

QUESTIONI VARIE IN TEMA DI IRRILEVANZA PENALE DEL FATTO PER PARTICOLARE TENUITA'*

di Riccardo Dies

Abstract. *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto porrà notevoli problemi interpretativi per la cui soluzione è utile evidenziare la diversa combinazione tra le distinte ratio del nuovo istituto – principio di proporzione e deflazione processuale – in relazione alle varie fasi del procedimento. Alla luce di queste premesse sono stati affrontati i nodi interpretativi del diritto intertemporale e della compatibilità con le soglie di punibilità. Infine, si è argomentato il dissenso con l'opinione corrente secondo la quale anche i provvedimenti di archiviazione devono essere iscritte al casellario giudiziale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito applicativo. – 3. Presupposti. – 4. Ratio e struttura logica: in giudizio. – 4.1. ... e nelle fasi precedenti. – 5. Diritto intertemporale: l'applicabilità dell'art. 2, comma 4 c.p. – 5.1. Il difficile rapporto con l'art. 2, comma 3 c.p. e l'applicabilità dell'art. 2, comma 2 c.p. – 6. Soglie di punibilità: posizione del problema. – 6.1. Le soglie di punibilità che definiscono l'offesa. – 7. Modifiche al casellario giudiziale: il dato letterale. – 7.1. Il rapporto con l'archiviazione c.d. garantita. – 7.2. ... e col requisito della non abitudine del comportamento.

1. Premessa.

Il 2 aprile 2015 può considerarsi una data storica per il nostro sistema penale, essendo finalmente entrato in vigore un istituto da tempo conosciuto da molti ordinamenti a noi vicini ed auspicato dalla prevalente e più illuminata dottrina¹, che più volte era stato inserito in vari progetti di riforma², ma sempre senza esito, nonostante fosse già sperimentato nei sottosistemi del processo minorile e della processo avanti al giudice di pace³, sia pure con vistose differenze di disciplina rispetto all'istituto generale

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione su Cassazione penale, il cui editore si ringrazia per averne autorizzato la pubblicazione su *questa Rivista*.

¹ Per tutti PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985 e, più di recente, BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1473.

² Per un dettagliato quadro ricostruttivo cfr. TURCO, *I prodromi della riforma*, in AA. VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di TRIGGIANI, Giapichelli, 2014, p. 221 s.

³ Cfr., rispettivamente artt. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e 34 d.lvo n. 274 del 2000 (la cui natura sperimentale, in vista "di successive estensioni applicative", era espressamente sottolineata nella Relazione allo schema di decreto delegato). L'assenza di una norma di coordinamento pone il problema se il rimedio generale si applichi anche negli indicati sottosistemi, affiancandosi ai rimedi speciali ovvero se in tali sottosistemi siano

di recente introduzione. Col decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 è stata infatti attuata la delega per “*escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a 5 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*”, contenuta nell’art. 1, comma 1, lett. m), legge 28 aprile 2014, n. 67⁴.

Il citato decreto legislativo ha introdotto nel codice penale una nuova causa di non punibilità, prevista nel nuovo art. 131-bis c.p. (art. 1), la cui importanza sistematica è sottolineata dalla modifica delle intestazioni del Titolo V e del Capo I del Libro I del codice, ha modificato l’art. 411 c.p.p., in tema di archiviazione (art. 2) e l’art. 469 c.p.p., in tema di sentenza predibattimentale, ha aggiunto l’art. 651-bis c.p.p., in tema di efficacia di giudicato nel giudizio civile delle sentenze di proscioglimento (*rectius* di assoluzione) pronunziate a seguito di dibattimento o di rito abbreviato per particolare tenuità del fatto (art. 3) e modificato il testo unico sul casellario giudiziale, prevedendo l’iscrizione anche dei provvedimenti che dichiarano il fatto non punibile per particolare tenuità (art. 4).

applicabili solo quest’ultimi. La soluzione preferibile è senz’altro la seconda, perché assicura maggiore coerenza al sistema evitando complessi problemi interpretativi e può essere argomentata sul rilievo che la materia è già stata regolata da una legge speciale, a norma dell’art. 16 c.p. In questo senso, autorevolmente, PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, 15, 22 e BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 664. Non può tuttavia escludersi che nella prassi si faccia largo la tentazione ad una generalizzata applicazione del rimedio generale al fine di aggirare limiti legali dei rimedi speciali ritenuti troppo gravosi (ad es. l’impossibilità di procedere con una semplice archiviazione nel rito minorile ovvero in presenza dell’opposizione della persona offesa dopo l’esercizio dell’azione penale, davanti al giudice di pace). Uno spunto letterale in tal senso potrebbe essere ravvisato, per il rito onorario, nell’art. 17 d.lvo n. 274 del 2000 che prevede che il PM possa richiedere l’archiviazione anche nei casi previsti dall’art. 411 c.p.p., tra i quali rientra ora anche la nuova causa di non punibilità (cfr. così anche le linee guida della Procura di Palermo, in *questa Rivista*, 2 luglio 2015, 24 con commento di [ALBERTI, Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Palermo](#)). Sennonché non si tratta di un argomento decisivo perché la particolare procedura prevista dal nuovo comma 1-bis del medesimo art. 411 c.p.p., con facoltà di opposizione di imputato e persona offesa e necessaria fissazione dell’udienza, appare inconciliabile, a norma dell’art. 2 d.lvo n. 274 del 2000, col rito onorario, nel quale l’opposizione all’archiviazione dà sempre luogo ad un contraddittorio meramente cartolare, senza fissazione di alcuna udienza. A favore dell’applicazione congiunta perlomeno nel giudizio minorile si è espresso PERELLI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Questione giustizia*, 10 luglio 2015.

⁴ Si tratta senz’altro della più importante legge di riforma della giustizia penale degli ultimi anni, strutturata su tre capi: il primo contiene ulteriori deleghe per introdurre le nuove pene principali dell’arresto e della detenzione domiciliari e per la depenalizzazione di vari reati, attraverso la trasformazione in illeciti amministrativi e, in taluni casi, in illeciti civili sanzionati, oltre che col risarcimento del danno, anche con un’inedita sanzione pecuniaria civile; il secondo ha introdotto la sospensione del processo con la messa in prova per maggiorenni; il terzo ha riformato il processo in *absentia*, abrogando il processo contumaciale. La prima delega relativa alla riforma delle pene principale è, peraltro, ormai scaduta mentre quella relativa alla depenalizzazione potrà essere esercitata sino a novembre 2015. Per incisive e condivisibili critiche sulla solo parziale attuazione della riforma cfr. BARTOLI, *L’esclusione*, cit., 659 ss. Sulle deleghe contenute nella legge cfr. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693. Sugli antefatti della riforma cfr. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *questa rivista*, 2012, 7.

Il presente intervento non costituisce un commento organico dell'importante riforma, superiore alle forze di chi scrive, ma più semplicemente vuole porre spunti di riflessione su alcuni dei nodi interpretativi più spinosi che, da un lato, riguardano l'essenza stessa del nuovo istituto e, dall'altro, si manifestano particolarmente rilevanti ed urgenti, quali, ad es., il diritto intertemporale e la compatibilità con le c.d. soglie di punibilità. Si esporranno quindi, in stretta relazione con i risultati acquisiti nella prima parte, le ragioni di dissenso alla *communis opinio* secondo la quale la nuova disciplina imporrebbe l'iscrizione nel casellario giudiziale non solo delle sentenze di assoluzione ma anche dei provvedimenti di archiviazione, rimarcando le incongruenze letterali dell'interpretazione prevalente e cercando di argomentare anche la sua inopportunità pratica e sistematica, oltre alla difficile compatibilità con principi fondamentali di rilievo costituzionale, quale il diritto di difesa e, soprattutto, la presunzione di innocenza.

Sarà tuttavia bene iniziare da talune considerazioni sull'ambito di applicazione, sui presupposti generali, e, soprattutto, sulla *ratio* di fondo del nuovo istituto.

2. Ambito applicativo.

In piena conformità con la delega, a norma del comma primo dell'art. 131-*bis* c.p., la nuova causa di non punibilità non trova un'applicazione generalizzata ma è limitata ai soli reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva⁵. Il decreto delegato si è limitato a precisare come debba essere determinata la predetta pena, accogliendo il criterio, già largamente presente a diversi fini nella legislazione penale, secondo il quale non si tengono conto delle circostanze ad effetto comune ma solo di quelle che *"comportando una specie di pena diversa od essendo ad effetto speciale, rilevano una particolare significatività tale da essere in qualche modo accostabili – nelle valutazioni del legislatore – a sottospecie di fattispecie autonome"*⁶. Il comma 4 c.p. dell'art.

⁵ Per condivisibili critiche fondate sull'eccessiva delimitazione dell'ambito operativo cfr. CAPRIOLI, [Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto](#), in *questa Rivista*, 8 luglio 2015, 11.

⁶ Così la Relazione della Commissione ministeriale che ha redatto il testo dello schema di decreto delegato, § 5. Non sembra da accogliere l'opinione di BARTOLI, *L'esclusione*, cit., 665 secondo la quale non rileverebbero le circostanze indipendenti, quelle cioè che prevedono nuovi limiti edittali, pur se superiori al terzo rispetto alla figura base (sicché la particolare tenuità del fatto sarebbe applicabile al furto aggravato a norma dell'art. 625 c.p.), sulla base del rilievo *"che le circostanze autonome e ad effetto speciale danno luogo a un reato circostanziato accostabile, sul piano del disvalore, alla fattispecie base"* e ciò perché la legge non distingue tra circostanze ad effetto speciali dipendenti o autonome. Riguardo alla recidiva, a prescindere dalla sua possibile rilevanza ostativa con riferimento al requisito della non abitudine del comportamento, va ricordato che essa configura una circostanza ad effetto comune nel caso del comma 1 dell'art. 99 c.p. (recidiva semplice) e ad effetto speciale nel caso dei tre successivi commi (recidiva c.d. aggravata). Va inoltre sottolineato che la regola dell'irrelevanza delle circostanze ad effetto comune nella determinazione della pena va integrata col rilievo ostativo attribuito a talune aggravanti, attribuito dall'art. 131-*bis*, comma 2 c.p., quali, in particolare, l'aver agito per motivi abietti o futili, l'aver agito con crudeltà o sevizie verso le persone e l'aver profitto delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa (cfr. art. 61 nr. 1, 3 e 5 c.p.). Al riguardo va solo precisato che dette cause ostative sembrano sganciate dalla disciplina sulle

cit. precisa altresì, al fine di contenere il margine di discrezionalità giudiziale, che non si tiene conto del giudizio di bilanciamento tra circostanze e ciò significa che se concorrono circostanze ad effetto speciale di opposto segno, poiché è il limite edittale massimo di pena che definisce l'ambito applicativo della riforma⁷, finiscono col rilevare le sole circostanze aggravanti⁸.

Per il tentativo, trattandosi di figura autonoma di reato, la pena andrà senz'altro determinata applicando al massimo edittale previsto per il reato consumato la riduzione minima prevista dall'art. 56 c.p., ossia un terzo, con la conseguenza che si potrà ritenere di particolare tenuità un tentativo di un reato la cui consumazione preclude l'applicazione della nuova causa di non punibilità⁹. In caso di recesso attivo (art. 56 u.c. c.p.) che configura una circostanza attenuante ad effetto speciale, con riduzione di pena da un terzo alla metà, si dovrà operare un'ulteriore riduzione di un terzo alla pena massima prevista per il tentativo, ma solo nel caso in cui non vi sia concorso con qualche circostanza ad effetto speciale, secondo quanto sopra precisato.

3. Presupposti.

Come emerge più chiaramente dal testo della delega, rispetto al primo comma dell'art. 131-*bis* c.p., due soli sono i presupposti o elementi costitutivi fondamentali: la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento¹⁰. Entrambi devono ricorrere perché il fatto possa essere dichiarato non punibile, ma è evidente che l'elemento centrale, che definisce l'essenza e giustifica il nuovo istituto è il primo, perché

circostanze e, pertanto, operano a prescindere da una formale contestazione sul solo presupposto della ricorrenza in fatto, emergente dagli atti.

