

I PRIMI LIMITI GIURISPRUDENZIALI ALLA "PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO"

Cass., Sez. III, 8 aprile 2015 (dep. 15 aprile 2015), n. 15449,
Pres. Mannino, Rel. Ramacci, Ric. Mazzarotto

di Ludovica Tavassi

Abstract. *La mancata applicazione della nuova clausola di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis c.p. ad opera della Corte di Cassazione nella sentenza n. 15449/2015 ha suscitato particolari riflessioni. Nel presente contributo, ripercorrendo i precedenti legislativi offerti dal procedimento a carico del minore e da quello davanti al giudice di pace, si è tentato di analizzare le criticità del nuovo istituto e di proporre una soluzione alternativa nel proposito di conciliare gli auspicati obiettivi deflattivi con la filosofia del nostro sistema.*

SOMMARIO: 1. L'oggetto della pronuncia. – 2. Le ragioni della mancata applicazione del nuovo art. 131-bis c.p. – 3. Affronti critici alla nuova clausola della "particolare tenuità del fatto". – 4. I due precedenti. – 5. I risvolti processuali nel segno dell'archiviazione. – 6. Una soluzione alternativa.

1. L'oggetto della pronuncia.

Una recentissima sentenza della Corte di Cassazione¹ offre l'occasione di ragionare sul primo indirizzo giurisprudenziale in materia di "particolare tenuità del fatto". La figura, già nota all'ordinamento di questo Paese, è stata estesa a tutti gli imputati dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, in esecuzione della legge-delega 28 aprile 2014, n. 67, che ne ha delineato fattispecie e regime.

La pronuncia in esame ha riconosciuto l'immediata applicabilità dell'istituto ai procedimenti in corso, secondo quanto stabilito dall'art. 2, 4° comma, c.p. e la stessa proponibilità anche nel giudizio di legittimità in considerazione dell'art. 609, 2° comma, c.p.p. In tal modo, la Corte ha ammesso l'inequivocabile natura sostanziale della particolare tenuità del fatto ora descritta nell'art. 131-bis c.p.²

¹ Cass., sez. III, 8 Aprile 2015, n. 15449, Pres. Mannino, Rel. Ramacci, Ric. Mazzarotto, su cui un primo commento è stato redatto da [G.L. GATTA, Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto \(art. 131-bis c.p.\), in questa Rivista, 22 aprile 2015.](#)

² Hanno aderito alla tesi Trib. Milano, sez. IV, 9 aprile 2015, n. 3937; Trib. Milano, sez. IV, 9 aprile 2015, n. 3936; Trib. Milano, Sez. IV, 16 aprile 2015, n. 4195, così secondo [G. ALBERTI, La particolare tenuità del fatto \(art. 131-bis c.p.\): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano, in questa Rivista, 21 maggio 2015.](#)

Le affermazioni seguono ad un ricorso per Cassazione proposto, fra gli altri motivi, per chiedere l'esclusione della punibilità per il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte previsto dal disposto dall'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000, secondo il quale l'imputato era stato giudicato responsabile dal Tribunale di Milano in primo grado, prima, e dalla Corte di Appello, poi.

Sennonché, nonostante il reato rientrasse nei limiti di pena indicati dalla nuova disposizione, la Corte ha rigettato la richiesta, escludendo la riferibilità della figura al fatto di cui all'imputazione, tenuto conto del tipo di fattispecie penale e delle "modalità della condotta". In altre parole, nell'effettuare le valutazioni di merito, la Cassazione ha evidenziato che i non trascurabili giudizi espressi nella motivazione della sentenza d'appello hanno escluso la ricorrenza degli ulteriori presupposti necessari per rintracciare la particolare tenuità del fatto. La Corte di Appello di Milano, in punto di responsabilità, aveva ritenuto, infatti, pienamente giustificati l'irrogazione di una pena in misura superiore al minimo, il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e la non reiterazione dei benefici di legge, in considerazione di un comportamento che, pur non abituale, non poteva ritenersi inoffensivo data la presenza dei presupposti normativamente indicati: il dolo specifico e la condotta fraudolenta, alla presenza dei quali non poteva ritenersi il risultato "di così modesto rilievo da non essere meritevole di ulteriore considerazione in sede penale".

Sull'emersione di questi dati, chiaramente indicativi di un apprezzamento di gravità del fatto, la Cassazione ha rigettato la richiesta di esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.

2. Le ragioni della mancata applicazione del nuovo art. 131-*bis* c.p.

Il risultato negativo e le argomentazioni dirette ad escludere la punibilità per la fattispecie di reato descritta dall'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000 richiamano particolare attenzione sulla pronuncia che sembra riempire "vuoti" già evidenziati nei primi commenti dalla dottrina; anche se il maggior dibattito si svolge fra gli addetti ai lavori, negli uffici giudiziari, nei quali prevale l'esigenza di fissare dei criteri idonei ad assicurare un'applicazione coerente della disciplina, nonostante la genericità delle indicazioni legislative.

In sostanza, questa prima (in)applicazione invita a ragionare sulle indicazioni di merito che si pongono come condizioni e presupposti in grado di escludere dall'area della non punibilità determinati reati, come, certamente non solo, quello descritto dall'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000.

