

PRIME CONSIDERAZIONI SUL PROSCIoglIMENTO PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO*

Francesco Caprioli

ABSTRACT

Gli artt. 1-5 del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 hanno dato attuazione alla direttiva di legge delega contenuta nell'art. 1 comma 1 lett. m della legge 28 aprile 2014, n. 67, che invitava il governo a «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». Nel presente contributo, la riforma viene analizzata nei suoi numerosi aspetti problematici: proiezione funzionale dell'istituto, natura giuridica, presupposti applicativi, risvolti processuali, rapporti con l'azione civile di risarcimento del danno.

SOMMARIO

1. Aspettative deluse. – 2. Le finalità della riforma. – 3. Gli “indici-criteri” della tenuità del fatto e gli “indici-requisiti” della tenuità dell'offesa. – 3.1 Modalità della condotta e grado della colpevolezza. – 3.2. La soglia rilevante dell'offesa. – 4. I limiti edittali e il computo delle circostanze. – 4.1. L'ancoraggio dei limiti edittali ai massimi di pena. – 4.2. Il divieto di bilanciamento delle circostanze. – 4.3. La tenuità come fattore di mitigazione della pena. – 5. La non abitualità del comportamento. – 5.1. La nozione di non abitualità. – 5.2. Non abitualità, occasionalità e rilevanza del precedente. – 6. La tenuità del fatto tra non punibilità e improcedibilità. – 6.1. Archiviazioni e proscioglimenti per tenuità. – 6.2. L'archiviazione “garantita”. – 6.3. Questioni procedurali. – 6.4. Proscioglimento per tenuità e giudizi di danno. – 7. Una raccomandazione trascurata.

1. Aspettative deluse.

Tradisce le attese la neonata disciplina del proscioglimento per “particolare tenuità del fatto” (artt. 1-5 d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, approvato in attuazione della direttiva di legge delega contenuta nell’art. 1 comma 1 lett. m legge 28 aprile 2014, n. 67)¹. Disattento, incline al compromesso, refrattario agli insegnamenti della dottrina processualistica, incapace di fare tesoro dell’esperienza maturata dalle numerose Commissioni ministeriali chiamate nel tempo a occuparsi del tema², il legislatore ha forgiato uno strumento processuale che esibisce un’incerta fisionomia sistematica e rischia di presentare un saldo costi-benefici largamente negativo. Finisce così nel limbo delle occasioni perdute una riforma saggia e opportuna, a lungo vanamente invocata da studiosi e operatori del processo penale.

2. Le finalità della riforma.

Alcune premesse concettuali della novella risultano largamente condivise.

Il proscioglimento per tenuità – che presuppone la sussistenza di un fatto tipico di reato, di modesta portata lesiva ma non totalmente inoffensivo³ – risponde a due fondamentali esigenze di rango costituzionale: (a) il principio di proporzionalità dell’intervento repressivo penale, che vieta, in ossequio al canone dell’*ultima ratio*, di sanzionare penalmente condotte che appaiano immeritevoli di pena nel caso specifico⁴, ed anzi rende la declaratoria di tenuità del fatto una vera e propria «necessità di giustizia» in considerazione della «ormai acquisita consapevolezza dogmatica dei limiti della tipicità penale»⁵; (b) l’esigenza di alleggerire il carico

¹ Il Governo era invitato a «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».

² Quello del proscioglimento per tenuità è un cantiere normativo eretto e smantellato a più riprese nel corso degli ultimi quindici anni. Si vedano, in particolare: a) 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 «recepisce le proposte elaborate dalla Commissione 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 (d’ora in avanti, *Progetto e Relazione Palazzo dicembre 2014*); b) lo Schema (con allegata relazione) per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013) predisposto dalla Commissione ministeriale istituita con D.M. 10 giugno 2013 per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, presieduta anch’essa dal Prof. Francesco Palazzo, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014 (d’ora in avanti, *Progetto e Relazione Palazzo dicembre 2013*); c) il disegno di legge (con allegata relazione) in materia di depenalizzazione e deflazione del sistema penale presentato in data 23 aprile 2013 dal Gruppo di studio ministeriale istituito con D.M. 14 dicembre 2012 per elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l’introduzione di norme di depenalizzazione, presieduto dal prof. Antonio Fiorella, in www.giustizia.it (d’ora in avanti, *Progetto e Relazione Fiorella aprile 2013*); d) le proposte (con allegata relazione) in materia di definizione del procedimento penale nei casi di particolare tenuità del fatto presentate il 28 novembre 2013 dalla Commissione ministeriale nominata con D.M. 10 giugno 2013 per elaborare una proposta di interventi in materia di processo penale, presieduta dal dott. Gianni Canzio, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014 (d’ora in avanti, *Progetto e Relazione Canzio novembre 2013*); e) la bozza di legge delega (con allegata relazione, redatta, in parte qua, dallo scrivente) presentata in data 20 febbraio 2008 dalla Commissione ministeriale istituita con D.M. 27 luglio 2006 per la riforma del codice di procedura penale, presieduta dal prof. Giuseppe Riccio (d’ora in avanti, *Progetto e Relazione Riccio febbraio 2008*), in www.giustizia.it; f) il progetto elaborato nel 2005 dalla Commissione ministeriale istituita con D.M. 29 luglio 2004 per la riforma del processo penale, presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia (d’ora in avanti, *Progetto Dalia 2005*); g) l’articolato e la relazione presentati in data 26 maggio 2001 dalla Commissione ministeriale istituita con D.M. 1° ottobre 1998 per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso (d’ora in avanti, *Progetto e Relazione Grosso maggio 2001*), in www.giustizia.it. Per un dettagliato quadro ricostruttivo cfr. E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, p. 221 s.

³ Così, ad esempio, la *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit., e T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015 (15), p. 19. Di qui la scelta di collocare la disciplina sostanziale dell’istituto in apertura del titolo V del libro I del codice penale, dedicato alle determinazioni del giudice in ordine alla pena. In generale, sui rapporti tra offensività e tenuità, S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Torino, 2004, p. 113 s.

⁴ Il fenomeno è descritto come «depenalizzazione in concreto» sia nella *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit., sia nella *Relazione Fiorella aprile 2013*, cit. *Contra* T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 19, secondo cui sarebbe «privò di senso richiamare una qualche forma di “depenalizzazione”», perché il fatto dichiarato tenue «è reato, e tale resta, pur se non punibile».

⁵ Così F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1706 s.: «neppure la più sofisticata tecnica di tipizzazione dei reati (che, comunque, non è dei tempi nostri) riuscirà ad escludere dalla fattispecie “formale” fatti del tutto bagatellari».

giudiziario e di restituire effettività al principio di obbligatorietà dell'azione penale⁶.

A quest'ultimo riguardo sono tuttavia opportune due precisazioni. La prima è che esistono notoriamente due diversi modi di intendere i rapporti tra tenuità del fatto e deflazione processuale: si può concepire la riduzione del carico giudiziario come un semplice e inevitabile portato della scelta di non perseguire le condotte ritenute concretamente immeritevoli di pena, assegnando alla deflazione il ruolo di «obiettivo accessorio» della riforma⁷, oppure si possono attribuire alla tenuità *autonome* funzioni deflative, esterne alla logica della meritevolezza o immeritevolezza di pena e legate a un giudizio di inopportunità/eccessività del processo in sé. Nelle varie declinazioni normative e progettuali dell'istituto è prevalsa di volta in volta l'una o l'altra di queste due “anime” della tenuità⁸: ma considerate alcune delle scelte qualificanti compiute dal decreto legislativo in commento – come il ripudio dei parametri legati al possibile pregiudizio per le esigenze di studio o di lavoro dell'imputato, o la stessa configurazione della tenuità del fatto come causa di esclusione della punibilità anziché come causa di esclusione della procedibilità –, è decisamente nella prima direzione che sembra essersi infine orientato, opportunamente, il legislatore.

La seconda precisazione è che la declaratoria di tenuità può operare, nella sua veste di strumento di tutela del principio di obbligatorietà, anche *contro* le ragioni dell'economia processuale. Tutti sanno che molte *notitiae criminis* concernenti fatti bagatellari vengono oggi deliberatamente abbandonate sul binario morto della prescrizione, o rese immuni alla regola dell'obbligatorietà mediante un disinvolto impiego del c.d. “modello 45”. Qui il nuovo istituto non permetterà di risparmiare tempo e risorse, perché lo smaltimento della notizia di reato avviene già a costo zero: al contrario, dovrà essere spesa l'ulteriore moneta processuale necessaria per la celebrazione del rito archiviativo. La cifra oscura di elusione dell'art. 112 Cost. dovrebbe tuttavia significativamente ridursi⁹: a meno che, come è ovvio – e sul punto occorrerà tornare –, il prezzo da pagare non dovesse risultare eccessivo.

3.

Gli “indici-criteri” della tenuità del fatto e gli “indici-requisiti” della tenuità dell'offesa.

Pur potendo assumere le fattezze del provvedimento di archiviazione della notizia di reato, è ormai pacifico, per contro, che la declaratoria di tenuità non si ponga essa stessa in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. La sola condizione da rispettare è che i presupposti del mancato esercizio della *potestas agendi* siano individuati dal legislatore in maniera sufficientemente tassativa, così da sottrarre la scelta di non agire all'arbitrio valutativo del pubblico ministero e del giudice dell'archiviazione¹⁰.

Si tratta di una condizione che può dirsi rispettata nel testo normativo in commento:

⁶ Cfr. per tutti C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 517. Di una riforma «che risponde a logiche di deflazione del carico processuale in un quadro di valorizzazione del principio di mitezza della risposta sanzionatoria all'illecito penale» si parlava già in 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 riforma*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3495. Ravvisa nell'istituto anche una specifica funzione di deflazione carceraria R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1319.

⁷ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 661.

⁸ Le definisce così ancora R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO-E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, p. 101 s.: l'istituto «può essere ricondotto a una logica deflattiva e svolgere una funzione di *economia processuale*», oppure «può essere considerato espressione di una sorta di mancanza di meritevolezza o, più esattamente, di bisogno di pena e, quindi, essere diretto a soddisfare un'esigenza di *economia della pena*» (corsivo aggiunto).

⁹ Sulla tenuità come strumento di tutela dell'art. 112 Cost. v. già 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 tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 17 s. Nello stesso senso, puntualmente, la *Relazione Canzio novembre 2013*: «la riforma ha l'indiscutibile pregio di rendere legittime, trasparenti e controllabili [...] forme surrettizie di rinuncia all'azione oggi tollerate».

¹⁰ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 195.

l'opzione rinunciataria viene ancorata a parametri¹¹ che sembrano in grado di ricondurre l'inevitabile discrezionalità giudiziale entro confini fisiologici¹². Nelle ultime battute dell'*iter* di approvazione del decreto legislativo, tuttavia, sono stati effettuati, su questo terreno, alcuni innesti non particolarmente felici.

3.1.

Modalità della condotta e grado della colpevolezza.

Nello schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° dicembre 2014, i suddetti parametri erano stati opportunamente fatti coincidere con i due “indici-criteri” della tenuità del fatto già contenuti nella direttiva di legge delega (la «tenuità dell'offesa» e la «non abitualità del comportamento») e con due ulteriori sotto-indici (o “indici-requisiti”) della tenuità dell'offesa, rappresentati dalle «modalità della condotta» e dalla «esiguità del danno o del pericolo». A farsi apprezzare era non soltanto la scelta – confermata anche nel testo definitivo del decreto – di rinunciare a criteri non strettamente connessi alla proiezione materiale del fatto come quelli previsti nel processo minorile e di pace (le «esigenze educative» del minore, le «esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute» dell'imputato), troppo elastici e sfuggenti per non entrare in rotta di collisione con l'art. 112 Cost., ma anche la scelta di rinunciare al criterio del “grado di colpevolezza”, presente nell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 nonché nella maggior parte dei precedenti progetti legislativi *in subiecta materia*¹³. L'idea era che si dovesse «sganciare», per quanto possibile, il giudizio di irrilevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre ardui e decisamente tanto più problematici quanto più destinati ad essere effettuati nelle fasi prodromiche del procedimento¹⁴. Saggia precauzione, tanto più al cospetto di un istituto che rischia sempre di inclinare – come diremo più avanti trattando del requisito della occasionalità/non abitualità del comportamento – sul nefasto versante del diritto penale della persona¹⁵.

L'ulteriore passaggio parlamentare ha reso il quadro normativo meno limpido. Oggi le

¹¹ Il riferimento è al contenuto dei primi due commi del nuovo art. 131-*bis* c.p. («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 abiecti 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»).

¹² «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»: così F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1707. Considerazioni analoghe – pur con riferimento a parametri di valutazione della tenuità parzialmente differenti – si ritrovano nella *Relazione Palazzo dicembre 2013*, cit. (in cui si parla di una «vistosa discrezionalità», il cui ambito, tuttavia, «non sembra più vasto dei criteri di valutazione che normalmente vengono riconosciuti [al giudice] dal nostro sistema con riferimento ad altri istituti») e nella *Relazione Fiorella 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»). Sulla medesima lunghezza d'onda C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 519, 522, e, sia pure ammettendo che i parametri della tenuità «non possono che essere indicativi», la *Audizione dei rappresentanti ANM in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto* (art. 1 comma 1 lettera m e 2 L. 28/4/14, n. 67), 27 gennaio 2015, in www.associazionemagistrati.it, pp. 2 e 7. Decisamente critici, tra i primi commentatori, sono invece A. CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida dir.*, 2015 (15), p. 67 («valutazione assolutamente discrezionale»), e C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.archiviopenale.it, p. 3.

¹³ Cfr. ad esempio il *Progetto Fiorella aprile 2013*, cit. («non si procede quando per le modalità della condotta, per l'esiguità del danno o del pericolo, per il grado della colpevolezza e per la sua occasionalità, il fatto è di particolare tenuità»), nelle cui intenzioni avrebbero dunque dovuto essere valutati «l'intensità del dolo, il grado della colpa, ma anche la presenza di semiscusanti, l'eventuale riduzione della capacità di intendere e volere e la scarsa conoscibilità del precetto penale» (*Relazione Fiorella aprile 2013*, cit.). Meno recentemente, cfr. il *Progetto Dalia 2005*, cit. («il fatto è di particolare tenuità [per] l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato [...] rispetto all'interesse tutelato, nonché [per] la sua occasionalità e il grado di colpevolezza») e il *Progetto Grosso maggio 2001*, cit. («il fatto è di particolare tenuità per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza»). Nel senso recepito dal *Progetto Palazzo dicembre 2014*, v. già, invece, il *Progetto Canzio novembre 2013*, cit. («il fatto è di particolare tenuità [...] per le modalità e occasionalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose»).