⁷ Osserva giustamente PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., 20 che "trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto" sarebbe stato opportuno "aver riguardo non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria: al minimo edittale dunque", il quale "esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa".

⁸ Fortemente critico sul punto CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 13. In alternativa si potrebbe pensare ad applicare il massimo aumento per le aggravanti e, successivamente, la riduzione minima per le attenuanti, con esiti generalmente corrispondenti, ma diversi ad es. in caso di reato in materia di stupefacenti di cui all'art. 73, comma 5 d.P.R. n 309 del 1990, aggravato a sensi dell'art. 80 stesso decreto ed attenuato a norma del comma 7 del cit. art. 73: così PERELLI, *L'esclusione*, cit.

Trattandosi di norma spesso inapplicata appare opportuno richiamare anche l'art 63, commi 4 e 5 c.p. che, in caso di concorso omogeneo tra più circostanze ad effetto speciale, prevede l'aumento (o la riduzione) di pena per la sola circostanza più grave, mentre tutte le altre legittimano una discrezionale modificazione della pena, nei limiti del terzo. Si deve dunque ritenere che, in tal caso, rilevi la sola circostanza più grave, non anche le altre.

⁹ Ad es. al furto aggravato a norma dell'art. 625, comma 1 c.p., punito con pena massima di anni 6 di reclusione, non si applica l'art. 131-*bis* c.p., ma il tentativo, essendo punito con pena massima di anni 4 di reclusione, può essere dichiarato non punibile per particolare tenuità del fatto. L'alternativa interpretativa di non considerare la riduzione per il tentativo, oltre a scontrarsi col dato ormai pacifico della sua piena autonomia rispetto alla fattispecie consumata, comporterebbe seri dubbi di costituzionalità perché si finirebbe col trattare irragionevolmente in modo uguale casi diversi.

¹⁰ Parla in proposito di "indici-criteri", la Relazione cit., § 3.

è l'esiguità dell'offesa che rende il fatto bagatellare ed evidenzia la sproporzione di una qualsiasi risposta penale, sia sotto il profilo sostanziale che processuale. Viceversa, il requisito della non abitualità della condotta ha riguardo all'autore più che al fatto ed evidenzia la volontà del legislatore di conferire rilevanza, in senso delimitativo, a considerazioni di prevenzione speciale¹¹. Scelta certamente che ha un suo plausibile fondamento e che, come si vedrà, è alla base delle norme in tema di casellario giudiziale e della loro prevalente interpretazione, ma resta il fatto che il requisito non è logicamente imprescindibile all'istituto, come invece l'esiguità dell'offesa. Insomma se si eliminasse l'esiguità dell'offesa non resterebbe nulla della particolare tenuità del fatto, mentre l'eliminazione del requisito della non abitualità del comportamento, oltre ad apparire per certi versi opportuna, non implicherebbe alcun stravolgimento dell'istituto.

A sua volta la particolare tenuità dell'offesa viene articolata *"in due ulteriori indici-requisiti, costituiti dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno o del pericolo"*¹², entrambi valutati ai sensi dell'art 133, comma 1 c.p.

Entrambi i requisiti fondamentali – particolare tenuità dell'offesa e non abitualità del comportamento – sono poi ulteriormente specificati in senso negativo, rispettivamente nei commi 2 e 3 dell'art. 131-*bis* c.p., preposti ad indicare quando l'offesa

¹¹ Secondo PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., 752 ss. più fatti bagatellari possono costituire esordio di una carriera criminale. Ritiene, invece, che assegnare un ruolo finale alle esigenze di prevenzione speciale *"si dimostra in contrasto con la ratio stessa della depenalizzazione in concreto, la quale è diretta a non punire reati il cui disvalore (oggettivo e soggettivo) è privo di significato, a prescindere dalle valutazioni sulla persona del reo"*, BARTOLI, *L'irrelevanza*, cit. La prospettiva proiettata al futuro è quella che si presta a fornire la migliore interpretazione della nozione di abitualità del comportamento, perché intanto ha un senso punire un fatto pur tuttavia bagatellare in quanto l'abitualità del comportamento sia concretamente indice di una pericolosità sociale dell'autore. *Contra*, tuttavia, autorevolmente CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 18 secondo il quale la non abitualità, guarda solo al passato *"alludendo all'assenza di precedenti criminosi reiterati e specifici"*, configurando un giudizio solo diagnostico, a differenza dell'occasionalità che, invece, guarda al futuro e configura un giudizio prognostico. La differenza comporta rilevanti effetti operativi con riferimento alla lotta alla c.d. serialità bagatellare, perché il requisito dell'occasionalità, alla scoperta di nuovi fatti bagatellari, consente la riapertura delle indagini in ordine al fatto archiviato, per il venire meno dell'occasionalità, mentre il requisito della non abitualità ciò non lo consentirebbe, *"perché 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)"* (21-22). In tal caso, pertanto, il secondo fatto potrà dar luogo ad una condanna per assenza del requisito della non abitualità, sulla base del pieno accertamento incidentale del primo fatto, ma l'archiviazione del primo fatto resterebbe ferma. Insomma, il requisito della non abitualità restringerebbe l'area applicativa della causa di non punibilità più del requisito dell'occasionalità.

Nella prospettiva qui accolta, invece, la differenza tra non abitualità ed occasionalità è solo di grado, non di qualità, implicando entrambi gli elementi un giudizio prognostico ed il requisito più rigoroso è certamente quello dell'occasionalità, almeno al netto dell'impropria definizione contenuta nell'art. 131-*bis*, comma 3 c.p. che, certamente, comporta un maggior rigore del requisito.

¹² Così ancora la Relazione, cit., § 3 che giustifica l'assenza di un espresso riferimento al grado ed intensità della colpevolezza nell'esigenza di marcare in senso oggettivistico la particolare tenuità del fatto, sganciandola da accertamenti di tipo psicologico tanto più problematici quanto più destinati ad essere effettuati nella fasi iniziali del procedimento. Si sottolinea, peraltro, che attraverso il criterio delle modalità della condotta è comunque consentita una valutazione del grado della colpa e dell'intensità del dolo.

non può essere ritenuta di particolare tenuità e quando il comportamento deve essere ritenuto abituale con disposizioni non troppo perspicue e generalmente criticate¹³.

4. *Ratio* e struttura logica: in giudizio.

Da sempre l'irrelevanza penale del fatto per particolare tenuità riposa su una duplice e concorrente ragione giustificativa, che spiega la tradizionale incertezza della sua qualificazione in termini sostanziali (causa di non punibilità) ovvero processuali (condizione di procedibilità). Da un lato, infatti, vi è la necessità di garantire piena attuazione al principio di proporzione e di *extrema ratio* del diritto penale, dall'altro si impongono istanze di deflazione ed economia processuale¹⁴. Entrambe le esigenze sono strettamente collegate alla particolare tenuità dell'offesa perché è il riscontro nel caso concreto di un fatto bagatellare che, in primo luogo, obbliga a constatare come qualsiasi pena, anche quella minima ipotizzabile, si manifesti come sproporzionata in eccesso¹⁵ e, in secondo luogo, pone in luce l'irragionevole spreco di risorse ed energie, inevitabilmente sottratte ai casi più gravi, rappresentato dallo svolgimento del procedimento penale.

Ma ciò che è più interessante notare è che le due *ratio* di fondo, pur avendo un'origine comune, non solo sono concettualmente distinte ma anche e soprattutto entrano continuamente in conflitto tra loro.

Per ben comprendere questo rilievo occorre esaminare la struttura logica dell'irrelevanza penale del fatto per particolare tenuità, sotto il profilo sostanziale, ossia

¹³ Cfr., ad esempio l'inciso, contenuto nell'ultima parte del comma 3, relativo ai reati "che abbiano oggetto condotte plurime, abituali e reiterate", che sembra fondato su una pericolosa confusione tra comportamento abituale e reato abituale.

¹⁴ Ritiene prevalente la prima perché, a differenza della deflazione processuale, avrebbe fondamento costituzionale (si richiama la finalità rieducativa della pena) e, come tale, idonea a controbilanciare l'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., col quale il nuovo istituto rischia di entrare in conflitto, PERELLI, *L'esclusione della punibilità*, cit. Il tema dell'obbligatorietà dell'azione penale non può qui essere sviluppato, ma il rilievo non sembra condivisibile, perché a prescindere dalle premesse, accoglie una "concezione forte" dell'obbligatorietà dell'azione penale giustamente respinta dalla prevalente interpretazione, secondo la quale è sufficiente che la legge indichi con sufficiente precisione i casi in cui l'azione penale debba essere esercitata, precludendo al PM valutazioni di mera opportunità. Anche BARTOLI, *L'esclusione*, cit., 661 ritiene prevalente la funzione sostanziale su quella processuale ma in una prospettiva del tutto diversa ossia sul rilievo che la seconda è perseguita "in termini – per così dire – secondari, consequenziali, accessori, dipendendo, oltretutto, e a ben vedere, dalla disciplina processuale, val a dire dal momento in cui si colloca la sua applicazione".

¹⁵ In questo senso la particolare tenuità del fatto si pone come rimedio generale per i reati bagatellari c.d. impropri, quei reati cioè la cui tipicità si riferisca sia a fatti di gravità consistente sia di gravità del tutto inconsistente. Esemplicando si pensi al furto che può riguardare sia cose di estremo valore sia cose di valore scarsissimo. E' proprio l'incapacità del requisito della tipicità a selezionare i soli fatti meritevoli di pena a rendere oltre modo opportuno un rimedio generale che consenta di escludere la punibilità per i soli fatti in concreto caratterizzati da esiguità dell'offesa. Viceversa, il rimedio ai reati bagatellari c.d. propri, la cui tipicità si riferisce sempre e solo a fatti di scarso rilievo, è costituito dalla depenalizzazione in senso proprio e a livello normativo.

riferibile ai principi di proporzione e di *extrema ratio*. E', infatti, pacifico che si applica non solo ad un fatto tipico, colpevole ed antiggiuridico, ma anche concretamente offensivo, perché se l'offesa si riveli assente troverà piuttosto applicazione il reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2 c.p.¹⁶

Ciò in concreto significa che la sentenza di assoluzione fondata sull'art. 131-*bis* c.p. deve contenere la motivazione di una vera e propria sentenza di condanna, su tutti gli elementi costitutivi della penale responsabilità, oltre che della particolare tenuità del fatto a norma dell'art. 131-*bis* c.p. Anche un solo dubbio, purché ragionevole, in ordine ad un qualsiasi elemento costitutivo della responsabilità, impone l'adozione della relativa formula di assoluzione, in quanto più favorevole, ivi compreso il caso di cui all'art. 49, comma 2 c.p. perché la relativa sentenza accerta un non reato, non va iscritta nel casellario giudiziale e non fa stato nel giudizio civile di danno.

Il segnalato vincolo per il giudice non afferisce solo alla struttura argomentativa della sentenza, ma si estende, in modo assai più significativo, alla gestione stessa del

¹⁶ Benché in dottrina l'inquadramento sistematico dell'art. 49, comma 2 c.p. sia ancora controverso, il reato impossibile è comunemente ritenuto lo strumento che consente di escludere la rilevanza penale della condotta in caso di assenza dell'offesa, restando irrilevante, ai presenti fini, la disputa tra i fautori della c.d. concezione realistica del reato, secondo i quali l'offesa è un requisito che si aggiunge alla tipicità ed i suoi detrattori, secondo i quali, invece, i casi ritenuti dai primi tipici ma non offensivi (ad es. furto di un acino d'uva o falso grossolano) sono, a ben vedere, tipici solo in apparenza.