Estremamente interessante risulta la prima considerazione in punto di diritto dove, nel valutare l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., la Corte si esprime così: «la rispondenza ai limiti di pena, rappresenta soltanto la prima delle condizioni per l'esclusione della punibilità, che, infatti, richiede congiuntamente e non alternativamente la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento».

Sul punto, nella stessa sentenza si richiama la Relazione che accompagna il d.lgs. n. 28 del 2015, nella parte in cui descrive chiaramente l'istituto: «il primo comma dell'art. 131-*bis* c.p. incardina il giudizio della “particolare tenuità del fatto” su due indici-criteri, che sono la “particolare tenuità dell'offesa” e “la non abitudine del comportamento”; con l'aggiunta che, il primo, si articola in due ulteriori indici-requisiti, costituiti dalle “modalità di comportamento” e dall’“esiguità del danno o del pericolo”».

Ulteriore osservazione di rilievo è quella in cui la Corte sottolinea l'intenzione del legislatore nel non fare espresso riferimento né al grado, né all'intensità della colpevolezza: sembra evincersi che l'elemento soggettivo sia stato volutamente escluso dalla valutazione relativa alla particolare tenuità del fatto, anche se la formula “modalità di condotta” posta espressamente fra gli indici criteri, si presta ad una diversa interpretazione, a meno che non debba ritenersi che si riferisca a diverso elemento.

Senza contare, poi, che l'esclusione appare poco congeniale ad una causa sostanziale di non punibilità, che sul piano dogmatico segue la valutazione di responsabilità: quest'aspetto sul piano legislativo non ha avuto rilievo.

La Cassazione nel rigettare la richiesta di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., difatti, ha fatto leva proprio sui giudizi espressi dalla Corte di Appello circa la ricorrenza, sotto il profilo psicologico, del dolo specifico e, sotto quello materiale, della condotta fraudolenta; entrambi elementi richiesti per configurare il reato.

Su questi specifici apprezzamenti, incentrati sui profili soggettivi del fatto, si è negato che il reato potesse esser ricompreso nell'area che esclude la punibilità per la particolare tenuità del fatto, compiendo un percorso interpretativo della norma che desta non poche riflessioni.

3. Affronti critici alla nuova clausola della “particolare tenuità del fatto”.

Da questa ricostruzione emerge chiaramente che, così strutturato, l'art. 131-*bis* c.p. presta il fianco a diversi affronti critici: il primo riguarda la stessa natura sostanziale di causa di non punibilità; il secondo, il modo attraverso cui si riversa l'istituto negli ingranaggi processuali.

Il concetto di “non punibilità”, come è noto, può essere inquadrato secondo diverse prospettive riconducibili tutte ad un comune punto di fuga: “l'inapplicabilità della sanzione ad un dato fatto”³.

Invero, le espressioni della punibilità si possono declinare in vario modo: in senso latissimo, quando ricomprendono, sul versante prettamente processuale, le situazioni attinenti sia al fatto che al rito, le quali, a loro volta, producono l'immediata declaratoria ai sensi dell'art. 129 c.p.p.; in senso ancora latissimo, ma relativamente a

³ In tal senso, la ricostruzione dell'istituto si deve a G. PIOLETTI, *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1995, pag. 525.

situazioni di diritto sostanziale, quando si tratta delle cause che escludono l'applicazione della pena e, quindi, le cause giustificanti o quelle scusanti, fino alle cause estintive della responsabilità penale; in senso lato, quando si riferiscono a quelle che escludono il reato, una volta per mancanza di illiceità, un'altra per assenza della colpevolezza, le quali, conseguentemente, si riverberano sulla applicabilità della pena; in ultimo, in senso stretto, quando si inquadra il fatto in un'ipotesi di esclusione del reato dovuta alla mancanza dei suoi presupposti, dei caratteri o degli elementi costitutivi⁴.

Risulta chiaro come, salvo che per l'ultima accezione in cui certamente non può ricomprendersi la particolare tenuità del fatto, la premessa teorica comune resti pur sempre enucleata nell'applicazione di una causa di esclusione della punibilità che presupponga necessariamente la sussistenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole: è sempre un reato di cui, per l'esiguità dell'offesa, se ne esclude la sanzione.

Sicché il raggio di azione della particolare tenuità del fatto, inteso come parametro di valutazione, può certamente subire deroghe ad opera della legge, e, come in questo caso, restringere l'area della punibilità, circoscrivendo la meritevolezza della sanzione ai soli reati che in astratto rientrano in determinati indici valutativi⁵; allora, è sul versante processuale che si stringe il nodo, nella previsione di strumenti idonei ed efficaci ad intraprendere un percorso dalle auspiccate finalità deflattive.

4. I due precedenti.

L'istituto della non punibilità per cd. "irrilevanza del fatto" ha già conosciuto, nel nostro ordinamento, due diverse declinazioni processuali: nel procedimento penale a carico del minore, ad opera dell'art. 27, d.P.R. n. 448 del 1988, e dinanzi al giudice di pace, ai sensi dell'art. 34, d.lgs. n. 274 del 2000.

