *diversion*⁸⁸¹, che è solo una proposta, oppure affrontare la prosecuzione del procedimento penale. Il consenso anche qui non è mai assimilabile ad un'ammissione di colpa: è il presupposto necessario per accedere alla *diversion* e può essere revocato in ogni momento, fino all'archiviazione, con la conseguente interruzione del percorso alternativo e il ritorno in sede processuale. Il consenso deve essere informato e consapevole, ma anche continuato sino all'eventuale archiviazione.

Il principio della presunzione di innocenza, il più critico anche qui come in Germania (e anche in Italia) resta così, anche se solo formalmente, intatto, essendo questo uno degli scopi della *diversion*: in realtà non può negarsi la problematicità, stante la solo apparente libertà di scelta dell'indagato in quanto deve decidere se accettare o rischiare gli esiti incerti e potenzialmente infausti del processo.

In realtà è considerata tollerabile⁸⁸² valutata alla luce ai vantaggi che tale istituto garantisce ed in quanto non sarebbe il reo a rinunciare alla presunzione della propria innocenza, ma lo Stato a rinunciare al venir meno della stessa⁸⁸³.

Ovviamente qualora le prescrizione non vengano adempiute, il percorso alternativo non dia esito positivo, vi è il proseguimento della persecuzione nei binari ordinari.

Al contrario, qualora siano portati a compimento gli impegni assunti, l'organo giudiziario ha l'obbligo di "rinunciare" all'azione penale, *Rücktritt von der Verfolgung*, e l'esito processuale è l'archiviazione. Il reo non vedrà a suo carico nessuna pronuncia di una condanna formale -con gli effetti negativi e stigmatizzanti che ne sarebbero derivati- avendo posto in essere un percorso costruttivo e responsabilizzante al quale ha aderito volontariamente (anche se su ciò si è già discusso in sede di analisi della disciplina tedesca e se discuterà in seguito).

⁸⁸¹ A proposito si segnala l'intervento della Dottoressa Summerer nel Convegno del 21 gennaio 2017, presso l'ateneo di Trento, "*La giustizia riparativa nelle esperienze degli operatori.*"

⁸⁸² M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., p. 151.

⁸⁸³ F. HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außengerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, (a cura di) P. G. MAYR, Wien, 1999, p. 140

I fatti concretamente esigui erano puniti ai sensi del §42 ÖstGb (e ora *ex* §191): secondo la dottrina maggioritaria⁸⁸⁴ le *rationes* sottese a tale disposizione (e a quella che l'ha sostituita) sono quelle di evitare la comminatoria di una pena per fatti talmente tenui che questa risulterebbe del tutto ingiustificata, nonché evitare che il disvalore che conseguirebbe ad una sentenza di condanna si abbatta sul soggetto autore del fatto esiguo. Importante è sottolineare che nemmeno in Austria la pronuncia per esiguità viene iscritta nel registro delle pene per evitare qualsiasi effetto stigmatizzante e per non precludere la possibilità di *diversion* in futuro, stante ovviamente che vi sia una valutazione positiva da parte dell'autorità giudiziaria in ordine alla sua efficacia special e generalpreventiva nel futuro specifico caso.

La finalità di economia processuale dell'istituto è chiara: già prima della riforma del 1987, nonostante il §42 al comma secondo riservasse unicamente al giudice la facoltà di valutare i requisiti dell'esiguità, secondo la maggioranza dei commentatori⁸⁸⁵ il pm era investito della facoltà di chiedere all'organo giudicante una pronuncia in ordine alla sussistenza di tali presupposti già nel corso delle indagini, al fine di addivenire celermente ad una pronta definizione del procedimento. Con l'abrogazione di tale assoluta competenza in capo al giudice la finalità deflattiva dell'istituto avrebbe potuto accelerare il proprio passo: era lo stesso pubblico ministero a poter vagliare e pronunciare autonomamente l'archiviazione, in linea con quanto sancito dal sistema austriaco. Quest'ultimo prevede che l'accusa possa far valere di *sua sponte* le cause di non punibilità, ma paradossalmente la deflazione non è potuta venire in essere in quanto, come prima ricordato, la natura dell'istituto è stata sino al 1999 sostanziale: era la stessa struttura del §42 ad ostacolare l'applicazione ed il risultato di economia processuale⁸⁸⁶. Prima della riforma che ha statuito il definitivo spostamento dell'istituto nella dimensione processuale al § 191 StPo, la qualificazione della natura di questo era costellata di accesi dibattiti⁸⁸⁷: dominante era l'opinione, in dottrina⁸⁸⁸ e giurisprudenza, di chi sosteneva la qualificazione della disciplina *ex* §42 StGB quale

⁸⁸⁴ ROXIN, *Zur systematischen Einordnung des §42 StGB*, in *Festschrift für F: Pallin*, Wien, 1989, p. 348. un classico, PALLIN, in FOREGGER-NOWAKOWSKY, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 1986, 1 vor §42 öStGb.

⁸⁸⁵ Contra, DRIENDL, *Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz*, cit., p. 1051.

⁸⁸⁶ ROXIN *Zur systematischen Einordnung*, cit., p. 346 affronta le problematiche, che si ritrovano quando si parla dell'art. 131 bis c.p. nostrano, allorquando l'istituto abbia la configurazione sostanziale. Sottolinea le difficoltà applicative ZIPF, *Politica criminale*, cit.

⁸⁸⁷ ROXIN, *Zur systematische Einordnung*, cit., pp. 347 e ss.

⁸⁸⁸ Uno per tutti, PALLIN, *Wiener Kommentar*, cit., 1 vor §42;

causa di non punibilità, una *Strafausschließungsgrund*; a questi si contrapponeva chi⁸⁸⁹, in forza del riferimento alle funzioni della pena, intravedeva nella normativa una sorta di trasposizione della commisurazione della sanzione, la quale dando un risultato pari a zero implicava la necessaria rinuncia alla persecuzione. Tale rinuncia doveva esprimersi non con un'archiviazione o con una sentenza di assoluzione, bensì con una peculiare decisione sintetizzabile nella formula di “condanna senza pena”⁸⁹⁰. L'istituto è nato originariamente per essere applicato nell'ambito dei fatti perseguibili di ufficio, gli *Offizialdelikten*, con l'esclusione dei *Privatanklagedelikten*, i delitti ad iniziativa privata. Rientravano nell'alveo di operatività invece i delitti a querela di parte, *die Antragsdelikten*. Tali precisazioni conseguono a considerazioni di ordine pratico: i delitti ad iniziativa privata sono per loro stessa natura esigui e se si fosse estesa la possibilità di applicazione dell'istituto anche ad essi, sarebbero divenuti zona franca di impunità permanente.

Anche nella disciplina austriaca sono previsti dei limiti edittali: i delitti a cui l'istituto può essere applicato devono essere astrattamente punibili con pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore a tre anni o con tale pena detentiva e pecuniaria.

Interessante è osservare, attraverso un'attenta lettura del testo normativo, che il codice austriaco abbia optato per una maggior determinatezza e precisione nell'enucleazione dei criteri-presupposti applicativi rispetto a quanto adottato dal “fratello” tedesco. La colpevolezza deve essere anche qui esigua secondo quanto disposto dal §32 öStGB in tema di commisurazione della pena ed alla luce delle circostanze aggravanti ed attenuanti ex §§33 e 34 öStGB: rivestono notevole importanza l'intensità del dolo ed il grado della colpa, ora ricompresi nel disvalore della condotta accanto al disvalore dell'*animus* nonché alle particolari qualità del soggetto autore. Estranee rimangono le considerazioni circa il disvalore dell'evento nonché il comportamento successivo del reo, da valutarsi quali elementi autonomi: non vi è qui quella valutazione votata all'onnicomprendività che è invece il tratto caratterizzante l'istituto tedesco. Ciò ha importanti ricadute nella valutazione, sempre rivolta alla punibilità, di fatti connotati da disvalore nell'evento o da oggettiva gravità.

Il profilo dell'esiguità della colpevolezza austriaco, ad eccezione di quest'ultima differenza, ricalca pedissequamente quanto disposto dal §153 StPo, poiché

⁸⁸⁹ DRIENDL, *Wege zur Behandlung*, cit., p. 1051, nonché MOOS, *Die mangelde Strafwürdigkeit bei Bagatelldelikten nach §42 österr. StGB*, in *ZstW*, 1983, pp. 200 e ss.

⁸⁹⁰ Così secondo MOOS, *supra*, pp. 203-304; contrario, NOWAKOWSKY, *Nochmals zu §42 öStGB*, p. 128.

coinvolgono entrambi dei giudizi che ineriscono alla persona dell'autore, ma soprattutto entrambe le norme prevedono che nel bilanciamento-ponderazione, per aversi l'applicazione dell'istituto, sia necessario che la colpevolezza si attenga ben al di sotto della media tipizzata dalla fattispecie astratta legale⁸⁹¹, che sia ossia *erheblich*, esigua.

Altro profilo importante che caratterizza l'applicazione dell'istituto è che dal fatto non sorga qualsivoglia conseguenza o unicamente conseguenze irrilevanti. *Die Folgen* possono essere gli eventi quali elementi tipici della fattispecie astratta, quindi *die Erfolg*, nonché *die Auswirkungen der Tat*, ossia le conseguenze atipiche che derivano dal fatto: la locuzione conseguenza ha quindi un'accezione ampia che comprende tutti i danni, collaterali compresi, a patto che siano addebitabili, almeno per colpa e quindi non qualora siano frutto di un decorso causale degli eventi tipico, all'agente⁸⁹². Non costituisce ostacolo all'operatività dell'istituto, dopo la riforma del 1987, che vi siano state in precedenza eventi dannosi, se al momento di applicazione della causa queste sono “essenzialmente” venute meno o sono state rimosse, risarcite o in altro modo compensate: una rimozione completa ed efficace, che se tuttavia ha lasciato in vita conseguenze esigue, non impedisce l'applicabilità del §191 StPo.

Anche in tale caso è previsto, come accennato in precedenza, che non può esservi l'archiviazione alla presenza di determinate ragioni speciali e generali preventive: tra le prime può essere il caso in cui solo una concreta punizione possa servire da lezione ed insegnamento al soggetto reo, che reso edotto degli effetti sfavorevoli da egli stesso causati con la sua condotta, rende la sanzione una necessaria risposta in virtù della particolare personalità dell'autore e di un giudizio prognostico circa il suo comportamento futuro⁸⁹³. Non sono di ostacolo all'applicazione dell'istituto la presenza di precedenti, a meno che l'irrogazione della pena non funga proprio da incentivo per far sì che l'autore in futuro si astenga dal commettere nuovamente azioni delittuose⁸⁹⁴. Anche in un'ottica generalpreventiva l'applicazione del §191 StPo può trovare ostacolo, allorquando non perseguire un soggetto possa indirettamente

⁸⁹¹ PALLIN, *Wiener Kommentar*, cit., 9 vor §42; per i riferimenti in giurisprudenza, LEUKAUF-STEININGER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 14 ff. vor §42.

⁸⁹² SCHROLL, *Zum Anwendungsbereich des §42 StGB im Strafenverkehr*; in *ÖJZ*, 1998, p. 440 che elenca diversi tipi di danni collaterali che non sono di per sé punibili, quali i pregiudizi sul rendimento scolastico o lavorativo.

⁸⁹³ Un esame che verterà sulla condotta tenuta sino alla commissione del reato, il suo contesto sociale etc.

⁸⁹⁴ PALLIN, *Wiener Kommentar*, cit., 17 vor §24 StGB

costituire messaggio di generale impunità verso gli altri, che si vedono “giustificati” e non impediti dal commettere reati simili. Sia che si parli di ragioni speciali sia generali, la valutazione che va fatta deve confrontarsi con la realtà concreta di ogni ipotesi, di ogni autore e di ogni fatto.

È chiaramente ispirata al modello tedesco la configurazione del modello di reato bagatellare a cui si riferisce l'istituto dell'esiguità, come anticipata “commisurazione della pena”, nei suoi criteri strutturali e, dal 1999, nella natura giuridica processuale. Va infatti evidenziato come il mutamento della natura giuridica in causa di improcedibilità si sia posto quale completamento di tale vicinanza: la formulazione del testo, nella sostanza molto vicino a quello vigente in Germania, risultava *ante* riforma decisamente incoerente con la classificazione di causa di non punibilità della norma e con la sentenza sostanziale di condanna senza pena⁸⁹⁵. Quest'ultima è sicuramente stata il motivo di ispirazione per una revisione del sistema nella sua struttura più intima; tuttavia sinceramente mi sento di condividere anche un'altra critica: a parer mio la motivazione più intrinsecamente vera di tale cambiamento di marcia risiede nella circostanza che un istituto declinato in maniera sostanziale presenta molte più spiccate problematiche di applicazione rispetto alla qualificazione processuale. Inoltre in Austria, stante l'indicazione analitica dei singoli criteri e la loro necessaria contemporanea presenza -a cui si aggiungeva da collegare anche alla giurisprudenza assai restrittiva della Corte Suprema con riferimento al parametro della lieve colpevolezza- la disposizione originaria rivelava-e quella ora vigente sembra aver parzialmente superato- ulteriori ostacoli ad una pacifica e serena operatività della disciplina^{896 897}.

⁸⁹⁵ Non deve per questo stupire che prima della riforma la dottrina criticamente collocava il §42 StGB nell'alveo delle norme disciplinanti la commisurazione della pena. Lo rileva C.E. PALIERO, *Minima*, cit., p. 731.

⁸⁹⁶ FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in (a cura di) PICOTTI-SPANGHER , *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, che trattano del caso emblema di codesta difficile operatività, il cosiddetto Kurierfall, OGH, EvBl. 1990/92.

⁸⁹⁷ Interessante l'intervento della dott. Summere al convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, “*La giustizia riparativa nell'esperienze degli operatori*” che afferma i motivi per l'utilizzo sempre più crescente di tale istituto in Austria negli ultimi anni. Nel 2015, in Germania 3,5% procedimenti chiusi con archiviazione e di questi l' 82% con la prescrizione di un pagamento somma denaro. L' Austria invece nel 2014 registrava una percentuale del 17,5% di conclusione con archiviazione e solo il 40% di questi con il pagamento somma. Invece alte cifre hanno registrato ma la mediazione (invece in Germania solo 5, 7 %)

4.5. Nel sistema elvetico

“L'autorità competente si astiene dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione se la colpa e le conseguenze del fatto sono di lieve entità.”

L'istituto in esame in Svizzera presenta tratti di grande similarità con quello italiano : vi sono costruzioni applicative volte ad escludere l'instaurazione di meccanismi conciliativi alternativi al processo penale e non vi è alcuna menzione all'inflizione di prescrizioni ed obblighi in alternativa alla sanzione -al cui adempimento è subordinata la pronuncia liberatoria da qualsiasi effetto conseguente ad una pronuncia- in capo all'autore del fatto. L'art. 52⁸⁹⁸ del codice penale elvetico contiene una formula di non punibilità, rubricata “Punizione priva di senso”, la quale stabilisce che:” l'autorità competente prescinde dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione se la colpa e le conseguenze del fatto sono di lieve entità.” anche qui è chiaro il richiamo al principio di proporzionalità, in base al quale se i comportamenti presentano tratti di lieve entità la sanzione diviene del tutto eccessiva e ingiusta.

È interessante sottolineare che l'art. 52 c.p. svizzero non contenga le limitazioni edittali, esplicite ed implicite, invece presenti nelle discipline italiana, tedesca ed austriaca: l'istituto dell'esiguità elvetico è quindi in astratto applicabile a tutti i delitti, anche alle ipotesi classificate quali “di base” sulle quali agisce poi l'aggravamento progressivo, nonché alle fattispecie disciplinate nel codice cantonale, unicamente di natura contravvenzionale ⁸⁹⁹.

Certamente anche in Svizzera il cuore pulsante dell'istituto è la considerazione di una necessaria colpevolezza esigua e la presenza di danni di lieve entità: i profili devono coesistere entrambi⁹⁰⁰. Anche qui la valutazione circa l'elemento della colpevolezza risponde alla vocazione dell'onnicomprendività: in linea con quanto statuito dall'art. 47 comma 2 c.p. svizzero, confluiscono nella ponderazione l'intensità del dolo e la

⁸⁹⁸ M. NIGGLI-G. FIOLOKA, *La tenuità del fatto nel diritto svizzero*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO *I nuovi epiloghi processuale della particolare tenuità del fatto*, pp. 204 e ss.

⁸⁹⁹ NIGGLI- FIOLOKA, *supra*, ricordano le decisioni del Tribunale federale svizzero in tema: 135 IV130, consid.5.3.4. E 138 IV 13, consid. 9.

⁹⁰⁰ Non vi è l'operatività dell'art. 52 qualora vi siano danni/conseguenza di lieve entità, ma il comportamento sia stato connotato da colpevolezza non esigua e viceversa. Ampiamente, F. RIKLIN, *Art. 52*, in (a cura di) NIGGLI- WIPRÄCHTIGER *Strafrecht I, Baler Kommentar (BSK StGB)*, III ed. Helbing Lichtenhahn, 2014, n. 28.

gravità della colpa, elementi attinenti alla personalità del reo (i precedenti penali, le circostanze prettamente personali ed il contegno successivo alla commissione del fatto) e l'ulteriore aspetto, di matrice giurisprudenziale⁹⁰¹, dell'eventuale eccessiva durata del procedimento e la violazione del principio dell'equo processo. Questi sono elementi che possono fondare la valutazione dell'interesse a punire.

Come per quanto descritto quando si è trattato dell'istituto austriaco, anche qui la nozione di *die Folgen*, “gli effetti del reato”, è ampia e contiene tutte le conseguenze, dirette ed indirette, del fatto, che devono risultare nella loro globalità lievi. La lievità dei danni è elemento imprescindibile per l'operatività dell'istituto: nessun'altra circostanza, ancorché rilevante e favorevole al reo, può giustificare l'applicazione dell'esiguità in presenza di effetti negativi non di lieve entità⁹⁰². Il comportamento per il Legislatore svizzero è strettamente legato alla dimensione fattuale del danno/conseguenza: non ha mirato all'abolizione astratta della punizione di comportamenti bagatellari, ma ha compiuto a monte una scelta rispetto ai beni e agli interessi giuridici da tutelare, statuendo come i due profili del reato della commissione e della conseguenza non possano prescindere l'una dall'altro.

È chiara la difficoltà di ricostruire il *discrimen* per valutare l'esiguità in particolare del comportamento: la tenuità deve essere chiara da un punto di vista assoluto, come sancisce l'art. 52 c.p. e solo dopo il superamento di tale primo *step*, gli organi giudiziari potranno addentrarsi nella dimensione concreta della valutazione, alla luce delle circostanze nonché dei casi simili, per vagliare il carattere “della particolare esiguità”. A questo secondo esame “relativo” ha fatto riferimento la Suprema Corte, descrivendo come la meritevolezza della sanzione sia direttamente proporzionale alla non trascurabilità della condotta stessa, in base agli *standars* delle commissioni di quel particolare delitto⁹⁰³. È quindi una valutazione che coinvolge le dimensioni generale ed assoluta, poiché l'istituto si può applicare unicamente alle “bagatelle trascurabili” (mai potrà quindi, secondo logica, trovare applicazione nei confronti dell'omicidio o reati la cui conseguenza non può razionalmente considerarsi lieve), tuttavia a patto di sistemarsi ad un livello di trascurabilità evidente rispetto alle ipotesi simili⁹⁰⁴. Chiaro è quindi il profilo in base al quale la norma svizzera non

⁹⁰¹ Tribunale federale svizzero 135 IV.130 consid. 5.4.