Più rilevante sarebbe, invece, tracciare la precisa linea di demarcazione tra reato impossibile e nuova causa di non punibilità, perché la soluzione più semplice e piana, secondo la quale al primo vanno assegnati i casi di assoluta assenza di offesa e alla seconda i casi di offesa esistente ma esigua, sono messi in crisi da vari precedenti che hanno, invece, applicato l'art. 49, comma 2 c.p. anche a casi di offesa esistente ma tanto esigua da poter essere equiparata all'offesa inesistente (cfr., ad es., Trib. Roma 02 maggio 2000 che ha ritenuto inoffensivo un furto in un grande magazzino per merce del valore di lire 12.000, in *Cass. pen.*, 2001, 9, 2535 con nota di GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale del fatto?*). E', infatti, evidente la maggiore difficoltà a distinguere le due figure sulla base di criteri puramente quantitativi. Non si può quindi escludere che l'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. comporterà un ridimensionamento della figura del reato impossibile, perché si potrebbe sostenere che tutti i casi in cui l'offesa sia concretamente comunque apprezzabile debbano essere ricondotti alla nuova figura. Così, infatti, CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 11 nt. 40, per il quale *“ove applicabile, il nuovo istituto sembra fatalmente destinato a invadere spazi occupati (più o meno legittimamente) dal proscioglimento per inoffensività ex art. 49 c.p.”*. Si tratta, tuttavia, di un esito interpretativo non auspicabile in termini assoluti, perché, tenuto conto del ristretto ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p., rischia di attrarre nell'area del penalmente rilevante fatti in precedenza esclusi, in totale contrasto con le intenzioni del legislatore. Proprio per escludere questo esito, auspica una differenziazione quantitativa che assegni al reato impossibile i casi *“di totale inoffensività e di offensività assolutamente marginale”* e alla nuova legge i *“casi in cui la soglia di offensività del fatto, pur tenue, superi comunque il livello della assoluta marginalità”*, GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 522.

Per un'attenta analisi dei precedenti in tema di reato impossibile e per il rilievo che da essi *“emerge una strisciante sovrapposizione tra il principio della «necessaria offensività» propriamente detto e l'«esiguità» del fatto vista come irrilevanza penale del medesimo”*, anche perché il concetto stesso di offensività *“è per sua natura, graduabile”*, cfr. NATALINI, *De minimis non curat preator: diritto penale giurisprudenziale e reati di pericolo astratto, tra tipicità apparente, esiguità del fatto e necessaria offensività*, in *Cass. pen.*, 2003, 3532, che, tuttavia, critica questa confusione trattandosi di istituti *“governati come è noto da opposti criteri: qualitativi per il principio di offensività, pertinente al fatto e alla sua tipicità; quantitativi per l'esiguità, attinente come minimo al reato, salvo poi estendersi anche all'autore o, addirittura, ad ulteriori elementi”*.

processo, perché non si potranno escludere prove rilevanti a discarico sul rilievo che, in ogni caso, il fatto da accertare ricadrebbe nella previsione di cui all'art. 131-*bis* c.p.p. e ciò perché, appunto, l'applicazione della nuova causa di non punibilità presuppone il pieno accertamento della penale responsabilità. Così, esemplificando, se l'imputato allega una causa di giustificazione e richiede l'assunzione di prove rilevanti in merito il giudice, per pronunciare sentenza a norma dell'art. 131-*bis* c.p.p., dovrà prima assumere le prove richieste e superare il dubbio sulla sussistenza della causa di giustificazione. Se non lo facesse violerebbe inevitabilmente i diritti della difesa, perché l'imputato ha diritto di essere assolto per aver commesso il fatto in presenza di una causa di giustificazione piuttosto che per aver commesso un fatto penalmente irrilevante in quanto di particolare tenuità¹⁷.

In una parola in sede di giudizio sono precluse pronunzie *"in ipotesi di responsabilità"*, come confermato in modo certo dall'art. 651-*bis* c.p.p., in forza del quale le sentenze di assoluzione pronunciate in seguito a dibattimento o a rito abbreviato fanno stato nel giudizio civile di danno *"quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso"*¹⁸. Come si vede

¹⁷ Devono essere preferite anche le cause di estinzione del reato, perché comunque più favorevoli per l'imputato. Non solo, ma al riguardo merita di essere segnalata la differenza rispetto alle cause di estinzione del reato, che pure presuppongono logicamente l'integrazione del reato (si pensi alla prescrizione) ma che non impongono il compiuto accertamento del fatto, consentendo l'immediata declaratoria in ogni stato e grado del procedimento, a norma dell'art. 129 c.p.p., il cui comma secondo impone l'assoluzione nel merito solo qualora i relativi elementi giustificativi appaiano dagli atti evidenti, ossia senza necessità di procedere ad ulteriori atti di istruzione. Da questo punto di vista per nulla casuale ma certamente voluta è la mancata modifica dell'art. 129 c.p.p., pure proposta in un primo momento, il che non significa impossibilità assoluta di applicare la norma alla nuova causa di non punibilità, sia pure in via solo residuale. In particolare, nella fase del giudizio, dovendosi garantire il compiuto accertamento del fatto, la norma non appare applicabile perlomeno sino a quando il fatto non sia stato appunto accertato. Invece, nella fase procedimentale residua una possibilità di applicazione, perché l'ostacolo è meno radicale, essendo piuttosto rappresentato dalla necessità di rispettare il contraddittorio con la persona offesa, richiesto sempre dalla legge, perlomeno come mera possibilità di interlocuzione. Così, non si vede perché il giudice non possa pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. fondata sull'art. 131-*bis* c.p. a seguito di richiesta di patteggiamento in sedi, come l'udienza preliminare o il dibattimento nei procedimenti a citazione diretta, in cui il contraddittorio con la persona offesa è pienamente garantito. Diversamente, invece, in caso di richiesta durante le indagini preliminari, dal momento che la persona offesa non ha diritto ad essere avvisata dell'udienza (da ultimo cfr. Sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39122), a meno che non compaia all'udienza e sia messa in concreto in grado di interloquire ed a meno di eseguire uno specifico avviso alla persona offesa, pur non espressamente previsto. Viceversa, in caso di richiesta di decreto penale di condanna (ovvero di giudizio immediato), che non consente alcuna possibilità di intervento della persona offesa, se il giudice ritiene il fatto di particolare tenuità, deve respingere la richiesta puramente e semplicemente, restituendo gli atti al PM per obbligarlo o a presentare una richiesta di archiviazione in tal senso o ad esercitare l'azione penale in altro modo.

Per una più ampia trattazione del problema relativo alla mancata modifica dell'art. 129 c.p.p. cfr. CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 23.04.2015.

¹⁸ Si deve ritenere che anche la sentenza di proscioglimento pronunciata a norma dell'art. 129 c.p.p., a seguito di una richiesta di patteggiamento, nei casi in cui sia consentita secondo quanto precisato nella nota che precede, pur non facendo stato nel procedimento civile di danno, non possa essere pronunciata *"in ipotesi di*

tutto l'opposto della deflazione processuale perché, al contrario, la nuova causa di non punibilità appesantisce e non di poco il giudizio¹⁹.

Come si avrà modo di vedere trattando del regime transitorio questo evidente difetto rischia di essere amplificato nel giudizio di legittimità, perché la valutazione del fatto in termini di particolare tenuità dell'offesa appare un giudizio tipicamente di merito, come tale precluso alla Suprema Corte di Cassazione che si vedrebbe costretta sempre ad un annullamento con rinvio qualora non condividesse l'esclusione della causa di non punibilità nelle fasi di merito, mentre evidenti ragioni di economia processuale e la scarsa consistenza delle questioni trattate, imporrebbero un annullamento senza rinvio, preferibilmente sulla base di un'espressa previsione di legge che, tuttavia, allo stato manca²⁰.

4.1. ... e nelle fasi precedenti.

Alla luce dei rilievi che precedono, una rigida ed eccessiva enfaticizzazione delle ragioni di giustizia sostanziale dovrebbe precludere l'applicazione del nuovo istituto in sede procedimentale e, in particolare, con l'archiviazione, perché solo il giudizio consente un compiuto accertamento del fatto e, pertanto, anche dell'integrazione della causa di non punibilità²¹.

Senonché, se è certo che il legislatore ha preferito, in generale, la qualificazione in termini sostanziali rispetto a quella processuale, è altrettanto certo che abbia anche escluso simili eccessi, ammettendo espressamente di utilizzare lo strumento dell'archiviazione, all'evidente scopo di perseguire una deflazione processuale, anche a costo di perdere la coerenza di sistema, in un'ottica di proficua pragmaticità. Già il riferimento contenuto nella delega all'adeguamento alla disciplina processuale deve essere letto in questo senso ed è reso esplicito ed inequivocabile nella modifica all'art. 411 c.p.p. operata col decreto legislativo delegato.

responsabilità", perché solo il positivo accertamento della causa di non punibilità consente di rigettare la richiesta di applicazione della pena.

¹⁹ Al discorso svolto nel testo, essenzialmente rivolto al giudizio di primo grado, deve aggiungersi l'aggravio nei giudizi di impugnazione essendo certo che il nuovo istituto, in quanto fondato su criteri necessariamente elastici, comporterà inevitabilmente un aumento delle impugnazioni.

²⁰ Benché le prime pronunzie della Suprema Corte appaiano di segno contrario, riterrei possibile, almeno nei casi più eclatanti, raggiungere l'auspicato risultato utilizzando o la *lett. a)* o la *lett. l)* dell'art. 620 c.p.p., anche a costo di qualche forzatura normativa. Nel primo caso si potrebbe valorizzare il dato normativo secondo la quale la nuova causa di non punibilità costituisce indiscutibilmente una causa di archiviazione e, pertanto, in sua presenza l'azione penale non doveva essere iniziata. Per i molti problemi nel giudizio di legittimità cfr. ancora la pregevole trattazione in CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali*, cit.

²¹ Diffusamente CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005, 270 ss. Sui gravi inconvenienti di questa posizione, che finisce con l'imporre indagini complete in funzione di esercizio "astratto" dell'azione penale, cfr. la lucida analisi di CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496.

Dopo quanto si è detto per la fase del giudizio, dovrebbe apparire evidente che gli effetti di deflazione processuale tanto più potranno essere conseguiti quanto più estesa sarà l'applicazione del nuovo istituto già nelle indagini preliminari e, pertanto, quale causa di archiviazione. E' per questo che ben si può sostenere che le nuove norme siano rivolte anzitutto a PM e GIP ed il nuovo istituto avrà successo solo se in questa sede vi sia una prudente e saggia, ma al tempo stesso coraggiosa, applicazione²². Invece, l'applicazione in giudizio, superata la prima fase transitoria, dovrebbe essere del tutto residuale, se si vuole evitare un paradossale ulteriore appesantimento del dibattimento. In effetti negli auspici del legislatore il giudizio, con tutto il suo dispendio di energie e di risorse, dovrebbe essere riservato ai soli fatti di consistente offensività, mentre i fatti di offensività minima dovrebbero essere immediatamente oggetto di provvedimenti di archiviazione.

Meno evidente, ma si deve affermare con altrettanta forza, è che tutto ciò potrà avvenire solo a condizione che si comprenda sino in fondo che nelle indagini preliminari non è possibile, per l'imprescindibile osservanza dei diritti inviolabili della difesa e della presunzione di innocenza, pretendere un compiuto accertamento del fatto anche solo lontanamente simile al giudizio imposto in sede processuale. Vano sarebbe, in particolare, pretendere la completezza delle indagini ai fini di uno pseudo-accertamento per uno pseudo-precedente. Da un lato, infatti, l'impossibilità per l'indagato di difendersi provando in questa fase, renderebbe per ciò solo monco e quindi falso l'accertamento e dall'altro il provvedimento di archiviazione, quand'anche si ritenesse iscrivibile nel casellario giudiziale, come ritiene l'opinione prevalente, mai potrebbe essere considerato un "precedente", neppure per la valutazione della mera abitudine del comportamento, come si cercherà di più diffusamente argomentare nell'ultimo paragrafo.

Per il momento appare sufficiente chiarire che nella fase procedimentale muta la struttura logica della decisione, perché in assenza di un compiuto accertamento del fatto, necessariamente essa sarà resa "in ipotesi di responsabilità", mentre un simile modo di procedere è, come si è visto, precluso nella fase del giudizio²³.