¹⁴ *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit. Nel senso che «rimettere al giudice una valutazione vasta e comprensiva [del grado di colpevolezza] avrebbe finito con l'accentuare pericolosamente la discrezionalità applicativa», cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21; mentre F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1709, allude a una scelta non solo «funzionale a una semplificazione applicativa dell'istituto», ma anche «maggiormente coerente con la sua natura più profonda di strumento di “depenalizzazione in concreto”, essendo evidente che in quest'ottica non possono che essere le caratteristiche oggettive del fatto ad avere la meglio nella selezione dei fatti “meritevoli” di pena».

¹⁵ Paventa il rischio C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 2: «non vorremmo che l'affermarsi di un diritto mite [...] fosse l'occasione per il ripescaggio di un triste armamentario sanzionatorio da riservare a pochi negletti».

modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo devono essere «valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma» del codice penale¹⁶. Se ne è immediatamente dedotto che la diagnosi di tenuità andrebbe effettuata tenendo conto anche dei parametri di cui al n. 3 della richiamata disposizione codicistica, coincidenti con l'intensità del dolo e il grado della colpa¹⁷: ma la conclusione pare affrettata, dal momento che ciò che deve essere valutato nel prisma dell'art. 133 c.p. restano pur sempre, e soltanto, le caratteristiche oggettive della condotta e la sua portata lesiva. Con riferimento al primo dei due indici-requisiti, l'inciso sembra dunque unicamente vincolare l'interprete ad attribuire rilievo primario alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo e al luogo dell'azione (art. 133 comma 1 n. 1 c.p.). Del resto, ove si ritenesse non casuale la scelta del legislatore delegante di omettere ogni riferimento al grado della colpevolezza¹⁸, una simile opzione esegetica risulterebbe imposta dal canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata: anche se l'argomento, forse, prova troppo, perché a stretto rigore neppure le modalità della condotta incidono sull'entità dell'offesa, che è il solo indice-criterio – insieme con la non abitualità del comportamento – ad essere richiamato dalla direttiva di delega¹⁹.

Non si può dire, comunque, che la disciplina contenuta nello schema di decreto legislativo precludesse interamente valutazioni legate al grado di colpevolezza dell'autore del fatto, perché nulla vieta di immaginare modalità della condotta determinanti nel giudizio (positivo o negativo) di tenuità proprio perché rivelatrici di un atteggiamento psicologico da valutarsi favorevolmente o sfavorevolmente²⁰. Il problema è che nella stesura definitiva dell'art. 131-bis comma 2 c.p. – anche qui, su sollecitazione della Commissione Giustizia della Camera²¹ – alcune situazioni ostative di questa natura sono state tipizzate dal legislatore prendendo a modello circostanze aggravanti comuni ex art. 61 c.p.: l'aver agito “con crudeltà, anche in danno di animali”, l'aver “adoperato sevizie”, l'aver “profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa”²². Nel tentativo di circoscrivere la discrezionalità del giudice allorché si tratti di desumere il grado della colpevolezza dalle modalità della condotta, si sono in questo modo introdotte precisazioni superflue²³ e

¹⁶ La modifica è frutto di una delle condizioni poste al Governo dalla Commissione Giustizia della Camera nel *Parere* favorevole espresso sullo schema di decreto legislativo nel corso della seduta del 3 febbraio 2015: «specificare ulteriormente gli indici di valutazione della tenuità del fatto, attraverso la considerazione dei criteri specificati dall'articolo 133, primo comma, del codice penale (valutazione della gravità del reato)».

¹⁷ Così le prime indicazioni provenienti dai Procuratori della Repubblica: cfr. PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015, p. 11, e 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 *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2015, p. 5.

¹⁸ Secondo F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1709, è «difficile pensare che tale omissione sia involontaria».

¹⁹ Lequivoco si riaffaccia sia nell'art. 131-bis comma 1 c.p., in cui si parla di una «offesa» che risulta «di particolare tenuità» anche «per le modalità della condotta», sia nell'art. 131-bis comma 2 c.p., che vieta di ritenere tenue l'offesa, ad esempio, quando l'autore del fatto abbia agito con crudeltà o profittando della minorata difesa della vittima: circostanze che dell'offesa «non modificano né punto né poco l'entità» (T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21). Sul punto, in prospettiva parzialmente diversa, C. SCACCIAOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, cit., p. 245.

²⁰ Nel senso che il riferimento esclusivo alle modalità della condotta non avrebbe impedito valutazioni legate al grado di colpevolezza dell'indagato o imputato, consentendole, tuttavia, solo nella misura in cui il grado di colpa o l'intensità del dolo fossero svelate dalle caratteristiche oggettive dell'azione o dell'omissione, v. già F. CAPRIOLI-G. MELILLO-F. RUGGIERI-G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità*, cit., p. 3499 («dalle modalità della condotta – ma solo da esse – dovrà essere desunto anche il grado di colpevolezza dell'autore del fatto esiguo. Tale criterio, dunque, non è stato rinnegato ma semplicemente ridimensionato, nel tentativo di scongiurare valutazioni discriminatorie legate in via esclusiva alla personalità del reo»), e F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 16. Così anche la *Relazione Palazzo 2014*, cit. («l'indice-criterio delle “modalità della condotta” si presta benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre a integrare il modo di manifestarsi della tipicità della condotta; sia dell'intensità del dolo, sul presupposto che assai spesso quest'ultima si riverbera e si traduce nell'adozione da parte dell'autore di determinate modalità esecutive della condotta»), nonché C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 519, G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Dir. e giust. minorile*, 2015, p. 19, e lo stesso F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1709. In questo senso, appare ingeneroso il rilievo di T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21, secondo cui la *Relazione Palazzo 2014* mostrerebbe *tout court* di «ritenere che il giudizio sulle “modalità della condotta” includa anche l'intensità del dolo e il grado della colpa», giungendo a conclusioni «assai difficili» da sottoscrivere, «almeno finché il testo dell'art. 133 c.p. resta quello che è».

²¹ *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015: necessario «specificare [...] alcuni criteri di valutazione della modalità della condotta, quali: l'aver agito per motivi abietti o futili, l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà o in violazione del sentimento di pietà per gli animali o in condizioni di minorata difesa della persona offesa anche in riferimento all'età».

²² Perché operi l'effetto preclusivo è comunque sufficiente che tali evenienze «emergano in fatto nella vicenda incriminata, pur se non vi sia stata una formale contestazione»: PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 4.

²³ E' questa anche l'opinione di C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 520, che parla di «situazioni che in realtà quasi mai potrebbero dare luogo a offese di particolare tenuità».

discriminazioni che rischiano di apparire poco ragionevoli, come spesso accade quando si legifera per presunzioni²⁴ (perché, ad esempio, per rimanere al catalogo di cui all'art. 61 c.p., non consentire mai al giudice di considerare tenue il fatto commesso con crudeltà nei confronti di un animale, e permettergli invece di giudicare tenue il fatto commesso con abuso dei poteri inerenti a una pubblica funzione?). Accanto alle fattispecie impennate su condotte rivelatrici di atteggiamenti psicologici riprovevoli, si è poi inserita un'ulteriore ipotesi ostativa (l'aver agito "per motivi abietti o futili") che si riferisce esclusivamente all'interno psichico del soggetto agente, senza riverberarsi sulle modalità attuative. Così facendo, si è apertamente contraddetta la scelta di non attribuire autonomo rilievo alla dimensione psicologica²⁵: con l'effetto, ad esempio, che dei motivi a delinquere non si potrà di regola tenere alcun conto (inequivoco, al riguardo, il mancato richiamo al secondo comma dell'art. 133 c.p.), salva, appunto, l'ipotesi in cui si tratti di motivi abietti o futili.

3.2. *La soglia rilevante dell'offesa.*

Premesso, quanto all'indice-requisito della esiguità del danno o del pericolo, che «il giudice potrà pervenire a un giudizio di esiguità solo quando abbia accertato conseguenze lesive di minima entità o una bassissima probabilità di pregiudizio al bene giuridico protetto»²⁶, e che il richiamo contenuto nell'art. 131-*bis* comma 1 c.p. al disposto dell'art. 133 comma 1 n. 2 c.p. deve ritenersi sostanzialmente superfluo (benché il riferimento si indirizzi qui al solo pregiudizio arrecato «alla persona offesa dal reato»²⁷), un'affermazione ricorrente è che l'entità complessiva dell'offesa – valutata anche alla luce delle modalità dell'azione o dell'omissione – dovrà collocarsi nella fascia situata tra l'assoluta inoffensività della condotta *ex* art. 49 c.p. e la sua minima adeguata punibilità²⁸.

Sul punto si rende necessaria qualche precisazione. Se lo scopo della declaratoria di tenuità è precludere la celebrazione del processo e l'applicazione di una pena quando quest'ultima risulterebbe sproporzionata al fatto, l'impressione è che il *vulnus* arrecato al bene giuridico protetto non debba essere valutato in assoluto ma *nel confronto con la pena minima che potrebbe essere irrogata nel caso concreto* (variabile a seconda del minimo editale e delle circostanze attenuanti eventualmente presenti)²⁹. Ne deriva non soltanto che sarebbe un errore logico ritenere indicativa della tenuità del fatto la modesta portata della pena editalmente prevista³⁰, ma anche che un'offesa di entità x potrà essere ritenuta non punibile per tenuità se derivante dalla commissione del reato A, mentre un'offesa di entità $x-1$ potrà essere ritenuta punibile se derivante dalla commissione del reato B (magari sanzionato, in astratto, con una pena sformata

²⁴ Cfr. A. CISTERNA, *A rischio di legittimità*, cit., p. 69.

²⁵ Considerazioni analoghe in T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21. Da un lato si «evita di rimettere al giudice una valutazione più vasta e comprensiva [del grado di colpevolezza]: dall'altro, si riconducono «a una esclusione normativa della particolare tenuità dell'offesa elementi che invece sono tipici del giudizio di colpevolezza», in tal modo «confonde[ndo] le acque e mescola[ndo] le carte».

²⁶ C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 245. L'entità del danno potrà essere valutata anche in relazione alle condizioni della vittima (ad esempio, alle sue condizioni patrimoniali nel caso di reati contro il patrimonio, in linea con la giurisprudenza in materia di attenuante comune *ex* art. 62 comma 1 n. 4 c.p.): così PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 14.

²⁷ Scontato, invece, che l'indice-requisito in discorso non presupponga l'esistenza di una persona offesa: cfr. PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 4, e PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 13.

²⁸ Cfr. ad esempio PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 4.

²⁹ Secondo precedenti progetti di riforma, la tenuità avrebbe dovuto essere commisurata all'«interesse tutelato» dalla norma incriminatrice: cfr. il *Progetto Dalia 2005*, cit. (il fatto è di particolare tenuità quando «rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza, non giustificano l'esercizio dell'azione penale»), nonché la *Relazione Fiorella 2013*, cit. Per un commento alla clausola v. S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., p. 276 s. Nell'opinione di F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1706, andrebbero invece dichiarati non punibili per tenuità quei fatti che «in concreto, per un qualche accidente o casualità non esprimibile legislativamente, non presentino quel grado di offensività "sostanziale" proporzionata, non già al minimo della pena, ma allo stesso peso della reazione penale come tale» (corsivo aggiunto). Il rilievo sembra da intendere nel senso che il giudice, pur ritenendo adeguata la pena minima concretamente irrogabile all'imputato, potrebbe dichiarare tenue il fatto per ragioni legate a una ritenuta autonoma inopportunità della celebrazione del processo penale. Così, tuttavia, come già detto (v. *supra*, § 2), si finirebbe per attribuire rilievo a circostanze esterne al fatto, secondo dinamiche maggiormente congeniali alla (ripudiata) configurazione della tenuità come causa di improcedibilità, nonché per affidare al giudice margini di discrezionalità valutativa difficilmente conciliabili con l'art. 112 Cost. (come già avviene nel procedimento minorile o di pace per effetto dei parametri legati alle esigenze educative, di studio o di lavoro dell'imputato).

³⁰ Così, esattamente, PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 10: si farebbe «confusione tra esistenza dei presupposti di applicabilità dell'istituto [...] e astratta offensività desumibile dai limiti editali di pena».

di minimo edittale). In breve, il livello di offensività rilevante *ex art. 131-bis c.p.* non sarà fisso ma variabile in relazione alle singole fattispecie criminose.

L'alternativa a questo modello – che rischia, innegabilmente, di «mandare esenti da pena condotte lesive di interessi significativi per proteggere con il ricorso alla sanzione penale posizioni giuridiche di scarso rilievo per la collettività»³¹ – sarebbe valutare l'esiguità dell'offesa in termini assoluti, dichiarando tenue il fatto solo quando l'aggressione al bene protetto si collochi al di sotto della soglia ideale rappresentata da un qualunque comportamento criminoso adeguatamente punibile con il minimo assoluto di pena. Detto in altri termini, l'alternativa è ritenere che alla declaratoria di tenuità si possa pervenire solo quando apparirebbe sproporzionato al fatto un *qualunque, pur minimo* intervento repressivo penale, e non quando ad apparire sproporzionato sia l'intervento repressivo minimo previsto *per quello specifico reato*. Così ragionando, tuttavia, non solo si assegnerebbe all'istituto una dimensione applicativa assai ridotta, ma si finirebbe per tradirne la reale ispirazione.

A sostegno della prima ricostruzione sembrerebbe militare anche l'*explicit* dell'*art. 131-bis* comma 2 c.p., che vieta, in ossequio a una delle indicazioni provenienti dalla Commissione Giustizia della Camera, di ritenere tenue l'offesa «quando la condotta [abbia] cagionato o da essa [siano] derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona»³². Difficile immaginare che, nel silenzio della legge, si sarebbero potute giudicare di particolare tenuità simili aggressioni al bene dell'integrità psico-fisica³³: la norma, tuttavia, è significativa perché sembra ammettere implicitamente che anche una lesione grave potrà venire dichiarata tenue. La logica si direbbe esattamente quella della tenuità valutata in ragione del minimo edittale anziché in assoluto, ma non sfugge il paradosso: l'autore di una lesione colposa grave realizzata in forma esigua (ad es., tale da determinare una malattia guaribile in 41 giorni) potrebbe andare esente da pena, mentre l'autore di una lesione colposa semplice realizzata in forma non esigua (ad es., tale da determinare una malattia guaribile in 39 giorni) dovrebbe essere condannato. Almeno in questi casi, dunque, occorre ragionare diversamente. Quando il legislatore costruisce una sequenza di fattispecie criminose caratterizzate da un'aggressione sempre più intensa al medesimo bene giuridico (come, appunto, nel caso delle lesioni semplici, gravi e gravissime), è irragionevole che possa venire ritenuto esiguo il *vulnus* derivante da un'azione od omissione non ascrivibile alla fattispecie punita meno severamente³⁴: e altrettanto irragionevole è che possa venire ritenuto esiguo un fatto appartenente alla fascia più bassa della serie, quando sotto il livello di rilevanza penale l'ordinamento collochi condotte del medesimo tipo passibili di sanzione amministrativa³⁵.