⁹⁰² Supra, punto 5.3.2 .

⁹⁰³ Trib. federale, 135 Iv 130, cosid. 5.3.3.

⁹⁰⁴ FIOŁKA- RIEDO, *BSK, StPO, art. 8, N. 32*.

prevedendo, nero su bianco, i limiti che in Italia sono stati espressamente elencati⁹⁰⁵, non possa tuttavia esimersi dal ricavarli in via implicita secondo logica: è inimmaginabile che il pm o il giudice svizzero possano qualificare come bagatelle le ipotesi che in Italia sono limpidamente elencate *ex art. 131 bis c.p.*

Elemento che va sottolineato che anche in Svizzera, al pari di Germania e Austria, non vi è alcuna iscrizione di tale pronuncia nel casellario giudiziale⁹⁰⁶.

“L'autorità competente si astiene dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione se la colpa o le conseguenze del fatto sono di lieve entità.”

E' chiaro quindi che l'istituto è applicabile in ogni fase del procedimento, dalle indagini preliminari sino alla fase più strettamente processuale, sia dalla pubblica accusa sia dal giudice. La norma di riferimento nel codice di rito è l'art. 8 comma 1 c.p.p. svizzero, che prevede che “il pubblico ministero e il giudice si astengano dal procedimento penale se il diritto federale lo prevede e se sono adempiute le condizioni di cui gli artt. 52 e 54 c.p.”

Al comma secondo il medesimo articolo recita: “i casi di cui ai capoversi precedenti, il pubblico ministero e il giudice decidono il non luogo a procedere o l'abbandono del procedimento.” in base alla fase del procedimento in cui si colloca tale valutazione la competenza spetterà all'organo di accusa o al giudice. Prima dell'avvio dell'istruzione probatoria, il pm ha la facoltà, ai sensi degli artt. 299 e ss. c.p.p., di pronunciare un decreto di non luogo a procedere *ex art. 310 comma 2 lett. c) c.p.p.*, allorquando, dopo una valutazione dei fatti e in forza della convinzione astratta di addebitabilità al soggetto presunto autore, decida di abbandonare le ulteriori investigazioni senza valutare la responsabilità dell'indagato, e risulti quindi incontestata l'applicabilità dell'art. 52 c.p. dopo l'avvio dell'istruzione il pm può comunque abbandonare il proseguo del procedimento, in forza dell'art. 319 comma 1 lettera c) c.p.p. ed assumerà qui i caratteri della pronuncia di *non liquet*. Non vi è il riferimento invece compiuto dall'art. 411 *bis* c.p.p. italiano che impone l'intervento di un organo giudicante terzo ed imparziale con decreto motivato. All'indomani della riforma del c.p.p. del 2001, dove è scomparsa la figura del giudice istruttore che prima rivestiva particolari funzioni in tale fase, ha perso di senso l'ipotesi del “rinvio a giudizio”, residuale nei procedimenti penali cantonali, sempre nell'art. 52 c.p.

⁹⁰⁵ C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 520.

⁹⁰⁶ Ordinanza del casellario giudiziale, art. 12 comma 1 lett. d).

Non vi è una menzione espressa alla facoltà del giudice di pronunciarsi sulla tenuità: per superare tale lacuna la Corte⁹⁰⁷, interpretando l'art. 8 comma 4 c.p.p.⁹⁰⁸, ha statuito che al giudice sia stata data la facoltà di irrogare la pena e non invece di astenersi dal pronunciare il procedimento. Per aversi una condanna senza pena è sempre necessario ed implicito un previo accertamento probatorio dei fatti e della responsabilità. La domanda sorge quindi spontanea: e la deflazione del carico giudiziario? La risposta è semplice: quando si addivene alla fase prettamente più processuale questa sparisce. Vi sarà unicamente se l'istituto troverà applicazione nella fase preliminare ai sensi dell'art. 319 c.p.p. qui l'impianto probatorio non deve rispondere a quella completezza ed incontrovertibilità propria del procedimento, ma deve esservi l'appalesamento che la punizione e la persecuzione sia priva di senso poiché il fatto è bagattellare nel comportamento e negli effetti o perché elementi attinenti alla figura del presunto autore faccia emergere l'inutilità della sanzione (come può essere il contegno tenuto successivamente).

In Svizzera è chiara la semplificazione estrema dell'apparato della giustizia, ma nonostante questo un vero alleggerimento dei carichi pendenti non si è registrato. Certo la Svizzera ha fatto quel passo decisivo di qualificazione della pronuncia come "condanna senza pena", come del resto anche l'Austria, che invece è rimasta sopita in Italia. Il paese elvetico ha superato quell'intrinseca contraddizione che il nostro 131 *bis* c.p. ha invece fatto emergere prepotentemente: l'accertamento della responsabilità in una pronuncia formalmente proscioglitrice che la sottende e porta con sé conseguenze extrapenali evidenti.

4.6. Conclusioni critiche rispetto alla novella italiana

Esattamente come in Italia sembra potersi ravvisare nei Paesi analizzati un delicato equilibrio tra la necessità di introdurre strumenti idonei a fermare l'avanzata dell'ipertrofia verticale e mantenere ferreo allo stesso modo l'apparato ampio di garanzie - che si propenda per la ricostruzione processuale sia sostanziale- e di riflesso realizzare la deflazione.

⁹⁰⁷ Trib. Federale, 139 IV220 consid. 3.4.5.

⁹⁰⁸ Per una trattazione generale, FIOKKA-RIEDO, cit., art. 8, nn. 100 e ss.

La *ratio* della disciplina tedesca dell'esiguità risponde, secondo alcuni, ad una duplice finalità di economia processuale e di decriminalizzazione-depenalizzazione⁹⁰⁹. Secondo altri⁹¹⁰ le finalità sopra elencate sono più che altro strumenti atti alla salvaguardia, in ambito applicativo, del principio di *ultima ratio* del diritto penale e all'evitare l'effetto stigmatizzante che è insito invero in una pronuncia condannatoria: solo indirettamente si perseguirebbero gli scopi deflattivi e decriminalizzanti. Quest'ultima teoria, appare quella più corretta alla luce del testo normativo⁹¹¹: è chiara l'impostazione voluta dal Legislatore tedesco, il quale, aderendo ad una portata generale delle disposizioni, ha voluto escludere dall'inflizione della pena tutti i delitti in concreto esigui, senza alcuna ricerca di contrasto a quei determinati delitti statisticamente più diffusi. Certamente va rilevato come la legge per lo sgravio dell'amministrazione della giustizia del 1993 abbia contribuito notevolmente ad accelerare il profilo deflattivo del sistema, in particolare coinvolgendo nell'archiviazione per esiguità anche quei fatti dotati di medio disvalore ed omettendo qualsivoglia riferimento all'aspetto della decriminalizzazione: qui è limpido il preminente profilo di semplificazione del procedimento. La semplificazione, forse esasperata, che si ottiene aderendo alla lettura processuale, come testimoniano i sistemi che ne fanno uso, dà atto ad una valutazione e conservazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, benché temperato e liberato dai lacci e laccioli della visione classica e rigida delle regole che conseguono a tale principio costituzionale: la lettura processuale come necessità per superare l'impostazione vetusta ed ormai sorpassata imperniato su rigide classificazioni fondate sulle antinomie.

I vantaggi della configurazione processuale sono chiari: non è presente alcun problema -e potenziale censura- con il principio della presunzione di innocenza, in quanto è assente qualsivoglia accertamento di merito con l' unica eccezione della pronuncia ad esito di dibattimento⁹¹². Censure che, non a caso, non sono ipotizzabili nemmeno nel sistema austriaco dopo che questi ha traghettato l'istituto dell'esiguità

⁹⁰⁹ MEYER-GÖBNER, in LÖWE- ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*, Band 2, 23. Aufl., Berlin- New York, 1978, 1 vor §153.

⁹¹⁰ RIEB, in in LÖWE- ROSENBERG, *Strafprozessordnung. Großkommentar*, 24. Aufl., Berlin-New York, 1986, 3-4 vor §153a, nonché FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, cit., pp. 24-25.

⁹¹¹ Così R. BARTOLI, *L'irrilevanza*, cit., pp. 1480 e ss.

⁹¹² Così sentenziava la Corte costituzionale tedesca, BverfG, 17 novembre 2005- 2 BvR 878/05, nonché precedentemente BverfG, 29 maggio 1990- 2 BvR 254/88, in *NJW*, 1990, p. 2741.

verso il piano della procedibilità salpando dalle rive sostanzialistiche⁹¹³ e che invece hanno destato (e lo fanno tutt'ora) forti preoccupazioni nei confronti del nostrano art. 131 *bis* c.p. il quale invero presuppone un accertamento di merito che soprattutto all'inizio del procedimento talvolta inaccettabilmente sommario.

Tuttavia, la configurazione processuale presenta profili che suscitano non poche perplessità: in primo luogo la qualificazione quali cause di improcedibilità permette che valutazioni inerenti all'autore ed alla sua “carriera” vengano assunte da un organo di accusa diverso da un giudice che non possiede una piena potestà giurisdizionale⁹¹⁴.

Il più famoso manuale tedesco di diritto penale della prima metà del Novecento⁹¹⁵ trattava già dell'esiguità: noi, ad oltre un secolo di distanza, abbiamo dovuto attendere continuando a chiedere al nostro Legislatore una chiara presa di posizione su un'istanza che è tradizionalmente romanistica. Finalmente con il 131 *bis* c.p. si è arrivati ad una concretizzazione, nell'attualità e soprattutto oltre ai precedenti esperimenti settoriali del processo minorile e del Giudice di pace⁹¹⁶. L'istituto dell'esiguità, soprattutto in Germania, ha regalato un notevole riscontro in ottica deflattiva in particolare a livello di indagini preliminari: basta osservare le statistiche rese pubbliche negli ultimi anni riguardo la sempre maggiore incidenza della conclusione dei casi risolti attraverso l'applicazione del §153 StPo e §153a StPo⁹¹⁷. Tutto ciò sebbene l'opinione pubblica e la dottrina abbiano cominciato, negli ultimi anni, ad esprimere un crescente malcontento rispetto all'utilizzo di tali istituti, -soprattutto nei confronti di alcuni casi con elevato riscontro mediatico come il caso Kohl ed il caso Eccleston solo per fare alcuni nomi- in quanto con la soluzione processuale, la conseguente potenziale violazione di principi quali l'uguaglianza, la trasparenza e la legalità si è fatta sempre più pericolosamente reale⁹¹⁸.

⁹¹³ L'istituto si è spostato dal §42 StGb al §191 StPo. Una generale riflessione, OGH, 21 maggio 2009, in *AnwBl*, 2010, p. 61.

⁹¹⁴ Il profilo più critico riguarda le ipotesi in cui il pm può procedere autonomamente alla pronuncia. In realtà anche qualora il giudice dia il proprio *placet*, sarà comunque a riguardo di un impianto probatorio a livello di indagine preliminare, certamente un giudizio che non presenterà quei tratti di totalità e profondità che deve contraddistinguere la valutazione special preventiva sulla personalità del reo, individualizzata e attenta all'accertamento del fatto e della responsabilità.

⁹¹⁵ F. V. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21-22, Berlin und Leipzig, 1919, p. 14 (§ 4)

⁹¹⁶ Come già in via del tutto pionieristica, già C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del sistema penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985

⁹¹⁷ Una riduzione dell'inflizione di pene detentive brevi e il conseguente snellimento nell'amministrazione giudiziaria. Si veda R. BARTOLI, *L'irrilevanza*, cit., p. 1484, nota 47.

⁹¹⁸ La dott. Summerer indica su tale punto come la scarsa attenzione verso la vittima ed il suo ruolo del

In realtà negli ultimi anni anche l'Austria ha cominciato a rivelare ottimi risultati nella giustizia riparativa di *diversion*, sebbene con l'ausilio di un istituto, meno critico e criticabile, quale la mediazione. Ciò al contrario della Germania, dove *die Mediation* ha un ruolo marginale ed invece continua ad avere ampio spazio di operatività la prescrizione di obblighi di pagamento di somme, spesso molto elevate, di denaro⁹¹⁹.

Interessante è invece rilevare come lo stesso successo non sia avvenuto in Svizzera, nonostante sulla carta, stante l'assenza di qualsivoglia limite edittale, si riveli essere quello astrattamente più applicabile. Poche sono state le pronunce di archiviazione che il Tribunale svizzero ha pronunciato in base all'art. 52 c.p. e difficile risulta rintracciarne la motivazione. In realtà quello che acuti commentatori⁹²⁰ hanno rilevato è che la ragione non sia tanto da ricercarsi nella dimensione tecnico-giuridica dell'istituto, come avevano avanzato alcuni autori lamentando i possibili deludenti esiti della normativa italiana ai tempi della sua emanazione⁹²¹, quanto nella cultura del paese elvetico che necessariamente si rispecchia nelle prassi giudiziarie, più severe e più attente a non ricadere in dinamiche lassiste di incontrollabile impunità. Le similitudini più prettamente giuridiche tra l'istituto svizzero e italiano devono fronteggiare le diversità culturali dei due paesi e forse è questo che condiziona e condiziona gli esiti applicativi differenti che si stanno registrando: molte erano le perplessità rispetto all'art. 131 *bis* c.p. che appariva destinato allo stesso destino dell'art. 52 c.p. svizzero, se non peggiore. Medesimi sono i fatti a cui si rivolgono, le bagatelle, medesime sono le premesse sostanziali⁹²² e medesima è la comparazione delle ipotesi che deve coinvolgere la dimensione astratta e concreta delle stesse. Inoltre, l'art. 131 *bis* c.p. presenta delle limitazioni

tutto assente nel procedimento penale sia la causa principale del malcontento crescente degli ultimi anni. Non essendo prevista alcuna partecipazione dell'offeso e quindi dei suoi interessi e delle sue richieste, i colloqui antecedenti all'applicazione di tale istituti si risolvono in trattative private e segrete tra accusa ed accusato, che spesso si concludono con la prescrizione di obblighi di pagamenti elevati, ma che rimangono segreti nel loro ammontare. Che soddisfazione quindi per la comunità? O meglio: come può comprendersi se la somma è soddisfacente per la collettività se questa non ne sa l'ammontare?

⁹¹⁹ Nell' intervento, *supra*, la dott. Summerer, presentando un'ampia panoramica della *diversion* nei paesi di origine tedesca, sottolinea l'utilizzo pregnante del pagamento di una somma di denaro, basti pensare al caso Kohl ed al caso Eccleston, al confronto con il ruolo del tutto risibile che ha l'istituto. più delicato, della mediazione.

⁹²⁰ M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto*, cit. p. 261.

⁹²¹ NIGGLI- FIOCCA, *La tenuità*, cit., p. 204.

⁹²² "Particolare tenuità dell'offesa", *ex art.* 131 *bis* c.p. e "lieve entità della colpa e delle sue conseguenze" ai sensi dell'art. 52 c.p. svizzero.

edittali, comportamenti abituali, di motivazioni e di determinate specie di reati, non evocate nel codice penale svizzero: ulteriori ostacoli ed una pacifica e semplice applicazione dell'istituto, ancorché come già in precedenza rilevato, anche se non espressamente citati, i medesimi limiti operano, ad onor di logica in Svizzera.

La menzione della condanna senza pena è sicuramente il profilo più interessante che differenzia la nostra disciplina da quella svizzera, o meglio, è il profilo che pone più in crisi il nostro art. 131 *bis* c.p.: come ampiamente descritto in precedenza appare incoerente il fatto che venga accertata la responsabilità del soggetto sottoposto ad indagini o a procedimento, ma venga pronunciata una decisione dal carattere formale di proscioglimento. Ancora più complessa diventa l'analisi dell'istituto quando si osservano gli effetti extrapenali di tale proscioglimento. È la crisi mascherata della particolare tenuità del fatto nei confronti del principio della presunzione di innocenza. In realtà, come verrà detto sotto, tale profilo che più intrinsecamente pone in dubbio l'esistenza legittima dell'istituto stesso dell'esiguità della colpevolezza e dell'offesa. Tale aspetto, non risolto in Italia, in Svizzera ha invece trovato una via di uscita nelle teorizzazioni dottrinali⁹²³ della “colpa ipotetica”.

Certamente anche l'istituto nei paesi tedesco ed austriaco presenta delle criticità sottolineate nella nostrana comparazione *de iure condendo*: l'eccessiva indeterminatezza dei presupposti e la conseguente paura di apertura a disuguaglianze e sperequazioni tra i differenti tribunali e contesti sono due dei punti più critici di una disciplina che, nonostante la lunga storia, non va totalmente esente da problematicità. Prima tra tutte è l'utilizzo che nella prassi si è fatto della norma §153a StPo, talvolta usata ben oltre i confini della media colpevolezza al fine unico di alleggerire il carico degli uffici giudiziari⁹²⁴: comprensibile su un piano più pratico e deflattivo, meno coerente da un punto di vista dogmatico, in quanto viene trasformata, nel vero senso della parola, la struttura tipica bagatellare, nella quale rientrano fatti che non possiedono invero un esiguo disvalore. Non ci si può inoltre esimere dal constatare, come l'indeterminatezza dei requisiti abbia inevitabili ricadute sulla delimitazione dell'oggetto della valutazione circa l'esiguità: è un giudizio che come si è detto prima deve essere di bilanciamento e ponderazione onnicomprensive di tutte le circostanze concrete favorevoli e sfavorevoli al soggetto indagato, sia che queste appartengano

⁹²³ R. APRATI, *Le regole*, cit., pp. 1322 e ss.

⁹²⁴ FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, cit., p. 31.

alla sfera soggettiva sia a quella oggettiva (disvalore evento, colpevolezza e personalità). Va precisato che non possiedono tutte la medesima incidenza: per aversi la pronuncia archiviativa almeno uno degli aspetti deve rivelare un'intrinseca esiguità. Certamente la mancanza di criteri che indichino la priorità dei diversi indici fa sì che le sperequazioni e diversità tra singoli pm e Tribunali possano essere presenti a seconda delle diverse interpretazioni degli organi giudiziari di volta in volta chiamati a giudicare. Quello che risulta essere in pericolo è la certezza del diritto, nonché il principio di eguaglianza *ex art. 3 GG* (quest'ultimo in pericolo sul duplice versante dell'applicazione della norma e delle prescrizioni).

Comprensibili risultano quindi le permanenti critiche rivolte dalla dottrina⁹²⁵ agli istituti qui analizzati, acuitesi all'indomani della riforma del 1993 con particolare attenzione verso le problematiche derivanti dalla vaghezza dei requisiti della colpevolezza esigui ed in particolar modo del pubblico interesse: comportano una violazione del principio di legalità e di determinatezza, costituzionalmente sancito dall'art. 103 comma 2 GG.

Ulteriore censura riguarda l'inflizione di *Auflagen e Weisungen*, delle quali si discute la natura o meno penale: se si optasse per la soluzione affermativa si incapperebbe nella violazione dell'art. 92 GG, che riserva tale facoltà unicamente alla competenza del giudice⁹²⁶. In realtà è oramai assodata opinione⁹²⁷ che tali obblighi e prescrizioni non abbiano natura penale, in quanto è previsto il necessario consenso dell'imputato e la comunque sempre ferma possibilità che successivamente possano non essere adempiute. È stato definito un procedimento di volontaria sottomissione dell'imputato all'esecuzione di sanzioni che ancorché non penali, secondo la scrivente⁹²⁸, non possono tuttavia essere qualificate come frutto di scelte pienamente libere.