²² Da questo punto di vista oltremodo opportune sono le linee guida diffuse da alcuni uffici di Procura. In merito cfr. le linee guida della Procura di Palermo, *cit.*, le [linee guida della Procura di Lanciano](#), in *questa Rivista*, 3 aprile 2015 con presentazione di GATTA e quelle della Procura di Trento, *ivi*, 18 giugno 2015, con commento di ALBERTI, [Particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Trento](#).

²³ Più diffusamente cfr. CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Sulla possibilità*, *cit.*, anche sulla scorta di argomenti di diritto comparato e opportunamente richiamando Corte Cost. n. 311 del 1997 che, a proposito, della sentenza di proscioglimento per irrilevanza penale del fatto nel rito minorile, ha affermato testualmente: "è evidente che il giudice delle indagini preliminari è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta del PM in astratto ed assumendo l'ipotesi accusatoria, per l'appunto, come mera ipotesi, e non dopo aver accertato in concreto che il fatto è stato effettivamente commesso e che l'imputato ne porta la responsabilità. Una tale valutazione non sarebbe del resto nemmeno possibile, data la fase in cui si versa, anteriore tanto al dibattimento quanto all'udienza preliminare". Si ricorda, inoltre, come l'art. 26 d.lvo n. 272 del 1989 (disposizione attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. n. 448 del 1988), dichiarato incostituzionale per difetto di delega, opportunamente disponesse che il PM doveva richiedere sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando "fin dalle prime indagini risultassero sussistenti le condizioni previste dall'art. 27 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448".

Con ciò non si vuol negare che vi potranno essere un consistente numero di casi in cui già dalla notizia di reato emerga un accertamento che, a prima vista, potrebbe ritenersi esaustivo. Si pensi ad un tentato furto in un supermercato con la persona fermata alle casse ed immediato intervento delle forze dell'ordine. Il punto è, però, che quegli atti di indagini non possono ritenersi sufficienti per integrare un compiuto accertamento del fatto, per la totale mancanza di contraddittorio. Qualora quel fatto fosse portato in giudizio, ad es., l'imputato potrebbe allegare una causa di giustificazione ed imporre, quindi, anche ai soli fini dell'applicazione della nuova causa di non punibilità, la soluzione del dubbio al riguardo, secondo i principi sopra visti.

Sono, in definitiva, i principi fondamentali ed inviolabili, di diretta rilevanza costituzionale, della presunzione di innocenza, del giusto processo e del diritto di difesa ad escludere che quell'accertamento investigativo possa essere ritenuto un accertamento compiuto ed il provvedimento di archiviazione un precedente. Anche in questi casi, pertanto, la decisione deve ritenersi adottata "*in ipotesi di responsabilità*", ossia semplicemente ipotizzando che il fatto sia tipico, antigiuridico e colpevole (oltre che concretamente offensivo per chi ritenga che il requisito non sia compreso nella tipicità).

Oltre a ciò, va pure rimarcato che in altri casi la notizia di reato non conterrà un accertamento esaustivo, neppure ai limitati fini investigativi, su uno o più elementi costitutivi della responsabilità penale, pur essendo ragionevolmente certo che il fatto sia di particolare tenuità²⁴. In tali casi, imporre al PM di eseguire delle indagini complete per dirimere i dubbi sugli elementi costitutivi della responsabilità e persino sull'individuazione dell'autore, solo per poter poi applicare in sede di archiviazione la nuova causa di non punibilità, sembra una vera e propria contraddizione in termini. Più semplice ed immediato ed anche maggiormente aderente alla prevalente *ratio* di deflazione processuale in questa fase, consentire al PM di richiedere senz'altro l'archiviazione per questo motivo²⁵.

Questa struttura logica della decisione, così diversa e per certi versi opposta a quella imposta in dibattimento o in rito abbreviato, deve ritenersi operante anche dopo l'esercizio dell'azione penale, ma prima del giudizio e, in particolare, con la sentenza di non luogo a procedere in udienza preliminare (art. 425 c.p.p.) e in sede predibattimentale (nuovo comma 1-*bis* dell'art. 469 c.p.p.), perché anche in questi casi sembrano prevalere esigenze di deflazione processuale e non sussiste un'esigenza imprescindibile di compiuto accertamento del fatto, come dimostrato dal fatto che si tratta di sentenze che non fanno stato nel giudizio civile di danno.

²⁴ Questa eventualità potrà realizzarsi con una certa frequenza, ad es., in ipotesi di truffa, che è un reato che spesso richiede complesse indagini ed accertamenti, a maggior ragione se commesso *on line*.

²⁵ Poiché è rilevante discriminare i casi in cui l'archiviazione è richiesta a norma dell'art. 131-*bis* c.p. dagli altri, perché nel primo caso è prevista una rafforzata tutela della persona offesa ed un'inedita facoltà di opposizione da parte dell'imputato, a rigore si dovrebbe consentire l'archiviazione per così dire tradizionale solo nei casi in cui non siano prospettabili ulteriori indagini ragionevolmente capaci di superare i dubbi sui presupposti costitutivi della responsabilità. Insomma, la particolare tenuità del fatto funziona come limite al dovere del PM di investigare in modo completo e, in ultima analisi, all'obbligatorietà dell'azione penale.

Per la sentenza pre-dibattimentale si ha conferma nel fatto che si tratta di una sentenza di non doversi procedere, e non di merito, priva come tale di un compiuto accertamento del fatto, che finisce col confermare la natura ibrida del nuovo istituto²⁶.

In conclusione le due concorrenti e, per certi versi, contrapposte, *ratio* della nuova disciplina sembrano dividersi il campo, perché la *ratio* sostanziale, fondata sul principio di proporzione della pena, domina incontrastata nella fase del giudizio, ma cede necessariamente il passo alla prevalente *ratio* di deflazione processuale nella fase procedimentale e anche nella fase processuale, ma prima del giudizio vero e proprio.

5. Diritto intertemporale: l'applicabilità dell'art. 2, comma 4 c.p.

Precisate le caratteristiche generali del nuovo istituto si possono ora affrontare i nodi interpretativi posti in premessa.

Quanto all'efficacia nel tempo, un elemento emerge con chiarezza e senza margini di dubbio: la natura sostanziale, di causa di non punibilità, attribuita dal legislatore al fatto di particolare tenuità e l'assenza di una specifica disciplina transitoria, implica necessariamente la riconduzione all'alveo dell'art. 2 c.p. di ogni problema di diritto intertemporale. In particolare, la regola che viene in diretta

²⁶ La sentenza predibattimentale deve ritenersi ipotesi del tutto residuale per un concorrente ordine di ragioni. Da un lato, la non opposizione di PM e di imputato, imposta dal primo comma dell'art. 469 c.p.p., limiterà di molto i casi in cui il giudice del dibattimento potrà addivenire ad una sentenza di questo tipo. Dall'altro, l'assoluta limitatezza della base cognitiva, essendo disponibile il solo fascicolo del dibattimento, consentirà al giudice la relativa pronuncia nei soli casi in cui la particolare tenuità del fatto emerga *ictu oculi*, per lo più dalla semplice lettura dell'imputazione, salvo il consenso delle parti all'acquisizione di atti di indagine. Errate devono, pertanto, ritenersi le pronunce del Trib. di Asti 13 aprile 2015 che, sulla base di una eccessiva valorizzazione delle esigenze di economia processuale, ritiene non necessario il requisito della non opposizione di PM ed imputato, configurando il nuovo comma 1-bis dell'art. 469 c.p.p. come ipotesi autonoma rispetto a quella del primo comma e del Trib. di Bari 20 aprile 2015 che ritiene che il giudice debba acquisire d'ufficio il fascicolo delle indagini in via di analogia rispetto alla disciplina del patteggiamento, per verificare la ricorrenza del fatto di particolare tenuità, sulla base di un compiuto accertamento del fatto (l'esito negativo di questo accertamento comporterebbe poi un'inedita causa d'incompatibilità del giudice a svolgere il giudizio dibattimentale, finendo così coll'ideare un rimedio peggiore del male che si vuole risolvere).

Secondo la lettura qui proposta, invece, l'espressa qualificazione della sentenza predibattimentale come sentenza di non doversi procedere, ad onta della natura sostanziale dell'irrelevanza penale del fatto, dimostra come il legislatore abbia configurato lo strumento predibattimentale in termini estremamente riduttivi, utilizzabile solo quando non siano necessari accertamenti di merito e come sorta di correttivo per i casi che avrebbero dovuto essere archiviati (una sorta di archiviazione postuma). In questa prospettiva pienamente comprensibili sono, da un lato, i requisiti della non opposizione di PM e di imputato, il quale ha diritto in questo caso ad un accertamento nel merito della propria innocenza, essendo già stata esercitata l'azione penale e, dall'altro, la limitatezza della base cognitiva sulla quale la decisione deve essere presa. La residualità della sentenza predibattimentale è condivisa anche da CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 25 "perché iscrive il giudizio su esiguità del danno, modalità della condotta e non abitudine del comportamento in un contesto processuale per sua natura refrattario alle valutazioni di merito, rendendo pressoché inevitabile il rinvio al dibattimento cui allude il primo comma dell'art. 469 c.p.p."

considerazione è l'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni, in quanto *lex mitior*²⁷.

Senonché i dubbi si pongono già nella scelta delle diverse disposizioni dedicate dall'art. 2 alla legge più favorevole e, in particolare, tra comma 2 e comma 4, onde stabilire se nella specie viga oppure no il limite del giudicato.

In prima approssimazione appare senz'altro preferibile ritenere applicabile il comma 4, perché la nuova legge continua a configurare in astratto come reato il fatto di particolare tenuità, anche se ne esclude la punibilità sulla base di una valutazione in concreto di esiguità dell'offesa (oltre che di non abitudine del comportamento). Del tutto discutibile sarebbe, pertanto, ipotizzare un caso di *abolitio criminis*, in linea con l'interpretazione tradizionale che esclude con sicurezza l'introduzione di nuove cause di non punibilità dall'ambito operativo dell'art. 2, comma 2 c.p.²⁸ Si è visto, del resto, come il fatto di particolare tenuità non implica l'assenza di un qualsiasi elemento costitutivo del reato ma ne postula, al contrario, la sussistenza e sarebbe, pertanto, contraddittorio considerarlo penalmente lecito solo perché non punibile²⁹.

Le prime pronunce della Corte di Cassazione hanno in effetti senza esitazione affermato l'applicabilità proprio dell'art. 2, comma 4 c.p.³⁰, evidenziando i molti problemi che l'applicazione retroattiva nei procedimenti in corso presenta nel giudizio di legittimità. In particolare, la possibilità di applicazione per la prima volta della nuova causa di non punibilità in sede di legittimità viene argomentata sulla base dell'art. 609, comma 2 c.p.p. che prevede che la Corte decida anche sulle "*questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello*". Residuano, tuttavia, molte incertezze sulle

²⁷ A meno che non si ritenga che il caso concreto, riconducibile al reato impossibile secondo la previgente disciplina, debba essere ora ricondotto alla nuova causa di non punibilità, perché in tal caso la nuova disciplina si configurerebbe come legge in successione nel tempo più sfavorevole.

²⁸ Per tutti cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 1995, 55.

²⁹ Così PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 19 che conseguentemente sottolinea come "*privo di senso sarebbe richiamare una qualche forma di depenalizzazione, perché 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*". Inoltre, GROSSO, *La non punibilità*, cit., p. 518 sottolinea come il fatto di particolare tenuità, essendo penalmente illecito, sia comunque "impedibile" nei limiti stabiliti dall'art. 52 c.p. Negli stessi termini il primo precedente di merito noto che ha rigettato una richiesta di revoca di condanna a norma dell'art. 673 c.p.p. sulla base delle nuove disposizioni: GIP Milano, 28 maggio 2015, in *Questione giustizia*, 02.07.2015, con nota di PICCICHÉ, *Inammissibile la richiesta di revoca della sentenza per abolizione del reato in conseguenza della sopravvenuta causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*.