In continuo bilico fra la tensione alla repressione delle attività criminose e l'esigenza della educazione del minore⁶, l'incedere del rito minorile, in presenza di un fatto tenue e di un comportamento occasionale, cede il passo ad una conclusione anticipata del procedimento.

In altri termini, si reputa che la soluzione migliore sia favorire la fuoriuscita del minorenne dal circuito penale al ricorrere dell'irrilevanza del fatto tipico, quando essa si palesa tanto in termini di scarsa offensività, quanto per l'occasionalità della condotta. Per questa particolare natura sostanziale della clausola, sul piano processuale, si è esclusa la possibilità di definire la situazione con un provvedimento archiviativo

⁴ Ancora, G. PIOLETTI, *Punibilità (cause di esclusione della)*, ult. op. cit., pag. 526.

⁵ L'individuazione del principio di offensività come "parametro di valutazione" la si deve a G. RICCIO, *Irrilevanza penale del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008, pag. 10.

⁶ Il processo penale minorile è esemplificativamente indicato come in "bilico tra repressione ed educazione" da L. PEPINO, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate*, I, *Il processo minorile*, a cura di M. CHIAVARIO, Torino, 2009, pag. 10.

considerato l'alto potenziale di conflittualità con l'art. 112 Cost.⁷ Si è preferito, infatti, propendere per la definizione con sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto previa celebrazione di un'apposita udienza in camera di consiglio⁸.

E' chiaro che le ragioni dell'istituto sono mosse dalla necessità di alleviare gli effetti traumatici del processo sul minore, nonché, già in sede di definizione del processo, di agevolare i meccanismi conciliativi con la persona offesa⁹. Ciononostante si intende chiaramente che la natura del provvedimento si prefigge di proteggere la persona dalle invadenze e dai pregiudizi di un processo a suo carico attraverso il perseguimento di un accertamento, non solo riguardo al fatto, ma specificamente rivolto a soppesare gli impatti eventuali sulla sua personalità¹⁰, lasciando che le ricadute deflative sul carico giudiziario e i conseguenti risvolti benefici in termini di efficienza¹¹, seppur positivi, restino di secondario rilievo.

Sembra, dunque, potersi affermare che «il giudizio sulla tenuità del fatto non può essere circoscritto essenzialmente alla considerazione del valore della cosa sottratta e dell'affidamento della stessa alla pubblica fede, ma deve investire la situazione complessiva, vale a dire il fatto come tale, nei suoi aspetti naturalistici, in quanto tende a stabilire se esso sia tale da determinare modeste reazioni e preoccupazioni nella comunità»¹².

Sicché la scelta nel segno di una sentenza di merito risponde alla domanda di accertamento non solo della tenuità del fatto, non solo dell'occasionalità del comportamento, ma soprattutto degli effetti pregiudizievoli della prosecuzione del procedimento sulle prerogative educative del minorenne che necessariamente devono richiamare una valutazione globale, comprensiva cioè tanto degli aspetti soggettivi quanto di quelli oggettivi, che motivi l'anticipato epilogo della vicenda giudiziaria con uno scarso significato criminoso e con una modesta rilevanza sociale¹³.

Su tutt'altri scenari sistematici, l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 28 agosto 2000, relativamente al procedimento davanti al giudice di pace, costruisce la struttura della particolare tenuità del fatto intorno all'interesse tutelato in base alla ricorrenza dell'esiguità del danno o del pericolo, dell'occasionalità e del grado della colpevolezza.

Tuttavia, sebbene l'elaborazione della figura in questione sia stata scandita in maniera più precisa rispetto a quella prevista per il minore, il conflitto fra le ragioni di

⁷ Sul punto chiaramente si esprime la *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, in G.U., 24 Ottobre 1988, serie gen., suppl. ord., pag. 221.

⁸ La declaratoria di irrilevanza del fatto è stata inquadrata come un "procedimento speciale", fra gli altri, da S. VINCIGUERRA, *Irrilevanza del fatto nel procedimento penale minorile*, in *Difesa pen.*, 1989, pag. 79.

⁹ Così come chiaramente espresso nella sintesi offerta da G. SPANCHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, I, 2015, pag. 17.

¹⁰ La giurisprudenza, nel condurre l'apprezzamento circa l'irrilevanza del fatto, deve valutare un terzo termine, ossia gli impatti del procedimento sulla personalità del minore come chiaramente espresso dalla disamina condotta da G. RICCIO, *Irrilevanza penale del fatto (dir. proc. pen.)*, op. cit., pag. 11.

¹¹ Diffusamente sul tema, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pagg. 113-122.

¹² Cass., sez. IV, 28.12.1994, in *Cass. pen.*, 1997, 165; App. Torino, 13.11.1990, in *Giur. mer.*, 1992, pag. 938.

¹³ App. Caltanissetta, 24.4.1990, in *Giust. pen.*, 1990, II, pag. 635.

opportunità di un procedimento e la salvaguardia delle esigenze individuali di lavoro, di studio, di famiglia o di salute rispetto al fatto di reato compiuto da un soggetto maggiorenne si risolve ugualmente in favore di quest'ultime.