L'istituto che si è analizzato in questa lettura comparatistica è stato il volano per creare un diritto penale votato alla necessaria offensività del fatto che costituisce reato, uno dei tratti caratteristici dei sistemi liberali e che li fa distinguere dai sistemi dittatoriali ed autoritari, che si attengono ad una concezione di reato come violazione di un dovere di obbedienza alle norme.

⁹²⁵ FEZER, *supra*, p. 25 e p. 32.

⁹²⁶ HIRSCH, *Zur Behandlung*, cit., pp. 224-225.

⁹²⁷ DREHER, *Die Behandlung*, cit., pp. 938-939 nonché FEZER, *Vereinfachte*, cit., p. 33.

⁹²⁸ Aderendo a quanto statuito da ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 15 vor §14 secondo cui è solo teoricamente libero l'adempimento, mentre sul piano pratico è una vera e propria costrizione.

I profili di maggiore complessità, comuni a tutte le affrontate discipline nazionali, riguardano *in primis* la figura della vittima, ancorché in Italia ad onor del vero, la normativa, più nuova, contempra un coinvolgimento del tutto innovativo per tale tipo di istituto⁹²⁹. Il ruolo processuale della vittima, sempre più importante nelle novelle degli ultimi anni, non ha trovato ingresso nella disciplina tedesca⁹³⁰, scatenando ampi dibattiti da parte di coloro che spingono per l'introduzione di previsioni di audizioni, di estensione dello strumento di reclamo del soggetto offeso anche in via interpretativa in forza delle fonti dell'Unione Europea⁹³¹: è assodata una nuova considerazione degli interessi della vittima. Più attenta a tale evoluzione si è dimostrata l'Austria, come dimostra l'ampio utilizzo del meccanismo della mediazione, dove è previsto un costante e necessario dialogo con il soggetto offeso dal reato -ora anche sancito da un'apposita norma contenuta nel codice di procedura penale- che deve essere coinvolta al fine di soddisfarne interessi e di renderla edotta circa la misura finale applicata, ancorché non sia prevista alcuna forma di impugnazione o di eventuale sollecitazione nei confronti dell'organo giudicante per una continuazione del giudizio. È un meccanismo comunque lasciato nelle mani dell'organo decidente, ma che dimostra una diversa sensibilità rispetto a istituti di giustizia equitativa che in origine sono stati ripresi quasi pedissequamente dalla Germania. Le discipline straniere, in particolare quella tedesca, hanno invece maturato una speciale considerazione per il ruolo dell'indagato, che ha svolto importante ispirazione per la disciplina del D. lgs n. 28/2015, come si può evincere dalla nuova archiviazione “garantita”. Tuttavia il consenso, nodo cruciale nelle discipline estere, sarebbe stato in Italia un aspetto di notevole importanza, soprattutto nelle fasi processuali: non ha invece trovato terreno fertile per dare buoni frutti. Il sistema italiano rivela carenze evidenti in relazione alle garanzie dell'accusato: possibili censure si possono prospettare rispetto agli artt. 3 e 24 Cost. nonché, come si è ampiamente ricordato in precedenza, all'art. 6 Cedu⁹³². In Germania, stante la

⁹²⁹ DELVECCHIO F., *La nuova fisionomia della vittima di reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*; M. DANIELE, *L'archiviazione*, pp. 61 e ss. critico, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21.

⁹³⁰ La persona offesa si trova a dover subire la decisione del pm in un ambito esorbitante quello della piccola criminalità: l'unico mezzo a sua disposizione è l'esperimento di memorie o del ricorso gerarchico, ma le è precluso lo strumento dell'imputazione coatta.

⁹³¹ Tra tutte spicca la già più volte citata decisione quadro 2001/220/GAI ora sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE.

⁹³² HIRSCH, *Zur Behandlung*, cit., pp. 232-233.

natura processuale dell'istituto e la meno complessa coesistenza con il principio della presunzione di innocenza, è chiaro che il consenso si vesta pacificamente quale mero complemento più che come pilastro fondamentale della struttura di garanzie dell'indagato⁹³³. In Italia, il consenso avrebbe costituito invece un passo di ineguagliabile novità per la creazione di una solida tenuta del sistema della particolare tenuità.

In realtà non può non tenersi in considerazione che l'istituto, in Germania, sia stato adattato sempre più spiccatamente alle esigenze e garanzie dell'indagato, in particolare rispetto al profilo del giusto processo e la possibilità di poter ottenere in astratto una pronuncia più liberatoria⁹³⁴: il consenso è elemento necessario nell'archiviazione semplice, *ex* §153 StPo, dopo l'azione penale e nella fase precedente e seguente l'azione in quella condizionata, ai sensi del §153a StPo. In realtà va sottolineato che l'aspetto del consenso è frutto di un'affermazione teorica di libertà di scelta, stante l'intrinseca presenza di caratteri costrittivi ineliminabili in tale contesto: sommersa ma pronta ad emergere è quindi la violazione del § 136a StPo, che vieta l'esercizio di pressioni sull'imputato per indurlo ad esprimere precise dichiarazioni.

È una sottomissione formalmente volontaria, ma nella sostanza imposta.

Quello che va sottolineato è che in Germania, esattamente come da noi, la pronuncia della tenuità è solo formalmente liberatoria: ha un contenuto sostanzialmente di condanna. Ha fatto scuola il *caso Edathy*⁹³⁵, dove l'indagato ha risentito fortemente delle conseguenze infamanti che la pronuncia *ex* §153a, da lui accettata, ha portato con sé, soprattutto rispetto all'opinione pubblica, stante l'accusa del reato di possesso di materiale pedopornografico.

Per tutti questi motivi è auspicabile, secondo alcuni, una modifica della natura e dei presupposti dell'istituto: utili entrambi i profili in chiave deflattiva⁹³⁶.

⁹³³ Questo anche perché come sottolinea L. PARLATO, *Il volto processuale*, cit., p. 278 nota 156, non vi sarebbe alcun profilo di danno per l'indagato ogniqualvolta sia pronunciata sentenza *ex* §153 StPo o anche qualora non possa interloquire ed opporsi alla pronuncia nel corso del processo. Il consenso non è una confessione ed è una variabile che deriva da diverse circostanze ed esigenze. Si veda BverfG, 17 novembre 2005, cit.

⁹³⁴ Come è accaduto nel celebre Caso Wulff dove l'imputato ha ottenuto una pronuncia assolutoria dopo aver rifiutato la pronuncia *ex* §153a StPo.

⁹³⁵ HOVEN, *Die Grenzen des Anfangsverdachts- Gedanken zum Fall Edathy*, in *NstZ*, 2014, pp. 361 e ss.

⁹³⁶ La prospettiva di cambiamento dogmatico è sostenuto da coloro che sin dall'inizio propendevano per la natura processuale. Il mutamento dei presupposti sarebbe l'estensione di quel potere ostativo che è dato all'imputato nella fase predibattimentale *ex* art. 469 c.p.p.

Merita inoltre un'accurata precisazione un ulteriore aspetto della disciplina tedesca, lasciato un po' in ombra qualora si affronti l'istituto, stante la sua valenza prevalentemente dogmatica: mentre il §153 StPo realizza una vera e propria decriminalizzazione, eliminando per l'imputato qualsivoglia conseguenza giuridica negativa, il §153a StPo concretizza invece una vera e propria depenalizzazione: vi è la comminatoria di una risposta sanzionatoria la quale, benché non penale, è comunque afflittiva.

CONCLUSIONI

LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO TRA VOCAZIONE ED ATTUAZIONE: UNA FINALE VALUTAZIONE.

Sommario: 5.1. Il punto di partenza ed attuazione dell'idea della tenuità: un esperimento riuscito?; 5.2. Le maggiori perduranti criticità di ordine pratico; 5.2.1.(segue):nella nuova archiviazione; 5.2.1.2. L'apparentemente insuperabile rifiuto ad un'archiviazione condizionata: scelta motivata?; 5.2.2. Il rapporto con i suoi precedenti “speciali”; 5.3. Un bilancio conclusivo della riforma: traguardi vincenti e problematiche;

5.1. Il punto di partenza ed attuazione dell'idea della tenuità: un esperimento riuscito?

La novella intende (o comunque quella era l'idea originaria) sposare profili di ordine eminentemente pratico -deflazionando il carico penale attraverso criteri legislativi idonei a selezionare i fatti ma mantenendo l'obbligatorietà dell'azione penale e aspirazioni astratte di teoria generale del reato- con l'attuazione dei principi di *extrema ratio*, proporzionalità, offensività e rieducatività e calandoli in un contesto concreto non bisognoso di pena⁹³⁷.

Come ampiamente chiarito in precedenza l'idea del nuovo istituto risponde a concrete e pratiche esigenze di tenuta, di alleggerimento e di ripensamento del sistema giudiziario, giunto oramai ad un' inevitabile implosione ed autosabotaggio. L'esigenza di una ricostruzione sistematica e coerente alla società che cambia, nei suoi caratteri culturali, economici ed anche giuridici, è oramai sentita da anni in maniera urgente come valvola per un ripensamento “alla radice” del sistema penale: il punto di partenza di tutte le teorizzazioni è senz'altro il vaglio approfondito di tutte le possibili strategie di alleggerimento e di razionalizzazione dell'ordinamento sia sostanziale che processuale⁹³⁸. In quest'ottica è necessaria un'accurata politica di “depenalizzazione”, da considerare quale strumento volto al controllo ed alla

⁹³⁷ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., pp. 17 e ss. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, pp. 1654 e ss.

⁹³⁸ N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Archivio Penale*, 2014, 2.

limitazione del diritto penale e che realizzi una nuova progettazione del sistema, anche -ma non solo- in attuazione a quanto sentenziato dalla Cedu nella pronuncia “Torreggiani”⁹³⁹.

Da quasi tre decenni dottrina e giurisprudenza “di casa nostra” richiamano a gran voce una soluzione coerente per creare un diritto penale in grado di soddisfare e raggiungere gli obiettivi di efficienza e razionalizzazione sempre più dimenticati da una politica troppo occupata a lanciare proclami repressivi ed emergenziali che non limitano, ma acuiscono, la paura della (e nella) società. Quello che si è voluto creare con il varo di tale nuovo istituto è un programma a lungo termine, un cambio di paradigma che non si limiti ad interventi volti a contrastare il singolo problema concreto -con ad esempio inasprimenti sanzionatori o nuove previsioni incriminatrici-, bensì l'inaugurazione di un nuovo modello di sanzione e (non) persecuzione. Anche perché, come autorevole dottrina ha affermato, “di depenalizzazioni parliamo dal 1967, ne abbiamo fatte una sfilza che non finisce più e la situazione è infinitamente peggiorata. Molte ragioni spiegano il peggioramento e si tratta di ragioni connesse alla depenalizzazione stessa: più si depenalizza e più si aggrava il sistema. Sembra un paradosso, ma è così”⁹⁴⁰.

Il sovraffollamento delle carceri, l'inasprimento continuo, unicamente sul piano astratto il più delle volte, delle comminatorie o anche l'attuazione di benefici e misure alternative al rito penale, che ne dimostrano l'irrinunciabilità e l'immensa discrezionalità in ogni diversa ipotesi, sono solo espressioni di quello che è il reale profilo patologico del nostro sistema: la risposta fondata su uno stillicidio di norme senza coerenza e sistemacità ed ordine, un continuo accumularsi di discipline che vanno le une ad accalcarsi sulle altre, sull'onda dei diversi problemi sociali ed allarmi a cui il governo di turno al potere deve dare una soluzione atta unicamente a soddisfare e tranquillizzare gli elettori. In base a questi presupposti sembrava essere chiaro il destino della riforma in esame: una soluzione parziale atta a tamponare, come la maggioranza degli interventi legislativi degli ultimi anni, i problemi sociali e le paure più sentite a livello di opinione pubblica.

Il problema essenziale del punto di partenza da cui sono nati i primi germogli della riforma è lo snaturamento stesso che ha vissuto la sanzione penale: non più unica ed

⁹³⁹ V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte Edu Varga c. Ungheria*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*. It , 1 aprile 2015.

⁹⁴⁰ T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale* , in *Riv. it. dir. proc. pen.* , 2013, p. 1092

incidente sulla libertà personale, ma sostituita sempre di più da esecuzioni non carcerarie e da tempo già soppiantata, per volere astratto legislativo, da forme di esecuzioni non detentive applicabili direttamente dal giudice di cognizione, come sancito dalla Legge 24 novembre 1999 all'art. 16 che ha attuato la delega sulle competenze penali del giudice di pace e ha portato ad una radicale rivalutazione e riorganizzazione dell'apparato sanzionatorio. Sono tutti interventi che costituiscono l'anticamera per ripensare la macchina del diritto penale, ma che tuttavia hanno costretto ad una profonda metamorfosi la pena stessa: innanzitutto per adattarla alla riduzione espressa dall'art. 27 Cost., e condurla verso fini più pragmatici di contrasto al sovraffollamento carcerario. Va tenuto in considerazione che contemporaneamente a questo ripensamento della pena vi è un importante e “controbilanciamento” dato da un continuo e progressivo ampliamento dell'area dell'illecito amministrativo e della paura che questo ben presto possa portare ad una bagatellizzazione generale della tutela⁹⁴¹.

Quello che molti autori sottolineavano all'inizio del nuovo millennio era essenzialmente questo: gli interventi di depenalizzazione astratta capillari e sistematici, nonché quelli parziali fino ad ora fatti per rallentare e se possibile fermare l'avanzata verticale dell'illecito penale rispondono, ed è questo il profilo maggiormente divergente dalla riforma oggetto di questo lavoro, non all'esigenza di ritornare ad un sistema fondato sull'*extrema ratio* della pena, bensì punta ad una continua -ed a questo punto irrinunciabile- tutela dei beni ed interessi sopraindividuali aderendo a una costruzione di un modello “ermafrodito” penale-amministrativo a cui demandarne la protezione⁹⁴².

Invece, la riforma sembra aver seguito un sentiero che porta ad una vetta più alta da cui esaminare il panorama vasto e pensare in grande, seppur non dando quel giro di chiave che avrebbe permesso finalmente di fornire criteri *ope legis* prefissati sottraendo tale responsabilità e potere agli organi giudiziari.

Certamente non si può andare dimentichi degli obbiettivi promessi da tale intervento di riduzione, in *primis* quello nell'occhio del ciclone dell'opinione pubblica italiana e

⁹⁴¹ In particolare verso la criminalità “dei colletti bianchi”, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale minimo*, cit., p. 815.

⁹⁴² Tra i tanti già citati, uno per tutti, C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento*, cit., p. 1046.

straniera⁹⁴³, ossia una missione risolutiva del cosiddetto “sovraffollamento carcerario” che rappresenta l'esito indiretto più atteso⁹⁴⁴. La riforma ha in sé un effetto indiretto in termini di decarcerizzazione che tenta -in particolare con l'altro “corno” della Legge Delega che riguarda *strictu sensu* la riforma del sistema sanzionatorio- di ridurre la sanzione detentiva⁹⁴⁵. È quello che limpidamente può essere valutato quale rovesciamento di prospettiva rispetto al processo, dove, lasciando da parte le misure alternative, l'attenzione si sposta dal processo esecutivo a quello cognitivo, che è il giudizio del fatto che esclude tuttavia la condanna. Effetti diretti sono quelli connessi agli scopi più pragmaticamente “pratici” della deflazione processuale e quelli che derivano da un coerente riassetto del sistema “secondo i principi”. È appunto la depenalizzazione in concreto l'opzione che si è scelta per portare avanti quest'idea di rivisitazione e rimodellamento: “la diffusione di elenchi di reati, ai quali la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto si applicherebbe, ha causato l'erroneo convincimento che il decreto legislativo comporti la loro depenalizzazione: errore cinicamente cavalcato da chi cerca di acquistare consensi elettorali lanciando campagne contro la microcriminalità”⁹⁴⁶.

Osservando il testo della disposizione emerge chiaramente come non si tratti di depenalizzazione: gli elenchi indicano unicamente reati i cui limiti edittali massimi potrebbero consentire l'applicazione dell'istituto.

Con la riforma non sono passibili di punizione quei reati sanzionati in astratto nel massimo con la pena di cinque anni di reclusione o con la pena pecuniaria, qualora si presentino in concreto come scarsamente offensivi.

⁹⁴³ In realtà il fenomeno era sì grave, ma non tragico come è stato fatto credere. In realtà, il fatto che giornali e mezzi di comunicazione in generale abbiano gonfiato i dati risulta offensivo in quanto, già quelli reali, seppur inferiori a quelli presenti negli *slogan*, risultavano tuttavia preoccupanti. Il numero dei detenuti in attesa di giudizio che avrebbe raggiunto il 40% non risulta dai reali dati: sono ricompresi quelli che hanno fatto appello in Cassazione per motivi non attinenti alla loro responsabilità già confermata in appello; certo, la loro sentenza non è ovviamente ancora divenuta definitiva, ma così si piega la dizione “in attesa di giudizio” ai comodi giornalistici. Il numero è più basso del 40%, ma già il reale 19% avrebbe dovuto destare paura.

⁹⁴⁴ S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 2013, nonché in generale, PISANI, *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in (a cura di) DEL COCO-MARAFIOTI-PISANI, *Emergenza carceri - radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, pp. 75 e ss.

⁹⁴⁵ Che invece è ovviamente estraneo al giudizio onorario, stante l'assenza *ex art. 52 D. lgs. 267/2000* di qualsivoglia potere di inflizione di pene detentive.

⁹⁴⁶ G. ZACCARO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime osservazioni sul decreto legislativo in corso di emanazione*, in *Questione giustizia*, 26 febbraio 2015.

L'istituto rappresenta lo strumento impiegato per realizzare tale depenalizzazione «in concreto», in quanto, dotando al giudice della facoltà di non applicare la pena prevista nella comminatoria edittale, riduce l'estensione del diritto penale in termini «verticali», a differenza della depenalizzazione «in astratto» che, rendendo il fatto non rilevante penalmente, agisce in termini «orizzontali»⁹⁴⁷. Quest'ultima è esemplificata nel D. lgs. 8/2016 e potrebbe dare luogo a criticità in riferimento alla coesistenza tra fatti ritenuti non più di rilevanza penale ma sanzionati in via amministrativa, e fatti, astrattamente più gravi e perciò tuttora reputati bisognosi di sanzione penale, ora in concreto non puniti in quanto ritenuti inoffensivi. Un autore di un fatto oggetto del recente D. lgs. 8/2016 potrebbe godere della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., mentre invece è destinatario di sanzione amministrativa in virtù della clausola intertemporale prevista.

“L'abuso dello strumento penale si è rivelato causa di una paradossale rincorsa tra un progressivo, costante innalzamento degli editti sanzionatori e il potenziamento, sul versante procedimentale, di strumenti deflattivi che cercano di assicurare la sopravvivenza del sistema”⁹⁴⁸: considerazione che centra il problema della crisi del modello del diritto penale liberale, ancorché nella sua veste ideale, che con l'istituto si è tentato di risolvere⁹⁴⁹ cercando di interrompere un ciclo continuo simile ad un cane che si morde la coda.

5.2. Le maggiori perduranti criticità di ordine pratico.

La cronaca politica e la stessa Commissione Giustizia hanno più volte, già durante i lavori di elaborazione e redazione dell'articolato, espresso grandi preoccupazioni riguardo l'eventuale pregiudizio che accompagna l'istituto.