In sé e per sé, non suscita invece particolari difficoltà la circostanza che la fattispecie penale contempli soglie quantitative minime di realizzazione dell'illecito. Se nel caso concreto la soglia non è oltrepassata in misura significativa, e concorrono gli altri elementi di cui all'*art. 131-bis c.p.*, non v'è ragione per ritenere inoperante la causa di non punibilità³⁶.

4.

I limiti edittali e il computo delle circostanze.

Un'altra scelta non felicissima – peraltro imposta al legislatore delegato dalla direttiva di delega – è stata quella di consentire la declaratoria di tenuità del fatto solo in relazione a una

³¹ C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 3.

³² Cfr. *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015: «l'evento morte è incompatibile con il concetto di tenuità dell'offesa». Nella *Relazione al testo del decreto legislativo*, www.ilsolo24ore.com, 18 marzo 2015, si precisa che «il riferimento è da intendersi alle ipotesi di omicidio colposo, lesioni colpose gravissime e ogni altra ipotesi di evento di tal tipo che derivi, quale conseguenza non voluta, dalla commissione di un delitto doloso, secondo quanto previsto dall'*art. 586 codice penale*», e si osserva che «sul punto, il decreto recepisce le specifiche sollecitazioni della Corte EDU, la quale ha ritenuto che il valore primario del bene vita debba essere adeguatamente considerato dal legislatore interno, anche nei casi in cui la lesione sia dovuta a condotte colpose (sez. II, 29 marzo 2011, Alihaj e altri c. Italia)».

³³ E' di questa opinione C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 2.

³⁴ Anche se, giova ribadirlo, in linea puramente teorica, se si ritiene la soglia di esiguità del danno una soglia «mobile» e non fissa, nulla vieta di ritenere che anche condotte del medesimo tipo possano essere dichiarate punibili ove abbiano determinato una lesione di gravità $x+1$.

³⁵ Lo rileva esattamente R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1320.

³⁶ Cfr. G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015, nonché, implicitamente, la stessa Cass., sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, *ivi*. Maggiori perplessità manifestano PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 28, e, in dottrina, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21, e C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 3.

fascia di reati individuata sulla base della pena edittale (pena pecuniaria o pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni)³⁷.

Nel corso dei lavori di una recente Commissione ministeriale si era giustificata una scelta analoga sostenendo che «l'intrinseca gravità dei reati puniti con pene molto elevate contrasta con la possibilità di individuare, sulla base di valutazioni di tipo gradualistico, fatti "in concreto" esigui»³⁸. L'impressione, tuttavia, è che talora anche reati puniti in astratto molto severamente possano manifestarsi in concreto in forma tenue. Basti pensare alla giurisprudenza che ritiene non punibile *ex art. 49 c.p.* il peculato allorché la condotta «non presenti conseguenze economicamente e funzionalmente significative» per la P.A.³⁹, ossia in ipotesi che si direbbero riconducibili a pieno titolo alla dimensione concettuale della tenuità⁴⁰. Perché in simili circostanze «l'osservanza scrupolosa della legge» debba rimanere «imposta in termini indefettibili», senza che siano ammessi «contemperamenti in chiave di opportunità»⁴¹, non è agevole comprendere. La verità è che l'attitudine di un comportamento criminoso a manifestarsi in forma tenue ha a che fare con la concreta graduabilità dell'offesa assai più che con l'astratta gravità della fattispecie criminosa: tant'è che, rovesciando il discorso, molti reati di modestissimo impatto lesivo stenteranno per loro natura ad assumere connotati di particolare tenuità (difficile, ad esempio, che il danno possa rivelarsi concretamente esiguo in un caso di ingiustificata inottemperanza dello straniero all'obbligo di esibizione del documento di identità e del permesso di soggiorno). La scelta del legislatore delegante contravviene dunque alle istanze di "depenalizzazione in concreto" che innervano la riforma, riducendone significativamente le potenzialità operative⁴²: con il paradossale risultato di gonfiare le vele della propaganda repressiva e securitaria, che ha buon gioco a paventare inesistenti automatismi applicativi al di sotto dei massimi edittali previsti («...vi sembrano poco gravi reati puniti fino a cinque anni di reclusione? vi sembra poco grave far parte di un'associazione per delinquere, o distribuire materiale pedopornografico?»).

4.1. *L'ancoraggio dei limiti edittali al massimo di pena.*

Un'ulteriore critica rivolta al decreto legislativo è stata quella di avere ancorato il limite

³⁷ Come rileva PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 8 s., non v'è dubbio che la causa di non punibilità possa operare anche quando il fatto contestato sia rimasto allo stato di tentativo (purché sia valutabile come tenue l'offesa che la consumazione del reato avrebbe determinato: cfr. anche *Audizione dei rappresentanti ANM*, cit., p. 2). In questo caso, il limite edittale dei cinque anni andrebbe riferito alla pena stabilita per il reato tentato e non a quella prevista per il reato consumato (PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 9).

³⁸ *Relazione Fiorella aprile 2013*, cit., p. 19. E' il caso di notare che l'argomento avrebbe potuto agevolmente essere speso anche a sostegno della soluzione opposta: in assenza di limiti stabiliti *ex lege*, proprio il richiamo alla esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della condotta avrebbe scongiurato, di regola, il rischio di eccessive estensioni applicative dell'istituto.

³⁹ Così Cass., Sez. un., 20 dicembre 2012, Vattani e altro, in *C.e.d.*, n. 255296 («in tema di peculato, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che utilizzi il telefono d'ufficio per fini personali al di fuori dei casi d'urgenza o di specifiche e legittime autorizzazioni, integra il reato di peculato d'uso se produce un danno apprezzabile al patrimonio della P.A. o di terzi, ovvero una lesione concreta alla funzionalità dell'ufficio, mentre deve ritenersi penalmente irrilevante se non presenta conseguenze economicamente e funzionalmente significative»), che peraltro, smentendo il precedente orientamento giurisprudenziale maggioritario, ha qualificato la specifica fattispecie dell'impiego del telefono d'ufficio a fini privati come peculato d'uso *ex art. 314 comma 2 c.p.* (punito con una pena che rientra nei limiti edittali del nuovo art. 131-bis c.p.) e non come peculato *ex art. 314 comma 1 c.p.* (punito con la reclusione da quattro a dieci anni).

⁴⁰ Ove applicabile, il nuovo istituto sembra fatalmente destinato a invadere spazi attualmente occupati (più o meno legittimamente) dal proscioglimento per inoffensività *ex art. 49 c.p.* Si dice preoccupato, al riguardo, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 523, secondo cui non solo i casi di «totale inoffensività», ma anche le ipotesi di «offensività assolutamente marginale della condotta» dovrebbero «continua[re] a essere trattate come ipotesi prive di ogni rilevanza penale».

⁴¹ In questi termini T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21, nel dichiararsi favorevole, in linea di principio, alla soluzione adottata.

⁴² Considera «un evidente handicap» del nuovo istituto la sua operatività entro i limiti di pena individuati dal legislatore, giudicati «molto bassi», A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, cit., p. 7. Si è anche rilevato, del resto, che per effetto del computo delle aggravanti l'istituto non si applicherà «ai 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»: così C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 2; v. anche *Audizione dei rappresentanti ANM*, cit., p. 3, ed 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. 131-bis c.p.*, in www.archiviopenale.it, p. 3. Per un giudizio di segno radicalmente contrario sulla scelta operata dai riformatori («raggio operativo oltremodo esteso») cfr. invece C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 243.

di operatività dell'istituto ai massimi edittali anziché ai minimi⁴³. Il sistema adottato viene ritenuto illogico perché consente alla preclusione di operare con riferimento ai molti reati puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni (come la già ricordata partecipazione a un'associazione criminosa) e non anche con riferimento ai reati puniti con un minimo più basso e un massimo più alto (ad esempio, con la pena della reclusione da sei mesi a otto anni, come avviene per il sequestro di persona): mentre, si osserva, quanto più scende la soglia edittale minima, tanto più il legislatore mostra di ritenere che il reato possa manifestarsi in forma bagatellare, ossia mostra di considerare il reato «meno grave [...] nella sua minima espressione offensiva»⁴⁴. Il rilievo è corretto: ma se si ritiene che la soglia di esiguità del danno o del pericolo rilevante ai fini dell'operatività dell'istituto debba essere calibrata sul minimo edittale, le «sperequazioni» che conseguono alla soluzione adottata potrebbero non risultare così «assurde»⁴⁵. In quest'ottica, la domanda, per rimanere all'esempio che precede, è se sia più probabile che esistano fatti riconducibili all'art. 605 comma 1 c.p. per i quali risulti sproporzionata la pena minima di sei mesi, o se sia più probabile che esistano fatti riconducibili all'art. 416 comma 2 c.p. per i quali risulti sproporzionata la pena minima di un anno. Se la risposta corretta fosse quest'ultima, la declaratoria di tenuità avrebbe ragion d'essere più con riferimento al secondo reato che con riferimento al primo.

4.2.

Il divieto di bilanciamento delle circostanze.

Un autentico rebus è costituito poi dal ruolo assegnato alle circostanze nel computo della soglia edittale invalicabile.

L'art. 131-*bis* comma 4 c.p. prevede che «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», per poi precisare che «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 prima regola riproduce la soluzione adottata dal codice di procedura penale, ad esempio, in materia di competenza (art. 4 c.p.p.), misure cautelari (art. 278 c.p.p.) e arresto in flagranza (art. 379 c.p.p.)⁴⁶, e si basa sul presupposto che le circostanze a effetto speciale e quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato «rivelano una particolare "significatività"» e sono «in qualche modo accostabili – nelle valutazioni del legislatore – a sottospecie di fattispecie autonome»⁴⁷.

Ben più problematica la seconda regola, che, non presente nello schema di decreto legislativo approvato il 1° dicembre 2014, sembra il frutto di un autentico *qui pro quo* normativo dell'ultima ora.

Sancita l'irrelevanza delle circostanze comuni⁴⁸, era del tutto scontato che di tali circostanze non si potesse tenere conto neppure ai fini di un eventuale bilanciamento *ex art.* 69 c.p. con

⁴³ Cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21. Nel senso ritenuto preferibile cfr. ad esempio l'art. 14 del *Progetto Fiorella aprile 2013* (consentita la declaratoria di tenuità per «contravvenzioni e delitti per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione *non superiore nel minimo a tre anni* o la pena della multa, sola o congiunta alla predetta pena detentiva), e la *Relazione al Progetto*, cit. («la scelta di riferirsi al minimo edittale si spiega con il fatto che esso esprime il *quantum* di pena pensato dal legislatore per le sottofattispecie bagatellari di ogni fattispecie di reato»).

⁴⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21.

⁴⁵ In questi termini ancora T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21.

⁴⁶ Occorre notare che l'art. 4 c.p.p., richiamato dall'art. 550 comma 1 c.p.p., allude alle sole circostanze aggravanti, mentre il nuovo art. 131-*bis* comma 4 c.p. e l'art. 278 c.p.p., così come modificato dall'art. 6 comma 2 della legge 8 agosto 1995, n. 332, consentono espressamente di tenere conto anche delle circostanze attenuanti a effetto speciale o per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria.

⁴⁷ *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit. Considerazioni analoghe si ritrovano nella *Relazione Fiorella aprile 2013*, cit.

⁴⁸ Con almeno una conseguenza rimarchevole: le aggravanti comuni *ex art.* 61 c.p. consistenti nell'aver agito per motivi abietti e futili, nell'aver agito con crudeltà, nell'aver adoperato sevizie e nell'aver approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima precludono *tout court* il ricorso all'istituto, quale che sia la pena edittale: le altre circostanze aggravanti di cui all'art. 61 c.p. non incidono neppure nel computo della pena ostativa.

quelle a effetto speciale o tali da determinare l'applicazione di una pena di specie diversa⁴⁹. Ciò nonostante, nel passaggio parlamentare successivo all'approvazione dello schema di decreto legislativo la Commissione Giustizia della Camera aveva preteso che la regola venisse enunciata *expressis verbis*: una delle condizioni imposte nella seduta del 3 febbraio 2015, come risulta dalla Relazione al Parere favorevole rilasciato dalla Commissione, consisteva appunto nello «stabilire espressamente l'esclusione del giudizio di bilanciamento tra le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle a effetto speciale, da un lato, e le circostanze attenuanti a effetto comune dall'altro, ad eccezione della circostanza attenuante di cui all'articolo 62, primo comma, numero 4 del codice penale»⁵⁰. Caduto il richiamo all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, il suggerimento – superfluo – è stato recepito assai maldestramente. Nel precisare che «*in quest'ultimo caso non si tiene conto del (rectius: non si effettua il) giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69*», il testo definitivo dell'art. 131-*bis* comma 4 c.p. sembra chiaramente alludere alla diversa evenienza che si realizza *quando concorrono circostanze eterogenee a effetto speciale o tali da determinare l'applicazione di una pena di specie non corrispondente a quella ordinaria*. In una simile evenienza, il giudizio di bilanciamento è la soluzione tecnicamente più corretta: un apprezzabile orientamento giurisprudenziale⁵¹ nega, con riferimento all'analogia ipotesi di cui all'art. 278 c.p.p., tanto che il suddetto giudizio sia *tout court* precluso (e si debbano, di conseguenza, computare le aggravanti nella misura massima consentita, e le attenuanti nella misura minima)⁵², quanto che il bilanciamento debba necessariamente concludersi con la riconosciuta prevalenza delle circostanze aggravanti⁵³. Con riferimento alla declaratoria di tenuità del fatto, l'infelice formulazione dell'art. 131-*bis* comma 4 c.p. rischia di offrire un consistente appiglio a queste soluzioni esegetiche, discutibili, a tacer d'altro, per la sostanziale vanificazione del richiamo alle circostanze attenuanti che esse determinano. L'alternativa è assegnare alla norma il significato che intendeva superfluamente attribuirle la Commissione Giustizia⁵⁴: ma la *littera legis* sembra costituire, al riguardo, un ostacolo insuperabile.