Ciò che differisce è che, in uno scenario processuale sospinto da un'istanza di recupero in termini di efficienza dove gli stessi reati bagattellari trovano soluzioni ispirate a ragioni di celerità e di risparmio¹⁴, quelli connotati oltremodo di una scarsa levità, non possono che essere ricompresi nel novero delle "cause impeditive" dell'azione penale, risultando ingiustificato il dispiegamento di più complessi meccanismi processuali.

Per comprendere le ragioni che sostengono questa scelta – all'epoca – del tutto inedita vanno considerate, ben oltre le finalità del d.lgs. 274 del 2000, la natura bagattellare dei reati devoluti alla giurisdizione cosiddetta onoraria e la tipologia sanzionatoria che prevede prevalentemente la pena pecuniaria.

In un contesto procedimentale dove l'intento è quello di ricomporre la frattura intersoggettiva al di sopra delle esigenze garantiste sottese all'accertamento è prevedibile che siano prospettate soluzioni flessibili: la clausola è stata tradotta in un provvedimento archiviativo che esprime la massima significatività dell'intento deflattivo prevedendo una conclusione anticipata che solleva dagli oneri che sottendono ad un provvedimento decisorio circa la sussistenza del fatto.

L'art. 34, dunque, nell'intento di non collidere con l'obbligatorietà dell'azione penale, si è riproposto di incanalare i criteri della scelta in canoni prestabiliti in maniera più netta rispetto a quelli previsti nell'art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1988 per assicurare un riequilibrio fra il peso criminoso dell'illecito e la forza reattiva della risposta giurisdizionale.

La semplicità sembrerebbe massima se non fosse per un non tralasciabile dettaglio: l'interesse della persona offesa. L'art. 34, infatti, prevede che durante le indagini si proceda ad una verifica della volontà della parte lesa che si vedrebbe altrimenti sottrarre una risposta giurisdizionale alle sue istanze senza poter esprimere parere.

In questo passaggio si sarebbe potuto paventare il rischio di compromettere la celerità necessaria a non arrecare danno all'autore del fatto ritenuto irrilevante se la norma non avesse previsto una singolare verifica astratta¹⁵ che non prevede né che la volontà della vittima debba avere un peso specifico, né tantomeno un contatto diretto con il giudice o con il pubblico ministero.

Del resto, c'è d'aspettarselo nell'ambito di una procedura che eleva a suo obiettivo principe quello di non lasciare che gli impatti processuali si ripercuotano

¹⁴ Il tema è ampiamente trattato da C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, op. cit., pag. 133.

¹⁵ C. CESARI, in *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, op. cit., la definisce "una verifica asettica", pag. 137.

dannosamente sulle esigenze di salute, famiglia, lavoro o studio sulla persona che ha commesso un fatto di reato di modesto disvalore sociale¹⁶.

5. I risvolti processuali nel segno dell'archiviazione.

Se ci si fermasse alle *paper rules*, molto probabilmente ogni osservazione verrebbe semplificata; invece, un avvertito dovere di critico realismo non può non tener conto che dalle vicende giudiziarie¹⁷ sono emersi chiaramente diversi dissesti sistemici nella contemperazione delle speculazioni teoriche con le dinamiche processuali.

La perduta occasione di rivestire la clausola di una connotazione precisa, unitaria e uniforme ha lasciato campo aperto a disgreganti soluzioni operative. Sembra, anzi, che il nuovo legislatore abbia creato un *tertium genus* dell'irrilevanza, ulteriormente arricchito di elementi di tono "soggettivo" che in qualche modo moltiplica le difficoltà interpretative ed applicative dei "precedenti", peraltro pure essi rispettivamente contraddittori.

Il nuovo testo arricchisce la già abbondante figura sottoposta al giudice di pace, il cui effetto processuale (l'archiviazione, appunto) sembra entrare in collisione con quella ricchezza di elementi; così come, all'opposto, nel rito minorile, la "secca" definizione della tenuità avrebbe meritato più opportuna soluzione archiviativa

¹⁶ Tuttavia, la figura non si applica solo in fase di indagini, qualora l'azione penale sia stata esercitata, il procedimento potrà essere definito con sentenza a patto che né la persona offesa né l'imputato si oppongano. Gli interessi in gioco si fanno più numerosi: in questo frangente si tratta di dare rilevanza, per un verso, all'interesse dell'imputato ad un diverso esito; dall'altro alla disponibilità in senso conciliativo della persona offesa rispetto alla situazione conflittuale.