⁹⁴⁷ Così, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., 661. critico invece sull'art. 34 D. lgs. 274/2000 F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in (a cura di) PICOTTI - SPANGHER *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano 2002, p. 159.

⁹⁴⁸ O. DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflattive e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2000, pp. 1446-1447; nelle pagine precedenti traccia un *excursus* interessante dei settori in cui l'accumularsi di norme le une sulle altre hanno portato ad un necessario mutamento del sistema, operato soprattutto con interventi di depenalizzazione a tappeto, come in tema di salute e sicurezza alimentare, assegni, materia tributaria e circolazione stradale. L'Autore si richiama per la trattazione più ampia del tema, C.E.PALIERO, *L'autunno del patriarca*,

⁹⁴⁹ Medesimo risultato si era voluto raggiungere già prima con i riti alternativi (con effetti destabilizzanti), con la sospensione condizionale e con i progetti della stessa esiguità mai andati definitivamente in porto.

Il pregiudizio, come importanti Commentatori hanno sottolineato, è il maggiore dei figli del populismo penale⁹⁵⁰ e pervade qualsiasi dibattito sulla giustizia, sui reati, sulla pena. Certamente va in primo luogo evidenziata una circostanza: gli esiti della riforma avrebbero potuto essere migliori se il Delegato non avesse ceduto alla tentazione di “far di testa propria”, facendosi sordo proprio nella fase decisiva dell’*iter* di approvazione ai moniti ed alle indicazioni di una Commissione ministeriale competente a cui sino alle ultime battute si era affidato.

Si sono esposti numerose opinioni dove da più parti si richiamano pene esemplari anche per reati bagatellari, da parte degli affezionati all’idea generalpreventiva, oppure preoccupazioni verso una riforma che potrebbe consistere in una pericolosa resa dello Stato a fronte della criminalità comune giungendo sino a considerare determinati elenchi di reati come non più punibili⁹⁵¹.

Sono preoccupazioni che ad un’attenta lettura del disposto non possono che risultare definitivamente fugate: la depenalizzazione attuata dal D.lgs. n. 28 del 2015, come ricordato poco sopra, è concreta. Il Legislatore ha attribuito al giudice la facoltà di verificare e valutare, nel caso pratico, i fatti che non meritano di essere puniti, in forza delle loro modalità, della lievità del danno o del pericolo cagionato o della loro occasionalità, qualora abbiano arrecato una offesa troppo lieve per meritare una sanzione penale⁹⁵². Quello che si è attuato non è un indebolimento del sistema repressivo statale o addirittura -ed era questa la preoccupazione più accesa- la diffusione di una considerazione “debole” e lassista del diritto penale, bensì il contrario: una più attenta politica sanzionatoria aderente ai bisogni della realtà attuale.

Le critiche che hanno accompagnato la nascita e la maturazione di questo istituto sono legate indissolubilmente all’esistenza di interessi e di forze politiche, preoccupate da un lato di non dare l’idea di uno Stato al collasso e potenzialmente impotente di fronte ad una criminalità sempre più violenta e diffusa; dall’altro di mantenere intatta la tutela e la protezione di determinati interessi e diritti previsti dalle norme incriminatrici in quanto, spesso la sanzione penale è rimasta l’unico mezzo per punire condotte gravi che, in caso di depenalizzazione astratta, non sarebbero più state perseguite. La realtà ha tuttavia

⁹⁵⁰ ZACCARO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime osservazioni sul decreto legislativo in corso di emanazione*, in *Questione giustizia*, 26 febbraio 2015.

⁹⁵¹ Osservazioni ANIA, Confindustria Cultura, ENPA, LAV formulate alla Commissione Giustizia della Camera in sede di parere. M. CHIAVARIO, *L’estensione dell’istituto della tenuità*, cit., p. 263

⁹⁵² DE MURO, *Ultima ratio : alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, pp. 54 e ss.

dimostrato che nella pratica la *pan penalizzazione* non è più praticabile stante l'aggravio patito dagli uffici giudiziari ed i risultati aberranti, con grave pregiudizio di interessi e beni giuridici che meriterebbero piena e celere tutela, causati dalla lentezza dei procedimenti, da tempo nostro “tallone di Achille”⁹⁵³ e che ci è valsa la pronuncia di varie condanne dalla Corte di Strasburgo⁹⁵⁴. In realtà osservando il cuore pulsante della riforma quello che emerge è che sono ben rimaste a presidio, ed è giusto che sia così, le norme penali a tutela di determinati beni ed interessi, ma si è aperto alla possibilità, per gli organi giudiziari, di rinunciare alla punizione, qualora i casi si sostanzino in offese di minima entità o abuso oppure con modalità di condotta inidonee a ledere, in concreto, l'oggetto protetto. È una risposta che tenta di valorizzare il principio della mitezza della sanzione penale.

È stato lungamente dibattuto, e se ne sono riportati i tratti salienti nel Capitolo II, il rapporto tra l'istituto della particolare tenuità e la Carta Costituzionale: non è in contrasto con i principi dell'obbligatorietà dell'azione penale o della riserva di legge in materia penale, soprattutto in forza della natura sostanzialistica a cui si è approdati⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Il principio della sanzione penale quale *extrema ratio* non può ancora assurgere a dogma radicato e “definitivo” del sistema, ancorché sia ormai stabilito in via preminente che il carattere della pena debba essere “sussidiario”. È un principio divenuto ormai indiscutibile sia nella Carta Costituzionale, sia secondo diverse pronunce provenienti dalla Corte E.d.u: è un criterio che indirizza anche l'esercizio delle funzioni in materia penale dell'Unione Europea. Sul tema, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, pp. 1 e ss.,

⁹⁵⁴ A decorrere dal 1999 la Corte Edu aveva rilevato, con la pronuncia di diverse cause, una per tutti il celebre caso *Bottazzi c. Italia* n. 34884/97, come in Italia vi fosse una sistematica violazione della Convenzione Cedu, in particolare per quanto riguarda il profilo del “termine ragionevole”. Una violazione sistematica, da valutarsi, come poi è stato fatto, quale circostanza aggravante della trasgressione dell'art. 6. per allinearsi a quanto richiesto dalla Corte, l'Italia ha modificato con legge di revisione costituzionale l'art. 111 Costituzione, inserendo il principio dell'equo processo, a cui ha fatto eco due anni dopo, la legge n. 89/2001, la legge Pinto, che ha dato ingresso alla possibilità -per coloro che lamentino l'eccessiva durata dei procedimenti- di fare ricorso alla Corte di Appello per ottenere un risarcimento dei danni: via obbligatoria per poter adire successivamente, in caso di esito infausto, la Corte di dei diritti dell'uomo. Tra il luglio 2000 ed il dicembre 2001 l'Italia è stata destinataria di cinquecentoquarantuno sentenze in tema di durata dei processi: quattrocentosessantasette di queste riportavano una formula di condanna a pagare, ad ogni singola vittima, a carico del Governo italiano, un equo ristoro del danno morale (meno frequente è il risarcimento del danno materiale). A queste si devono aggiungere altre cinquantacinque cause cancellate dal ruolo per avvenuta preventiva conciliazione e pagamento a carico dell'Italia. Casi famosi che hanno contribuito a gettare le basi per determinare le “soglie temporali” in base a cui determinare certi importi, *Ciccardi c. Italia* n. 46521/99, *Gemignani c. Italia*, n. 47772/99, *Apicella c. Italia* n. 64890/01; *Cocchiarella c. Italia* n. 64886/01; *Ernestina Zullo* n. 64897/01; *Giuseppe Mortacciuolo* n.1 e n. 2 n.64705/01 e n. 65102/01; *Giuseppina e Orestina Procaccini* n. 65075/01; *Musci* n. 64699/01; *Riccardi-Pizzati* n. 62361/00. Grande Chambre sentenza 29 marzo 2006. successivamente, tra il 2004 e il 2006, In tema di fallimento sono noti i casi *Coppola e Catania c. Italia* n. 5179/05; *Vittorino Iotti c. Italia* n. 14611/05; *Suma c. Italia* n. 29701/06; *Spanò c. Italia* n. 9041/05; *Brugiafreddo e Falcone c. Italia* n. 8239/05. Questi oltre alla violazione della ragionevole durata del procedimento lamentavano la lesione dell'art. 8 ossia il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

⁹⁵⁵ Tra i tanti, M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995.

In realtà mi sento qui di riportare il lucido commento che autorevole dottrina ha fatto, secondo cui la natura processuale o sostanziale che sia non attiene alle problematiche dell'istituto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale⁹⁵⁶.

Infatti la critica maggiore è stata quella di “eccessiva discrezionalità”, nel senso che l'interprete sarebbe fornito un mezzo eccessivamente elastico ed in grado di incidere -fino potenzialmente elidere- sul principio di obbligatorietà dell'azione penale⁹⁵⁷. Inoltre, l'introduzione di parametri di valutazione, quali le esclusioni e le presunzioni, rende ampia e rischiosa la stessa nel caso concreto, con un' esponenziale impennata di discrezionalità nella fase operativa.

La riforma, giova ricordare, non attribuisce alcuna incontrollabile discrezionalità alla pubblica accusa nell'esercizio dell'azione penale: è infatti una causa di non punibilità prevista legislativamente, ma la sua esistenza deve essere accertata su istanza del pm o da un giudice terzo con decreto motivato o con sentenza. Già da tempo è prevista la valutazione dell'operatività di determinate circostanze di reato attenuanti o aggravanti ovvero di determinate fattispecie attenuate⁹⁵⁸.

In realtà quindi i timori prima esposti -riguardo gli eventuali arbitrii nell'applicazione giurisprudenziale dell'istituto che astrattamente potrebbero minare l'uguaglianza⁹⁵⁹ dei cittadini di fronte alla legge- esprimono chiaramente una radicata mancanza di fiducia nella capacità dei giudici di svolgere il loro ruolo istituzionale: ossia sussumere le fattispecie astratte nel fatto oggetto del caso concreto, valutando le vicende particolari e conducendo un'analisi attenta e bilanciata dei diversi interessi in gioco per rispondere con valutazioni e ponderazioni attentamente maturate, tenendo in considerazione anche

⁹⁵⁶ R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in (a cura di) DE FRANCESCO- VENAFAO, *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Milano, 2002, p. 104.

⁹⁵⁷ Domanda che si pone anche M. MENDUNI, *Reati lievi*, cit.

⁹⁵⁸ P. POMANTI, *La clausola*, cit., p. 26, il Quale ricorda che: “Invero sulla punibilità, o meglio sulla determinazione della soglia di punibilità, non vi sono precedenti specifici. Di solito è il testo normativo a fissare in termini quantitativi le soglie di punibilità, come ad esempio in materia di reati contributivi, tributari, societari, ambientali, fiscali o nei reati di guida in stato di ebbrezza, con una sorta di presunzione legale di rilevanza penale dei fatti.”

⁹⁵⁹ Osserva limpidamente M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto*, cit., pp. 246-247, che in realtà il principio di obbligatorietà non pone nemmeno tutti questi vantaggi sul piano dell'uguaglianza in quanto, come è dimostrato nei paesi dove vige il principio di opportunità, nemesi dell'art. 112 Cost., paradossalmente si ottiene maggiore uguaglianza, in quanto va accettato ormai che l'obbligatorietà in sé e per sé non può esistere nell'attuale epoca giudiziaria, e sempre più spesso si ricorre (o si vorrebbe farlo) ad *escamotage* per aggirarla. Espliciti sono stati i disegni per delineare criteri di priorità, impliciti sono i meccanismi attuati dai pm di porre sullo scaffale della prescrizione i casi meno urgenti. Sono necessarie delle *guidelines* per salvare e correggere il sistema, non si può più nascondere la testa sotto la sabbia. V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in Aa. Vv. *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 121.

eventuali possibili esiti e comportamenti criminali futuri degli imputati. Manca “l'aver fiducia nella capacità della magistratura ordinaria di gestire al meglio il compito che il Legislatore le affida”⁹⁶⁰.

Inoltre va sottolineato come i criteri oggettivi posti a fondamento dell'operatività della clausola di non punibilità *ex art. 131 bis c.p.* siano “definiti ma al tempo stesso dotati di opportuna flessibilità in modo da consentire un'applicazione dell'istituto compatibile con il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale⁹⁶¹”. La risposta a tali cinici timori è molto chiara ed è offerta dallo stesso Presidente della Commissione che ha redatto la Legge Delega “madre” della riforma⁹⁶²: l'istituto non si pone in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in quanto “correttamente intesa quale divieto di valutazione improntata all'opportunità del caso per caso” posto che tale istituto “corre lungo binari fissati una volta per tutte dalla legge, seppure in forma di criteri valutativi⁹⁶³.”

Quello che si è dovuto fare è stato scendere a patti con il fatto che “se si intende trascendere la dimensione ‘simbolica’ della depenalizzazione, si deve, insomma, trovare il coraggio di incidere davvero sugli ‘ingressi’ e di ‘misurarsi col tema dell'obbligatorietà dell'azione penale’⁹⁶⁴: rimanere ancorati alla rigidità del sistema fondato su un principio nato nel lontano 1948⁹⁶⁵ - un periodo culturalmente e politicamente difficile quando le finalità garantistiche erano necessariamente da tenere ferree- è invero ora un limite ormai ingiustificato anche alla luce delle esperienze straniere vicine e nella consapevolezza che l'obbligatorietà intesa *strictu sensu* invece che adempiere al principio di legalità processuale ne costituisce mascherata deroga -rendendo frequente il rischio del ricorso all'esercizio unicamente apparente dell'azione o portando anche alla

⁹⁶⁰ Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, audizione dei rappresentanti ANM in commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015, cit.

⁹⁶¹ *Supra*.

⁹⁶² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., p. 1706.

⁹⁶³ F. PALAZZO, *supra*.

⁹⁶⁴ A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria” art. 2 Legge 28.4.2014 n. 67*, in *Legislazione Penale*, 2015, p. 25. sulla genesi di tale principio,

⁹⁶⁵ CAMERA DEI DEPUTATI-SEGRETARIATO GENERALE, *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. V, seduta del 27 novembre 1947, p. 4146. in più si veda il contributo di G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, p. 144. contrario, stante la piena fiducia, in particolare riguardo l'archiviazione, negli organi giudiziari, in grado di mantenere l'indipendenza e la terzietà e comunque poiché sottoposti al controllo gerarchico del Procuratore generale e del Ministro di grazia e giustizia, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale secondo il nuovo codice*, I, Torino, 1931, p. 210

prescrizione- ed infrangerebbe il sogno di una depenalizzazione efficiente e di successo⁹⁶⁶. Questo anche perché il processo è un'imprescindibile risorsa che va tuttavia gestita con attenzione: non può pretendersi che esso soddisfi tutti i bisogni di accertamento se non si accetta che la graduazione dei bisogni non è un'incrinatura dell'obbligatorietà bensì il criterio guida in base al quale il Legislatore è in grado di rovesciare la prospettiva e dare così una soluzione alla congestione degli uffici giudiziari, proponendo una selezione di quei fatti concretamente offensivi che non sarebbe possibile se si attenesse ad un'astratta e rigida tipicità penale⁹⁶⁷. Quello che si deve fare in tale contesto non è cercare di avanzare tesi, insostenibili, che propongano le rinunce a procedere per i reati bagatellari come l'attuazione più vantaggiosa del principio dell'obbligatorietà stesso, ma accettare che è un'interpretazione antiletterale del dettato costituzionale, che non fa alcuna differenza tra reati gravi o meno gravi, e che soprattutto si tratti di una manipolazione, stante l'invariabilità del testo stesso. Manipolazione che non va letta unicamente nella sua accezione negativa -anche alla luce del fatto che di tali manovre sul dettato costituzionale se ne sono viste e se ne vedono continuamente- purché venga portata avanti con un'adeguata consapevolezza che si sta andando a toccare con mano profili ed equilibri delicati, i quali non devono essere stravolti al punto tale da divenire solo oggetti delle più disparate e soggettive opinioni e non più paradigmi assoluti di legalità, ragionevolezza, uguaglianza, etc⁹⁶⁸. Inoltre, come si è detto in precedenza, è stato proprio con tale istituto che si sono dati per la prima volta corpo e dignità al principio, anch'esso di rango costituzionale, di offensività⁹⁶⁹. È stato il risultato di un lungo cammino costellato di resistenze culturali e che ha visto, con l'introduzione del nuovo istituto, un ripensamento del sistema penale

⁹⁶⁶ R. BORSARI, *Commento*, cit., p. 4. Per una panoramica, oltre a quella già presentata nel capitolo II, O. DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale ed irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Giust. Pen.*, 2010, III, cc. 426 e ss.. S. QUATTROCOLO, *Esiguità*, cit., pp. 45 e ss.; in generale, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, III, Torino, 2013, p. 139 che traccia una panoramica sulla capacità, talvolta ingigantita, del dettato costituzionale di sopperire alle mancanze di carattere ordinario.

⁹⁶⁷ CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Declaratoria di non punibilità*, in *Cass. Pen.* 2006, p. 1439.

⁹⁶⁸ Così, M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto*, cit., p. 262, nota 73.

⁹⁶⁹ A proposito, MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 1099. «L'esigenza secondo cui una condanna debba fondarsi su fatti reali e non su sospetti e/o presunzioni, è sostenibile solo in rapporto a norme che, dal punto di vista contenutistico, dell'oggetto del divieto, rappresentino condotte orientate alla realizzazione di eventi e non "fumisterie" socio-antropologiche o, peggio, mere violazioni formali, lontane dalla realtà» Anche M.B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Arch. Pen.* 2015, 3, p. 4.

e sanzionatorio, nonché l'occasione per rimodellare, nell'ottica del diritto penale minimo, un sistema in affanno⁹⁷⁰. Il riferimento espresso al principio di offensività ha consentito di rendere concreta la concezione del reato come lesione ad un bene giuridico tutelato e contemporaneamente di ripristinare una relazione coerente e rispettosa tra norma e destinatario. Tale legame risulta in pericolo allorquando il Legislatore attui, come è stato fatto negli ultimi decenni, una politica legislativa incontrollabilmente espansiva ed estensiva dove si sommano e si affollano le più eterogenee disposizioni incriminatrici, così creando un sistema confuso, incoerente, fondato su un catalogo senza fine e soprattutto senza che vi sia un'esplicitazione di alcuno dei possibili orientamenti caratterizzanti l'ordinamento⁹⁷¹.

La delineazione, seppur al contrario, di tale principio era oramai divenuta necessaria a maggior ragione in quanto la teorizzazione della tenuità dell'offesa presuppone, certamente in maniera problematica, l'antecedente individuazione del bene giuridico tutelato, rispetto al quale "misurarla".

In base a tali considerazioni la causa di non punibilità e il suo ambito discrezionale lasciato agli organi giudiziari non deve essere inteso come una debolezza, quanto come una esigenza del sistema penale e del suo principio cardine di legalità, che si erge da sempre quale argine contro ogni forma di diseguaglianza ed arbitrio, ma che, come si è già ampiamente ricordato, qualora venga inteso nella sua interpretazione strettamente letterale rischia di ricadere in un irrigidimento casistico portato all'ennesima potenza del sistema, con tutti le conseguenze del caso⁹⁷².

⁹⁷⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pp. 802 e ss. Per una panoramica dell'evoluzione legale, prima che giurisprudenziale, del principio di offensività e conseguentemente di sussidiarietà, M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, pp. 68 e ss..