4.3. *La tenuità come fattore di mitigazione della pena.*

Non di rado, infine, il legislatore ricollega alla modesta portata offensiva della condotta criminosa una semplice mitigazione del trattamento sanzionatorio. In proposito conviene effettuare una distinzione preliminare. Talora, a costituire circostanza attenuante o elemento costitutivo di un'autonoma fattispecie attenuata è solo la particolare (o “speciale”) tenuità del danno o del pericolo (art. 62 n. 4 c.p.; art. 12 comma 1 lett. *b* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231; art. 2640 c.c.; art. 219 comma 3 legge fall.); altre volte è la particolare tenuità (o “lieve entità”) del fatto, risultante, *alternativamente*, dalle modalità della condotta o dalla particolare tenuità del danno o del pericolo (art. 311 c.p.), oppure dalle modalità della condotta o da altri connotati

⁴⁹ Anche qui con un singolare effetto, rappresentato dalla «incongruenza che si presenterà tutte le volte in cui una di quelle circostanze, pur presente e come tale da considerare ai fini della determinazione dei limiti di pena, sarebbe però destinata a soccombere per la prevalenza di circostanze ad effetto comune di segno opposto» (così la *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit., che ha ritenuto di «non poter intervenire su tale aspetto, indubbiamente problematico», in quanto «costituente un nodo dell'intero sistema non affrontabile in questa sede»). Il medesimo fenomeno si determina del resto nell'applicazione dell'art. 278 c.p.p.: v. ad esempio Cass., sez. V, 27 marzo 2013, Madonia, in *C.e.d.*, n. 255482, e Cass., sez. I, 31 gennaio 2003, Pirrone, *ivi*, n. 224341 («ai fini del computo dei termini di durata massima della custodia cautelare non è influente la valutazione di equivalenza delle attenuanti generiche o di altre attenuanti rispetto alle aggravanti ad effetto speciale contestate e ritenute in sentenza, poiché occorre fare riferimento ai criteri enunciati dall'art. 278 c.p.p., secondo cui – per l'applicazione delle misure personali e, quindi, per la durata massima delle stesse – si deve avere riguardo alla qualificazione penalistica del fatto addebitato e, nel calcolo della relativa pena, hanno influenza unicamente le aggravanti che comportino una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale»).

⁵⁰ *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015 (corsivo aggiunto).

⁵¹ Cfr. Cass., sez. V, 19 giugno 2007, Lacatus, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4715, e, soprattutto, Cass., sez. II, 30 gennaio 2002, Grillo, in *C.e.d.*, n. 220957. Che nella suddetta evenienza sarebbe stato “giocoforza” procedere al giudizio di bilanciamento delle circostanze cfr. la stessa *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit., che sottolineava criticamente (ma con rassegnazione) l'inevitabile «margine di discrezionalità giudiziale» che avrebbe accompagnato un simile giudizio.

⁵² Per questa soluzione Cass., sez. IV, 30 gennaio 2008, D., in *C.e.d.*, n. 239734; Cass., sez. IV, 13 novembre 2012, T., *ivi*, n. 254476; Cass., sez. I, 15 febbraio 1995, Nicolosi, *ivi*, n. 201710.

⁵³ Cfr. Cass., sez. I, 4 settembre 1984, Goffetti, in *Giur. it.*, 1986, II, c. 164.

⁵⁴ Cfr. ad esempio PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 9, che definisce «non necessaria» la precisazione legislativa portando a esempio Cass., sez. V, 27 marzo 2013, Madonia, cit., concernente, come già sappiamo, un'ipotesi di concorrenza tra circostanze aggravanti a effetto speciale e circostanze attenuanti comuni.

oggettivi del fatto (nell'art. 73 comma 5 t.u. stupef., la qualità e quantità delle sostanze); altre volte, ancora, è la particolare tenuità del fatto *tout court* (art. 323-*bis* c.p.; art. 648 comma 2 c.p.; art. 171-*ter* comma 3 l. 22 aprile 1941, n. 633).

Nei primi due casi, nulla vieta al giudice di dichiarare il fatto non punibile quando siano presenti tutti gli elementi costitutivi della particolare tenuità (lo ribadisce espressamente l'art. 131-*bis* comma 5 c.p. con specifico riferimento all'ipotesi in cui la legge preveda la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante⁵⁵), e, quando manchino i suddetti elementi, nulla impedisce alle norme mitigatrici del trattamento sanzionatorio di trovare applicazione⁵⁶. Più delicata la terza ipotesi: «quando i presupposti coincidono, [...] la particolare tenuità del fatto non può risolversi tal quale in causa di non punibilità senza comportare l'abrogazione della fattispecie attenuante»⁵⁷.

5. La non abitualità del comportamento.

Il secondo indice-criterio risultante dalla direttiva di delega è rappresentato dalla “non abitualità” del comportamento. L'intento del legislatore è quello di rendere punibile la condotta tenue se ripetuta nel tempo: esigenza finora soddisfatta – nei sottosistemi minorile e di pace e nella maggior parte dei progetti di riforma presentati *in subiecta materia* – con il richiedere, ai fini della declaratoria di tenuità, che la suddetta condotta fosse “occasionale”⁵⁸.

5.1. La nozione di non abitualità.

Il riferimento alla non abitualità (sia pure del “comportamento”⁵⁹) ha il pregio di rendere più stringente il presupposto legato al carattere seriale delle condotte criminose, sottraendo al giudice le valutazioni personologiche insite nel concetto di condotta occasionale. Legato a un'ardua prognosi di mancata recidivanza, derivante, a sua volta, dal ritenuto carattere eccezionale e irripetibile delle circostanze in cui è maturato il comportamento illecito, tale concetto avrebbe immesso nel circuito valutativo giudizi inevitabilmente caratterizzati da

⁵⁵ Cfr. la *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit.

⁵⁶ «Scopo della previsione è di evitare che le norme che contemplano la tenuità del fatto siano considerate prevalenti, in virtù di un supposto rapporto di specialità, e di chiarire, al contrario, che esse hanno un carattere residuale, essendo destinate ad operare laddove l'art. 131-*bis* c.p. non possa trovare applicazione (come, ad esempio, nel caso in cui il fatto, pur tenue, non sia occasionale)»: così la *Relazione Fiorella aprile 2013*, cit. In prospettiva diversa R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1321.

⁵⁷ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21. Più possibilista R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1320 s.

⁵⁸ Cfr. l'art. 27 comma 1 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 («durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto»), l'art. 34 d.lgs. 274 del 2000 («il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale»), l'art. 74 del *Progetto Grosso maggio 2001*, cit. («il fatto non è punibile quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: il fatto è di particolare tenuità, per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza dell'agente; il comportamento è stato occasionale; non sussistono pretese risarcitorie; non sussistono esigenze di prevenzione generale o speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato»), gli artt. 449, 467, 515 del *Progetto Dalia 2005*, cit. («...il fatto è di particolare tenuità, perché, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano», rispettivamente, «l'esercizio dell'azione penale», «il giudizio dibattimentale» o «l'applicazione della pena»), l'art. 14 del *Progetto Fiorella aprile 2013*, cit. («non si procede quando per le modalità della condotta, per l'esiguità del danno o del pericolo, per il grado di colpevolezza e per la sua occasionalità, il fatto è di particolare tenuità»), l'art. 5 del *Progetto Canzio novembre 2013*, cit. («il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere quando, per le modalità e l'occasionalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose, il fatto è di particolare tenuità»), l'art. 27 del *Progetto Palazzo dicembre 2013*, cit. («prevedere l'improcedibilità dell'azione penale in presenza delle seguenti condizioni: [...] che il fatto risulti di lieve entità in ragione delle modalità della condotta, della minima gravità dell'offesa e della colpevolezza, e dell'occasionalità del comportamento»).

⁵⁹ Cfr. C. SCACCIAOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 249. Nella *Audizione dei rappresentanti ANM*, cit., p. 4, quando il riferimento normativo alla “non abitualità” non era ancora accompagnato dalla tassativa previsione contenuta nell'art. 131-*bis* comma 3 c.p., l'argomento veniva utilizzato per allentare notevolmente le maglie della condizione ostativa: sarebbe stato legittimo escludere l'applicabilità dell'istituto «in presenza di precedenti comportamenti che, pur non avendo rilevanza penale autonoma, [fossero] però significativi di una tendenziale sistematicità», così come «non ritenere ostativi precedenti penali che, rispetto al fatto concreto per cui si procede, appa[r]issero non indicativi di un'abitualità».

imprevedibilità ed arbitrarietà⁶⁰.

Come lo stesso decreto legislativo ha avuto cura di precisare su sollecitazione della Commissione Giustizia della Camera⁶¹, comportamento non abituale significa, in primo luogo, che l'autore non deve essere stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza⁶², né avere commesso più reati della stessa indole, anche laddove ciascun fatto, isolatamente considerato, risulti di particolare tenuità (art. 131-*bis* comma 3 c.p.). Nonostante la relazione al decreto legislativo lasci intendere il contrario⁶³, la previsione è da considerarsi tassativa⁶⁴: dunque, fuori dei casi ivi previsti il comportamento non potrà mai essere considerato abituale (ad esempio, non potrà essere definita tale la condotta di chi abbia commesso in precedenza numerosi reati di indole diversa). Emerge qui un'importante differenza rispetto al parametro dell'occasionalità: mentre un secondo comportamento appartenente alla serie avrebbe già certamente potuto considerarsi non (più) occasionale, l'art. 131-*bis* comma 3 c.p. definisce abituale il comportamento di chi abbia "commesso più reati della stessa indole" *in aggiunta* a quello della cui tenuità si discute⁶⁵. Dunque, «un [solo] "precedente" giudiziario non [sarà] di per sé solo ostativo al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti»⁶⁶: in linea, del resto, con la nozione di abitudine nel reato receptivo negli artt. 102-104 c.p.

Lo stesso art. 131-*bis* comma 3 c.p. stabilisce, inoltre, che il fatto non può essere dichiarato tenue quando «si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate». Qui le intenzioni del legislatore appaiono alquanto oscure. Se il riferimento alle condotte "abituale" appare infatti scarsamente problematico – con la sola precisazione che nei reati eventualmente abituali potranno bastare due sole condotte conformi al modello a escludere la declaratoria di tenuità⁶⁷ –, i primi commenti al decreto legislativo lasciano presagire che la giurisprudenza avrà non poche difficoltà a decodificare le nozioni di condotta "reiterata" e "plurima". Per alcuni, sarebbero plurime le condotte del medesimo tipo che l'agente reiteri più volte nel medesimo contesto spaziotemporale, non importa se riconducibili al paradigma della continuazione⁶⁸ o da valutarsi unitariamente *quoad poenam* (ad esempio, la condotta di chi, in unità di tempo e luogo, «abbia profferito diverse espressioni di minaccia grave nei confronti della persona offesa», o si sia reso responsabile di «plurime condotte appropriate»⁶⁹): per altri, esso alluderebbe alle condotte concorsuali (eventuali o necessarie), con l'intento, soprattutto, di evitare la degradazione in causa di non punibilità della «evanescente» circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p.⁷⁰. Quanto, infine, al concetto di condotta reiterata, per alcuni si tratterebbe

⁶⁰ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., p. 269 s. Come rileva la *Relazione Fiorella aprile 2013*, cit., secondo «l'interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria hanno dato a questo requisito con riferimento all'istituto del giudice di pace, è da ritenersi occasionale la condotta che appaia destinata a non ripetersi ad opera dell'imputato, ossia la condotta che appaia estranea al modus vivendi dello stesso» (corsivo aggiunto). Per queste ragioni, si era ritenuto, in passato, che del requisito dell'occasionalità sarebbe stato preferibile disfarsi *tout court*: cfr. F. CAPRIOLI-G. MELILLO-F. RUGGIERI-G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità*, cit., p. 3499, e F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 16.

⁶¹ *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015. Una previsione analoga (sia pure esplicativa del concetto di occasionalità e non del concetto di non abitudine) era stata suggerita dal *Progetto Canzio novembre 2013*, cit. (art. 5), nonché da F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 17.

⁶² Salvo che sia intervenuta la riabilitazione (art. 109 comma 4 c.p.): cfr. PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 16.

⁶³ Cfr. la *Relazione al testo del decreto legislativo*, cit., secondo cui l'art. 131-*bis* comma 3 c.p. descriverebbe «talune ipotesi in cui il comportamento non può non considerarsi non abituale». Sul punto v. anche *infra*, § 5.2.

⁶⁴ Ciò «sia per l'assenza di locuzioni idonee a esprimere un intento di esemplificazione, sia, soprattutto, per l'evidente esigenza di tassatività che si impone nella disciplina di una causa di non punibilità generale e comune»: così, puntualmente, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

⁶⁵ La regola vale ovviamente anche nell'ipotesi in cui i reati della stessa indole ostativi all'applicazione della causa di non punibilità siano giudicati nell'ambito dello stesso procedimento in cui si discute di tale applicazione: lo chiarisce esattamente PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015*, n. 28, cit., p. 6.

⁶⁶ Così la *Relazione Palazzo dicembre 2014*, che ragionava, peraltro, sul solo concetto di non abitudine del comportamento, non ancora tipizzato nell'art. 131-*bis* comma 3 c.p. V. anche C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 519, e A. SCALFATI, *La debole convergenza*, cit., p. 6.

⁶⁷ Cfr. PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015*, n. 28, cit., p. 6.

⁶⁸ *Quid iuris* nell'ipotesi di concorso formale di reati? Può dirsi plurima la condotta? Si direbbe di no, ma sul punto («se il concorso formale di reati escluda l'applicabilità dell'istituto della non punibilità per la particolare tenuità del fatto in relazione alla previsione di cui all'art. 131-*bis*, comma 3, ultima parte, cod. pen., come introdotto dal d.lgs. n. 28/2015»), la terza sezione della Corte di cassazione ha già chiesto un pronunciamento delle Sezioni unite: cfr. *Alle Sezioni unite alcune delle questioni problematiche in materia di particolare tenuità del fatto*, in *questa Rivista*, 11 maggio 2015.

⁶⁹ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015*, n. 28, cit., p. 7. Sul punto E. MARZADURI, *Lenissimo compito arduo*, cit., p. 4, secondo cui in simili ipotesi «l'esclusione del beneficio [...] non pare giustificarsi sufficientemente».

⁷⁰ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

di un sinonimo di condotta plurima⁷¹, per altri di un sinonimo di condotta abituale⁷².

5.2.

Non abitualità, occasionalità e rilevanza del precedente.