¹⁷ Per quanto riguarda i risvolti dell'irrilevanza del fatto nel procedimento minorile, fra le altre pronunce, cfr. Cass., sez. I, 17.03.2006, n. 11349, in *Cass. pen.*, 2008, 135, che sostiene "che la tutela del preminente interesse del minore non può essere fatta meccanicisticamente coincidere con la sua immediata fuoriuscita dal circuito processuale poiché tale obiettivo non esclude che debba comunque essere adottata la decisione a lui più favorevole, la formula di proscioglimento più adeguata alla natura del fatto contestato e ai profili soggetti del suo comportamento", con C. Cost., 18 aprile 1997, ord. n. 103 dove si sottolinea che il giudice sia posto solo nell'alternativa "rigorosamente disegnata dall'art. 27, comma 2, d.P.R. n. 448 del 1998, di accogliere la richiesta del p.m., ovvero di disporre con ordinanza, motivata e inoppugnabile, la restituzione degli atti al pubblico ministero, perché si pervenga comunque all'udienza preliminare in forza del principio di irretrattabilità dell'azione penale senza che egli possa pronunciare, per contro sentenza di proscioglimento con una formula ritenuta più favorevole per l'imputato minorenni, né di trasmettere direttamente gli atti al giudice dell'udienza preliminare". Per quanto riguarda, invece, il procedimento davanti al giudice di pace, si riporta esemplificativamente per tutte, C. Cost., 29 novembre 2004, ord. n. 371, nella quale si prospettavano dubbi tali da spostare il tema sul fatto evidenziando che "nel nostro sistema l'esercizio dell'azione penale resta in via generale precluso, in base all'art. 49, secondo comma, c.p., solo quando il danno o il pericolo siano radicalmente assenti, mentre la loro particolare lievità rileva solo ai fini dell'eventuale attenuazione della pena" che di conseguenza la clausola di tenuità del danno affiderebbe al giudice la valutazione "concettualmente ed operativamente impossibile"; che il requisito dell'occasionalità del fatto – non sufficientemente determinato – avrebbe inusitata funzione di discriminare del penalmente rilevante; infine che il grado di colpevolezza inerente al dolo e alla colpa non giustificerebbe il mancato esercizio dell'azione penale.

proprio in ragione della auspicata rapida fuoriuscita del minore dalle maglie del procedimento, se le istanze che qualificano quella giurisdizione non la impegnassero necessariamente sulla valutazione della personalità dell'imputato e, quindi, necessariamente indirizzano la "causa di non punibilità" verso la sentenza.

Per proporre rimedio alle accuse di ipertrofia che il nostro sistema giudiziario si è visto muovere dalla stessa Corte di Strasburgo¹⁸, la legge n. 67 del 2014, recependo i due risvolti, ha inteso la particolare tenuità del fatto come una causa di non punibilità, rendendo l'istituto di portata generale tanto in campo sostanziale quanto sul terreno processuale.

In questo verso, il d.lgs. n. 28 del 2015, recependo le proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio non solo in materia di pene detentive non carcerarie, ma in seno ad una depenalizzazione concreta, ha inteso adeguare la normativa processuale con la previsione per l'art. 411 c.p.p. di un nuovo comma, 1-bis¹⁹, che ammette l'archiviazione per particolare tenuità del fatto.

Nella Relazione che accompagna il decreto si legge che la disciplina, così disegnata, si prefigge di realizzare "il non facile equilibrio tra le esigenze di massima anticipazione processuale dell'istituto, da un lato, e i contrapposti interessi dei due soggetti privati, dall'altro".

Del tutto senza precedenti si riconosce, a seguito della richiesta di archiviazione, l'obbligo di invio dell'avviso alla persona sottoposta alle indagini che potrebbe avere interesse a proporre istanza di oblazione (se consentita), ottenendo i più favorevoli effetti dell'estinzione del reato o ancora di un'archiviazione di diverso contenuto, alla quale, comunque, il giudice non sembra legittimato. Ha precedente specifico in materia di contrasto alla violenza di genere²⁰, invece, la previsione dell'avviso alla persona offesa del reato, a prescindere da una sua richiesta: ciò per consentirgli l'indicazione di elementi idonei ad escludere la causa di non punibilità²¹.

La norma ammette la possibilità di presentare un'opposizione in cui, per non incorrere nell'inammissibilità, basta indicare i motivi del dissenso rispetto alla richiesta

¹⁸ Ne è un esempio pregnante e attuale la [Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013 – Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10 – Torreggiani e altri c. Italia](#) in cui la menzionata Corte si è pronunciata sullo stato del sistema penitenziario in genere, e sul problema del sovraffollamento delle carceri, in specie.

¹⁹ Si riporta il testo dell'art. 411, comma 1-bis, c.p.p.: "se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che nel termine di dieci giorni possono prender 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 ai sensi dell'art. 409, 2° comma, e, dopo aver sentito le parti, se accoglie la richiesta, 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'art. 409, 4° e 5° comma".

²⁰ Cfr. art. 408, 3-bis c.p.p. così come inserito dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. nella l. 15 ottobre 2013, n. 119.

²¹ Così [A. MANGIARACINA, La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.p.: vuoti normativi e ricadute applicative, in questa Rivista, 28 Maggio 2015, pag. 4.](#)

del pubblico ministero. Alla presentazione di quest'atto consegue, naturalmente, l'udienza in camera di consiglio, all'esito della quale il giudice potrà pronunciare l'archiviazione dopo aver sentito, quindi, l'indagato e il soggetto che ha subito l'offesa, eventualmente comparsi. L'inedita opposizione prevista si pone, quindi, come un passaggio praticamente ineludibile che di certo non alleggerisce il carico di lavoro intorno ad un fatto che si presume tenue.