⁹⁷¹ L'ipertrofia del diritto penale rischia di creare effetti particolarmente insidiosi che da un lato impoveriscono la figura della pena ed il ricorso ad essa, ed inoltre l'eccessiva ed incontrollabile creazione legislativa provoca disorientamento e riduce la conoscibilità delle norme penali da parte dei cittadini: la possibilità di incorrere nella commissione di un reato finisce per divenire un'ipotesi casuale con la conseguente perdita di qualsivoglia legittimazione dell'intervento punitivo. Così chiaramente, Corte costituzionale n. 364 del 1988, sulla quale offrono un'accurata riflessione a tutto tondo, FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 1994, pp. 36-37.

⁹⁷² CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale*, in *Giust. pen.* 1945, pp. 118 e ss, dove afferma che qualora le formule della legge siano particolari, faranno fatica ad adattarsi e a calarsi nell'infinita varietà dell'esperienza di ogni giorno, inesauribile ed in continuo movimento.

5.2.1. (segue): nella nuova archiviazione

Come ampiamente trattato in sede di Capitolo III, l'archiviazione si è posta, grazie all'innovativo impianto garantistico offerto all'imputato e all'offeso, quale più grande novità nel panorama processuale. La normativa non poteva certamente essere quella solita delle altre cause di non punibilità: per questo il Legislatore ha predisposto una disciplina di adeguamento processuale, consapevole della necessità di bilanciare i valori propri della riforma, ossia l'esigenza di un uso agile ed anticipato dell'esimente nell'*iter* con i diritti propri dell'indagato/imputato e della vittima.

La delineazione dell'archiviazione garantita si è visto, nonostante sia ricca di aspetti interessanti e culturalmente avanzati, non è stata esente da critiche. Una procedura archiviativa “speciale” come quella offerta dall'art. 411 co. 1 *bis* c.p., -con il suo contraddittorio, l'obbligo per il giudice di scegliere la formula contenente un'archiviazione più favorevole, l'opposizione eventuale dell'indagato e dell'offeso, previamente avvisato- “farebbe perdere di vista le ragioni deflative che stanno al fondo dell'operare della clausola di irrilevanza come causa di archiviazione. Una volta eliminata dal procedimento quella componente di semplicità di forme e speditezza delle scadenze che lo rende appetibile come sede operativa dell'irrilevanza, tanto varrebbe assicurare pienamente le garanzie che sono collegate allo svolgimento pieno di un giudizio di merito sulla regiudicanda e collocare la dichiarazione di irrilevanza dopo l'esercizio dell'azione penale”⁹⁷³.

In realtà questa affermazione, collocata in un ragionamento più ampio, non può non essere condivisa: un'archiviazione “ipergarantita” è strettamente collegata ad un ripensamento *in nuce* del procedimento archiviativo stesso, e più ampiamente, dell'intero meccanismo dell'esercizio dell'azione penale⁹⁷⁴. Quello che si è operato con il D. lgs. n. 28 del 2016 è un tentativo di conciliazione tra la necessità di adottare la decisione di cui si discute in un contesto garantito e quella di raggiungere un significativo guadagno in termini di durata ragionevole del processo e di economia processuale. Prevedere l'archiviazione ha avuto il vantaggio di impedire che il giudizio sulla tenuità del fatto finisse per retrocedere in fase procedurali che sfuggono al controllo giurisdizionale, come accadrebbe ad esempio allorché si

⁹⁷³ C. CESARI, *Le clausole*, cit., pp. 216 e ss, nota 186.

⁹⁷⁴ È un procedimento garantito sotto un certo aspetto, e meno sotto un altro, S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 166, nonché F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 30.

continuasse a “cestinare” le notizie di reato riguardanti fatti scarsamente offensivi o se la decisione da parte del capo dell'ufficio, in forza a criteri di priorità non ancora legislativamente previsti, selezionasse in base alla sua discrezionalità le diverse *notitiae criminis*.

Non è solo il profilo di potenziale contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale quindi a destare caustiche critiche: palese è l'attenzione riservata all'indagato e alla vittima che tuttavia, come si è visto, ha dovuto fare i conti con la necessità di non rompere quel difficile equilibrio instaurato con il bisogno di non rallentare eccessivamente una macchina giudiziaria già in affanno⁹⁷⁵.

La persona offesa ha un vero e proprio diritto ad essere informata e ad interloquire circa l'esercizio dell'azione penale, come le è riconosciuto dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012; anche l'indagato può vantare simili pretese, ancorché con ovviamente diversi fini: “In effetti, posta la necessità di iscrivere nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione del nuovo istituto, ancorché adottato mediante decreto d'archiviazione, ne viene che l'indagato potrebbe avere interesse ad evitare tale effetto sfavorevole in quanto eventualmente preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza, mirando invece ad ottenere un risultato pienamente liberatorio”⁹⁷⁶. In merito quindi alla possibilità di “rinuncia” del beneficio della non punibilità per particolare tenuità da parte dell'accusato, “si ritiene che la non punibilità di cui all'articolo 131 *bis* c.p. non leda il diritto al processo dell'imputato, costituzionalmente tutelato, in quanto non opera in via automatica ed in ragione della circostanza che lo stesso nella fase processuale non prescinde dall'accertamento del fatto”⁹⁷⁷.

In base a queste considerazioni, la nuova archiviazione, a cui vanno riconosciuti particolari meriti -soprattutto rispetto all'attenzione rivolta alla vittima ed invece quasi assente in Germania ed Austria- sembra cadere sotto la scure delle accuse che non

⁹⁷⁵ Ad esempio la “garanzia dimenticata” dell'udienza camerale in sede di archiviazione, che avrebbe tuttavia allungato i tempi del rito quasi ad assimilarsi alla sentenza di non luogo a procedere. Critica a proposito, C. SCACCIAOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 259.

⁹⁷⁶ RELAZIONE al D.Lgs. n. 28/2015.

⁹⁷⁷ *Ibidem*. Invece nella ipotesi in cui il giudizio di tenuità provenga a seguito dell'accertamento dibattimentale, ex art. 651, co. 1 *bis* c.p.p., si ritiene, che l'imputato non possa rinunciare all'applicabilità della causa di non punibilità: il giudice si pronuncia dopo aver accertato la fondatezza dell'accusa e di conseguenza garantire all'imputato di rinunciare al beneficio significherebbe la volontà di subire una punizione nonostante la sentenza. A ciò consegue che l'imputato abbia il diritto di impugnare la sentenza che sancisce la non punibilità, poiché essa presuppone comunque la sua responsabilità e può pregiudicare la sua posizione in altri procedimenti.

ravvedono un compiuto risultato dello scopo garantistico. Inoltre appare a molti⁹⁷⁸, che il complesso meccanismo disegnato per questa particolare ipotesi archiviativa nasconda insidie che ne potrebbero impedire un frequente futuro uso, ma è una profezia che ci si deve augurare non essere vera: un risultato che potrebbe essere assai marginale, stante la prassi da tempo posta in essere per i reati bagatellari, dell'attesa della prescrizione, di un utilizzo particolare del meccanismo già vigente archiviativo o di un uso troppo disinvolto del “modello 45” , a costo zero⁹⁷⁹. Sarà proprio sull'ultimo profilo che si vedranno, secondo i detrattori della normativa, i risultati migliori, ossia la diminuzione della “cifra oscura” dell'elusione dell'art. 112 Cost.

Quello che è stato più volte rilevato è l'insuperato problema, ancora tutt'ora presente, rispetto al principio della presunzione di innocenza e dell'art. 6 Cedu, nonché degli artt. 24 co. 2, 27 co. 2 e 111 co. 2,4, e 5 Cost.: prendendo spunto da quanto già detto nell'apposito paragrafo, si ricorda che l'art. 411 comma 1 *bis* c.p.p. non fotografa un'affermazione di fondatezza, ma riporta unicamente valutazioni inerenti alla condotta dell'indagato, se la *notitia criminis* non è infondata nella responsabilità. È un tentativo di non equiparare la tenuità all'inoffensività totale dell'illecito penale, per non cedere alla negazione dell'esistenza stessa di un reato: per questo è qualificata quale depenalizzazione in concreto. L'avviso⁹⁸⁰ e la possibilità di opposizione⁹⁸¹ e quindi di contraddittorio, seppur limitato, tra le parti, sembrano poter garantire almeno a grandi linee il rispetto del perimetro della legittimità costituzionale degli articoli sopra richiamati, in particolare dell'art. 111 Costituzione⁹⁸².

Quello che rimane in sospeso è l'effetto stigmatizzante e *latu sensu* condannatorio, insito di una pronuncia archiviativa di questo tipo, nella sostanza e non nella forma, che oltre al danno reputazionale coinvolge l'iscrizione nel casellario giudiziale con le

⁹⁷⁸ Tra i più severi, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., nota 51. GIUS. AMATO, *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso*, cit., p. 35.

⁹⁷⁹ L'espressione appartiene a F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., pp. 3 e ss.

⁹⁸⁰ Per l'indagato a causa degli effetti che derivano da un provvedimento che nel concreto accerta il fatto e la sua addebitabilità all'indagato stesso. Invece, per la persona offesa, la necessità dell'avviso deriva dall'esigenza di consentirle di indicare elementi tali da escludere la causa di non punibilità. Si può solo porre il problema dell'idoneità della notifica nel caso di irreperibilità: sembra preferibile ritenerla idonea, stanti gli effetti limitati dell'archiviazione anche perché in caso contrario si imporrebbe un giudizio che sarebbe destinato alla sospensione. Così, S. SERRA, *La nuova causa di non punibilità*, cit., p. 7 nota 27.

⁹⁸¹ Determina la necessità della fissazione di un'udienza in camera di consiglio all'esito della quale il giudice potrà pronunciare l'archiviazione dopo aver sentito l'indagato e l'offeso, se comparsi.

⁹⁸² M. DANIELE *L'archiviazione*, cit., pp. 51 e ss.

conseguenze gravi che ne derivano⁹⁸³. È il profilo del consenso, come esaminato in sede di analisi comparatistica con la Germania e l'Austria, ad essere mancato in Italia e che, se attuato, avrebbe dissipato molte delle critiche e delle preoccupazioni che invece si sono accalcate contro la nuova disciplina.

In base a tutte le considerazioni tracciate in proposito, mi sembra chiaro il motivo dell'interrogativo che è stato sollevato da più parti⁹⁸⁴: “consentire all'indagato il potere di essere processato avrebbe scardinato veramente tutto il nostro sistema processuale?”. Certamente si potrebbe rispondere che si sarebbe aperto alla disponibilità del processo delle parti e a diverse censure costituzionali di determinati principi⁹⁸⁵.

Tuttavia, non può negarsi che una scelta in tale senso avrebbe inaugurato, in maniera semplice ed economica, un nuovo corso coerente con un altro dettato a tutela dei diritti fondamentali della persona, l'art. 6 §1 Cedu, letto in correlazione con il nostro diritto costituzionalmente garantito della presunzione di innocenza nella sua più pura forma⁹⁸⁶. Interessante è anche il profilo della tutela della persona offesa, dove a mio avviso, il Legislatore ha dato prova di grande *open mind* rispetto alle influenze vittimocentriche provenienti dalla giurisprudenza europea, dell'Unione e del Consiglio d'Europa. Non ha optato, ad onor del vero giustamente, per il medesimo grado di coinvolgimento previsto nel giudizio onorario, stante la diversa natura più conciliativa e riparativa che caratterizza quest'ultimo rito. Il “principio dispositivo” del processo onorario e la punibilità nelle mani della persona offesa non si può trasporre senza un'espressa previsione ed è applicabile solo nei casi previsti dalla legge. Nell'art. 131 *bis* c.p., quindi, nella valutazione relativa all'offensività di una condotta criminosa, poco o nulla incide la vittima, la quale può unicamente ricorrere alla procedura oppositiva all'istanza di archiviazione, che è rimessa all'insindacabile discrezionalità del Gip, che non può essere condizionata o limitata da una contestazione dell'offeso circa la qualificazione come “particolarmente tenue”.

⁹⁸³ F. CAPRIOLI, *supra*, pp. 21 e ss., osserva, eccessivamente critico, che aver ancorato la pronuncia della tenuità, con particolare attenzione alla fase archiviativa, al criterio della “non abitualità” invece che a quello dell'occasionalità” ha consentito il venir in essere potenziale di spazi di impunità per autori bagatellari seriali. Critica che in forza dell'iscrizione nel casellario giudiziale anche di pronunce archiviative, sembra priva di mordente. Si veda C. CARRILLO, *L'iscrizione nel casellario giudiziale*, cit., pp. 137 e ss.

⁹⁸⁴ Tra i tanti, M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della tenuità del fatto*, cit., p. 256.

⁹⁸⁵ Così R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1323.

⁹⁸⁶ M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della tenuità del fatto*, cit., p. 257.

Le critiche tuttavia non sono mancate anche in questo frangente, in quanto si è dotata la vittima dei medesimi poteri accordatili anche nelle altre ipotesi archiviative, con invero qualche eccezione, prima tra tutti l'avviso anche senza iniziativa della vittima, prima accordato unicamente nel caso di reati contro la persona e che tuttavia è stato criticato a sua volta per l'appesantimento che deriverebbe per la procedura.

Un circolo vizioso da cui sembra difficile uscire, non tanto per la normativa in sé e per sé, quanto per la resistenza al cambiamento che si è registrato: la già più volte citata direttiva 2012/29/UE avrebbe potuto costituire un ottimo trampolino di lancio -ancorché eccessivamente incondizionato per le normative nazionali sempre meno attente alla vittima rispetto al panorama europeo⁹⁸⁷- per addivenire ad un istituto migliore sotto molti punti di vista se si fosse tenuta maggiormente in considerazione⁹⁸⁸.

Il problema, tuttavia, mi si consenta di rilevare, non è stato nemmeno questo: il ravvisare, ogniqualvolta venga proposta una maggiore tutela -che ovviamente comporta dei meccanismi processuali più complessi e tempisticamente meno fluidi- un rallentamento inaccettabile è in verità il vero rallentamento: un apparato garantito è un apparato che funziona celermente, se, e sottolineo se, gli interventi coinvolgono il sistema in generale.

Si ritorna quindi al punto veramente critico a mio avviso di tutto il nuovo impianto processuale: perché non si è pensato, in sede di redazione, ai vantaggi pratici che avrebbe portato il prevedere il consenso preliminare dell'indagato, facendo quindi derivare l'obbligo di avviso all'offeso solo ed unicamente quando l'assenso fosse prestato⁹⁸⁹?

5.2.1.2. L'apparentemente insuperabile rifiuto ad un'archiviazione condizionata: scelta motivata?

Il profilo che più stupisce, a maggior ragione dopo lo sguardo comparatistico appena svolto, è che non si sia proceduto ad instaurare un legame tra le nuova causa di non punibilità e l'adempimento di particolari prestazioni dalla natura riparatoria per il soggetto destinatario dell'esimente. Anzi, il riferimento laconico fatto unicamente al comma primo dell'art. 133 c.p., sembra dimostrare il totale disinteresse - forse in sede di

⁹⁸⁷ M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 53.

⁹⁸⁸ S. LORUSSO, *I profili processuali delle deleghe*, in *Le nuove norme*, cit., p. 175.

⁹⁸⁹ M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della tenuità del fatto*, cit., p. 259.

valutazione circa l'applicabilità o meno dell'istituto giustificato- per prestazioni di tal genere, le quali, invece, almeno a titolo di cause estintive del reato, rilevano nell'ambito del giudizio onorario ai sensi dell'art. 35 d. lgs. 274/2000.

Nel D. lgs. n. 28/2015, invece, non è stato predisposto alcun meccanismo di compensazione alla rinuncia all'esercizio dell'azione penale ed invece è stata prevista un'estensione dell'operatività della sospensione con messa alla prova⁹⁹⁰.

Ed è questo a mio avviso il punto su cui soffermarsi più lungamente riflettendo sulla normativa: il silenzio del Legislatore su questo tema non è stata una semplice dimenticanza bensì una precisa scelta di campo, che mina tuttavia molte delle potenzialità di tale soluzione prescelta.

È chiara la costruzione volta all'esclusione di procedure conciliative alternative al procedimento penale, all'imposizione di obblighi alternativi alla pena alla cui positiva esecuzione è subordinata la pronuncia pienamente liberatoria da ogni tipo di sanzione. Una scelta che affonda evidentemente le proprie radici nella volontà di non vedere sottoposto il potere giurisdizionale a comportamenti potenzialmente falsamente riparatori, poiché posti in essere all'unico fine di ottenere la pronuncia liberatoria, senza essere sorretti da alcun tipo di riflessione e responsabilizzazione. Quello che si è voluto mantenere è la facoltà, in capo agli organi di giustizia penale, di decidere liberamente di non procedere penalmente allorché un fatto si appalesi concretamente di lieve offensività, senza alcun tipo di condizioni. Si è visto che anche la normativa svizzera, molto simile a quella italiana, presenta i medesimi caratteri, all'art. 52 c.p., ed anche l'Inghilterra possiede una disciplina che a grandi linee riporta il medesimo assunto: le *guidelines* che riportano i requisiti in base al quale condurre la valutazione della tenuità non sono accompagnate e non prevedono alcun tipo di condizionamento circa l'azione o inazione degli organi di accusa in base a comportamenti riparatori da parte del soggetto autore del fatto⁹⁹¹. Si è visto invece l'ampia operatività che tale tipo di meccanismo “condizionato” ha registrato in Germania⁹⁹², dove la convivenza “pacifica” tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale, non costituzionale, e quello di opportunità, limitato ma presente in giusta misura, consente il raggiungimento di un

⁹⁹⁰ Così, M. DANIELE, *L'archiviazione*, cit., p. 50.

⁹⁹¹ Per la trattazione dell'istituto della tenuità in Inghilterra, V. MEZZOLA, *Il ruolo della tenuità del fatto*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi della particolare tenuità del fatto*, Milano, 2015, pp. 210 e ss.

⁹⁹² C.E.PALIERO, *Minima non curat pretor*, cit., pp. 715 e ss. K. JARVERS, *Uno sguardo critico*, cit., pp. 171 e ss.

sistema rigido ma flessibile, in cui le eccezioni, come appunto l'esiguità, possono operare senza destare forti incongruenze: un meccanismo di *probation* che coinvolge potenzialmente diversi soggetti e diverse prestazioni, in una logica di rieducazione e responsabilizzazione.

La domanda che qui deve emergere è la seguente: “Perché non anche in Italia?”

Se ne parla, sempre in logica deflattiva, sin dall'elaborazione del vigente codice di procedura penale⁹⁹³, ma l'archiviazione condizionata non è stata mai, purtroppo⁹⁹⁴, attuata. Non sono previsti accordi tra autore e vittima, nessuna condotta riparatoria come condizione necessaria per l'applicabilità dell'istituto: alla vittima non è dato alcun potere di veto, o consenso, come si è già evidenziato in precedenza⁹⁹⁵.

Se quindi il motivo risulta essere non tratteggiato nei suoi più nitidi contorni, le conseguenze di tale mancanza sono invece chiarissime: la giustizia riparativa appare ancora lontana, nel processo penale ordinario, da quella che è invece la costruzione voluta e trasfusa nell'art. 35 D. lgs. 274/2000⁹⁹⁶.

Provando a riordinare le motivazioni alla base di tale rifiuto ormai trentennale, oltre alla già avanzata ipotesi di non voler cedere la libera discrezionalità degli organi a condizioni il cui adempimento potrebbe dare adito a sospetti di collusione o interessi privati, si possono rintracciare ragioni che hanno argomenti molto delicati che *in primis* attengono alla vittima e alla sua sensibilità.