“Occasionalità” e “non abitualità” di un comportamento criminoso rimangono, in ogni caso, concetti profondamente diversi. Il primo guarda principalmente al futuro, alludendo, come detto, a una prognosi di non recidivanza giustificata dalla ritenuta eccezionalità delle circostanze che hanno generato la condotta illecita. Il secondo guarda esclusivamente al passato, alludendo all’assenza di precedenti criminali reiterati e specifici⁷³.

La differenza assume un rilievo determinante nella soluzione di uno dei problemi più delicati dell’intera disciplina dell’istituto, inquadrabile nei termini che seguono. Cosa accade se Tizio, dichiarato non punibile per tenuità relativamente ai reati *x* e *y*, commette in seguito il reato *z* della stessa indole, anch’esso di tenue offensività? Potrà il giudice ritenere abituale il reato *z* dando per scontato, in virtù delle precedenti declaratorie di tenuità, che si tratti di un episodio appartenente a una serie criminosa?

A questa domanda non si può che rispondere in senso negativo se le precedenti tenuità sono state dichiarate con provvedimento di archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere. L’art. 131-*bis* comma 3 c.p. consente infatti di ritenere abituale solo la condotta di chi abbia già “commesso” più reati della stessa indole: e la norma, che già sappiamo essere tassativa⁷⁴, non può che riferirsi a un accertamento definitivo dell’illecito, effettuato – o da effettuarsi – in un contesto processuale nel quale sia stata positivamente verificata la sussistenza del fatto tenue e la sua riferibilità all’imputato⁷⁵. Come meglio vedremo in seguito, ciò accade senz’altro in sede dibattimentale, nel cui ambito la declaratoria di tenuità può essere adottata solo dopo avere scartato tutte le alternative decisorie più favorevoli all’imputato: ma non accade certamente nella procedura di archiviazione o nell’udienza preliminare.

E’ pur vero che nell’ambito della procedura archiviativa per particolare tenuità del fatto vengono riconosciuti all’indagato diritti partecipativi sconosciuti al rito ordinario⁷⁶: ed è anche vero che tutti i provvedimenti giudiziari definitivi che abbiano dichiarato la non punibilità ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p. – ivi compresi, si direbbe, i decreti e le ordinanze di archiviazione e le sentenze di non luogo a procedere, che pure non assumono mai connotati di autentica definitività⁷⁷ – devono essere oggi iscritti nel casellario giudiziale, benché non inclusi nel certificato generale e nel certificato penale richiesto dall’interessato (artt. 3 comma 1 lett. *f*, 24

⁷¹ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 7.

⁷² T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

⁷³ Cfr. G. SPANGHER, *L’irrelevanza del fatto*, cit., p. 19.

⁷⁴ *Supra*, § 5.1.

⁷⁵ Dopo avere ammesso che «il richiamo alla commissione di reati impone che si tratti di reati accertati con sentenza definitiva», PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 16, mostra di ritenere non tassativa la previsione dell’art. 131-*bis* comma 3 c.p., e che, pertanto, l’abitualità del comportamento potrebbe «desumersi anche da condotte per le quali non è intervenuto un precedente accertamento giudiziale definitivo», ivi comprese le condotte oggetto di declaratorie di tenuità adottate con sentenza o con decreto di archiviazione: purché – precisazione alquanto sibillina – «il comportamento valutabile [si sia] verificato *in termini di certezza*, non potendo tenersi conto di condotte non riferibili univocamente all’autore del reato». Nello stesso documento è più volte ribadito che il decreto di archiviazione è «un provvedimento che accerta il fatto reato e la sua riconducibilità all’indagato» (*ivi*, p. 18), «con la conseguenza che potrà tenersene conto ai fini dell’insussistenza della “non abitualità del comportamento”» (*ivi*, p. 20). In prospettiva analoga A. CISTERNA, *A rischio di legittimità*, cit., p. 70, e C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 521 («l’archiviazione *ex art.* 131-*bis* c.p. comporta comunque il riconoscimento della commissione del reato e della illiceità penale del fatto e, conseguentemente, una affermazione di responsabilità penale»).

⁷⁶ Coglie il nesso PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 3: «anche l’archiviazione per la riconosciuta particolare tenuità del fatto produce conseguenze giuridiche sfavorevoli, [...] principalmente ai fini dell’apprezzamento dell’“abitualità” ostativa all’applicazione dell’istituto», ed è «*proprio per questa ragione* che è stata introdotta una interlocuzione con l’indagato, nel caso in cui il pubblico ministero intenda richiedere l’archiviazione per la particolare tenuità del fatto, così da consentirgli, mediante l’opposizione, di far valere le ragioni che dovrebbero piuttosto condurre a una decisione liberatoria nel merito» (corsivo aggiunto). In analoga prospettiva F. PICCIONI, *Per gli avvocati “armi spuntate” nella strategia*, in *Guida dir.*, 2015 (15), p. 41, che giudica tuttavia la disciplina sospetta di incostituzionalità, ritenendo che «sarebbe stato più opportuno prevedere un meccanismo attraverso il quale ottenere il necessario consenso dell’indagato ai sensi dell’art. 111 Cost.».

⁷⁷ Questa, almeno, l’intenzione manifestata dai riformatori (v. *infra*, nel testo). Talune legittime perplessità sono espresse, al riguardo, in *Audizione dei rappresentanti ANM*, cit., p. 6. Giova ricordare che, ai sensi dell’art. 2 comma 1 lett. *g* del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, «“provvedimento giudiziario definitivo” è il provvedimento divenuto irrevocabile, passato in giudicato o, comunque, non più soggetto a impugnazione con strumenti diversi dalla revocazione».

comma 1 lett. *f*-bis e 25 comma 1 lett. *f*-bis d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313)⁷⁸. E' la stessa relazione al decreto legislativo a collegare strettamente i tre profili (archiviazione "garantita", iscrizione nel casellario, realizzarsi della causa ostativa): «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 a evitare tale effetto sfavorevole *in quanto eventualmente preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza*, mirando invece ad ottenere un risultato pienamente "liberatorio"⁷⁹.

Conviene tuttavia ribadirlo senza mezzi termini: un elemento determinante per la punibilità (in questo caso, la previa commissione di reati della stessa indole) non può ritenersi giudizialmente accertato se l'imputato non è stato posto nelle condizioni di esercitare appieno i suoi diritti difensivi – ivi compreso il diritto di difendersi provando e il diritto di impugnare nel merito il provvedimento sfavorevole – al fine di dimostrarne l'insussistenza. Non è così quando la tenuità sia dichiarata con provvedimento di archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere, ai quali, pertanto, non può ascrivere l'effetto pregiudizievole di attestare l'abitudine del comportamento criminioso⁸⁰. Una diversa lettura degli artt. 1 e 4 del decreto legislativo condurrebbe inevitabilmente la disciplina dell'istituto oltre i confini della legittimità costituzionale, per violazione, se non altro, dell'art. 27 comma 2 Cost.⁸¹

Occorre dunque rassegnarsi alla serialità bagatellare? L'autore "in serie" di fatti di particolare tenuità potrà essere perennemente dichiarato non punibile, se l'azione penale nei suoi confronti non è mai stata esercitata o non ha mai superato lo scoglio dell'udienza preliminare? Ovviamente no: ma è proprio da questo punto di vista che i presupposti della "occasionalità" e della "non abitudine" del comportamento rivelano la loro diversa natura.

Come è noto, un'autorevole corrente di pensiero si è sempre dichiarata contraria ad ammettere che la tenuità del fatto potesse venire decretata prima dell'esercizio dell'azione penale. Tra gli argomenti addotti a sostegno di questa opinione⁸², già ampiamente discussi in altra sede⁸³, figurava anche il rilievo secondo cui, consentendo alla tenuità di essere dichiarata mediante archiviazione (*id est*, in assenza di qualunque preventivo accertamento della responsabilità), si sarebbe dovuta accettare l'idea di mandare esenti da pena gli autori seriali di fatti bagatellari. Questa conclusione, tuttavia, non sembrava affatto inevitabile: il presupposto dell'occasionalità del comportamento avrebbe potuto interagire virtuosamente con l'assenza di preclusività tipica del provvedimento di archiviazione, consentendo di valutare unitariamente – e di rendere concretamente punibili – tutte le condotte appartenenti alla serie⁸⁴. I procedimenti archiviati per tenuità/occasionalità avrebbero potuto essere riaperti non appena fossero emersi ulteriori episodi criminali della stessa indole ascrivibili al medesimo soggetto, non importa se precedenti o successivi a quello (o quelli) già ritenuti

⁷⁸ Così, espressamente, la PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., pp. 3, 6, 11 s., per cui l'iscrizione (anche del provvedimento di archiviazione) «assume rilievo ai fini dell'apprezzamento del presupposto dell'abitudine del comportamento, che, per il futuro, escluderebbe di poter di nuovo accedere al beneficio definitorio». Anche secondo PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 24, l'iscrizione del provvedimento di archiviazione «appare coerente, anche per consentire la verifica successiva della non abitudine dei comportamenti».

⁷⁹ *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit. («il requisito della non abitudine del comportamento [...] impone un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolare tenuità del fatto che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tale causa»); F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1708.

⁸⁰ Concorda, con riferimento al provvedimento di archiviazione, R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1324. Ritiene invece l'A. (*ivi*, p. 1326) che il proscioglimento per tenuità dichiarato con sentenza di non luogo a procedere «determinerà l'impossibilità di giovare nuovamente della pronuncia di non punibilità per tenuità del fatto»: trattandosi di «una conseguenza "special preventiva" e non "punitiva"», non sarebbe dirimente, al riguardo, la circostanza che l'accertamento del fatto di reato avvenga, in udienza preliminare, sulla base di prove non formate nel contraddittorio delle parti e in assenza di un consenso dell'imputato al loro utilizzo.

⁸¹ Non la pensa così PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 10: vero che all'indagato che abbia presentato vanamente opposizione «non è ulteriormente consentito alcuno strumento per far valere la sua pretesa», ma «tale situazione», correlata al ritenuto valore di precedente vincolante attribuito al provvedimento di archiviazione, «ci sembra che non fondi alcun *vulnus* per il diritto di difesa, risultando comunque ragionevole la scelta del legislatore di far prevalere, nello specifico, l'esigenza deflattiva e, quindi, l'interesse pubblico a razionalizzare l'impegno giudiziario per fatti comunque di modestissima entità».

⁸² Essendo la declaratoria di tenuità una pronuncia fondata sul presupposto logico della responsabilità dell'indagato, ed avendo tale pronuncia evidenti ripercussioni negative sull'immagine e sulla vita di relazione del suo destinatario, consentirne l'adozione in contesti ipogarantiti come la procedura di archiviazione o la stessa udienza preliminare comporterebbe una violazione degli artt. 24 comma 2 e 27 Cost.: così, in particolare, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 268 ss.

⁸³ Si rinvia, in proposito, a F. CAPRIOLI-G. MELILLO-F. RUGGIERI-G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità*, cit., p. 3502 ss., e a F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 15 s.

⁸⁴ Sono qui riprese considerazioni già svolte in F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., p. 16 s., e nella *Relazione Riccio febbraio 2008*, cit. V. anche la *Relazione Canzio novembre 2013*, cit.

scarsamente offensivi: svelando l'infondatezza (originaria o sopravvenuta) della valutazione di occasionalità, la nuova *notitia criminis* avrebbe permesso di riaprire le indagini anche in relazione al fatto precedentemente archiviato, non più qualificabile come occasionale alla luce delle nuove risultanze. Portato a conoscenza del suo destinatario, il provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto avrebbe finito in questo modo per trasformarsi in una sorta di inedita sospensione condizionale dell'azione penale, con benefici effetti anche sul terreno specialpreventivo.

Il discorso cambia nel passaggio dalla "occasionalità" alla "non abitudine" del comportamento, per quanto già detto a proposito della natura prevalentemente prognostica del primo giudizio e della natura esclusivamente diagnostica del secondo. Quando emergano in seguito ulteriori condotte omologhe, un primo comportamento giudicato occasionale può essere fondatamente ritenuto a posteriori non occasionale: ma un comportamento giudicato non abituale resta sempre non abituale nel momento in cui è stato tenuto (quanto meno, se i nuovi episodi appartenenti alla serie sono successivi al primo oltre che scoperti successivamente). In conclusione, dunque, se Tizio, dopo avere commesso più reati giudicati tenui con provvedimento di archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere, si rende responsabile di un ulteriore reato della stessa indole, per affermare l'abitudine dell'ultimo comportamento e non pervenire a una nuova declaratoria di tenuità sarà necessario accertare incidentalmente, nella pienezza del contraddittorio, anche le precedenti condotte illecite: ma in relazione a tali condotte non sarà più possibile pronunciare sentenza di condanna.

6.

La tenuità del fatto tra non punibilità e improcedibilità.

Nell'annoso dibattito che ha preceduto il varo della riforma è affiorata più volte la convinzione che per consentire all'istituto della tenuità del fatto di operare già in fase pre-processuale – ossia per consentire alla relativa declaratoria di assumere le fattezze del provvedimento di archiviazione oltre che della sentenza di proscioglimento – fosse indispensabile configurare la modesta offensività del comportamento criminioso come causa di esclusione della procedibilità (in linea con la soluzione già adottata nel procedimento di pace) anziché come causa di esclusione della punibilità⁸⁵. Si trattava di una convinzione priva di fondamento, per la semplice e decisiva ragione che nulla vieta di astenersi dall'esercitare

⁸⁵ In questa direzione si era convintamente mosso il *Progetto Fiorella aprile 2013*, che 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.» (corsivo aggiunto). Così anche 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». Nello stesso senso, ma con maggiore cautela, la *Relazione Canzio novembre 2013*, cit., che, pur partendo da premesse analoghe (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")» (di qui, nel *Progetto*, un'autonoma disciplina dell'archiviazione e del proscioglimento per tenuità negli artt. 129, 411, 425 e 529-*bis* c.p.p.).

l'azione penale anche per la sussistenza di elementi ostativi del secondo tipo⁸⁶. Bene ha fatto, dunque, il legislatore delegato a consentire che la definizione del procedimento *ex art. 131-bis c.p.* potesse avvenire mediante archiviazione⁸⁷, e ad assegnare alla tenuità del fatto, nel contempo, i connotati della causa di esclusione della punibilità («*la punibilità è esclusa* quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale»), come del resto imponeva la direttiva di delega⁸⁸.

6.1. Archiviazioni e proscioglimenti per tenuità.

Effettuata questa duplice scelta, il legislatore avrebbe tuttavia dovuto svolgere più diligentemente il compito, anch'esso impostogli dalla delega, di «adeguare la relativa normativa processuale penale».