In seguito, una volta che il giudice ha accordato la soluzione archiviativa per la particolare tenuità del fatto, il provvedimento va iscritto nel casellario giudiziale per dare concretezza al requisito della "non abitudine del comportamento", previsto dal primo comma dell'art. 131-bis c.p., iscrizione che, pur non riguardando – per la prima volta – un atto non generato da specifica accusa, produce l'effetto deleterio di "un precedente giudiziario".

In questo contesto si moltiplicano le perplessità circa la coerenza di questa norma con le ragioni di sistema.

Invero, riprendendo le fila del discorso dalla individuata natura sostanziale dell'istituto, sostenuta oltretutto proprio dall'art. 1 della legge delega 28 aprile, 2014, n. 67, non si può non tener conto che una declaratoria di non punibilità e, quindi anche quella per tenuità del fatto, debba logicamente presupporre la ricorrenza del reato e l'accertamento della responsabilità dell'autore del fatto, pure se l'offesa è ritenuta esigua.

Sul versante processuale, poi, la natura della clausola crea una situazione contraddittoria con le finalità delle indagini risultando poco chiaro se il giudizio di "tenuità" debba essere emesso allo stato degli atti o se abbisogni di accertamenti "di merito" che riconoscano la presenza di quella pluralità di elementi che la qualificano sul piano soggettivo, addirittura rispetto alla possibile valutazione delle circostanze, che è evento successivo alla dichiarazione di responsabilità.

Sembra, insomma, che nella evenienza il pubblico ministero debba adoperarsi non per raccogliere elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio ma prove che, in attuazione del primo comma dell'art. 133 c.p., consentano di esprimere un apprezzamento "di merito" che attesti la particolare tenuità del fatto in ordine a valutazioni non solo oggettive del fatto ma anche di natura soggettiva, su cui insiste la pronuncia della Cassazione in osservazione.

In altre parole, le indagini per ottemperare alle verifiche di tutti i requisiti richiesti dall'art. 131-bis c.p., dovrebbero essere necessariamente complete infrangendo, in questo modo, ogni auspicato obiettivo di economia processuale. Difatti, "le modalità della condotta" e "la non abitudine del comportamento" dovrebbero essere riscontrate dal giudice secondo una valutazione concreta che risponda alla *ratio* dell'istituto della tenuità che, in ogni caso, risiede nel necessario adeguamento della fattispecie normativa astratta alla realtà concreta che solo successivamente può risultare di irrilevante offensività²². Questo curioso legame fra punibilità ed archiviazione lascia

²² Il ragionamento, così compiuto, nel senso della riconduzione della realtà concreta nella fattispecie lo si rintraccia in F. CAPRIOLI-G. MELILLO-G. SANTALUCIA-F. RUGGERI, *Sulla possibilità di introdurre nel processo*

presagire un inopportuno aggiramento dell'obbligatorietà dell'azione penale laddove, per la complessa veste sostanzialistica della tenuità, condizionata da elementi qualificativi solitamente riscontrabili soltanto dopo la valutazione sul fatto e sulla responsabilità, si avverte un'anticipazione del giudizio nel procedimento, senza azione²³.

6. Una soluzione alternativa.

Per poter ipotizzare un percorso diverso che concili obiettivi deflattivi nel segno dell'economia processuale con propositi di adeguamento della figura al sistema ed alle istanze della stessa Unione Europea, non si può prescindere da alcune delle cause che hanno impantanato la nostra Giustizia nelle sabbie del "gigantismo delle indagini"²⁴, dalle quali si ha l'impressione che il d.lgs. 28 del 2015 non porti molto lontano proprio per quell'immobilismo che sembra essere dettato dell'art. 112 Cost.

Ponendosi in questa angolazione, sembra doversi affermare che il processo penale deve intendersi non più (almeno non solo più) come il luogo in cui soltanto attraverso il completo dispiegamento dei suoi ingranaggi garantisti si segnano le rotture con un passato dispotico e inquisitorio, piuttosto come una risorsa preziosa che va giostrata con oculatezza per ridimensionare lo schiacciante numero di ricorsi alla giurisdizione nel tentativo di un riequilibrio istituzionale fra garantismo ed efficienza.

La conquista di un'azione penale di segno concreto, infatti, affermata nel proposito di sostenere l'utilità del ricorso alla giurisdizione di merito (cfr. art. 125 disp. att. c.p.p.) ha colmato di significato l'apparente rigidismo del principio di obbligatorietà: il legislatore del 1988, attuando la Costituzione (come si legge nel Preambolo dell'art. 2 della legge-delega del 1987), ha creato una dimensione, i cui confini sono segnati dall'esercizio dell'azione, dove l'idoneità concreta degli elementi raccolti giustificano, anzi richiedono, l'intervento invasivo della giurisdizione nelle situazioni soggettive dell'individuo.

Eppure, nonostante ciò, la sproporzionata quantità di notizie di reato rispetto agli esiti processuali sembra aver impedito, nella prassi, che quel progetto possa funzionare compiutamente.