³⁰ Sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449, in *questa Rivista*, 22 aprile 2015 con nota di GATTA, [Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto \(art. 131-bis c.p.\)](#) e Sez. III, 20 maggio 2015, n. 21014, 21015 e n. 21016, *ivi*, 27 maggio 2015, con nota di ALBERTI, [Particolare tenuità del fatto: le Sezioni Unite non si pronunceranno \(per ora\)](#). Con le tre ordinanze appena richiamate sono state rimesse alle Sezioni Unite varie questioni, tra le quali, se la Corte abbia il potere di rilevare d'ufficio la possibile applicazione della nuova causa di non punibilità ed anche in presenza di un ricorso inammissibile e se il suo intervento debba sempre tradursi in un annullamento con rinvio o se possa, in talune situazioni, pronunciare un annullamento senza rinvio. In tutti e tre i casi il Primo Presidente ha però restituito i ricorsi, a norma dell'art. 172 *disp. att.* c.p.p. Solo nell'ordinanza n. 21015, relativa ad un caso di ricorso ritenuto inammissibile, ci si pone il problema di una possibile applicazione dell'art. 2, comma 2 c.p., sia pure in senso decisamente negativo.

concrete modalità di applicazione del nuovo istituto, soprattutto per il fatto che presuppone incisive valutazioni di merito, precluse in linea di principio alla Corte di Cassazione. Nella fase transitoria, a questa difficoltà per così dire strutturale, si aggiunge la difficoltà connessa all'esigenza di garantire alla persona offesa la possibilità di interloquire in merito all'applicazione dell'art. 131-*bis*, dal momento che se le fasi di merito si sono svolte quando la norma non era ancora in vigore, evidentemente non ha avuto modo di esercitare le facoltà che ora la legge gli garantisce³¹.

Per il giudizio di legittimità ed ancor più per quello di appello merita di essere segnalata un'ulteriore specifica criticità relativa ai rapporti con l'azione civile di danno, legata alla mancata modifica dell'art. 578 c.p.p. che, come è noto, consente al giudice di appello e alla Corte di Cassazione di decidere l'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili, nel caso di estinzione del reato per amnistia e prescrizione e di sentenza di condanna nel precedente grado. Trattandosi di norma che fa eccezione al principio generale secondo il quale il giudice penale ha il potere di pronunciarsi sulle questioni civili solo se pronuncia sentenza di condanna (cfr. art. 538 c.p.p.), non sembra possibile integrare in via interpretativa i casi in cui il giudice dell'impugnazione possa pronunciarsi sulla domanda civile di danno benché pronunzi una sentenza di assoluzione sotto il profilo penale, includendovi il caso di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.³², con gravi dubbi di legittimità costituzionale perché non sembra rispettato sino in fondo il criterio della delega dell'assenza di pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno³³. Il difetto è strutturale ma si aggrava nel periodo transitorio, perché il fatto che quando sia stata pronunciata la sentenza impugnata non fosse ancora entrata in

³¹ Secondo Sez. III n. 15449/2015 cit. la Suprema Corte si dovrebbe limitare ad una valutazione in merito alla sussistenza in astratto dei presupposti di applicabilità dell'istituto, essenzialmente sulla base di quanto emerge dalle motivazioni della sentenza di merito impugnata, *"procedendo poi, in caso di valutazione positiva"* a un annullamento *"con rinvio al giudice del merito affinché valuti se dichiarare il fatto non punibile"*. Ma questa soluzione viene criticata da Sez. III n. 21014/2015 cit. perché *"implicherebbe non solo – come pare ovvio – una valutazione da parte della Corte di legittimità sulla concreta applicabilità dell'istituto ma soprattutto, aprirebbe la strada a decisioni tranchant di rigetto (ovvero di annullamento senza rinvio) da parte di un giudice di legittimità che non avrebbe il potere di assumere decisioni comportanti una pregiudiziale analisi di questioni di merito"*, proponendo una valutazione in termini meramente astratti, accompagnata dall'indicazione di linee guida di carattere interpretativo a uso del giudice di merito, con adozione all'esito di questa valutazione sempre di un annullamento con rinvio.

³² Così anche PERELLI, *La non punibilità*, cit., che peraltro evidenzia come ragione di equità, giustizia sostanziale e di economia processuale rendessero auspicabile una diversa soluzione. Secondo CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., *34 "muovendo dalla premessa che la sentenza di proscioglimento per tenuità è una cripto-condanna (...), 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 tenuità"*.

³³ Infatti, il danneggiato che si sia costituito parte civile e che abbia ottenuto la condanna in primo grado (o in secondo grado), una volta riconosciuta la causa di non punibilità in sede di impugnazione è costretto a promuovere un nuovo giudizio civile dal primo grado, sia pure con l'agevolazione dell'efficacia della sentenza penale di assoluzione a norma dell'art. 651-*bis* c.p.p. Insomma il pregiudizio dell'azione civile per il risarcimento del danno non sembra in questi casi contestabile

vigore la riforma, aumenterà di molto i casi in cui l'impugnazione avrà ad oggetto una condanna riguardo a fatti di particolare tenuità a norma dell'art. 131-*bis* c.p.p.

5.1. Il difficile rapporto con l'art. 2, comma 3 c.p. e l'applicabilità dell'art. 2, comma 2 c.p.

Senonché la coerenza di questa impostazione, che fa salvo il limite del giudicato, è messa decisamente in crisi dall'art. 2, comma 3 c.p., introdotto nel 2006 che, come è noto, impone la conversione della pena detentiva irrogata con la condanna in pena pecuniaria quando la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, perché rischia di apparire senza senso consentire la modifica del giudicato in questo caso e, invece, mantenerne l'intangibilità quando la nuova legge escluderebbe l'applicazione di qualsiasi pena.

In effetti, si potrebbe prospettare una questione di legittimità costituzionale di una simile disciplina, per violazione del principio di uguaglianza, fondata sul termine di paragone rappresentato appunto dall'art. 2, comma 3 c.p., perlomeno quando in sentenza sia stata applicata una pena anche detentiva e non solo pecuniaria³⁴. La possibile obiezione secondo la quale, nel caso previsto dall'art. 2, comma 3 c.p. il superamento del limite rappresentato dal giudicato consegue pur sempre ad una valutazione astratta da parte del legislatore che ha previsto una pena esclusivamente pecuniaria per tutti i fatti concreti riconducibili al tipo, mentre nel nostro caso l'esclusione di qualsiasi pena consegue ad una necessaria valutazione di merito ad opera del giudice in ordine ad un fatto concreto, ritenuto in astratto ancora reato e punito con le medesime pene, rischia di apparire eccessivamente formalistica e, come tale, incapace di scongiurare la violazione del principio di uguaglianza sul piano sostanziale. Difficilmente comprensibile, in effetti, appare una disciplina che imponga il superamento del giudicato quando si tratti di sostituire una pena detentiva con una pena pecuniaria, mentre mantenga fermo quel limite quando, sia pure attraverso la mediazione di un giudizio di merito sul fatto concreto, la pena detentiva in ipotesi comminata col giudicato, dovesse essere cancellata del tutto.

D'altra parte, il giudizio di merito sull'irrelevanza penale del fatto concreto è pur sempre reso possibile da una norma astratta, come il nuovo art. 131-*bis* c.p., il quale finisce col ritagliare classi di fatti concreti, riconducibili ai reati più diversi, definite in generale attraverso gli elementi costitutivi della particolare esiguità dell'offesa e della non abitualità del comportamento, per escluderne la punibilità, con qualsiasi pena

³⁴ La questione potrebbe essere sollevata in sede di richiesta di revoca, a norma dell'art. 673 c.p.p., di una sentenza di condanna per fatto di particolare tenuità, sul presupposto dell'impossibilità di un suo accoglimento, sia pure in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, come subito nel testo. Invece, quando la condanna sia relativa ad una pena esclusivamente pecuniaria, come nel caso deciso da GIP Milano, 28 maggio 2015, cit. (che proprio per questo motivo, a rigore, non può essere ritenuto un precedente contrario rispetto alle argomentazioni qui sviluppate) certamente i problemi posti dal rapporto sistematico con l'art. 2, comma 3 c.p. perdono molta della loro forza.

(detentiva e pecuniaria). Insomma non appare contestabile la vicinanza, perlomeno sotto il profilo sostanziale, tra la vera e propria depenalizzazione e la c.d. depenalizzazione in concreto³⁵, la cui possibile differenziazione teorica non sembra da sola idonea a giustificare una diversa disciplina di successione di leggi nel tempo, con riferimento al limite del giudicato, considerando che nel sistema questo limite è già inoperante in ipotesi di disposizioni più favorevoli incidenti sul solo trattamento punitivo con previsione di una pena esclusivamente pecuniaria, a fronte di una pena detentiva irrogata con sentenza irrevocabile (art. 2, comma 3 c.p.) e che, nel caso in esame, l'effetto favorevole è persino maggiore, escludendo l'applicazione di qualsiasi pena.

In alternativa, si potrebbe intraprendere la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 2, comma 2 c.p. in modo da estendere la relativa disciplina anche ai casi in cui la nuova legge esclude la punibilità, pur in assenza di un'*abolitio criminis* in senso proprio³⁶. A fondamento di questa conclusione, che comporta una vera e propria estensione analogica della disciplina di cui all'art. 2, comma 2 c.p. a casi non previsti, si potrebbe in effetti affermare che altrimenti la norma dovrebbe ritenersi appunto incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza, rispetto al termine di paragone rappresentato dall'art. 2, comma 3 c.p. In buona sostanza si dovrebbe ritenere venir meno il limite del giudicato non solo nei casi di *abolitio criminis*, come espressamente dispone l'art. 2, comma 2 c.p. (e l'art. 30 u.c. legge n. 87 del 1953 per il caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice), non solo nei casi in cui la legge successiva sostituisca la pena detentiva con una pena esclusivamente pecuniaria, come espressamente dispone l'art. 2, comma 3 c.p., ma anche in tutti i casi in cui il mutamento in senso favorevole della disciplina penale comporti l'esclusione di applicazione di qualsiasi pena, ossia effetti maggiori di quelli contemplati dalla norma appena richiamata e molto simili a quelli presi in considerazione dall'art. 2, comma 2 c.p. e che, in quanto tali, è irragionevole sottoporre ad una disciplina diversa e deteriore.

La praticabilità di una simile soluzione potrebbe d'altra parte trovare conforto da quella ben nota recente tendenza giurisprudenziale ad incrementare i casi di *abolitio criminis*, specie nei casi di riformulazione della fattispecie e di abolizione parziale, proprio al dichiarato fine di permettere la revoca delle condanne passate, ben oltre i

³⁵ Osserva come “la tenuità del fatto si configuri come tecnica complementare alla depenalizzazione”, perché mentre quest'ultima “incide dall'esterno sulle norme incriminatrici” la prima “le erode dall'interno, espellendo dal novero delle condotte punibili quelle di minimo rilievo materiale” CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della tenuità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 727.

³⁶ Afferma che il problema della possibile applicazione dell'art. 2, comma 2 c.p. si pone e dovrà essere necessariamente affrontato dalla giurisprudenza in sede di richiesta di revoca di una condanna, a norma dell'art. 673 c.p.p. per un fatto di particolare tenuità, GATTA, *Note a margine*, cit., 1. Anche le linee guida della Procura di Lanciano, cit., 4 e 24 fanno espresso riferimento all'art. 2, comma 2 c.p., sia pure senza particolari approfondimenti.

rigidi confini imposti dal confronto strutturale tra fattispecie³⁷ e, nella sostanza, sulla base di giudizi di valore³⁸. E' insomma la stessa nozione di *abolitio criminis* a presentarsi meno univocamente definita di quanto non sembri a prima vista e suscettibile di estensioni interpretative³⁹, benché non si possa nascondere che il caso in esame presenti evidenti tratti di novità. Infatti, sino ad ora l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 2 c.p. è stata ottenuta agendo sul presupposto dell'*abolitio criminis*, ravvisandolo sussistente anche in casi in cui si sarebbe dovuto escludere, secondo i criteri di pura logica formale imposti dall'interpretazione tradizionale, mentre in questo caso si dovrebbe applicare l'art. 2, comma 2 c.p. in un caso in cui quel presupposto è pacificamente insussistente. Se si aggiunge che l'indicata interpretazione costituzionalmente conforme pone numerose questioni sistematiche e difficoltà operative, come subito si avrà modo di vedere, si deve concludere come sia assai arduo possa imporsi, perlomeno nel breve periodo.