Cominciando dalle formule di archiviazione e di proscioglimento, il punto era se considerare oppure no la tenuità del fatto come una ordinaria causa di non punibilità. Nel primo caso, non si sarebbe resa necessaria alcuna modifica né degli artt. 408 e 411, né degli artt. 425 e 530 c.p.p.: in udienza preliminare e in dibattimento l'autore del fatto tenue sarebbe stato prosciolto in quanto «persona non punibile», e prima dell'esercizio dell'azione penale il suo prevedibile proscioglimento per tenuità avrebbe reso la notizia di reato infondata *ex art. 408 c.p.p.* (*id est*, non sostenibile l'accusa in giudizio a norma dell'art. 125 disp. att. c.p.p.). Nel secondo caso, attribuita alla tenuità la patente di causa *sui generis* di non punibilità, si sarebbe dovuto aggiornare il catalogo delle formule di proscioglimento di cui agli artt. 425 e 530 c.p.p., incrementando, di conseguenza, anche il novero delle *notitiae criminis* infondate: senza alcuna necessità, ancora una volta, di intervenire sull'art. 408 o sull'art. 411 c.p.p.⁸⁹

Sorprendentemente, il decreto legislativo modifica invece soltanto l'art. 411 comma 1 c.p.p. (aggiungendo il riferimento all'eventualità che la persona sottoposta alle indagini non

⁸⁶ Sul punto rinviamo, in generale, a F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 368 s. Cfr. la *Relazione Riccio febbraio 2008*, cit. («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 del fatto come causa di non punibilità non impedisce di prevedere che la tenuità venga ugualmente dichiarata con archiviazione»), nonché, in dottrina, da ultimo, C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 239 («l'esigenza di evitare il processo non necessariamente deve tradursi in un ostacolo di natura processuale, potendo il legislatore tradurla, sul piano sostanziale, in una condizione di punibilità, la cui mancanza determina l'interruzione del processo»). Non può condividersi, pertanto, l'opinione di chi ritiene che il legislatore avrebbe «configurato l'istituto in maniera diversa a seconda della fase procedimentale in cui viene ad operare» – *id est*, come causa di improcedibilità nelle indagini preliminari e come causa di non punibilità a dibattimento –, traendone rilevanti conseguenze, ad esempio, in materia di rinunciabilità della declaratoria di tenuità da parte dell'indagato: così C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 4; analogamente F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1707, secondo cui il legislatore delegante avrebbe concepito l'irrelevanza come causa di non punibilità, ma, nel contempo, richiedendo l'adeguamento della normativa processuale, avrebbe aperto la strada «a un'utilizzazione processuale dell'istituto *anche come causa di improcedibilità e dunque di archiviazione*» (corsivo aggiunto).

⁸⁷ L'opposta configurazione normativa dell'istituto (caldeggiata ad esempio da C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 268 ss.) si fonda, come già accennato, sulla convinzione che la declaratoria di tenuità del fatto, in quanto destinata ad arrecare gravi pregiudizi alla reputazione del suo destinatario, potrebbe essere adottata solo in ambito processuale, nei confronti di un soggetto che abbia avuto piena possibilità di difendersi. Benché fondata su condivisibili esigenze di garanzia individuale (sulle quali torneremo), una simile configurazione normativa avrebbe tuttavia giovato poco sia alla causa della deflazione processuale che alla causa dell'obbligatorietà. Il rischio era che il vaglio di tenuità del fatto tornasse a retrocedere, nella prassi, a sedi procedimentali non soltanto non garantite, ma finanche 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 (sul punto rimandiamo alle considerazioni svolte nella *Relazione Riccio febbraio 2008*, cit.).

⁸⁸ Come già rilevato in altra sede (F. CAPRIOLI-G. MELILLO-F. RUGGIERI-G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità*, cit., p. 3497 s.; *Relazione Riccio febbraio 2008*, cit.), il corno sostanzialistico dell'alternativa si lasciava preferire per almeno due ragioni: da un lato, perché «la qualificazione come causa di improcedibilità è più coerente con la previsione di criteri valutativi di interessi esterni al fatto e al suo autore» (così, puntualmente, la Commissione Grosso, in *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, allegato alla Relazione del 15 luglio 1999, in www.giustizia.it; v. anche R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., p. 102); dall'altro, perché la disciplina processuale dell'improcedibilità avrebbe stentato a conciliarsi con i contenuti della declaratoria in oggetto, che non può prescindere dall'analisi del merito della causa e che deve intervenire, almeno in sede dibattimentale, soltanto dopo l'accertamento degli altri elementi costitutivi del reato (mentre alla sentenza ricognitiva del fatto tenue, se concepita come declaratoria di improcedibilità, avrebbe dovuto attribuirsi prevalenza logica rispetto alle formule di proscioglimento nel merito). Con riferimento alla scelta di segno contrario compiuta dal legislatore di pace, si veda, del resto, l'icastico giudizio di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1322 s.: «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».

⁸⁹ Cfr. *Relazione Riccio febbraio 2008*, cit. 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.

sia «punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale»), lasciando intatto il disposto degli artt. 425 e 530 c.p.p. Se ne deduce che, per la legge processuale, la particolare tenuità del fatto è una causa di non punibilità come tutte le altre: diversamente ragionando, mancherebbe un'adeguata formula proscioglitrice tanto in udienza preliminare quanto a dibattimento. Ma se così è, delle due l'una: o si ritiene del tutto superflua la previsione introdotta nell'art. 411 comma 1 c.p.p., oppure si ritiene che, d'ora in avanti, la sussistenza delle cause di non punibilità diverse dalla tenuità del fatto non potrà più essere accertata e dichiarata con archiviazione.

Altrettanto sorprendente è il disposto dell'art. 3 comma 1 lett. *a* del decreto legislativo, che interviene sul regime della sentenza predibattimentale aggiungendo all'art. 469 c.p.p. un comma 1-*bis* del seguente tenore: «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 compare⁹⁰». La soluzione adottata stupisce non soltanto perché torna ad accostare la tenuità del fatto a una causa di improcedibilità (al punto che la sentenza applicativa dell'art. 131-*bis* c.p. viene definita senza mezzi termini una sentenza di «non doversi procedere»⁹¹), ma anche, e soprattutto, perché iscrive il giudizio su esiguità del danno, modalità della condotta e non abitualità del comportamento in un contesto processuale per sua natura refrattario alle valutazioni di merito⁹², rendendo pressoché inevitabile il rinvio al dibattimento cui allude il primo comma dell'art. 469 c.p.p.

Un discorso più articolato merita la scelta (dell'ultima ora⁹³) di non aggiornare il disposto dell'art. 129 comma 1 c.p.p.⁹⁴

E' noto che la non punibilità dell'imputato non figura nel catalogo delle cause di proscioglimento immediato. La dottrina ritiene che la circostanza non sia casuale: la causa di non punibilità non si presta a decisioni fulminanti perché il suo accertamento «implica il preventivo accertamento del fatto di reato»⁹⁵. E' per questa ragione, probabilmente, che il legislatore del 2015 ha ritenuto che anche la tenuità del fatto non potesse costituire oggetto di una pronuncia liberatoria immediata⁹⁶. Per contro, la giurisprudenza si mostra incline a ricondurre le cause di non punibilità nell'orbita applicativa della disposizione codicistica – anche attraverso disinvolute letture estensive della formula «il fatto non costituisce reato» – per rendere possibile il proscioglimento dell'imputato in taluni contesti processuali che consentono al giudice l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. (*in primis*, nei giudizi di impugnazione

⁹⁰ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 10, rileva, giustamente, come non sia «previsto uno specifico avviso finalizzato a mettere la persona offesa a conoscenza della possibile applicabilità della definizione predibattimentale ex art. 469 c.p.p.»

⁹¹ La *Relazione al decreto legislativo*, cit., sembra dare per scontato che il giudice avrebbe comunque potuto pronunciare sentenza predibattimentale per tenuità del fatto, tant'è che l'intervento sull'art. 469 c.p.p. viene giustificato con la sola esigenza di introdurre l'obbligo di audizione della persona offesa, «così consentendo alla stessa di interloquire sul tema della tenuità, al pari del pubblico ministero e dell'imputato». Questo «al pari» va inteso, peraltro, con cautela, dal momento che l'offeso, se compare, potrà certamente opporsi alla declaratoria di tenuità, ma non potrà vantare, a differenza di imputato e pubblico ministero, alcun potere di veto al riguardo. Sul punto, nel senso che «la non-opposizione del pubblico ministero e dell'imputato costituisce presupposto necessario anche per la sentenza emessa ex art. 469, comma 1-*bis*», in quanto l'audizione dell'offeso va intesa «come requisito aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quanto richiesto dal comma 1», v. già CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, a cura di A. CORBO e G. FIDELBO, Rel. n. III/02/2015, 30 aprile 2015, in www.cortedicassazione.it, p. 3; v. anche PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 22, e PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 10. Ritiene, peraltro, che l'attribuzione di un potere di veto alla persona offesa in questa sede «non sarebbe risultata inopportuna» E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 7.

⁹² Lo notava esattamente l'on. Ferraresi nella seduta 27 gennaio 2015 della Commissione Giustizia della Camera, cit.: «la valutazione della tenuità è probabilmente più difficile e impegnativa della stessa valutazione sull'esistenza del fatto di reato [...]; nel predibattimento essa è impossibile, poiché l'organo giurisdizionale ha ancora un fascicolo che potrebbe essere verosimilmente vuoto». Cfr. anche F. PICCIONI, *Per gli avvocati*, cit., p. 42 s.

⁹³ L'art. 3 comma 1 lett. *a* dello schema di decreto legislativo approvato il 1° dicembre 2014 («al comma dell'articolo 129 [c.p.p.], dopo le parole «non è previsto dalla legge come reato» sono inserite le seguenti: «o che l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131 *bis* del codice penale»») è stato soppresso nel passaggio al testo definitivo.

⁹⁴ Un tema spinoso è quello dei limiti entro i quali la tenuità del fatto potrà venire dichiarata nel giudizio di cassazione, tanto a regime quanto nell'attuale fase transitoria. Sul punto ci limitiamo a rinviare alle dettagliate considerazioni svolte da CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali*, cit., p. 7 s., nonché a segnalare che su due specifiche questioni è già stato richiesto l'intervento delle Sezioni unite: «se in sede di legittimità possa essere dedotta per la prima volta la questione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. introdotto con normativa successiva alla presentazione del ricorso», e «se, a fronte di ricorso inammissibile perché manifestamente infondato, sia consentito alla corte valutare, anche d'ufficio, l'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen., introdotto con normativa successiva alla presentazione del ricorso».

⁹⁵ M. DANIELE, *Commento all'art. 129 c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, p. 429, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁹⁶ Ritiene «corretta la scelta dogmatica» effettuata dal legislatore E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 6.

e nelle procedure di applicazione della pena su richiesta, di emanazione del decreto penale di condanna e di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato: ma si veda anche, ad esempio, l'art. 420-*quater* comma 2 c.p.p.)⁹⁷.

Evitare il proscioglimento dibattimentale per tenuità quando ancora non è stato accertato se il fatto sussiste, è penalmente rilevante ed è stato commesso dall'imputato è un'esigenza certamente meritevole di tutela, tanto più alla luce dell'efficacia extrapenale riconosciuta dal neointrodotta art. 651-*bis* c.p.p. al giudicato di assoluzione per tenuità⁹⁸: ma lo è anche evitare che il giudice sia costretto a infliggere condanne o cripto-condanne, concordate o meno, quando il fatto sia tenue. Probabilmente una rettifica dell'art. 129 c.p.p. che rendesse esplicita la subordinazione del proscioglimento per tenuità al previo accertamento della responsabilità dell'imputato avrebbe consentito di salvaguardare entrambe queste esigenze⁹⁹: in difetto, è presumibile che la già menzionata lettura estensiva della disposizione codicistica troverà ulteriori conferme¹⁰⁰, sempre che, per ottenere i medesimi risultati, non si preferisca fare leva su altre previsioni normative¹⁰¹. Rimangono tuttavia aperte – e andranno adeguatamente approfondite – almeno due questioni tra loro correlate: se e in che misura i proscioglimenti immediati per tenuità (che andranno comunque iscritti nel casellario giudiziale) costituiranno un precedente ostativo al riconoscimento della non abitudine di una successiva condotta tenue; se e in che misura dovrà essere garantito all'imputato e alla persona offesa il diritto di interloquire preventivamente nell'emanazione della sentenza di proscioglimento immediato *ex art. 131-bis* c.p.¹⁰².

6.2. L'archiviazione "garantita".

Tra le disposizioni di «adeguamento della normativa processuale penale» approvate dal legislatore delegato figura anche l'art. 2 comma 1 lett. *b* del decreto legislativo, che introduce una inedita figura di archiviazione "garantita" nel caso in cui l'archiviazione venga richiesta per particolare tenuità del fatto. Di tale richiesta il pubblico ministero deve dare avviso non solo alla persona offesa (che abbia dichiarato o meno di voler essere informata degli esiti dell'attività investigativa¹⁰³), ma anche – ed è questa la principale novità – alla persona sottoposta alle indagini, precisando che, nel termine di dieci giorni, indagato e offeso «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 è inammissibile, procede

⁹⁷ Cfr. per tutte Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, Ricciardi, in *C.e.d.*, n. 254104, e Cass., sez. VI, 1° marzo 2001, Fiori, *ivi*, n. 218875. Ulteriori riferimenti in CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali*, cit., p. 4 ss.

⁹⁸ *V. infra*, § 6.4.

⁹⁹ Si può ritenere che sarebbe stata sufficiente allo scopo anche la già citata modifica contenuta nell'art. 3 comma 1 lett. *a* dello schema di decreto legislativo (v. *supra*, nota 93), quanto meno se si accede all'opinione dottrinale secondo cui, emersa una causa di proscioglimento nel corso dell'istruzione dibattimentale, il giudice, prima di pronunciarsi ai sensi dell'art. 129 c.p.p., sarebbe comunque tenuto ad assumere le prove potenzialmente idonee a svelare la sussistenza di una causa più favorevole (sul punto M. DANIELE, *Commento all'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 431). Meglio ancora, inutile dirlo, sarebbe stato approfittare della riforma per rimeditare nel loro complesso gli incerti rapporti tra le cause di non punibilità e l'art. 129 c.p.p.