Si è infatti avanzata l'idea che la non punibilità non dovesse e potesse essere lo strumento attraverso cui la vittima e la società si ritrovassero in una landa desolata senza tutele e senza riconoscimenti di tutele: per questo si è pensato di non accedere al tratto “condizionato” del meccanismo, bensì di creare nuovi mezzi con cui permettere all'offeso di vedere riconosciuto il proprio ruolo.

Nella fase archiviativa questi possiede il particolare potere di opposizione, con cui può far tuttavia valere unicamente le proprie ragioni per impedire la declaratoria di non punibilità. Nell'eventualità che l'istituto operi in fase dibattimentale, sopperisce l'art. 651 *bis* c.p.p., con il quale non solo si è riconosciuta l'azione risarcitoria civile, ma oltretutto la vincolatività di tale pronuncia “formalmente liberatoria” a danno del prosciolto:

⁹⁹³ M. CHIAVARIO, *L'azione penale*, cit., pp. 131 e ss.

⁹⁹⁴ Secondo F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 601.

⁹⁹⁵ Tra i tanti già richiamati, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1319.

⁹⁹⁶ Interessante a tale proposito il Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, il 20-21 gennaio 2017, “*La giustizia riparativa nelle esperienze degli operatori.*”

questo tuttavia è uno strumento che, come si può notare, ha efficacia limitata a determinati casi e circostanze e che trova poca applicazione stante la finalità deflattiva insita nell'istituto che spinge, e spingerà, per una risoluzione antecedente l'azione e quindi la possibilità di azione risarcitoria in favore dell'offeso⁹⁹⁷.

Accettando le giustificazioni ora richiamate, problemi potrebbero sorgere rispetto a quei reati per cui il Legislatore consenta al responsabile della violazione di essere esente qualora ponga in essere determinati comportamenti dopo la commissione del fatto: ad esempio ciò accade per le violazioni sulla normativa antifortunistica di cui al D.Lgs. n. 81/2008, in cui è richiesto al responsabile di rimuovere la irregolarità e pagare una determinata somma. In tal caso può il giudice applicare l'art. 131 *bis* c.p. nonostante la volontaria inottemperanza da parte dell'autore del reato che non abbia profittato della possibilità legislativamente riconosciutagli per essere esente? Può il giudice pronunciarsi *ex art.* 131 *bis* c.p. qualora la norma avesse espressamente subordinato all'adempimento di alcune condizioni l'impunità? In realtà in tali circostanze l'eventuale pagamento è un comportamento che si rivolge alla dimensione meramente soggettiva dell'agente e quindi l'inottemperanza non impedisce di per sé l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità che come si sa attenersi all'oggettività del fatto di reato⁹⁹⁸.

Quello che dottrina attenta⁹⁹⁹ ha sottolineato è che non si voluto prevedere il consenso in un'archiviazione che, come appunto la nostra, prevede conseguenze di non poco conto, ad esempio un'iscrizione nel casellario giudiziale dai risvolti potenzialmente “a cascata” capaci di rivelarsi gravissimi, ma si è negata la disciplina di una declaratoria subordinata al consenso all'imposizione di prescrizioni e condizioni che avrebbero avuto la medesima natura bagatellare del reato “archiviato”.

In realtà l'iscrizione nel casellario e gli effetti potenzialmente invasivi anche nella sfera extrapenale sono stati frutto di un'esplicita scelta di non cedere a derive indulgenziali e di rimarcare la severità del sistema penale, in una peculiare considerazione secondo cui la non punibilità potrebbe essere valutata, dall'autore e dalla vittima in prima battuta e dalla società di conseguenza, quale rinuncia alla persecuzione e quindi nascita di una nuova percezione di generale impunità.

⁹⁹⁷ B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., pp. 112 e ss. nonché S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto*, cit., pp. 114 e ss e p. 126.

⁹⁹⁸ S. SERRA, *La causa di non punibilità*, cit., p. 14.

⁹⁹⁹ M. CHIAVARIO, *L'estensione dell'istituto della tenuità*, cit., p. 263.

In base a tali considerazioni si spiega, ma non si motiva realmente, la scelta di non aderire all'istituto "condizionato". In Italia i tempi non paiono ancora maturi per superare la visione del diritto penale come totale repressione o come assoluta impunità: quello che dovrebbe cambiare è la concezione stessa del diritto, da ritenersi come soluzione del caso concreto, frutto di dialogo ed incontro tra le parti e soprattutto ripensamento sociale e culturale della (non) risposta persecutiva: non più come resa, ma come nuova via.

La nuova causa di non punibilità ha dovuto rispondere alle paure di una società spaventata da potenziali "sacche di impunità" che un istituto come quello in esame potrebbe astrattamente, e sottolineo astrattamente, creare; ha quindi posto in essere un apparato tutt'altro che votato all'indulgenzialità generale, che ne dicano alcuni: l'art. 131 *bis* c.p. nelle diverse fasi del processo costituisce unicamente un'occasione per non vedere applicata la minaccia in quel preciso momento, ma che iscritta, nulla perdona nel futuro.

La punibilità rimane ferma, pronta ad attaccare l'autore, ormai senza protezioni, al ripresentarsi del fatto: la severità c'è, ma non si vede (almeno sul momento).

5.2.2. Il rapporto con i suoi precedenti "speciali".

La dottrina¹⁰⁰⁰ si è soffermata sui rapporti, non disciplinati dal d. lgs. 28/2015, tra la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. e gli "istituti d'irrilevanza" affini, rispettivamente, nel rito minorile, art. 27 d.P.R. 22.9.1988 n. 448¹⁰⁰¹, e avanti il Giudice di pace, art. 34 d. lgs. 28.8.2000 n. 274¹⁰⁰², stante la potenziale applicazione del nuovo istituto nelle aree fino ad ora coperte dalle due normative speciali.

Si è già ampiamente evidenziato come rispetto all'istituto di recente introduzione, le forme "speciali" si differenzino per la presenza di precise e determinate condizioni sostanziali e processuali, anche estranee al fatto e siano armonicamente coerenti con gli

¹⁰⁰⁰R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p.663. A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 218.

¹⁰⁰¹S. LARIZZA, *Le "nuove" risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in (a cura di) A. PRESUTTI - E. PALERMO FABRIS, *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, V, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano 2011, pp. 250 e ss

¹⁰⁰²C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) GIOSTRA e ILLUMINATI, *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, pp. 325 ss.; S. TURCHETTI, *Sub art. 34 d. lgs. 274/2000*, in *Commento Marinucci-Dolcini* al c.p., cit., pp. 2933 e ss che offre una lettura particolare in quanto a dispetto della qualificazione e della Relazione ministeriale al d. lgs. 274/2000, sostiene infatti che indici sostanziali dovrebbero portare a considerare l'istituto come causa di non punibilità.

obiettivi particolari ed intimamente connaturati al sistema processuale “speciale” a cui appartengono. Inoltre, non può negarsi l'assenza di qualsivoglia profilo decarcerizzante, stante la natura intrinseca dei riti minorile ed onorario, che invece è uno dei cuori pulsanti della riforma del D.lgs. 28/2015.

La questione coordinativa, tra i punti più critici per l'applicazione della riforma poiché non risolta a monte legislativamente, emerge in maniera corposa soprattutto rispetto all'art. 34 d. lgs. 274/2000, annoverato tra le cause di improcedibilità, stante la sovrapposizione possibile sia sul piano oggettivo -stante la tipologia di reati di competenza del rito onorario e la loro ricorrenza entro i limiti edittali della nuova esimente- e sul piano oggettivo, ossia gli imputati maggiorenni (e qui si evidenzia il motivo della minore apparente problematicità tra il 131 *bis* c.p. e l'art. 27 D.P.R. 448/1988).

Il difetto di coordinamento è stato rilevato dalla Commissione giustizia sin dalle prime battute del proprio parere sullo schema del Decreto, non accolto tuttavia poiché oltre i limiti imposti dalla Legge delega.

Per alcuni l'istituto del sistema ordinario non potrebbe essere applicato nelle parte generale in quanto legge speciale, in forza di argomenti di ordine sostanziale: in *primis* in considerazione delle finalità specifiche di riparazione e conciliazione tra autore e persona offesa, che appartengono e caratterizzano il sistema del Giudice di pace; ed in secondo luogo, per una motivazione di ordine più pratico, ossia che in caso contrario sarebbe implicitamente abrogata dalla nuova previsione dell'art. 131 *bis* c.p.¹⁰⁰³, in quanto di portata generale¹⁰⁰⁴.

Su questo punto la dottrina ha registrato accesi dibattiti, soprattutto sono emerse voci che non ritengono accettabile un'abrogazione tacita per incompatibilità e che quindi propugnano la contemporanea e persistente vigenza di entrambe le normative nel proprio ambito¹⁰⁰⁵ ed espandendo tale propria riflessione anche al settore penale minorile. Giova ricordare quanto già detto a proposito nel Capitolo I: è imprescindibile un intervento chiarificatore del Legislatore sul punto, per evitare il dilagare di quelle posizioni dottrinali caotiche con ampi strascichi applicativi ancora prima che

¹⁰⁰³R. BORSARI, *Commento*, cit., pp. 10-11.

¹⁰⁰⁴Per le diverse posizioni dottrinali sul punto, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 664. A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto*, cit. p. 8. A. NISCO, *L'esclusione della punibilità*, cit., pp. 219 e ss. S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., pp. 169 e ss.

¹⁰⁰⁵T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit.p. 22.

interpretativi, già viste, con possibili numerosissime denunce di disparità di trattamento in un contesto valutativo elastico e già di per sé complicato.

Il rapporto con il giudizio minorile potrebbe essere affrontato con il criterio della “specialità”, in forza di quella componente soggettiva che è la maggiore o minore età dell'autore del reato: in realtà non appare così semplice come si potrebbe sperare. In particolare non può negarsi che impedire la pronuncia di archiviazione, ormai pacifica per i soggetti maggiorenni, in presenza di un minore appare incoerente: incoerente con il fatto che consentire l'uscita dal circuito processuale in maniera anticipata ed informale al soggetto minorenni consentirebbe una maggiore tutela della personalità e dello sviluppo dello stesso. Tuttavia non è tutt'oro quel che luccica ed estendere all'ambito penale minorile la disciplina del D.lgs. 28/2015 significa che anche la disciplina dell'iscrizione nel casellario giudiziale, secondo opinione dominante operativa anche in caso di archiviazione, con tutta la sua carica *latu sensu* infamante e afflittiva, si abbatterebbe sul soggetto minore¹⁰⁰⁶. In ogni caso, anche a voler applicare la normativa “ordinaria” della tenuità al processo penale minorile, stante i limiti edittali e i particolari requisiti del 131 *bis* c.p., una parte della disciplina minorile dovrebbe rimanere comunque vigente, per non vedersi realizzare un mutamento *in peius* dell'apparato di garanzie e tutele processuali del minorenni. Ciò in particolare nei riguardi quindi dei reati con pena edittale superiore ai cinque anni¹⁰⁰⁷, o nell'ipotesi, remota ma possibile, in cui l'irrilevanza del fatto non potrebbe venire applicata poiché non rientrante nei criteri fissati nell'istituto ordinario, ma in forza di quanto richiesto *ex art.* 27 D.P.R. n. 448/1988¹⁰⁰⁸, che non pone limiti né per particolari tipologie di reato, né in base a determinate cornici edittali. È chiaro qui il motivo per cui è in ogni caso necessario riservare la possibilità della tenuità anche in tali ipotesi, riconosciute legislativamente come più gravi e come la disciplina del giudizio minorile qui si adatti alla perfezione: consentire all'imputato minorenni di ricorrere alla tenuità, che è pronunciata con sentenza, è imprescindibile per la tutela della personalità del soggetto e degli altri interessati della vicenda, che trovano la loro migliore sede dinanzi al giudice minorile.

Inoltre, mi si lasci dire, più complesse risultano le problematiche che deriverebbero dall'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p da parte del Giudice onorario, anche se in realtà anche la soluzione opposta porterebbe ad aspetti connotati da incongruenza in quanto

¹⁰⁰⁶M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della tenuità*, cit., p. 241.

¹⁰⁰⁷E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., pp. 2 e ss.

¹⁰⁰⁸S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., p. 170.

non si spiegherebbe il motivo per cui la nuova e tanto attesa clausola generale di esiguità dovrebbe trovare ostacoli alla propria applicazione proprio per reati astrattamente disegnati come bagatellari e a favore di una disciplina come quella del giudizio di pace che per sua natura è speciale. Come sempre, rintracciare una soluzione logicamente e coerentemente praticabile è stato compito delle Corti, di merito e soprattutto di legittimità: si è già detto che però, nonostante la Suprema Corte abbia abbozzato un primo tentativo di risoluzione¹⁰⁰⁹, questa non sia stata giudicata dai più sufficientemente dirimente.

L'assenza di coordinazione legislativa tra le due figure non vale da solo ad escludere la possibile applicazione congiunta, soprattutto alla presenza di casi in cui davanti al Giudice onorario si presenti un fatto connotato da tenuità, privo tuttavia degli elementi sostanziali e/o processuali propri dell'art. 34 d. lgs. 274/2000, e che invece abbia quelli meno stringenti dell'art. 131 *bis* c.p..

Quello che deve essere evitato, e ciò sarà possibile unicamente in presenza di regole precise e determinate, è che stante la vigenza dei diversi istituti dell'irrelevanza, non si arrivi ad una commistione di fattori provenienti dalle une o dalle altre discipline: questo anche se il “*mixtum compositum*” opererebbe in maniera favorevole all'indagato/imputato. Tale divieto di commistione deve riguardare anche l'uso di criteri interpretativi con cui approcciare le diverse norme, in particolare è vietato l'uso di canoni ermeneutici assodati nelle discipline speciali previgenti, che possono ovviamente vantare ricostruzioni di lunga data, nell'applicazione del nuovo istituto ex art. 131 *bis* c.p. (ma anche viceversa!)¹⁰¹⁰.

La Cassazione sembra non aver compreso i problemi della questione soprattutto in quanto escludere l'operatività di una causa di non punibilità del sistema penale ordinario solamente in forza del meccanismo procedimentale causerebbe un'irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutte le altre cause di non punibilità che risultano sempre applicabili quale sia la forma procedimentale.

La questione, poiché il sistema avanti il Giudice di pace comprende, ed è in continua crescita, un elenco di fattispecie numeroso, necessita di una rapida e definitiva risposta, che in primo luogo dovrebbe provenire dal Legislatore.

¹⁰⁰⁹ A. DI TULLIO D'ELISSIS, *La particolare tenuità del fatto non si applica nei procedimenti dinanzi al giudice di pace(?)*, cit., in merito a Cass. 20 agosto 2015 n. 3887.

¹⁰¹⁰ A. MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi*, cit., p. 795.

5.3. Un bilancio conclusivo della riforma: traguardi vincenti oltre le problematiche.

La riforma attuata sulle linee direttrici della Legge Delega n. 67 del 2014 è tra le più recenti strategie di riduzione dell'area del penalmente rilevante e che ha avuto lo scopo preminente di ottenere risultati stabili e più significativi rispetto ai tentativi passati: un punto di approdo di una lunga e lenta rivoluzione concettuale e pratica fondata sulla depenalizzazione che negli anni si è sempre più rafforzata. Gli strumenti di deflazione “in concreto”, sia pure variamente congegnati, operano spesso quali ‘istanze di compensazione’ delle “timidezze” espresse dal Legislatore negli interventi di degradazione ed eliminazione del reato¹⁰¹¹.

L'esiguità, ancora più del reato impossibile, assume il ruolo di “uscita di sicurezza” dal formalismo delle opprimenti regole del giuspositivismo: si pone in linea con molti altri istituti¹⁰¹² che esprimono l'apertura, legalmente controllata, a dinamiche di anti-giuridicità materiale, seppur in chiave di non punibilità o di tecniche di degradazione¹⁰¹³. Sono tutti strumenti legislativi collocabili, dal punto di vista dogmatico e politico-criminale, nell'ampia categoria della non punibilità, questo poiché forte è l'ispirazione dell'idea della sussidiarietà. Chiaro è che la disciplina richiede sempre un impegno del Legislatore -che come ricordato precedentemente in questo caso è mancato- prima che dell'interprete: questo anche perché, seppur in attesa di radicale riconoscimento e generalizzazione, il bisogno di una disciplina legale e la sua responsabilità è proprio ed unico del Legislatore, senza poter in alcun modo fondare l'*escamotage* pretesto per la sua introduzione in via ermeneutica, nonostante autorevole dottrina abbia sentito come proprio tale compito¹⁰¹⁴.

Per questo mal si comprende l'atteggiamento ostile che molti studiosi hanno mantenuto verso tale istituto, sin dall'inizio: incomprensibile in primo luogo in quanto dopo quasi metà secolo dall'illuminante intuizione del celebre Franco Bricola, su cui si sono spese “fiumi di parole e di inchiostro”, si è finalmente arrivati alla consacrazione della necessaria concreta e consistente offensività del fatto costituente reato¹⁰¹⁵. Sorprende

¹⁰¹¹N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche*, cit., p. 4.

¹⁰¹²Le soglie di rilevanza, le oblazioni, le forme di riparazione dell'offesa e del danno, per fare degli esempi chiari

¹⁰¹³M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 40 e ss.

¹⁰¹⁴G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., pp. 569 e ss

¹⁰¹⁵S. QUATTROCOLO, *Esiguità*, cit., pp. 167 e ss. il *background* su cui si fondano le teorizzazioni che hanno maturato l'esimente in esame sono molti. Per una panoramica, A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, cit., pp. 3 e ss.

tale atteggiamento diffidente soprattutto perché era da anni che la Corte di legittimità¹⁰¹⁶ e il Legislatore avevano più volte preparato il terreno per la semina dell'albero della tenuità, che aveva dato frutti solo nei riti minorile ed onorario.

La tenuità appartiene a quel tipo di riforme, che a pieno titolo possono vedersi attribuito l'appellativo di “valvola di sicurezza”¹⁰¹⁷: il tanto atteso superamento di un sistema che aspettava pazientemente di essere definitivamente riconosciuto, senza dover accontentarsi di essere il risultato di una misera e debole derivazione dall'art. 49 comma 2 c.p., quasi ridicola nel ventunesimo secolo e soprattutto alla luce della quasi secolare tradizione in tale campo di altri Paesi a noi geograficamente (e culturalmente) vicini¹⁰¹⁸. Inoltre, pragmaticamente parlando, rispetto allo sforzo di provare la sussistenza di un fatto rispondente al tipo ma inoffensivo, è sicuramente più semplice accostarsi alla tenuità dell'offesa, anche perché a presidio rimangono ferme le conseguenze extrapenali nonché la possibilità di punire il colpevole nelle ipotesi di ulteriore commissione del medesimo reato¹⁰¹⁹.

È il risultato di una miscela esplosiva di evoluzioni e maturazioni culturali e di esperienze pratiche, che hanno congiuntamente affrontato e cercato di risolvere i diversi problemi che affliggono il nostro sistema, l'affaticamento degli uffici giudiziari ed il sovraffollamento carcerario: due versanti della stessa medaglia, due frutti “malati” della stessa pianta. Un esito agognato da molti e da molto, che finalmente ha visto la luce, superando i dubbi ed i timori che per troppo tempo ne avevano oscurato la forza.