Venendo alle difficoltà cui si è ora fatto cenno, anzitutto l'estensione in via analogica della disciplina sostanziale dell'*abolitio criminis*, dovrebbe comportare, anche ma non solo per ragioni di coerenza sistematica, una corrispondente estensione dello strumento processuale, rappresentato dall'art. 673 c.p.p. che però, secondo un'opinione diffusa quanto immotivata, è ritenuto norma di carattere eccezionale e, come tale, insuscettibile di estensione analogica⁴⁰.

³⁷ Secondo l'ancor oggi fondamentale insegnamento di PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali nel tempo. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1354.

³⁸ Emblematico il caso dell'abrogazione della norma che puniva il delitto di oltraggio (art. 341 c.p.) che, secondo i criteri del confronto strutturale tra fattispecie, avrebbe dovuto senz'altro essere rubricata come *abrogatio sine abolitio*, per effetto della riespansione della fattispecie generale dell'ingiuria (art. 594 c.p.) ed invece Sez. un., 27 giugno 2001, n. 29023 (in *Cass. pen.*, 2002, 482 con nota critica di LAZZARI, *L'abrogazione del reato di oltraggio: la parola alle Sezioni Unite*) ha ritenuto per il passato sussistente l'*abolitio criminis*, pur ammettendo che nei processi in corso il fatto potesse essere qualificato come ingiuria. Questa scelta si fonda principalmente su considerazioni valoriali condizionate dalla circostanza che il mutamento di disciplina era particolarmente marcato, coinvolgendo la procedibilità del reato (d'ufficio l'oltraggio, a querela di parte l'ingiuria) e la stessa tipologia di pena (l'ingiuria è delitto punito con pena alternativa e nella prassi veniva costantemente applicata la pena pecuniaria, mentre l'oltraggio era punito con pena solo detentiva). Insomma, anche in quel caso, alla luce del diritto sopravvenuto le condanne irrevocabili a pene detentive apparivano particolarmente gravose, perché l'applicabilità ai fatti oggetto delle decisioni dell'art. 594 c.p. avrebbe comportato o l'assenza di qualsiasi condanna (per difetto di querela) o, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, condanne a pene esclusivamente pecuniarie.

³⁹ La delicatezza del tema è dimostrata dai ripetuti interventi delle Sezioni Unite della Cassazione le cui decisioni non possono essere in questa sede richiamate neppure per sommi capi. In merito cfr. comunque SCOLETTA, *L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali ed aporie processuali*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, a cura di BELLANTONI e VIGONI, La Tribuna, 2010, 519 ss., con ampi riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

⁴⁰ Per un tentativo di dimostrare che, in realtà, l'art. 673 c.p.p., come l'art. 671 c.p.p., risponde ad esigenze di portata generale, riconducibili al principio di parità di trattamento punitivo, che si pongono perlomeno sullo stesso piano col principio generale, rappresentato dall'intangibilità del giudicato, col quale entrano in conflitto e devono trovare un ragionevole temperamento, sia consentito rinviare a DIES, *Questioni attuali in materia di esecuzione della pena per reati di droga ovvero gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 sui giudicati di condanna*, relazione tenuta il 28.11.2014 all'incontro di studio intitolato "Che c'è di

Si potrebbe inoltre opporre che il giudice dell'esecuzione non potrebbe esprimere quelle incisive valutazioni di merito in ordine al fatto essenziali per il riconoscimento della nuova causa di non punibilità. Si deve in effetti riconoscere che l'intervento del giudice dell'esecuzione non potrebbe essere configurato come del tutto libero e svincolato rispetto all'accertamento compiuto in sede cognitiva, perché altrimenti forte sarebbe il rischio di trasformare surrettiziamente il procedimento di esecuzione in un anomalo mezzo di impugnazione. Ma eccessivo sarebbe immaginare una preclusione assoluta, in considerazione della recente rivalutazione del ruolo del giudice di esecuzione, anche sotto il profilo delle valutazioni di merito, purché siano svolte in funzione rigorosamente integrativa e mai correttiva del giudicato. In sostanza il giudice dell'esecuzione dovrebbe limitarsi ad integrare il giudicato rispetto al *novum* legislativo, eseguendo quella valutazione in ordine alla particolare tenuità dell'offesa e alla non abitualità del comportamento che il giudice della cognizione non è stato in grado di fare solo perché al tempo della pronuncia l'art. 131-*bis* c.p. non era ancora entrato in vigore, mantenendo fermo l'accertamento del fatto contenuto in sentenza e persino le valutazioni compiute dal giudice della cognizione rispetto alla gravità del fatto, ad es. per motivare l'entità della pena⁴¹.

Superato l'ostacolo della compatibilità con la limitatezza dei poteri del giudice dell'esecuzione, occorre ammettere che l'art. 673 c.p.p. dovrà essere in qualche modo adattato alla fattispecie sostanziale, priva del consueto presupposto dell'*abolitio criminis*, che è chiamato a disciplinare.

In particolare occorrerà, anzitutto, modificare la formula conclusiva dell'ordinanza di accoglimento dalla consueta "*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*" a quella, più limitata, "*perché il fatto non è punibile a norma dell'art. 131-bis c.p.*", con corrispondente modificazione degli effetti, perché l'esclusione di qualsiasi efficacia pregiudizievole della condanna revocata non può estendersi, in questo caso, agli effetti pregiudizievoli tipicamente connessi a una sentenza di proscioglimento fondata sull'art. 131-*bis* c.p.⁴²

nuovo in materia di reati in tema di stupefacenti" presso la Scuola Superiore della Magistratura e di prossima pubblicazione in *Resp. civ. prev.*, 46 ss. del manoscritto, dove si è cercato di risolvere il problema della dichiarazione di incostituzionalità limitata al trattamento punitivo, appunto attraverso un'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., benché i precedenti delle Sezioni Unite in tema privilegino piuttosto o l'art. 670 c.p.p. (cfr. Sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472 e Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821 nel proc. *Ercolano*) ovvero la generale competenza del giudice dell'esecuzione (cfr. Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858 in proc. *Gatto*).

⁴¹ Per l'affermazione di poteri anche incisivi di merito del giudice dell'esecuzione, ma in funzione sempre e solo integrativa del giudicato, cfr. da ultimo Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, ma con argomentazioni che traggono a ben vedere origine da un'importante pronuncia delle Sezioni Unite, addirittura precedente all'attuale codice di procedura penale, sull'annoso problema del riconoscimento della continuazione tra un reato meno grave già giudicato ed uno meno grave ancora da giudicare (cfr. Sez. un., 21 giugno 1986, n. 7682) che aveva già riconosciuto come l'intangibilità del giudicato fosse recessiva rispetto al principio di legalità delle pene (ben prima che fosse introdotto l'attuale art. 671 c.p.p. che ha consacrato questo risultato e, sarebbe pertanto, paradossale ritenerlo ora norma eccezionale).

⁴² Anzitutto gli effetti nei giudizi civili di danno, con la conseguenza che se la sentenza conteneva anche la condanna al risarcimento del danno, questa parte resta sottratta alla revoca e deve rimanere ferma. Vi sono poi effetti tipicamente penali perché le sentenze di assoluzione fondate sull'art. 131-*bis* c.p., accertando in

Anche il procedimento necessita di adattamenti in particolare per consentire alla persona offesa di interloquire, posto che il sistema della legge è chiaro nel voler assicurare questa possibilità in tutte le sedi in cui sia possibile applicare la nuova causa di non punibilità. Al riguardo la soluzione potrebbe essere quella di provvedere alla notificazione alla persona offesa di un avviso ovvero del provvedimento di fissazione dell'udienza con indicazione dell'oggetto, pur nella difficoltà di immaginare un diritto al contraddittorio con la persona offesa, estraneo alla previsione legale di un normale procedimento di esecuzione per revoca di un giudicato a norma dell'art. 673 c.p.p.

Per concludere il tema del diritto intertemporale va solo precisato che le riflessioni che precedono servono più a porre un problema che ad indicare una sicura soluzione, nel senso che non si ha alcuna pretesa che debbano essere senz'altro accolte le interpretazioni alternative a quella tradizionale, fondata sull'art. 2, comma 4 c.p. ma è essenziale che essa venga argomentata non solo sulla base della mancanza dell'*abolitio criminis*, ma anche affrontando la difficoltà rappresentata dal rapporto sistematico col comma 3 dell'art. 2 c.p., come si spera di aver dimostrato.

6. Soglie di punibilità: posizione del problema.

L'altro nodo interpretativo da sciogliere attiene non all'efficacia nel tempo ma all'estensione del potere attribuito al giudice di ritenere il fatto di particolare tenuità. Si tratta in particolare di stabilire se in presenza di espresse soglie di punibilità, a volte presenti nella norma incriminatrice⁴³, permanga oppure no il potere del giudice di ritenere, nonostante il superamento della soglia, il fatto di particolare tenuità. In senso contrario, infatti, si potrebbe sostenere che in tal caso il giudizio circa il livello di offesa necessario per la punibilità sia già stato effettuato in astratto e una volta per tutte dal

modo compiuto la commissione da parte dell'imputato di un fatto penalmente rilevante, devono ritenersi un precedente valutabile nei successivi giudizi, certamente ai fini della valutazione dell'abitudine del comportamento per una successiva applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ma anche ai fini della determinazione concreta della pena, a norma dell'art. 133, comma 2 nr. 2 e 3 c.p. e del giudizio prognostico per la concessione della sospensione condizionale della pena (non invece ai fini della recidiva, perché l'art. 99 c.p. richiede una precedente condanna). In ragione di quanto sopra si dovrebbe poi disporre anche l'iscrizione nel casellario giudiziale dell'ordinanza di revoca della condanna, considerando che, da un lato, l'iscrizione della condanna revocata va eliminata, a norma dell'art. 5, comma 2 *lett. a)* d.p.r. n. 313 del 2002 e, dall'altro, che l'ordinanza in parola rientra nella nuova previsione di cui all'art. 3, comma 1 *lett. f)* decreto *cit.*, trattandosi di un provvedimento che ha dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., anche nell'interpretazione riduttiva che si proporrà nell'ultimo paragrafo

⁴³ A titolo puramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza si pensi al delitto di indebita percezione di erogazione da parte dello Stato (art. 316-*ter* c.p.), alla maggioranza dei reati tributari (per limitarsi a quelli che rientrano nei limiti di pena previsti dall'art. 131-*bis* c.p., cfr. artt. 4, 5, 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater*, 11 d.lvo n. 74 del 2000), alla guida in stato di ebbrezza (artt. 186 e 186-*bis* codice della strada) e, in materia ambientale, al reato di superamento dei valori limite in caso di scarico di acque reflue industriali (art. 137 d.lvo n. 152 del 2006), di deposito temporaneo presso il luogo di produzione di rifiuti sanitari pericolosi (art. 256, comma 6 d.lvo *cit.*), di superamento dei valori limite per gli scarichi in atmosfera (art. 279, comma 2, d.lvo *cit.*)

legislatore e che, pertanto, al giudice sarebbe precluso di disattendere questo giudizio attraverso una valutazione del caso concreto.

Senonché va immediatamente sottolineato come la nuova causa di non punibilità appare istituito refrattario alle generalizzazioni essendo strettamente ancorato ad una valutazione di merito calibrata sul caso concreto. Vana, pertanto, sarebbe la pretesa di configurare incompatibilità per determinate categorie di reato, perché anche le più brillanti teorizzazioni rischierebbero di essere messe in crisi da un caso concreto che, per specifiche peculiarità imprevedibili in via astratta, reclama a buon diritto la qualificazione di particolare tenuità. Sotto questo profilo persino le esclusioni espressamente previste dalla legge ai commi 2 e 3 dell'art. 131-*bis* c.p., come ad es. l'uccisione o il maltrattamenti di animali per crudeltà (artt. 544-*bis* e 544-*ter* c.p.), i reati abituali ovvero il delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p., per la necessaria reiterazione della condotta di minaccia o molestia) finiscono in qualche misura coll'apparire contraddittorie rispetto all'essenza stessa della nuova causa di non punibilità, benché certamente vincolanti per l'interprete.