¹⁰⁰ Così CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali*, cit., p. 6, che rileva come la «scelta finale» del legislatore delegato di non intervenire sull'art. 129 c.p.p. non sembri «incidere decisamente sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva o analogica» della disposizione in oggetto; *contra* PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 23.

¹⁰¹ R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1328 s., ritiene, ad esempio, «superabile la lacuna» in appello attraverso un'applicazione analogica dell'art. 597 comma 5 c.p.p., e in cassazione mediante il ricorso al «canone generale dello *iura novit curia*», nonché attraverso «l'applicazione diretta degli artt. 619 comma 3 e 620 lett. *l*) c.p.p.». In CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali*, cit., p. 13-14, si osserva, per contro, come una richiesta di applicazione concordata della pena per un fatto tenue andrebbe rigettata dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri di valutazione della congruità del trattamento sanzionatorio.

¹⁰² Il tema è discusso in CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali*, cit., p. 8 e p. 13-14, con riferimento, rispettivamente, all'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di cassazione e nei procedimenti speciali.

¹⁰³ Le parole «che abbia dichiarato di voler essere informata ai sensi dell'articolo 408 comma 2», presenti nel testo dell'art. 411 comma 1-*bis* c.p.p. approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° dicembre 2014, sono state soppresse nel testo definitivo del decreto legislativo su indicazione della Commissione Giustizia della Camera (v. *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015).

ai sensi dell'articolo 409, comma 2¹⁰⁴, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta¹⁰⁵, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è 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» (art. 411 comma 1-*bis* c.p.p.).

L'idea è quella di attribuire all'indagato il diritto di interloquire nel procedimento archiviativo per rivendicare il proprio diritto a ottenere un'archiviazione più favorevole di quella decretata per tenuità del fatto, la quale non soltanto lascia intendere che il reato potrebbe essere stato effettivamente commesso, ma, nelle intenzioni dei riformatori, va iscritta nel casellario giudiziale e potrebbe addirittura fungere da condizione ostativa al riconoscimento della non abitudine di un successivo comportamento tenue. Come già sappiamo, tuttavia, il problema è che non può certamente bastare la modesta interlocuzione preventiva assicurata all'indagato dall'art. 411 comma 1-*bis* c.p.p. per vincere la presunzione costituzionale che lo vuole non colpevole del fatto addebitatogli (e mai neppure formalmente contestatogli). A tacer d'altro, non è pensabile che un elemento determinante per la punibilità dei fatti seriali successivi – l'abitudine del comportamento – possa ritenersi accertato in virtù degli esiti di una procedura nella quale non è pienamente garantito il diritto alla prova e che si conclude con provvedimenti non impugnabili nel merito¹⁰⁶.

L'apparato garantistico allestito dai riformatori non serve dunque a trasformare la pronuncia liberatoria in un precedente vincolante¹⁰⁷, ma esclusivamente a tutelare il diritto dell'indagato a ottenere un'archiviazione con formula più favorevole. Rimane però da chiedersi, in primo luogo, perché altri potenziali "archiviati" non possano vantare analoghe pretese: ad esempio, chi sia accusato di un fatto infamante non previsto dalla legge come reato, o di un fatto punibile soltanto al superamento di una determinata soglia quantitativa (pacificamente non superata nello specifico caso), o chi sia non punibile per una causa diversa dalla tenuità del fatto (ad esempio per avere sottratto denaro a un fratello convivente). In tutti questi casi, il pubblico ministero continuerà a poter richiedere l'archiviazione senza doverne dare avviso all'indagato, pur avendo quest'ultimo certamente interesse, per salvaguardare la propria reputazione, a dimostrare la propria innocenza.

C'è poi un altro aspetto da considerare. Se l'indagato ha diritto di ottenere l'archiviazione con formule più favorevoli rispetto alla tenuità del fatto, ne deriva che il pubblico ministero avrà il dovere di formulare la richiesta *ex art. 411 comma 1-bis c.p.p.* solo quando le indagini abbiano positivamente escluso la sussistenza di cause meno infamanti di desistenza dall'azione penale. In altre parole, ne deriva che il pubblico ministero non potrà affrettarsi a chiedere l'archiviazione *non appena il fatto si appalesi tenue* nel corso delle indagini, quando ancora non ne abbia verificato la sussistenza, la rilevanza penale e la riferibilità all'indagato. Una simile richiesta andrebbe inevitabilmente incontro all'opposizione dell'indagato, il quale, nel motivare le «ragioni» del suo «dissenso», contesterebbe all'inquirente di non avere seguito i percorsi investigativi che avrebbero potuto condurre all'archiviazione più favorevole: e a fronte di una simile opposizione, il giudice non potrebbe fare altro che ordinare un supplemento di

¹⁰⁴ Non è stata recepita una delle condizioni poste dalla Commissione Giustizia della Camera, consistente nell'introdurre uno specifico richiamo anche all'art. 409 comma 3 c.p.p., che prevede, come è noto, l'obbligo del giudice di comunicare al procuratore generale presso la corte d'appello l'avvenuta fissazione dell'udienza di archiviazione (v. *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015). La condizione non è stata accolta per la «necessità di evitare ulteriori gravosi adempimenti procedurali» (*Relazione al testo del decreto legislativo*, cit.). La comunicazione al procuratore generale appare in effetti ultronea nel caso di opposizione dell'indagato, che non genera sospetti di inerzia del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale. La comunicazione andrà tuttavia effettuata in caso di autonomo dissenso del giudice, nonché, si deve ritenere, in caso di opposizione dell'offeso.

¹⁰⁵ Ovviamente la richiesta, e non l'opposizione, come erroneamente pretendeva che venisse precisato la Commissione Giustizia della Camera (v. *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015).

¹⁰⁶ Tra le *Osservazioni* rivolte al Governo dalla Commissione Giustizia della Camera figurava l'invito, non raccolto dagli uffici governativi, a valutare «l'opportunità di prevedere uno specifico reclamo di merito, coordinandolo col nuovo istituto disciplinato dall'articolo 10 del disegno di legge n. 2798, con riferimento al diritto dell'indagato e della parte offesa a far valere il proprio dissenso in ordine all'archiviazione» (*Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015). Occorre peraltro osservare che l'art. 10 del d.d.l. n. 2798, attualmente in discussione alla Camera dei deputati, non prevede reclami di merito contro il provvedimento di archiviazione, ma solo un'atipica procedura di correzione dell'errore materiale nei casi di nullità del decreto di archiviazione e un'impugnazione alla corte d'appello nei casi di nullità dell'ordinanza archiviativa attualmente ricorribili per cassazione a norma dell'art. 409 comma 6 c.p.p.

¹⁰⁷ Giova ripeterlo: se sarà necessario valutare l'abitudine, l'accertamento del fatto tenue andrà effettuato *ex novo* una seconda volta, nella pienezza del contraddittorio.

indagine.

Volendo proteggere il diritto dell'inquisito a salvaguardare la propria immagine, il legislatore finisce dunque per appesantire significativamente non solo la procedura archiviativa (che vedrà, inoltre, sempre coinvolta anche la persona offesa¹⁰⁸), ma anche, e soprattutto, l'indagine del pubblico ministero. Con una duplice possibile eterogenesi dei fini: da un lato, il rischio che l'archiviazione "garantita" finisca per pesare sulla reputazione dell'indagato assai più di quanto avrebbe pesato un'ordinaria archiviazione per fatto tenue, richiesta e decretata "in ipotesi di responsabilità"; dall'altro, il rischio che il pubblico ministero, gravato di eccessivi oneri, torni a preferire il *commodus discessus* dell'abbandono della notizia di reato sullo scaffale degli affari penali non prioritari (se non quello, ancora più insidioso, del ricorso al "modello 45")¹⁰⁹. Con buona pace, è appena il caso di osservarlo, non solo delle aspettative di giustizia del denunciato e dell'offeso, ma anche del rispetto del principio di obbligatorietà.

In breve, il legislatore era posto di fronte a un'alternativa: salvaguardare i diritti del presunto autore del fatto tenue anche a scapito delle esigenze di economia processuale, oppure privilegiare le istanze efficientistiche che costituiscono, insieme con il principio di mitezza della risposta sanzionatoria penale, la vera ragione ispiratrice dell'istituto. Nel primo caso la declaratoria di tenuità avrebbe dovuto essere dislocata in un contesto processuale pienamente garantito, successivo all'esercizio dell'azione penale; nel secondo si sarebbe dovuto semplicemente aggiornare l'elenco delle cause di archiviazione, senza incrementare il corredo garantistico della procedura archiviativa e consentendo al pubblico ministero di rinunciare all'azione penale *non appena fosse emersa*, nel corso delle indagini, la modesta offensività della condotta¹¹⁰. Sordo agli ammonimenti di un'attenta dottrina, che invitata a rifuggire dagli ibridismi¹¹¹, il legislatore ha preferito imboccare una strada intermedia: il risultato è una procedura troppo garantita per poter costituire un'appetibile alternativa alla pura e semplice inazione penale, troppo poco garantita per assumere funzioni autenticamente accertative¹¹².

6.3. Questioni procedurali.

Il disposto dell'art. 411 comma 1-*bis* c.p.p. genera poi altri interrogativi.

Colpisce, in primo luogo, l'inciso che il legislatore ha ritenuto di introdurre immediatamente dopo il riferimento alla procedura di cui all'art. 409 comma 2 c.p.p. e immediatamente prima

¹⁰⁸ A ben vedere, il pregiudizio derivante all'offeso da una richiesta di archiviazione formulata in luogo di una doverosa richiesta di rinvio a giudizio non sembra significativamente maggiore quando la scelta abdicativa del pubblico ministero si fondi sulla pretesa tenuità del fatto. Non è questa tuttavia l'opinione espressa dalla Commissione Giustizia della Camera, secondo cui l'archiviazione per tenuità presenterebbe caratteristiche «peculiarì» per la persona offesa (*Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015; in prospettiva analoga, ad esempio, C. SCACCIAOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 251 s.): di qui la previsione in commento, sollecitata anche dalla Commissione Giustizia del Senato, che obbliga il pubblico ministero a comunicare l'avvenuta presentazione della richiesta archiviativa anche all'offeso che non abbia manifestato l'intenzione di esserne informato, e consente a quest'ultimo di presentare opposizione anche per motivi diversi dall'incompletezza investigativa (per una soluzione analoga v. già il *Progetto Canzio novembre 2013*, cit.). Il legislatore non ha invece ritenuto di estendere all'ipotesi in commento la soluzione adottata per il caso di necessaria comunicazione all'offeso della richiesta archiviativa per reati commessi con violenza alle persone (art. 408 comma 3-*bis* c.p.p.): il termine per la presentazione dell'atto oppositivo rimane dunque di dieci giorni anziché di venti.

¹⁰⁹ Denuncia vigorosamente questo secondo rischio T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

¹¹⁰ Era questa l'apprezzabile soluzione adottata nel *Progetto Canzio novembre 2013*, cit.: l'archiviazione per tenuità avrebbe potuto essere decretata «anche assumendo come mera ipotesi la responsabilità dell'indagato» (*Relazione*, cit.; ma v. già la *Relazione Riccio febbraio 2008*, cit.).

¹¹¹ La soluzione consistente nell'innalzare il tasso garantistico della procedura archiviativa «farebbe perdere di vista le ragioni deflattive 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 cadenze 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»: così C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 216 s., nota 186. Favorevoli alla soluzione adottata dal legislatore si mostrano, invece, tra gli altri, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 521; E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 8; C. SCACCIAOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 259.

¹¹² Così, per un verso, molte notizie di reato concernenti fatti tenui continueranno a essere archiviate per prescrizione del reato (o a non essere archiviate affatto); per altro verso, molte archiviazioni "garantite" per tenuità del fatto graveranno sulla reputazione di soggetti che non avranno avuto la possibilità di esercitare appieno i propri diritti difensivi, e molti accertamenti andranno effettuati *ex novo* quando sarà necessario dimostrare la non abitualità di un successivo comportamento del medesimo tipo. Più in generale, o la riforma non troverà concretamente applicazione, oppure non apporterà all'economia processuale autentici benefici, specie se si considera che «l'ampliamento dello spettro decisionale conseguente all'introduzione della nuova formula di proscioglimento comporterà un inevitabile appesantimento delle cadenze processuali, dovuto anche al notevole incremento degli obblighi motivazionali negativi gravanti sul giudice» (*Relazione Riccio febbraio 2008*, cit.).

del richiamo ai poteri decisionali del giudice. «Dopo avere sentito le parti» è un'espressione che sembra alludere a un'interlocuzione *necessaria* nell'udienza di archiviazione: diversamente, sarebbe bastato il doppio rinvio *per relationem* alla disciplina dell'art. 127 comma 3 c.p.p., a norma del quale, come è noto, il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso e i difensori sono sentiti solo nell'eventualità di una loro comparizione in udienza. Per evitare appesantimenti eccessivi della procedura, l'unica alternativa, esegeticamente ardua ma non implausibile, è ritenere «ultroneo» l'inciso, e sottintesa la locuzione «se compaiono»¹¹³.

Non è chiaro, in secondo luogo, quali siano i poteri del giudice dell'archiviazione in caso di autonomo dissenso dalla richiesta del pubblico ministero. Nell'imporgli di «restituire gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5», in tutti i casi in cui «non accoglie» la richiesta di archiviazione per tenuità del fatto, la norma sembrerebbe, da un lato, consentire al giudice di ordinare il supplemento investigativo o la formulazione dell'imputazione anche senza fissare l'udienza camerale di cui all'art. 409 comma 2 c.p.p., e, dall'altro, vietargli di decretare l'archiviazione con una formula diversa e più favorevole per l'indagato.

La prima conclusione va senz'altro rigettata. Benché gli ultimi due periodi dell'art. 411 comma 1-*bis* sembrino istituire una precisa correlazione tra accoglimento e rigetto *de plano* della richiesta («il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta, [...] restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5»), il richiamo ai provvedimenti regolati dai commi 4 e 5 dell'art. 409 c.p.p., letta la disposizione nella sua interezza, non può che intendersi come comprensivo anche delle modalità di emanazione di tali provvedimenti¹¹⁴.