L'istituto delinea un nuovo modello graduato di *Tatbestand* da sempre richiamato a gran voce dalla dottrina, per creare un reato bagatellare in grado di fornire accettabili *chances* di individuazione per i reati connotati da una obiettiva esiguità, soprattutto per

¹⁰¹⁶Corte Cost. n. 139, 19 maggio 2014 nonché la celebre sentenza n. 25 del 20 giugno 2008.

¹⁰¹⁷Geniale il commento di D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare*, cit., p. 442 e ss.

¹⁰¹⁸Le difficoltà della dottrina di continuare a declinare il principio di offensività dall'articolo 49 c.p. nascono soprattutto dal fatto che il reato impossibile rende suscettibile l'applicazione di una misura di sicurezza ed è ciò che lo rende inconciliabile con il diritto penale del fatto. Se così è il nostro, è illogico accettare che la misura di sicurezza possa essere applicata anche senza fatto. Secondo altri autori, l'applicazione di una misura di sicurezza a chi ha commesso un fatto che non lede alcun bene giuridico si spiega solo perché il nostro sistema penale è misto: il soggetto viene punito con una misura di sicurezza perché è pericoloso, senza aver commesso alcun fatto idoneo a ledere.

¹⁰¹⁹Un esempio reale è quello contenuto in Cass. SS. UU 20 dicembre 2012, Vattani e altro, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2013, con commento di G. CARUSO, *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati. Alcune riflessioni sul principio di offensività*, che analizzando la sentenza apre tuttavia ad una serie di critiche all'eccessiva discrezionalità che si dà agli interpreti nella declinazione del termine inoffensività, che può essere totale assenza di offesa, come di presenza di offesa tenue, che a sua volta può comportarsi come causa di non punibilità *ex art. 131 bis c.p.* o altre volte come semplice attenuante.

raggiungere quelle agognate definizioni alternative, deflattive o riparatorie che in Germania, in Austria (e non invece in Svizzera) hanno da anni registrato ottimi risultati. In Italia si è dovuta attendere la stagione della maturità sociale, culturale e giuridica per il varo ufficiale della clausola di non punibilità nel sistema penale generale: un'occasione colta “per connessione” con la legge n. 67 del 2014 sulla riforma delle pene non carcerarie, ghiotta ed irripetibile che non si poteva non cogliere. Certamente le modalità di inserimento -e la disciplina transitoria assente lo dimostra- non è stata delle più eleganti, tuttavia la tenuità non vede “scalfita la propria nobiltà”¹⁰²⁰. La causa di non punibilità ha assunto il ruolo di camera di compensazione tra la dimensione astratta del diritto penale e la sua concreta applicazione, al fine di non vedere prodursi esiti finali distonici rispetto alla finalità stessa della pena e del suo diritto.

Una domanda sorge quindi spontanea guardando alla particolare tenuità del fatto: “ può assurgere a banco di prova per sperimentare l'efficacia della giustizia penale riparativa e riconciliativa?”

L'ingresso di tale istituto nel sistema è stato secondo molti epocale, non tanto per la portata della riforma, sì importante e voluta ma comunque di relativa ampiezza, quanto perché si pone quale primo profondo respiro di aria fresca dopo venti anni di fiato corto del diritto penale. I più critici affermano che in realtà il Legislatore ha semplicemente preso le mosse dai suoi predecessori, una serie di progetti che tuttavia non hanno avuto quello *sprint* necessario per divenire la svolta. Un merito mi sento di sottolinearlo anche in questa sede, nonostante lo abbia già ribadito più volte: a parte le problematiche tecniche, la scarsezza della legge delega, le incongruenze, etc. questa riforma ha segnato un'inversione di marcia importante per il sistema penale, o meglio, un ritorno all'origine, ossia al principio di *extrema ratio*. Non è cosa di poco conto se si guarda all'incessante deriva verso la continua criminalizzazione di ipotesi e “del più” penale¹⁰²¹.

La nostra giustizia penale si è attenuta, negli ultimi anni, a compiere “il compito” che qualcuno, in precedenza, aveva predisposto condannando il sistema ad implodere. È stata quindi la noncuranza verso lo stato della giustizia a chiedere, implicitamente, un intervento che riveda il principio di legalità, non nel suo significato letterale oramai sorpassato, ma nella sua più pragmatica ed intima essenza che è necessaria per

¹⁰²⁰L'espressione appartiene a D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare*, cit., p. 450.

¹⁰²¹D. PULITANO', *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalità*, 2013, pp. 125 e ss.

ripristinare tutta la macchina della giustizia ripartendo proprio dalla legalità dell'azione penale.

Volendo quindi porre l'accento sulla valutazione degli elementi del reato e volendo unirli alle riflessioni circa le istanze finalistiche proprie della pena e guardando alla dottrina più recente¹⁰²² -la quale ha propeso per "identificare nella meritevolezza di pena la quintessenza dell'esiguità dell'illecito" e nella consapevolezza che a presupporre un bilanciamento d'interessi dentro alla meritevolezza di pena siano le cause di giustificazione- non può non sottolinearsi come la clausola di particolare tenuità si richiami a requisiti tutti interni al fatto e che si rifanno a valutazioni attinenti alla meritevolezza di pena¹⁰²³.

Quello che va quindi indagato ora non è tanto il contenuto della norma, la sua forma o il suo retroterra preparatorio, o meglio, di questo si è già parlato a sufficienza: quello che va quindi considerato è se gli auspici e le previsioni di tale riforma possono essere nella pratica esauditi, ossia se lo strumento appena creato è quello adeguato per portare, o meglio riportare, l'apparato giudiziario ad operare in maniera razionale ed efficiente. È solo l'inizio di un lungo cammino di ricostruzione, a cui sono chiamati tutti gli operatori del diritto, espressione di un bisogno immanente di un nuovo inizio¹⁰²⁴.

Una critica che proviene da molti autori è che non sembra astruso sottolineare la presenza di un 'grande assente' nell'intervento novellistico: manca la risposta a quella necessità di valutare un ripensamento che non si rivolga unicamente al versante repressivo del diritto, ma che risulti maggiormente sensibile al profilo 'preventivo'. Questa mancanza stupisce non poco, soprattutto perché già da tempo era matura ed assodata l'idea secondo cui l' 'esiguità' non dovrebbe -e potrebbe- prescindere da una 'riconsiderazione' delle funzioni stesse della pena, in quanto il fatto e la colpevolezza – sono strettamente legati ad una tendenziale 'caduta' delle esigenze preventive¹⁰²⁵.

Questa però non appare una, seppur gravissima, dimenticanza, quanto piuttosto un'esplicita scelta di campo avallata dal riferimento unico al comma primo dell'art. 133 c.p.: la valutazione della nuova causa deve esulare da qualsivoglia profilo relativo alla

¹⁰²² A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 13.

¹⁰²³ La propensione verso la soluzione sostanziale della natura della tenuità in realtà merita delle precisazioni, stante l'apparente natura ibrida che essa presenta: una soluzione di mitezza e deflazione, tratti propri delle cause di improcedibilità, trasfusi in una causa di non punibilità. Estensivamente, E. TURCO, *I prodromi della riforma*, cit., pp. 181 e ss.

¹⁰²⁴ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema*, cit., p.171.

¹⁰²⁵ G. DE FRANCESCO, *Una "novella" al passo coi tempi?*, cit., p. 6.

capacità a delinquere. Inoltre il richiamo al criterio della mancanza di ‘abitualità’ è molto differente rispetto al parametro dell’ ‘occasionalità’ che è proprio del giudizio onorario ad esempio: questo si rivolge al futuro, il primo dialoga invece con il passato e la mancanza di precedenti penali. È un dialogo che tuttavia rischia di “tagliare” singolarmente ogni episodio nella valutazione inerente alla colpevolezza¹⁰²⁶.

Inerente a tale critica è un altro profilo a mio avviso di maggiore complessità: l'esame dei requisiti della responsabilità penale si pone in incoerente rapporto con una cognizione progettata come parziale: non può negarsi, e non lo si è fatto in sede di specifica analisi dell'istituto, che “parrebbero invero mortificati i presupposti “legali” da cui dipende l’affermazione di una responsabilità. È evidente che il richiamo all’art. 133 dovrebbe presupporre che il “tipo legale”, per l’appunto – sia oggettivo che soggettivo – formi oggetto di preventiva delibazione e che esso non possa dunque venire “surrogato” *per saltum* limitandosi unicamente ad un apprezzamento ulteriore orientato in chiave discrezionale”¹⁰²⁷. E' questo, a mio modesto parere, uno dei punti più oscuri e più a rischio incostituzionalità di tutta la disciplina.

Inoltre, lascia sicuramente perplessi il fatto che non possa giudicarsi totalmente astruso il commento di chi affermi, che la disciplina del nuovo istituto rischia di risultare, anche e soprattutto per certe scelte processuali, meno conveniente per l'imputato rispetto ad altri istituti, con ovvie ricadute sull'impianto deflattivo della riforma. Basti pensare all'iscirizione nel casellario giudiziale, agli effetti extra-penali talvolta molto ingombranti, l'ombra stigmatizzante di una condanna-non condanna, ma anche che la nuova disciplina osti all'applicazione di una misura di sicurezza personale e sia, in virtù della sua natura sostanziale, applicabile retroattivamente ai sensi dell' art. 2 co. 4 c.p.¹⁰²⁸, ai

¹⁰²⁶F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 115.

¹⁰²⁷ G. DE FRANCESCO, *Una “novella” al passo coi tempi? Brevi considerazioni sulle diverse “anime” della legge n. 67/2014, nella prospettiva della riforma penale*, in *Legisl. Pen* 2015, p. 5

¹⁰²⁸ Opinione maggioritaria propende per la salvezza del giudicato, sia in dottrina che in giurisprudenza. T. Milano, decreto 3.11.2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 novembre 2015, con nota di G.L. GATTA *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e il limite del giudicato*. In dottrina, B. GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi processuali nel tempo. Tempus regit actum?*, Milano, 2012. Opinione discordante che si rifà alle prime teorizzazioni e pronunce in materia, che propendevano per la presenza non tanto di una norma più favorevole quanto di una *abolitio criminis*, ex art. 2 co. 2 c.p. con la conseguente revocabilità delle sentenze di condanna per quei fatti di particolare tenuità ancorché già passate in giudicato, R. DIES, *Questioni varie*, cit., pp. 12 e ss., secondo cui la tenuità del fatto essendo una depenalizzazione “in concreto” dovrebbe sottostare alla disciplina del comma 2 dell'art. 2 c.p. Si è già detto ampiamente come questa costruzione sia errata, in particolare per l'assenza dei caratteri tipici dell' *abolitio criminis*, primo tra tutti un mutamento della considerazione del bene/interesse e del suo valore giuridico da parte della società e di converso del Legislatore.

fatti, esigui non ancora giudicati, al momento dell'entrata in vigore del decreto, con sentenza irrevocabile. Quest'ultimo profilo in particolare, lungamente dibattuto, è stata una finale decisione di campo presa dalla suprema Corte per evitare la complessità da sempre presente rispetto alla successione delle leggi processuali penali.

Nonostante tutte le problematiche ora analizzate, talvolta frutto più di un malcontento generale che di puntigliose e giustificate critiche tecniche, mi sento quindi di azzardare una chiosa finale, che potrà sicuramente apparire eccessivamente ottimista ad alcuni, ma che sento essere doverosa nel periodo storico in cui ci troviamo. Mi sembra fortemente ingiusto criticare *in toto* una 'novella' che, con tutte le proprie problematiche ed incertezze, ha aperto la strada per contrastare il tragico fenomeno del sovraffollamento carcerario e ha fornito al nostro sistema un embrionale trampolino per addivenire a quanto richiamato a gran voce dagli organi sovranazionali¹⁰²⁹. Certamente non posso non condividere le critiche che giustamente emergono rispetto a tutte quelle garanzie, soprattutto di fonte europea, *in primis* contenute nel principio del 'giusto processo', che nella sua ampiezza è in grado di coordinare le tutele sostanziali e le dinamiche processuali che caratterizzano quello che è un 'buon giudizio'.

Un esempio chiaro è la vaghezza della disposizione per quelle ipotesi in cui l'azione penale sia esercitata nei confronti di un soggetto irreperibile e si possa ritenere che lo stesso non abbia ricevuto notizia del procedimento nei suoi confronti. L'art. 420 *quater* c.p.p. - come modificato dalla Legge delega n. 67/2014 - prevede che il procedimento resti sospeso: ma tale disciplina deve trovare applicazione anche nel caso in cui dagli atti sia desumibile la particolare tenuità del fatto?

Chiaramente, la risposta alla domanda deriva dalla soluzione, ermeneutica, che si fornisce con riferimento alla natura dell'istituto: la tenuità del fatto rilevando quale causa di non punibilità e presupponendo la pronuncia un accertamento con addebito del fatto penalmente rilevante e della responsabilità, in caso di irreperibilità dell'imputato non potrà essere pronunciata.

Certamente non posso che condividere la critica, sorta da più parti, verso la frammentarietà e la disorganicità con cui la norma è stata scritta: ma condivido anche l'opinione del prof. Chiavario, il quale candidamente ammette che commentare una legge è molto più semplice che crearla.

¹⁰²⁹Basti pensare alle reazioni benevole che hanno accompagnato la sentenza Torreggiani, in primis la decisione del 5 giugno 2014 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa durante la 1201a riunione.

Quello che mi sento evidenziare essere mancato è l'accompagnamento che ad una Legge di tale peso doveva essere riservato: una diretta riforma del sistema sanzionatorio penale, in primo luogo sul versante preventivo, con l'individuazione di nuove ed adeguate tipologie di risposta ai reati, che pongano il diritto su un piano diverso e rinnovato, capace di congiungere e non dividere, in grado di responsabilizzare e non stigmatizzare¹⁰³⁰. In realtà non si può negare che la Legge Delega n. 67 del 2014 è stata la più grande occasione mancata per attuare tale rivoluzione del sistema penale, non avviata nel termine stabilito dal Parlamento. Ciò che è mancato è stata la volontà di provare a cambiare abbandonando quell'apparato di garanzie frutto di un “*mix* di draconiana severità e di garanzia per vaste sacche di sostanziale impunità cui ci siamo forse troppo abituati”¹⁰³¹.

Non è stato compreso tuttavia l'impatto che tale scelta avrebbe comportato sull'essenza stessa degli istituti contenuti nella Legge n. 67/2014: sia l'esiguità, sia la sospensione con messa alla prova patiscono di tale resistenza al cambiamento, nella loro stessa essenza. Da strumenti direttori di un nuovo corso votato alla minore afflittività, vengono invece percepiti quali meri strumenti “alternativi” alla pena carceraria fino ad essere interpretati, rispetto al problema del sovraffollamento carcerario, quali risposte-benefici¹⁰³²: ed è qui che paradossalmente si apre alla vera e propria indulgenzialità, molto più spiccata rispetto a quanto previsto tra le possibili variabili delle scelte legislative nella delineazione della disciplina in esame.

¹⁰³⁰L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, p. 530, il quale afferma che introdurre pene principali prescrittive, che abbiano il fine di responsabilizzare, anche con l'ausilio dei Servizi Sociali, l'autore del reato con appositi impegni ed obblighi di natura riparativa.

¹⁰³¹M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della “tenuità del fatto”*, cit., p. 265.

¹⁰³²R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 660.

BIBLIOGRAFIA

- Aa. Vv. , *I Principi di materialità e offensività, introduzione al sistema penale*, vol. I, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), Torino, 2012, pp. 359 e ss.
- Aa. Vv., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994.
- Aa. Vv. *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, (a cura di) N. TRIGGIANI , Torino, 2014.
- Aa. Vv. *Lo scudo e la spada, Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa ed Italia*, (a cura di) L. LUPARIA, Torino, 2012.
- Aa.Vv, *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di M. LUPARIA, Padova, 2015.
- Aa. Vv., *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità* , in (a cura di) DEL COCO, MARAFIOTI, PISANI, *Emergenza carceri - radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.
- ADDANTE E., *La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove*, in *Archivio Penale*, 2016, 2.
- ALBERTI G., *La particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del tribunale di Milano*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 21 maggio 2015.
- ALBERTI G., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo* , 16 dicembre 2015.
- ALLEGREZZA S., *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in (a cura di) L. LUPARIA , *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, pp 3 e ss.
- AMARELLI F., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131 bis (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2015.

- AMATO G., *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida Diritto*, 2015 n. 15.
- AMATO G., *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso*, in *Guida Diritto*, 2015, n. 15.
- AMATO G., *Rischio incoerenza con la disciplina del Giudice di pace*, in *Guida Diritto*, 2015, n. 15.
- AMOROSO M. C., *Furto in supermercato sotto il controllo del personale di vigilanza*, in *Cassazione Penale*, III/55/2015, 6, sez 2, pp. 2175 e ss.
- ANDOLFATTO E., *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131 bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, C.d.S.)* in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 29 aprile 2016.
- APRATI R., *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cassazione Penale*, 2015, pp. 1321 e ss.
- ARIOLLI- BUCCI, *Manuale pratico del Giudice di pace nel Processo Penale*, Padova, 2003, pp. 181 e ss.
- ARIOLLI G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in (a cura di) G. GARUTI, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino 2015,
- BACCO F., *Aragoste esposte sul ghiaccio prima della vendita al mercato: maltrattamento di animali?*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 5 novembre 2015.
- BALDI F., *La particolare tenuità del fatto: profili processuali.*, in *Il Giudice di pace. Quaderni*, Milano, 2003.
- BALDI F., *Manuale del giudice di pace penale*, Milano, 2000.
- BARTOLI R., *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Processo Penale*, 2000, pp. 1473 e ss
- BARTOLI R., *L'irrilevanza del fatto tra logiche deflative e meritevolezze di pena*, in (a cura di) G. DE FRANCESCO- E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Milano, 2002, pp. 104 e ss.

- BARTOLI R., *Il concetto di offensività "in concreto" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *Studium Iuris*, 2007, pp. 423 e ss.
- BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Diritto Penale e Processo, 2015, pp. 659 e ss.
- BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in *Festschrift für Peters*, Tübingen, 1974, pp. 5 e ss.
- BERTOLINI B., *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.
- BEULKE W., *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 1998, nn. 6 e ss.
- BIONDI G., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione d'innocenza*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.
- BONADIO, *Giustizia e politica in Germania: il caso Kohl*, in *Diritto Penale XXI sec*, 2002-2003, pp. 104 e ss.
- BOUCHARD M., *La tutela del minore vittima del reato nel processo penale*, 22° Convegno dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e la Famiglia, Genitori, figli e giustizia: autonomia della famiglia e pubblico interesse, Parma, 13-15 novembre 2003.
- BRANCACCIO M., *L'improcedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al Giudice di pace: la mancata comparizione della persona offesa non ha il significato di opposizione*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2, 2016, pp. 102 e ss.
- BRICOLA F., *Il carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto it.*, vol. XIX, Torino, 1973,
- BRONZO P., *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Legislazione Penale*, 2015.

- BRONZO P., *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) SPANGHER- MARANDOLA- GARUTI, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Milano, pp. 957 e ss.
- BRUNELLI D., *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Legislazione Penale*, 2014.
- BRUNELLI D., *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in G. FORNASARI-M. MARINELLI, *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova 2007, pp. 123, 126 e ss.
- BELLUTTA H., *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Legislazione Penale* 2014, I, pp. 75 e ss.
- BIONDI G., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza*, *Rivista Diritto PenalContemporaneo*, 14 ottobre 2015.
- BONINI V., *Il ruolo della persona offesa nella valutazione sulla particolare tenuità del fatto*, in *Legislazione Penale*, 2015.
- BORSARI R., *Commento al d.lgs. 28 del 2015*, in *Legislazione Penale*, 2016.
- BRAY C., *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, Testo delle sentenze e nota in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 23 maggio 2016.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1973, p. 14 e ss.; pp. 82 e ss.
- BRONZO P., *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Legislazione Penale*, 2015, Interventi e relazioni. Tale testo, rielabora ed annota l'intervento tenuto dall'Autore al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, "Processo e pena: nuovi equilibri", Roma, 2 luglio 2015.
- BRONZO P. *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) G. SPANGHER.