In questo contesto, un istituto come la tenuità del fatto acquista utile efficacia se riferito ai "reati bagattellari" impropri e se lo si qualifica come uno strumento di

penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. *Riflessioni a margine di una recente proposta*, in Cass. pen., 2006, pag. 3501.

²³ G. RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, in *Quaderno n. 1 de La Gazzetta Forense*, in corso di pubblicazione, secondo cui "non è chiara la filosofia del nuovo legislatore; ancor meno le conoscenze ontologiche e dogmatiche che egli manifesta nella occasione, risultando equivoco il rapporto tra "non punibilità" ed "archiviazione", richiedendo la prima, la formulazione dell'imputazione ed il giudizio, che la seconda esclude in radice, quale formula classica di inazione".

²⁴ L'espressione è di F. CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari* in F. PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, 2000, pag. 272.

“depenalizzazione giudiziaria” capace di rimodulare le forze processuali per quei soli fatti che richiedono una valutazione giurisdizionale riguardo esclusivamente l’accertamento della concreta offesa prodotta dal fatto, giacché solo in questi termini può legittimarsi la scelta dell’archiviazione della notizia di reato secondo quanto deciso dall’attuale legislatore, seppur nella formula degli “altri casi” di cui all’art. 411 c.p.p.

In verità, sebbene sia incontestabile il potere del legislatore di qualificare la clausola come causa di “non punibilità”, è il suo contrappunto processuale che promuove la riduzione del carico giudiziario attraverso uno strumento capace di incidere sull’azione e non sul giudizio a risultare contraddittorio per tutta una serie di ragioni che non possono ignorarsi, come la particolare eterogeneità di una causa che non è interna al fatto, come la scelta processuale della non-azione rispetto ad una situazione valutabile esclusivamente all’esito del processo, come la necessità di compiere comunque le indagini necessarie alla “ricostruzione” dei molteplici elementi anche di natura soggettiva che la qualificano o come gli inconciliabili rapporti che sorgono con l’art. 129 c.p.p. che esclude dal suo raggio di azione proprio “le cause di non punibilità” per l’avvertita necessità di una penetrante valutazione post-accertamento del fatto e della responsabilità.

Di qui nasce la convinzione che la tenuità del fatto intesa così, come una causa di non punibilità, richieda necessariamente l’azione e quindi la sentenza, come dimostrato dalla stessa pronuncia della Cassazione, qui ripercorsa, che ne esclude l’applicabilità in ragione proprio di quel dolo specifico che qualifica il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte; sia perché sul piano dogmatico la causa di non punibilità non può riguardare il fatto in sé, cioè la sua ontologia; sia perché sul piano sistematico crea una versione “anomala” di archiviazione su inusitate valutazioni di natura tanto oggettiva quanto soggettiva; tanto è vero che il legislatore del 1988 propose, nel procedimento a carico dei minori, per la soluzione della sentenza, anche se quella esperienza ha evidenziato i problemi di cui si è fatto cenno.

Per proporre un’alternativa che superi queste obiezioni, una strada percorribile che razionalizzi la corrispondenza fra il piano sostanziale e quello processuale ma soprattutto che muova dalla consapevolezza che le limitate possibilità del processo devono porsi come criterio guida per le scelte di riforma può essere quella, già prospettata da parte della dottrina, che intende la tenuità del fatto come “una valutazione eminentemente tecnica circa il rapporto fra condotta ed offesa”²⁵. Questa visione punta sulla considerazione che, se la valutazione è interna al fatto e se riguarda la scarsa offensività che emerge già dalla notizia di reato, allora, deve privilegiarsi la formula della archiviazione per la inutilità del ricorso alla giurisdizione di accertamento per la dichiarata mancanza di meritevolezza della pena di un fatto che non comporta un significativo disvalore sociale.

E’ la *species* dei reati bagattellari “impropri” ad aver dato inizio a questa “intuizione” che trova conferma nel d.lgs. n. 274 del 2000 (solo) per i reati di competenza del giudice di pace che, ad oggi, ricopre tutti quei reati che il legislatore

²⁵ G. RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, op. cit.

non può depenalizzare secondo il combinato disposto dagli art. 25, 2° comma e 27, 3° comma della Costituzione ma che, di fatto, espongono la futura imputazione ad una pronuncia di proscioglimento “per non doversi procedere” che delegittima lo stesso giudizio. E’ questo aspetto – appunto – tecnico che orienta direttamente sulla inazione, creando un rapporto di immediatezza tra fatto e decisione che renderebbe altrimenti vulnerabili gli eventuali elementi raccolti rispetto alle prospettive dell’accusa.

In altri termini, questa soluzione rimette al pubblico ministero, prima, e alla conferma del giudice per le indagini preliminari, poi, il profilo penalistico del fatto rappresentato nella notizia di reato, incentrandolo, su una prognosi prettamente tecnica circa la ricorribilità della pena per quel fatto specifico che, senza considerare altre categorie qualificative, si presenta come irrilevante sul terreno della giurisdizione penale.