Più complessa la questione dei rapporti tra chiesto e pronunciato. Ciò che il giudice dell'archiviazione è chiamato a valutare è se la scelta rinunciataria del pubblico ministero sia giustificata, non importa per quale ragione. Nulla di male, dunque, a ritenere che il giudice, ricorrendone i presupposti, possa archiviare anche con una diversa formula¹¹⁵: nell'espressione «se il giudice non accoglie la richiesta», la parola «richiesta» sembrerebbe potersi intendere come «richiesta di archiviazione» *tout court* anziché come «richiesta di archiviazione per tenuità del fatto». Resta però da chiedersi per quale ragione il legislatore alluda a un'adozione meramente «eventuale» dei provvedimenti di cui all'art. 409 commi 4 e 5 c.p.p. in caso di mancato accoglimento della richiesta. Consentendo una restituzione «secca» degli atti al pubblico ministero, l'art. 411 comma 1-*bis* c.p.p. sembrerebbe riferirsi proprio all'ipotesi considerata, ossia al caso in cui il giudice dell'archiviazione «ritenga, contrariamente al pubblico ministero, che l'azione è superflua dal punto di vista della commissione del fatto o della sua realizzazione da parte dell'imputato o della sua configurazione come reato»¹¹⁶.

Qualche dubbio sorge anche nell'ipotesi inversa: chiamato a decretare l'archiviazione, ad esempio, per l'insussistenza del fatto, il giudice potrà archiviare per tenuità? Si direbbe di sì, ma a condizione che la decisione non venga adottata *de plano*: prima di decidere, il giudice dovrà «sentire» indagato e persona offesa, come richiesto dall'art. 411 comma 1-*bis* c.p.p.¹¹⁷

¹¹³ Così PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 19. V. anche F. PICCIONI, *Per gli avvocati*, cit., p. 42.

¹¹⁴ Cfr. E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 9, e PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 19.

¹¹⁵ In generale, sul punto, rinviamo a F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 382 s.

¹¹⁶ Per questa conclusione R. APRATI, *Le regole processuali*, cit., p. 1324 s. Nel senso che il giudice dell'archiviazione potrebbe esprimere il proprio dissenso (e restituire gli atti al pubblico ministero) anche senza adottare uno dei provvedimenti di cui all'art. 409 commi 4 e 5 c.p.p., v. anche PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Prime linee guida*, cit., p. 19, e PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI TRENTO, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 19. Sottolinea tuttavia, correttamente, come ciò «contrast[] con una corretta lettura dei poteri del giudice, il quale, disponendo di indagini che non sono state considerate bisognose di integrazione, ben può emettere il provvedimento archiviativo anche per ragioni diverse da quelle segnalate dall'organo dell'accusa», E. MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo*, cit., p. 9.

¹¹⁷ In questo senso v. anche CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Problematiche processuali*, cit., p. 14 s.: il giudice, ove ravvisi la possibilità di decretare *extra petita* l'archiviazione per tenuità del fatto, dovrebbe «invitare il pubblico ministero a notificare all'indagato e alla persona offesa l'avviso relativo a tale ipotesi di definizione del procedimento e alla facoltà di prendere visione degli atti e di presentare opposizione nel termine di dieci giorni».

6.4.

Proscioglimento per tenuità e giudizi di danno.

Una rapida disamina merita il tema dei rapporti tra la declaratoria di tenuità e l'azione civile per le restituzioni o il risarcimento del danno.

Dopo qualche incertezza¹¹⁸ e un curioso *lapsus calami*¹¹⁹, il legislatore ha infine ritenuto di attribuire alle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto (dibattimentali o “abbreviate”) la medesima efficacia che l'art. 651 c.p.p. riconosce alle sentenze penali di condanna nei giudizi civili o amministrativi di danno. Anche i proscioglimenti (*rectius*, le assoluzioni) dibattimentali per tenuità avranno dunque «efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale» (art. 651-*bis* comma 1 c.p.p.). E «la stessa efficacia» avrà «la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato».

Lequiparazione muove da una premessa corretta: il proscioglimento per tenuità potrà essere pronunciato in giudizio solo quando l'unica alternativa plausibile sarebbe la condanna, essendo già stato accertato che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato, che il fatto è previsto dalla legge come reato, che non sussistono altre cause di non punibilità dell'imputato e che quest'ultimo è imputabile¹²⁰. Il problema è intendersi sulla portata del vincolo: il giudice civile sarà obbligato anche a ritenere il fatto di tenue offensività? Con riferimento al danneggiato dal reato che sia rimasto estraneo al processo penale e abbia tempestivamente esercitato l'azione risarcitoria in sede civile, vale quanto osserva la dottrina più avveduta a proposito dell'efficacia extrapenale della sentenza di condanna: riconoscere un'efficacia *in peius* al giudicato penale contrasterebbe con la logica sottostante al disposto dell'art. 75 c.p.p. «nonché, in senso più ampio, con l'art. 24 comma 2 Cost.»¹²¹. Tuttavia, essendo il giudice civile obbligato soltanto a considerare il fatto sussistente, illecito¹²² e commesso dall'imputato, l'impressione è che il vincolo non potrà estendersi agli elementi costitutivi della tenuità neppure nei confronti del danneggiato che si sia costituito parte civile nel processo penale o abbia esercitato l'azione risarcitoria dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado¹²³. Non va del resto dimenticato che la legge delega imponeva di disciplinare l'istituto «senza pregiudizio per l'azione civile di risarcimento del danno»: con ciò, si era fatto rilevare, «escludendosi evidentemente una possibile efficacia extrapenale, in punto di modesta offensività del danno cagionato, della declaratoria di irrilevanza»¹²⁴.

¹¹⁸ Nello schema di decreto legislativo approvato il 1° dicembre 2014 dal Consiglio dei Ministri si proponeva di intervenire sul disposto dell'art. 652 c.p.p., aggiornando l'elenco dei vincoli extrapenali derivanti dalle sentenze di assoluzione (a tali sentenze veniva attribuita efficacia di giudicato anche «quanto all'accertamento [...] che il fatto commesso dall'imputato è di particolare tenuità ai sensi dell'articolo 131 *bis* del codice penale»). Nella *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit., si giustificava la scelta notando che il proscioglimento per tenuità «presuppone comunque un accertamento sulla esistenza del reato e sulla ascrivibilità dello stesso all'imputato». Ma più coerente con tale premessa è la soluzione infine adottata dal decreto legislativo, che consiste, come immediatamente vedremo, nell'assimilare l'efficacia extrapenale delle sentenze di proscioglimento per tenuità all'efficacia extrapenale delle sentenze penali di condanna.

¹¹⁹ Nel testo pubblicato in *Gazz. Uff.* 18 marzo 2015, *Serie generale*, n. 64, il neo-introdotta art. 651-*bis* c.p.p. definiva “condannato” il prosciolto per tenuità. All'infortunio si è posto rimedio con un apposito avviso di rettifica pubblicato in *Gazz. Uff.* 23 marzo 2015, *Serie generale*, n. 68.

¹²⁰ Sul punto C. SANTORIELLO, *Non punibilità*, cit., p. 5, che ne deduce correttamente l'esistenza di un interesse dell'imputato a impugnare la sentenza di proscioglimento. Nella seduta del 27 gennaio 2015 della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'on Ferraresi si era dichiarato contrario ad attribuire efficacia extrapenale all'accertamento degli elementi costitutivi del reato prodromico alla declaratoria di tenuità, rilevando, tra l'altro, che «la motivazione sul fatto sarà meno accurata in una sentenza per tenuità rispetto a un provvedimento che condanna». Ma l'argomento va rovesciato: l'efficacia extrapenale del proscioglimento vincolerà il giudice a motivare con la massima accuratezza in punto illiceità del fatto e sua riferibilità all'imputato.

¹²¹ D. VICOLI, *L'efficacia extrapenale del giudicato*, in F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 127.

¹²² Cfr. C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 518. Giova ricordare che «il fatto dichiarato non punibile non assume alcuna diversa rilevanza (non diviene lecito, né si trasforma in illecito amministrativo): è reato, e tale resta, pur se non punibile»: così T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 19.

¹²³ Cfr. B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, in corso di pubblicazione, p. 349, p. 13.

¹²⁴ C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 251. *Contra* F. PICCIONI, *Per gli avvocati*, cit., p. 43 («non sembra revocabile in dubbio che l'efficacia debba estendersi anche alla circostanza che l'offesa è di particolare tenuità»). Ambigua la *Relazione al testo del decreto legislativo*, cit.: la sentenza passata in giudicato avrebbe efficacia nel giudizio civile anche «in ordine all'entità del fatto illecito causativo del danno», ma il giudice resterebbe «libero quanto alla quantificazione del risarcimento».

Ciò non toglie che, per vedere finalmente soddisfatte le proprie pretese, il danneggiato costituitosi parte civile dovrà esercitare nuovamente l'azione risarcitoria in sede civile dopo la conclusione del processo penale: e ciò al fine di ottenere un ristoro economico che, trattandosi di fatti tenui, sarà presumibilmente minimo¹²⁵. Sarebbe stato dunque opportuno regolare diversamente la materia. Si poteva, ad esempio, consentire al danneggiato di trasferire l'azione in sede civile dopo la sentenza di proscioglimento per tenuità, aggiornando l'elenco delle «eccezioni previste dalla legge» di cui all'art. 75 comma 3 c.p.p.¹²⁶ Oppure, muovendo dalla premessa che la sentenza di proscioglimento per tenuità è una cripto-condanna – per di più inevitabilmente accompagnata da una «anticipazione nel processo penale dei criteri di determinazione del danno che, solitamente, il giudice riserva alla separata sede civile»¹²⁷ –, si poteva spingere a conseguenze ulteriori l'assimilazione con le sentenze dichiarative della colpevolezza, spezzando il rigido legame condanna-risarcimento attualmente istituito dall'art. 538 comma 1 c.p.p. e consentendo al giudice penale di pronunciarsi sull'azione risarcitoria anche contestualmente al proscioglimento per tenuità¹²⁸. Si sarebbe inoltre dovuta valutare la possibilità di attribuire efficacia alla sentenza in oggetto anche nei giudizi civili o amministrativi diversi da quelli di danno.

7.

Una raccomandazione trascurata.

Il legislatore delegato non ha infine raccolto l'invito della Commissione Giustizia della Camera a «valut[are] l'opportunità di coordinare la disciplina della particolare tenuità del fatto prevista dell'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»¹²⁹. Il risultato – poco apprezzabile – è che nel sistema processuale riguardante gli imputati maggiorenni conviveranno due modelli profondamente diversi di proscioglimento per tenuità¹³⁰: l'uno costruito come declaratoria di non punibilità, l'altro come declaratoria di improcedibilità; l'uno subordinato alla non abitualità del comportamento, l'altro alla sua occasionalità; l'uno imperniato, oltre che sulla esiguità del danno o del pericolo, sulle modalità della condotta, l'altro sul grado di colpevolezza e sul rischio di pregiudizi per le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagine o dell'imputato; l'uno caratterizzato da una mera interlocuzione di indagato e offeso nella procedura decisionale, l'altro costellato di autentiche preclusioni legate all'interesse o alla volontà delle parti.

Come ha recentemente sottolineato la Corte costituzionale, nulla impedisce a due diverse fattispecie di proscioglimento per tenuità di convivere pacificamente nel medesimo ordinamento¹³¹. Le innegabili peculiarità del procedimento di pace (a partire dalla preferenza assegnata alle definizioni concordate della vicenda processuale¹³²) non sembrano tuttavia

¹²⁵ Sul punto A. CISTERNA, *A rischio di legittimità*, cit., p. 67, e F. PICCIONI, *Per gli avvocati*, cit., p. 43.

¹²⁶ Cfr. B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., p. 359, p. 23.

¹²⁷ A. CISTERNA, *A rischio di legittimità*, cit., p. 68.

¹²⁸ Cfr. B. LAVARINI, *Gli effetti extrapenali*, cit., p. 355, p. 19, e C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 253. L'idea di «consentire una pronuncia immediata sulle domande restitutorie o risarcitorie già in occasione della declaratoria di tenue offensività penale» era stata presa in considerazione nel corso dei lavori della Commissione Canzio, ma infine accantonata, prudentemente, «in assenza di una generale revisione dei rapporti tra azione civile e processo penale» (*Relazione Canzio novembre 2013*, cit.); ad analoghe conclusioni si era pervenuti nel corso dei lavori della Commissione Riccio: cfr. v. F. CAPRIOLI-G. MELILLO-F. RUGGIERI-G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità*, cit., p. 3505). Il rischio era creare disparità di trattamento non giustificate rispetto ad altre sentenze di proscioglimento che accertano gli estremi oggettivi e soggettivi dell'illecito senza potersi pronunciare sull'azione civile (ad esempio, la sentenza dichiarativa della prescrizione del reato che intervenga in un momento del dibattimento in cui i fatti sono già stati interamente accertati).

¹²⁹ *Parere Commissione Giustizia Camera*, 3 febbraio 2015.

¹³⁰ L'art. 131-bis c.p. non potrà essere applicato nell'ambito del procedimento di pace e del procedimento minorile, nei quali prevale la disciplina speciale della tenuità: cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 664, e T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22.

¹³¹ Corte cost. 3 marzo 2015, n. 25.

¹³² Da ultimo, sul punto, C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit., p. 250, ed E. TURCO, *I prodromi della riforma*, cit., p. 202 s. Il proscioglimento per tenuità del fatto nel procedimento ordinario nasce invece come un «istituto del tutto estraneo rispetto alla funzione conciliativa e di mediazione» (*Relazione Palazzo dicembre 2013*, cit.): di qui la mancata previsione di un potere di veto in capo alla persona offesa, considerato, del resto, «il silenzio serbato sul punto dalla delega», e «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» (*Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit.). Rileva, inoltre, che l'attribuzione del potere di veto alla persona offesa avrebbe «clamorosamente contraddetto lo scopo dichiaratamente “deflazionistico” della riforma, C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 521.

giustificare una così marcata divaricazione prescrittiva¹³³. Meglio sarebbe stato, dunque, risolvere gordianamente il problema decretando l'abrogazione dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000¹³⁴, come suggerito da talune precedenti Commissioni ministeriali¹³⁵.

¹³³ Cfr. G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, cit., p. 20, e *Audizione dei rappresentanti ANM*, cit., p. 5. Rileva G. AMATO, *Rischio incoerenza con la disciplina del giudice di pace*, in *Guida dir.*, 2015 (15), p. 45 che la «non perfetta coincidenza dei presupposti» nei due ambiti «potrebbe creare qualche problema sistematico, ove soprattutto si consideri che l'irrelevanza del fatto ex articolo 34 può dover essere applicata anche dal giudice ordinario» (nei casi di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 274 del 2000).

¹³⁴ Anche a costo di forzare la direttiva di delega, che non prevedeva alcun coordinamento (cfr. *Relazione al testo del decreto legislativo*, cit., e T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22).

¹³⁵ Cfr. l'art. 6 del *Progetto Canzio novembre 2013*, cit. e l'art. 18 del *Progetto Fiorella aprile 2013*, cit.