- BUZZELLI S., *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 2013
- CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2012, pp. 14 e ss.
- CAPRIOLI F., *Istanze deflative e proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Seminari in onore V. Grevi "Dalle emergenze alle riforme"*, del 23 marzo 2015 presso l'Università Roma tre.
- CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Napoli 1994,
- CAPRIOLI F., *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 8 luglio 2015
- CAPRIOLI F.- MELILLO G. - RUGGIERI F. SANTALUCIA G. , *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 3042 e ss..
- CAPUTO M., *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in (a cura di) R. BORSARI, *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013.
- CARRILLO C., *L'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto* , Torino, 2015, pp. 125 e ss.
- CASCINI N.D., *Tenuità del fatto: le prime applicazioni anche in fase predibattimentale*, commento alla sentenza T. Asti 13 aprile 2015 n. 724, inedita, in *Archivio Penale*, 2015.
- CESARI C., *Art. 27*, in (a cura di) G. GIOSTRA , *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2007, pp. 276 e ss.

- CESARI C., *Efficienza della giustizia penale e strategie di depenalizzazione processuale*, in (a cura di) R. E. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo*, Torino, 2005, pp 97 e ss.
- CESARI C., *La particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) GIOSTRA- ILLUMINATI , *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, pp. 327 e ss.
- CESARI C., *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Rivista Italiana. Diritto .Processo Penale.*, 2001. pp. 727 e ss.
- CESARI C., *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, in (a cura di) BARGIS-GIOSTRA-GREVI-ILLUMINATI-KOSTORIS-ORLANDI-ZAPPALA', *Procedura Penale*, Torino, 2005.
- CESARI C. *Ragioni e tecniche del pragmatismo processualpenalistico*, in *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.
- CHIAVARIO M. , *Garanzia ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 1998, pp. 129 e ss.
- CHIAVARIO M., *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto"*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 237 e ss.
- CHIAVARIO M. , *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in Aa. Vv., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, p. 84 e ss
- CHIAVARIO M., *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2001, pp. 176 e ss.
- CISTERNA A., *Tenuità del fatto quel dilemma della depenalizzazione*, in *Guida Diritto.*, 2015.
- COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale. Parte generale , II. Punibilità e pene*, Padova, II ed., 2015
- CONSO G., *Sintesi conclusiva: dalle vittime di reato alla vittime di diritti violati*, in Aa.Vv., *Atti dei Convegni Lincei*, n. 175, Roma, 2001.
- CONSO G , *"Tempo e giustizia" nel processo penale*, in *Giurisprudenza Italiana.*, 1967, IV, cc. 154 e ss.

- Convegno internazionale, “*Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*”, Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, 20-21 Gennaio 2017
- CORBO A. - FIDELBO G., Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario- Settore Penale, Relazione n. III/02/2015, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della particolare tenuità del fatto*,
- CORDERO G., *Oltre il “patteggiamento” per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il nostro art. 112 Cost.*, in *Legislazione Penale*, 1986, pp. 663 e ss.
- CORSO P., *La particolare tenuità del fatto può essere riconosciuta anche per un illecito penaltributario*, nota a sentenza n. 15449 del 2015, in *Foro italiano*, 2015
- D'ALTILIA L., “*Particolare tenuità del fatto*”: *prime pronunce*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2016, 2.
- DE FRANCESCO G., *Punibilità*, in (diretto da) DOLCINI-FIANDACA-MUSCO-PADOVANI-PALAZZI-SGUBBI *Itinerari di diritto penale 20*, Sezione saggi, Milano, 2016, pp. VIII- 104.
- DE FRANCESCO G., *Una “novella” al passo coi tempi? Brevi considerazioni sulle diverse “anime” della legge n. 67/2014, nella prospettiva della riforma penale*, in *Legislazione Penale.*, 2015, pp. 5 e ss.
- DANIELE M., *L'archiviazione per tenuità del fatto*, in (a cura di) S. QUATTROCCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 41 e ss.
- DELVECCHIO F., *La nuova fisionomia della vittima di reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 11 aprile 2016.
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Rivista Italiana Diritto Procedura Penale*, 2013, pp. 1654 e ss.
- DIDDI A., *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Procedura Penale e Giustizia*, 2014, 2, pp. 106 e ss.

- DIDDI A., “Irrilevanza penale del fatto”. *Inconfigurabilità del reato o autore non punibile?*, in *Giurisprudenza Penale*, 1998, III, p. 275.
- DIES R. , *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 17 luglio 2015.
- DI CHIARA G. , *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in (a cura di) A. SCALFATI, *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2003.
- DI TULLIO D'ELISIIS A., *La particolare tenuità del fatto non si applica nei procedimenti dinanzi al giudice di pace(?)*, in *Giurisprudenza Penale*, 18 novembre 2015
- DI TULLIO D'ELISIIS A., *Non punibilità per tenuità del fatto e strategie processuali*, Santarcangelo di Romagna, 2015
- DONINI M., *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Convegno “I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali”, Roma, 25 maggio 2012, in onore di Mireille Delmas-Marty. Materiale raccolto in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, 2013,
- DREHER, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York, 1974, pp. 933 e ss.
- DRIENDL, *Wege zur Behandlung der Bagatelldelinquenz*, in *Österreich und der Schweiz*, in *ZstW*, 1978, pp. 1017 e ss.
- EPIDENDIO, T.E. *La particolare tenuità del fatto. Il decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, scritti per la Scuola Superiore della Magistratura Formazione decentrata di Genova, 7 aprile 2015.
- EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Diritto Penale Processo*, 2013, pp. 527 e ss.
- FALCINELLI D., *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo culturale*, Torino, 2007.

- FERRANTE M.L., *Considerazioni "a prima lettura" sugli aspetti sostanziali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, 8 gennaio 2016, Università degli Studi dii Cassino e del Lazio Meridionale.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 179.
VI ed., 2010, p 703.
- FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro Italiano*, 2001, n. 5,
- FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, Napoli, 2003, pp.124 e ss. ,
- FIDELBO G., *Giudice di pace (nel dir. proc. pen)*, in *Digesto Penale Aggiornato*,. II, Torino, 2004, pp. 295 e ss.
- FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in (a cura di) G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 91 e ss.
- FIORE S., *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 274 e ss.
- FIORELLA A. *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 689-690.
- FIORETTI F., *La nuova tenuità del fatto alla luce della recentissima sentenza della Cassazione n. 15449/15*, in *Questione giustizia*, 2015.
- FORNASARI G., *Esiguità del fatto e parte generale: cenni sull'esperienza austriaca*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa: offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp. 143-161.
- GALLO M., voce *Dolo*, (dir. Pen.), in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 786 e ss.
- GAMBERINI A.- INSOLERA G, *Premessa al commento del d.l. 30/12/2005 n. 272 [stupefacenti]*, in *Legislazione Penale*, 2007, pp. 316 e ss.

- GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria” art. 2 Legge 28.4.2014 n. 67*, in *Legislazione Penale*, 2015, pp. 25 e ss.
- GARUTI G., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in *Diritto penale e giustizia*, 2015, 6.
- GATTA G.L., *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 16 giugno 2014.
- GIACOMETTI T., *Un problematico caso-limite di “maltrattamenti di animali”: aragoste vive nel frigorifero di un ristorante*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 8 dicembre 2014.
- GIARDA A., *La particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) G.M. BACCARI- K. LA REGINA- E.M. MANCUSO, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova. 2015, pp.189 e ss.
- GÖTZ H., *Strafprozessuale und aktienrechtliche Anmerkungen zum Mannesmann-Prozess*, in *NJW*, 2007, pp. 419 e ss
- GREVI V., *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Rivista italiana Diritto Procedura Penale*, 1998, pp. 750 e ss.
- GROSSO C.F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, pp. 517 e ss.
- GROSSO C.F., *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale del fatto?*, in *Cassazione Penale*, 2001, pp. 2535 e ss.
- GUERINI I., *Ancora in tema di sospensione del processo con messa alla prova: presupposti oggettivi per accedere al procedimento speciale ed autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 22 marzo 2016

- GULLO A., *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 1 e ss.
- HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZstW*, 1980, pp. 245 e ss.
- ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, in *Giustizia penale oggi*, Milano, 1979.
- LARIZZA S., *Le "nuove" risposte istituzionali alla criminalità minorile. La sospensione del processo con messa alla prova*, in (a cura di) PALERMO FABRIS- PRESUTTI *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol V, *Diritto e procedura penale minorile*, II Ed., Milano, 2011, pp. 279 e ss.
- LAVARINI B., *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, pp. 19 e ss.
- LAVARINI B., *Gli effetti extra-penal del giudicato di tenuità*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 102 e s.
- JAVERS K. *Profili generali del diritto processuale tedesco*, in *Rivista Italiana Diritto Procedura Penale*, 2003, pp. 930-949.
- JUY-BIRMANN R., *Il processo penale in Germania*, in (a cura di) M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2001, pp. 176-230.
- JUNG H., *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, 1992.
- KOSTORIS R.E., *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrelevanza del fatto"*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2015, I.
- MAGRO M.B., *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, in *Archivio Penale*, 2015, 3, inserito nella raccolta degli atti del convegno svolto presso l'Università degli Studi Roma Tre, "Dall'emergenza alla "deflazione" il sistema sanzionatorio dopo la l. 28 aprile 2014, n. 67", tenutosi il 26-27 marzo 2015, Roma.
- MANCUSO E.M., *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova. 2015.

- MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2012, pp. 99 e ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 1 e ss.
- MANGIARACINA A., *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti di tutela e ricadute normative*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 28 maggio 2015.
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore C. Mortati, Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, pp. 445 e ss.
- MARINI L- PEPINO L., *Crisi di un modello o crisi del processo?*, in *Questione Giustizia*, 2001, pp. 1035 e ss.
- MARANDOLA A., *Commento alla sentenza*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 4, 2003, pp. 494 e ss.
- MARANDOLA A., *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 7, 2015, pp. 791 e ss.
- MARANDOLA A., *Improcedibilità per tenuità del fatto e mancata acquisizione del consenso della persona offesa*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003, pp. 493 e ss.
- MARANDOLA A.- GARUTI G., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Milano 2015, pp. 964 e ss.
- MARZADURI E., *L'ennesimo compito arduo (..ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art 131 bis c.p.*, in *Archivio Penale*, 2015, 1, pp. 8 e ss.
- MARZADURI E., *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in G. CONSO- V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010.

- MARZADURI E., *Sul principio d'obbligatorietà dell'azione penale*, Bologna, 1998.
- MARZADURI E., *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) A. GAITO, *I principi europei nel processo penale. Le ragioni del garantismo*, pp. 169 e ss.
- MATTEVI E., *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs n. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in *Indice Penale*, 2009, pp. 41 e ss.
- MAZZA O., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Diritto Penale e Processo*, 12, 2014, pp. 1401 e ss..
- MAZZA O., voce *Contraddittorio*, (principio del), (Dir. Proc. Pen.), , in *Enciclopedia Giuridica*, Annali VII, , 2014, pp. 242 e ss.
- MELCHIONDA A., *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2013, vol. 56, 3. pp.1292 e ss.
- MOCCIA L., *Il volto attuale del sistema penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* , 2013, pp. 1099 e ss.
- MODONA G. N., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- MUHM R., *Il caso Kohl- Il ruolo del pubblico ministero in Germania*, in *Rivista Italiana Diritto Procedura Penale*, 2000, pp. 1025 e ss.
- MUSCO E., *Dalla dogmatica, quella "raffinata alla politica, quella "criminale"*, in (a cura di) SGUBBI, FONDAROLI, *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011.
- NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007.
- NAPPI A., *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, in *Legislazione Penale*, 2016, 25 maggio 2016.

- NAUCKE, *Der Begriff der "geringer Schuld", §153 StPo*, in *Straftatsystem*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 202 e ss.
- NIGGLI M.-FIOLKA G., *La tenuità del fatto nel diritto svizzero*, in (a cura di) S. QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi processuale della particolare tenuità del fatto*, pp. 204 e ss.
- NISCO A., *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in (a cura di) BACCARI, LA REGINA, MANCUSO, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, pp 197 e ss.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, pp. 92 e ss.
- NUVOLONE P., *La problematica penale della Costituzione*, in *Il diritto penale negli anni settanta*, Padova, 1982, pp. 468 e ss..
- PACIFICI L., *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 14 luglio 2015.
- PADOVANI T., *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida Diritto*, 2015, n. 15, p. 21.
- PALAZZO F., *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezza ed imperfezioni*, in (a cura di) CONTI, MARANDOLA, VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, pp. 149 e ss.
- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67 del 2014)*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2014, n. 4, pp. 1705 e ss.
- PALIERO C.E., *"Minima non curat praetor". Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALUMBO G., *Offensività ed art. 131 bis c.p.: la Corte di Cassazione varca ancora la soglia!*, in www.iurisprudenzia.it, 12 novembre 2015.
- Parere 3 febbraio 2015, Commissione Giustizia della Camera con condizioni ed osservazioni, XVII legislatura, bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, in www.camera.it.

- PAULESU P., *La presunzione di innocenza tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in (a cura di) BALSAMO e KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Milano, 2008, pp. 125 e ss.
- PAVICH G., *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere. Cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Rivista Diritto penale Contemporaneo*, 24 settembre 2013.
- PERELLI S., *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Questione Giustizia*, 10 luglio 2015.
- PICICCHE F., *La prima pronuncia della Cassazione sulla particolare tenuità del fatto*, in *Rivista Penale*, 2015, p. 531
- PIOLETTI G., voce *Punibilità, (cause di esclusione della)*, in *Digesto Penale*, vol. X, 1995, p. 535.
- POMANTI P., *Esiguità e irrilevanza nella concezione gradualistica del reato*, Roma, 2012.
- POMANTI P. *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Archivio Penale*, 2015, 2.
- PONGILUPPI C., *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, in Aa.Vv., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano 2003, pp. 53 e ss.
- PONGILUPPI C., *Il concetto di "esiguità" del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in *Indice Penale*, 2009, p. 3 e ss.
- PRESUTTI A.- PALERMO FABRIS E., *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011, pp. 250 e ss
- Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28. disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime riflessioni*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 18 giugno 2015.
- Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, D.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto".*

- Circolare esplicativa/applicativa, in Rivista Diritto Penale Contemporaneo, 2 luglio 2015*
- PULITANO' D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1983, pp. 498 e ss.
- QUATTROCOLO S., *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2015, n. 4, pp. 158 ss.
- QUATTROCOLO S., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004.
- QUATTROCOLO S., *Irrelevanza del fatto (diritto processuale penale)* in *Enciclopedia Diritto, Annali, II, tomo I*, Milano, 2008, pp. 519 e ss.
- QUATTROCOLO S., *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, (a cura di) M. DANIELE e P.P. PAULESU, Torino 2015, pp. 97 ss.
- RECCHIONE S., *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE: Le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 15 febbraio 2015
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1975, pp. 278 ss;
- ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Rivista Italiana. Diritto Procedura Penale*, 1992.
- ROMANO M., *Pre-Art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed. Milano, 2004, pp. 299 e ss..
- ROSSI G., *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Archivio Penale*, 2015, 2.
- ROXIN C., *Strafverfahrensrecht*, München, 1995.
- RUSSO I.-SANTORIELLO C., *D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 : disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Archivio Penale*, 2015.

- RUSSO I., *Ancora sulla tenuità del fatto: la novella della sfinge*, in *Archivio Penale*, 2015, 3.
- SANTORIELLO C., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dogmatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p.(seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2015.
- SANTORIELLO C., *Particolare tenuità del fatto, Osservatorio sulla Corte di Cassazione*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 3.
- SANTORIELLO C., *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, 2015, pp. 34 e ss.
- SCACCIANOCE C., *Chiaroscuri della mediazione penale nel "rito di pace"*, in *Giustizia Penale*, 2010, III, cc. 599 e ss.
- SCACCIANOCE C., *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in *La deflazione giudiziaria*, 2014, pp. 242 e ss.
- SCHLÜCHTER E., *Compendio di procedura penale tedesca*, tradotto da S.GIULIANI, Padova, 1998.
- SCOMPARIN L., *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, pp. 89 e ss.
- Schema di decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto", audizione dei rappresentanti ANM in Commissione giustizia della Camera dei Deputati, 27 gennaio 2015.
- Schema di decreto legislativo, "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. m, della legge 28 aprile 2014, n. 67"
- SELVAGGI N., *La depenalizzazione e le altre politiche deflative nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 2.
- SERRA S., *La causa di non punibilità per "particolare tenuità del fatto" ex art. 131 bis c.p., sintesi delle problematiche*, in www.camerapenalenovara.it

- SPAGNOLO P., *Gli epiloghi processuali della “particolare tenuità del fatto”*, in (a cura di) S. QUATTROCCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 64 e ss.
- SPANGHER G., *L'irrelevanza del fatto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, 1.
- SPANGHER G., *La prescrizione del reato prevalre sulla particolare tenuità del fatto*, nota a Cass. Pen, Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, *Giurisprudenza Italiana*, 2015, n. 7, pp. 1725 e ss.
- SPINELLI A., *Prescrizione e lieve entità del fatto: i limiti ai poteri cognitivi nel giudizio di rinvio*, in *Processo Penale e Giustizia*, n. 3, 2016
- TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione Penale*, 2013, pp. 13 e ss.
- TAVASSI L., *I primi limiti giurisprudenziali “alla particolare tenuità del fatto”*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.
- TONINI P., *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2000, pp. 929 e ss.
- TRANCHINA G., *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cassazione Penale*, 2010, pp. 4051 e ss.
- TURCO E., *I prodromi della riforma*, in (a cura di) N. TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per la tenuità del fatto*, Torino, 2014, pp. 181 e ss.
- VALENTI A., *Principi di materialità e offensività*, in (a cura di) INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI, *Aa. Vv. Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, pp. 359 e ss.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, vol. V, *Quaderno di diritto penale comparato ed europeo*, Milano, 2012.
- VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, pp. 171 e ss; 339 e ss.

- VENEZIANI P., *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Romano*, Napoli 2011 (III), pp. 2141 e ss.
- VIGANO' F., *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro i termini di un anno*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2013.
- VINCIGUERRA S., *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in (a cura di) E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Studi in onore di G. Marinucci, II, Teoria della pena*, Milano, 2006, pp. 2098 e ss.
- ZACCARO G., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime osservazioni sul decreto legislativo in corso di emanazione*, in *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2015.
- ZAGREBELSKY V., *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 198 e ss.
- ZAGREBELSKY V., *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio della azione penale*, in *Il Pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, pp. 103 e ss.
- ZANCHETTA P.L., *L'irrilevanza penale del fatto come strumento deflattivo: una via praticabile?*, in *Questione Giustizia*, 1990, pp. 105 e ss.
- ZIPF H., *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg-München, 1975, p. 14.
- ZIPF H., *Politica criminale*, Milano, 1989, pp. 194 e ss.
- ZUCCALA' G., *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1689 e ss.