A conforto di questa prima conclusione va richiamata quella giurisprudenza della Cassazione che, con chiarezza e convincenti argomentazioni, ha rifiutato rigidi automatismi di esclusione, fondati su categorie generali, con riferimento alla causa di improcedibilità nel procedimento davanti al giudice di pace, prevista dall'art. 34 d.lvo n. 274 del 2000, parente stretto dell'art. 131-*bis* c.p., proprio con riferimento ad un reato che viene anche ora in diretta considerazione per il problema in esame, ossia il reato di guida in stato di ebbrezza previsto dall'art. 186 codice della strada⁴⁴. Ha, in particolare escluso che il fatto di particolare tenuità sia di per sé incompatibile, da un lato, coi reati di pericolo astratto e, dall'altro, con la previsione di specifiche soglie di punibilità⁴⁵. Certamente si potrebbe opporre la non decisività dei precedenti, in considerazione delle profonde differenze tra art. 34 d.lvo n. 274 del 2000 e art. 131-*bis* c.p., non tanto sul piano della natura processuale o sostanziale, sotto questo profilo tutto sommato poco significativa, quanto piuttosto per la diversa descrizione dei criteri in base alla quale

⁴⁴ Il reato è stato attribuito alla competenza del giudice di pace dall'art. 4 *lett. q)* d.lvo n. 274 del 2000, ma è tornato di competenza del tribunale nel 2003 (d.l. n. 151 del 2003, convertito con l. n. 21 del 2003).

⁴⁵ Sez. IV, 09 luglio 2004, n. 40203 e soprattutto Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 24249, in *Cass. pen.*, 2007, 2901 con nota adesiva di SALCUNI, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicazione dell'art. 34 d.lvo n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*. La Suprema Corte ha in particolare osservato, sotto il primo profilo, come la natura di reato di pericolo astratto non risulta ostativa perché anche in questa tipologia di reato va ricostruita, almeno sul piano interpretativo, l'offesa al bene giuridico protetto, mentre la particolare tenuità coinvolge tutti gli elementi indicati nell'art. 34 *cit.* e, dunque non solo l'esiguità del danno o del pericolo, ma anche l'occasionalità del fatto, il grado della colpevolezza e il pregiudizio che la prosecuzione del processo potrebbe arrecare alle esigenze di vita dell'imputato (lavoro, studio, famiglia e salute). Insomma è il disvalore del fatto nel suo complesso a dover essere valutato e non solo l'offensività della condotta. Riguardo alle soglie di punibilità si afferma che la soglia esprime solo il minimo di offesa superato il quale si può integrare il reato, perché al di sotto della soglia il fatto non è tipico, ma ciò non esclude che, riscontrata la tipicità del fatto, per il superamento della soglia, detto superamento possa essere graduabile, ossia minimo ovvero consistente. Va avvertito come entrambe le pronunzie ragionassero in relazione ad un'unica soglia di rilevanza penale, al di sotto del quale il fatto era lecito (la soglia in questione, relativo al c.d. tasso alcolemico, era originariamente di 0,8 g/l, poi portata a 0,5 g/l nel 2002).

valutare la tenuità, dovendosi in particolare considerare che nel primo non si fa menzione alcuna di “*offesa*” ma di “*fatto*” di particolare tenuità e si compie un esplicito riferimento “*all’interesse tutelato*”, mentre nel secondo il fatto di particolare tenuità migra nella rubrica ma scompare nella norma, dove invece irrompe l’offesa di particolare tenuità⁴⁶. La maggiore specificità della nozione di offesa rispetto a quella, più generale, di fatto potrebbe effettivamente spingere verso conclusioni più rigorose nella soluzione del problema in esame, ma resta il fatto che già da queste preliminari considerazioni emerge l’impraticabilità di una posizione di intransigente ed automatica incompatibilità tra nuova causa di non punibilità e soglie di non punibilità.

6.1. Le soglie di punibilità che definiscono l’offesa.

Questa prima conclusione appare avvalorata dal rilievo secondo il quale va escluso che le c.d. soglie di punibilità costituiscano una precisa categoria unitaria all’interno del reato che svolge sempre la medesima funzione, dovendosi piuttosto ammettere che si tratta di un elemento che può variamente combinarsi con gli altri elementi della fattispecie e svolgere distinte funzioni. In particolare, non sempre le soglie di punibilità sono elementi costitutivi del reato, potendosi qualificare anche come condizioni obiettive di punibilità e, anche quando sono elementi costitutivi del reato, non sempre svolgono la funzione di definire direttamente l’offesa al bene giuridico protetto, qualificandosi come “*soglie espresse di offensività*”, potendo anche svolgere i più disparati ruoli, come definire la condotta o il fatto tipico, anche alla stregua di nozioni di natura tecnica.

E’ allora del tutto ragionevole ipotizzare differenti soluzioni anche in ragione di queste diversità⁴⁷. Così qualora la soglia di non punibilità integri una mera condizione obiettiva di punibilità ovvero, pur essendo un elemento costitutivo del reato, non

⁴⁶ Inoltre, sul piano dei c.d. indici-criteri, ferma l’esiguità del danno o del pericolo, il grado della colpevolezza è sostituito con le modalità della condotta. Va anche precisato che il quadro normativo di riferimento si è enormemente modificato e complicato anche sul versante della norma incriminatrice, perché, come è noto, la riforma del 2007 dell’art. 186 cod. str. ha sostituito l’unica soglia di rilevanza penale con tre distinte soglie di tasso alcool emico (0,5, 0,8 e 1,5 g/l), corrispondenti ad altrettanti tre autonome fattispecie di reato (per un articolato commento sia consentito il rinvio a Dies, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 969, ove si è diffusamente argomentata la natura delle soglie di elementi costitutivi e non di condizioni obiettive di punibilità, 979 ss.). Infine, nel 2010 alla prima soglia (0,5 g/l) si è assegnato il compito di distinguere il lecito dall’illecito amministrativo, mentre le due soglie superiori hanno mantenuto valenza penale.

⁴⁷ Così anche SALCUNI, *Esiguità*, cit., che afferma come “*tutto dipende dal modo in cui è costruita la soglia di punibilità*”. Le linee guida della Procura della Repubblica di Lanciano, cit., 28 accennano a possibili differenti soluzioni affermando la tendenziale incompatibilità (il documento prudentemente parla di “*applicabilità problematica*”) con la soglia prevista al fine di individuare il confine della punibilità (si cita al riguardo i reati tributari) mentre si esclude qualsiasi incompatibilità per le soglie collegate all’accertamento del superamento di valori di carattere tecnico (il riferimento appare riferibile a taluni reati ambientali e alla guida in stato di ebbrezza).

afferisca comunque direttamente all'offesa, sembra doversi escludere qualsiasi tipo di incompatibilità all'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.

Quando, invece, esse si configurino come “*soglie espresse di offensività*” sembra altrettanto ragionevole ipotizzare maggiori difficoltà, perché se il legislatore ha fissato una determinata soglia di offesa per ritenere penalmente rilevante il fatto un superamento anche esiguo rende per ciò solo ed in via di principio punibile il fatto. In tal caso un giudizio di particolare tenuità del fatto, anche se parametrato sul caso concreto, rischia di fatalmente contraddire la vincolante valutazione compiuta in astratto dal legislatore. In senso contrario, non sembra in questi casi sufficiente l'argomento secondo il quale la soglia segna solamente il discrimine di tipicità del fatto, sicché minimi superamenti consentirebbero la valutazione in termini di irrilevanza del fatto. Ciò che appare contestabile in un simile argomentare è la premessa perché, in tali casi, se è vero che la soglia segna il confine di tipicità è anche vero che segna pure il confine della punibilità, nel senso che essa è stata prevista dal legislatore proprio con la funzione di indicare con precisione i fatti meritevoli di pena già in via astratta. Affermare, pertanto, che il giudice potrebbe contraddire questa valutazione sulla sola base di un superamento minimo della soglia appare intimamente contraddittorio e, in ultima analisi, non condivisibile.

Ciò dovrebbe valere, mi sembra, sia per l'art. 316-*ter* che per tutti i reati tributari⁴⁸.

⁴⁸ Come correttamente osservato da GATTA, *Note a margine*, cit., 1 contrari sembrano i primi precedenti della Cassazione, sia pure in via meramente implicita, per lo più relativi a reati tributari strutturati secondo soglie di punibilità, in cui il problema non è stato minimamente posto (tra l'altro in riferimento a casi in cui il superamento rispetto alla soglia era tutt'altro che minimo o esiguo). L'autore citato, sia pure senza particolare approfondimento per la natura dell'intervento, nel condividere la posizione della Cassazione cita “*a fortiori*” la ben nota giurisprudenza costituzionale che da tempo “*ha affermato che la valutazione del giudice circa la necessaria offensività in concreto della condotta ben può portare ad escluderne la rilevanza penale in caso di eccedenza accertata di modesta entità, rispetto al limite soglia*” e, in particolare, la fondamentale C. cost., luglio del 1991 n. 333, in tema di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella “*media giornaliera*” (cfr. art. 73 t.u. stupefacenti, nella versione precedente al referendum abrogativo del 1993). Pur nella complessità del tema non riterrei il richiamo decisivo per due ordini di ragioni. In primo luogo la citata giurisprudenza costituzionale, pur effettivamente individuando nell'esiguità il criterio da utilizzare per rendere concreto il pericolo anche in fattispecie costruite dal legislatore secondo lo schema di reati a pericolo astratto, attiene al principio di necessaria offensività per selezionare i fatti effettivamente tipici dai fatti atipici o solo apparentemente tipici perché inoffensivi (o, se si preferisce tipici ma non offensivi, secondo la concezione realistica del reato) a norma dell'art. 49, comma 2 c.p., mentre i casi in esame attengono a fatti certamente offensivi, sia pure in modo esiguo. In secondo luogo, riguarda reati o totalmente privi di soglie di punibilità (cfr., ad es., il primo precedente, rappresentato da C. cost., 26 marzo 1986, n. 62 in materia di esplosivi o C. cost., 25 luglio 1989, n. 437 a proposito della mancata previsione di una soglia di punibilità nel reato di omessa annotazione di fatture ricevute previsto dall'art. 1, comma 6 legge n. 516 del 1982 nella versione allora vigente) oppure con soglie assai ridotte (è il caso della detenzione di stupefacenti in quantità superiore alla “*dose media giornaliera*” cui si riferisce il precedente citato), mentre nei casi in esame sono previste soglie, in termini assoluti, sempre di una certa consistenza (i quasi € 4 mila di indebite erogazioni pubbliche per l'art. 316-*ter* c.p. e, ancor più, tutte le soglie previste nei reati tributari), il cui superamento sembra rendere di per sé non esigua l'offesa, anche alla luce di una valutazione sul caso concreto.

La soluzione proposta presenta il vantaggio, in ordine all'art. 316-ter c.p. di rendere piano il rapporto con l'illecito amministrativo previsto nel caso di fatto sotto la soglia di rilevanza penale: paradossale sarebbe infatti ritenere esente da qualsiasi sanzione, penale ed amministrativa, chi avesse superato di poco la soglia di rilievo penale ed invece necessariamente punito con la sanzione amministrativa chi restasse sotto la soglia. Questa paradossale conclusione sarebbe inevitabile se si ammettesse il giudizio di particolare tenuità del fatto, perché la pena andrebbe esclusa per effetto dell'integrazione della causa di non punibilità e la sanzione amministrativa per il doveroso rispetto al principio di legalità. L'illecito amministrativo e la relativa sanzione è, infatti, prevista solo per le condotte sotto la soglia di rilevanza penale e, pertanto, l'applicazione al caso in esame implicherebbe una violazione del principio di legalità⁴⁹.