Costruita in questo modo, la tenuità, intesa come *modo di essere del fatto*, si lega con l’archiviazione in maniera ragionevole: è la scarsa offensività ad indurre il pubblico ministero ad una valutazione procedimentale di “superfluità” del giudizio, che invita sul terreno archiviativo la conferma giudiziale attraverso la verifica della sussistenza delle condizioni di legge a sostegno delle sue determinazioni in ordine alla scelta di non agire.

Insomma, questa declinazione dell’istituto, il particolare modo di essere del fatto, la sua stessa natura, convergono verso una nuova categoria di natura prettamente processuale che “limita”, non giustifica, l’esercizio dell’azione penale manifestandosi – se si vuole – come un’anomala “condizione di non procedibilità”; infatti, se si considerano, quest’ultime, come eventi esterni al fatto solitamente dipendenti da volontà di terzi, si comprende il motivo per cui si è inteso rifuggire dalla categorie già nota, dato che il “fatto tenue” è una caratterizzazione del “fatto-reato”, una sua forma di espressione nel caso concreto.

Queste considerazioni non possono sottrarsi alle specifiche obiezioni che si sono già presentate nell’ambito delle riflessioni sulla tenuità del fatto come causa di non punibilità.

La prima riguarda la previsione dell’occasionalità della condotta criminosa tra i possibili presupposti della tenuità del fatto: è consequenziale al discorso fin qui sostenuto che il provvedimento di archiviazione non può essere invocato come precedente ad una seconda condotta criminosa di altrettanta scarsa offensività addebitata allo stesso soggetto, mancando, come è logico, la cristallizzazione del fatto ad opera dell’imputazione.

D’altro canto, dato che non ci si può rassegnare ad una diffusa serialità bagatellare, deve farsi leva sulla non preclusività del provvedimento archiviativo che rende possibile, anzi doverosa, nell’indagine su ulteriori fatti criminali, la riapertura delle stesse attività investigative sul primo caso che, per questo motivo, non

apparirebbe più occasionale e quindi non sarebbe più coperta dall'ombrello della tenuità: le due condotte verrebbero processate unitariamente²⁶.

La seconda richiama l'attenzione sugli effetti dell'eventuale scure della colpevolezza che il provvedimento lascerebbe sull'indagato totalmente estraneo ai fatti. E' in linea con una dovuta coerenza con la soluzione che "il minore dei mali" per la reputazione di un individuo, che suo malgrado viene sottoposto ad indagini, è costituito proprio dal provvedimento che, su tutti, non afferma né la sussistenza del reato, né accerta la responsabilità²⁷.

Da questo punto di vista, questa soluzione non solo semplifica l'istituto ma lo solleva opportunamente da ogni valutazione di tipo personalistico e, quindi, colpevolista.

In ultimo, per quanto attiene a una possibile obiezione circa la ristrettezza dei margini del controllo giurisdizionale sulla soluzione prefigurata restano *in auge* le garanzie e gli strumenti previsti nelle forme canoniche della procedura di archiviazione, dal momento che la tenuità del fatto non si propone come una situazione archiviativa diversa da quella che si fonda sulla "insostenibile leggerezza" dell'accusa in giudizio.

In definitiva, la declinazione della particolare tenuità del fatto in una causa che legittima la desistenza dall'attivazione della giurisdizione di merito sembra realizzare un significativo risparmio delle risorse processuali di segno accertativo rispetto ad un fatto che manca di una significativa offensività. Sembra, cioè, che essa si proponga di regolare le dispersioni processuali convogliandole in un progetto di alleggerimento del carico di lavoro che aiuterebbe il nostro Stato ad allinearsi all'Europa e a rispondere con duttilità alle esigenze di modernità dei nostri tempi.

In ultimo, un ostacolo infido potrebbe essere avanzato: la conciliabilità con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale.

Posto che un occulto aggiramento dell'art. 112 Cost. – se così si può definire – appartiene già alla filosofia della legge-delega n. 67 del 2014 dovuto all'ipotesi di archiviazione previsto dall'art. 411, 1-bis c.p.p. di nuova fattura, ciò che stride sono i presupposti sulla quale si fonda la richiesta che attiene a requisiti che, come dimostrato, non sono riscontrabili in ambito procedimentale né tantomeno con un provvedimento diverso dalla sentenza.

Allora, la soluzione prefigurata nel segno di una causa impeditiva dell'azione penale, che si propone di attenuare e non aggirare la rigidità del principio auspicando un recupero della sua effettività sulla base di considerazioni di natura eminentemente tecniche, sembra essere in grado di connotare con profili di legalità quelle tante striscianti operazioni di selezione discrezionale delle *notitiae criminis*, di cui i pubblici ministeri si fanno portatori, senza controlli, rispondendo con una soluzione che esalta

²⁶ L'intuizione la si deve ai lavori della Commissione Governativa presieduta dal Prof. G. RICCIO, istituita con D.M. 25 Settembre 2006.

²⁷ In verità questo effetto collaterale sembra maggiormente presente nella disciplina di recente emanata, considerata, anche, la mancata previsione di una alternativa archiviativa concessa al giudice.

la concretezza dell'azione pur non intaccando la sacralità di un principio posto a presidio di valori che restano, almeno sul piano politico, irrinunciabili.