A ben vedere, tuttavia, è possibile affermare una residua applicabilità, anche in questi casi, dell'art. 131-bis c.p., ma solo sulla base di circostanze diverse dal superamento ancorché minimo della soglia⁵⁰ quali, in particolare, in via meramente esemplificativa specifiche modalità della condotta che rivelino una minima colpevolezza o situazioni di "quasi scriminanti" (ad es. l'aver richiesto l'indebita percezione pubblica per far fronte a bisogni primari, l'aver omesso di versare ritenute certificate per evitare un sicuro fallimento o perché in situazione di grave carenza di liquidità, sia pure non proprio di assoluta insolvenza, ecc...) o comportamenti successivi capaci di far assumere all'offesa nel caso concreto una consistenza minore di quanto non accada normalmente (ad es. condotte riparatorie, quali l'integrale pagamento dell'imposta evasa e delle relative sanzioni)⁵¹.

⁴⁹ Non divisibile, pertanto, la soluzione prospettata nelle linee guida della Procura della Repubblica di Palermo, cit., 23, secondo la quale si dovrebbe in questi casi far applicazione della sanzione amministrativa, sul presupposto che il più contiene il meno. Nel documento si assume, con specifico riguardo alla guida di stato di ebbrezza, la possibilità di utilizzare l'art. 129 disp. att. c.p.p. per informare la Prefettura per l'irrogazione delle sanzioni amministrative riguardanti la patente. A prescindere dalla dubbia utilizzabilità dello strumento (invero previsto in caso di esercizio dell'azione penale e non in caso di richiesta di archiviazione e per informare i titolari dell'azione disciplinare e contabile), resta il fatto che nulla assicura che la sanzione amministrativa sia in effetti irrogata, appunto per il necessario rispetto al principio di legalità, ed anche se lo fosse la relativa competenza giurisdizionale sarebbe del giudice civile e sarebbe, pertanto, irrimediabilmente sottratta alla giurisdizione penale.

⁵⁰ Analogamente le linee guida della Procura della Repubblica di Palermo, cit., 21 ss. che, dopo aver correttamente impostato il problema ed affermato che "non si possa affermare un indirizzo univoco, valido per tutte le ipotesi di superamento delle soglie", concludono nel senso della necessità di "una adeguata e soprattutto motivata ponderazione circa la compresenza degli elementi caratterizzanti la particolare tenuità del fatto: l'analisi delle modalità della condotta, come parametro per la valutazione del fatto, deve sempre prevalere rispetto al peso da attribuire al superamento di valori-limite".

⁵¹ Il rilievo dei comportamenti riparatori successivi nel valutare l'offesa potrebbe legittimamente ritenersi precluso sulla base di due argomenti, di natura letterale il primo e sistematico il secondo. Sotto il primo profilo la valutazione "ai sensi dell'art. 133, primo comma" c.p. delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, previsto dall'art. 131-bis, comma 1 c.p. sembra escludere rilievo a tutti i criteri di cui all'art. 133, comma 2 c.p. e, tra essi, anche alla "condotta (...) susseguente al reato" (cfr. art. 133, comma 2 nr. 3 c.p.). Sotto il secondo profilo si può sostenere che, altrimenti, la causa di non punibilità verrebbe surrettiziamente trasformata in un'anomala causa di estinzione del reato, in assenza di un'espressa previsione di legge. Non li riterrei però dirimenti. Non il primo perché il richiamo al solo primo comma

Si tratta comunque di aperture molto problematiche che, tra l'altro, a dimostrazione della complessità della questione, ripropongono le difficoltà già segnalate del rapporto sistematico con l'illecito amministrativo eventualmente previsto in caso di mancato superamento della soglia di rilevanza penale. Ad es. nel caso di cui all'art. 316-ter c.p. resterebbe incomprensibile perché mai chi abbia superato la soglia di rilevanza penale, in presenza di quelle specifiche circostanze che consentano la valutazione dell'offesa in termini di particolare tenuità, debba andare esente da qualsiasi sanzione (penale ed amministrativa) e, invece, chi non abbia superato la soglia ma abbia tenuto un comportamento del tutto corrispondente, debba essere sottoposto alla sanzione amministrativa⁵².

Comunque, una volta aderito a queste aperture, occorre ammettere che dell'iniziale incompatibilità prospettata tra art. 131-bis c.p. e "*soglie espresse di offensività*" resta ben poco. Non si tratterebbe, infatti, di una preclusione assoluta ma solo di un limite che finisce con l'agire a livello motivazionale, nel senso cioè che il giudice non potrebbe ritenere l'offesa di particolare tenuità argomentandola sulla sola base del minimo superamento della soglia, ma avrebbe l'obbligo di motivarla sulla base di circostanze diverse, in modo da non entrare in contraddizione con la valutazione operata dal legislatore in via astratta.

Viceversa, come già precisato, quando la soglia non si riferisce direttamente all'offesa nessuna preclusione, neppure di ordine motivazionale, sussiste. E' il caso della

dell'art. 133, c.p. può essere inteso come un criterio di valutazione obbligatorio ma nulla impone che sia anche esclusivo e, pertanto, che l'offesa originaria possa essere apprezzata anche sulla base di comportamenti successivi. Questa interpretazione sembra avvalorata dal rilievo secondo il quale quel richiamo sia fondato più su ragioni di coerenza sistematica (nell'ambito dell'art. 133 c.p. la gravità del reato si desume dai criteri appunto del primo comma, mentre quelli del secondo comma sono preposti alla valutazione della capacità a delinquere) che per delimitare l'ambito della nuova causa di non punibilità. Non il secondo perché, in generale, la forte vicinanza tra la nuova causa di non punibilità e cause di estinzione del reato non sembra seriamente contestabile. A conforto di questi rilievi, assai interessante e condivisibile appare Trib. Genova, 21 maggio 2015, inedita che ha ritenuto di applicare l'art. 131-bis c.p. in un caso di "*quasi estinzione del reato*" (si trattava di un reato contravvenzionale in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in cui l'imputato aveva ottemperato alle prescrizioni imposte dall'organo di vigilanza ed aveva anche pagato la somma determinata ai sensi dell'art. 21 d.lg n. 758 del 1994, ma in ritardo, così impedendo l'estinzione del reato a norma dell'art. 24 d.lg cit.). Il caso deciso esemplifica assai bene la refrattarietà del nuovo istituto, la cui dimensione naturale è dominata dal caso concreto, ad automatismi interpretativi, pur ineccepibili a livello di norma generale ed astratta, come si è avvertito nel testo all'inizio del presente paragrafo.

⁵² Il problema non può essere risolto ritenendo sussistente in via interpretativa un'incompatibilità assoluta tra soglie e art. 131-bis c.p. ma solo con un intervento normativo che, ad es., estenda in questi casi la non punibilità anche all'illecito amministrativo o la sanzione amministrativa in caso di applicazione della causa di non punibilità a livello penale. In alternativa si potrebbe pensare ad una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza che, a mio avviso, andrebbe impostata dal lato dell'illecito amministrativo e non del reato, nel senso cioè di denunciare la specifica norma che prevede l'illecito amministrativo nella parte in cui non consente di non applicare la sanzione amministrativa nei casi in cui sia applicabile la causa di non punibilità per il corrispondente reato. Si tratterebbe, pertanto, di una questione di illegittimità costituzionale che può essere sollevata solo dal giudice civile competente per le opposizioni avverso l'applicazione delle sanzioni amministrative e non dal giudice penale, chiamato ad applicare l'art. 131-bis c.p. ai casi di superamento della soglia, ossia alle condotte integranti reato.

guida in stato di ebbrezza in cui l'accertamento del superamento delle varie soglie del tasso alcolemico non sembra afferire direttamente all'offesa, rappresentata dal pericolo alla circolazione stradale, ma piuttosto alla descrizione della condotta tipica e, in particolare, della nozione di stato di ebbrezza, che è nozione di natura tecnica nel senso che sussiste solo quando vi sia superamento della soglia⁵³.

7. Modifiche al casellario giudiziale: il dato letterale.

Da ultimo resta da affrontare un tema solo in apparenza marginale ma che in realtà è fondamentale tanto che le considerazioni in merito finiranno col completare il discorso svolto ed i risultati raggiunti riguardo all'essenza stessa del nuovo istituto sul piano della struttura logica e della funzione (cfr. *retro* par. 3). Si tratta delle modificazioni apportate al testo unico relativo al casellario giudiziale (d.P.R. n. 313 del 2002; di seguito t.u.) con l'art. 4 del decreto legislativo n. 28 del 2015, che, secondo la *communis opinio* avrebbe previsto l'iscrizione non solo delle sentenze di assoluzione ma di tutti i provvedimenti che dichiarano la non punibilità ai sensi del nuovo art. 131-*bis* c.p., ivi compresi i provvedimenti di archiviazione che, pertanto, finiscono col configurare, in modo del tutto innovativo, dei precedenti a carico. Che questa in effetti sia stata l'intenzione dei riformatori emerge in modo piano dalla Relazione della Commissione ministeriale che ha redatto il testo dello schema di decreto delegato che lo afferma espressamente ricollegando tre profili distinti: archiviazione "garantita", con avviso all'indagato della richiesta del PM e facoltà di opposizione (cfr. art. 411, comma 1-*bis* c.p.p.), iscrizione nel casellario e realizzarsi della causa ostativa dell'abitualità del comportamento⁵⁴.

⁵³ Deve essere in questo senso rettificata l'affermazione contenuta in DIES, *La nuova disciplina*, cit., p. 981, secondo la quale "la ricorrenza di un tasso alcolemico superiore alla soglia prevista di 0,5 g/l" costituisce l'elemento "sul quale è incentrata l'intera offesa del reato", sia pure "in collegamento con la condotta di guida". Va peraltro sottolineato il diverso contesto in cui quell'affermazione era inserita, costituito dalla qualificazione in termini di elemento costitutivo del reato e non di condizione obiettiva di punibilità, delle soglie. In concreto l'art. 131-*bis* c.p. potrà trovare applicazione in caso di condotta di guida del tutto irreprensibile e minima, eventualmente anche in presenza di superamenti della soglia non minimi ed anche in caso di superamento della soglia massima (ad es. percorrenza di pochi metri in uscita da un parcheggio, percorrenze minime in sella ad una bicicletta in area a traffico limitato e simili). Anche in questo caso, dunque, la ricorrenza dell'offesa di particolare tenuità appare ricollegata più ad una valutazione complessiva del fatto e, in particolare, delle modalità della condotta di guida in rapporto all'interesse tutelato, piuttosto che al semplice minimo superamento della soglia. Per utili e convincenti argomentazioni in merito cfr. MARIOTTI, [Guida in stato di ebbrezza alcolica... in sella ad una bicicletta](#), nota a Sez. IV, 22 gennaio 2015, n. 4893, in *questa Rivista*, 8 maggio 2015, 13 ss. Anche l'art. 186 cod. str. pone il grave problema dei rapporti con l'illecito amministrativo previsto in caso di non superamento delle soglie di rilevanza penale (0,8 e 1,5 g/l) ma della minore soglia di rilevanza amministrativa (0,5 g/l), già affrontato nel testo.

⁵⁴ In particolare, al § 7 per spiegare le facoltà riservate all'indagato nella procedura di archiviazione si afferma: "In effetti, posta la necessità di iscrivere nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione del nuovo istituto, ancorché adottato mediante decreto di archiviazione, ne viene che l'indagato potrebbe avere interesse ad evitare tale effetto sfavorevole in quanto preclusivo di una futura fruizione dell'irrilevanza, mirando invece ad ottenere un risultato pienamente liberatorio". Al § 9, poi, si ribadisce: "come già notato (...) il requisito della non punibilità del

Tutti i commentatori danno di conseguenza per scontato che si debbano iscrivere anche i provvedimenti di archiviazione, spesso senza particolari approfondimenti né sotto il profilo letterale né sotto quello più generale e sistematico⁵⁵.

Si tratta, invece, di un'interpretazione da respingere perché contrasta con la lettera della legge, con la natura e la *ratio* stessa del nuovo istituto e finisce inevitabilmente col contraddire fondamentali principi costituzionali. Non solo, ma a ben vedere si manifesta come inopportuna persino sotto il profilo pratico-operativo.

Sarà bene partire dalla lettera della legge per poi allargare il discorso con considerazioni di più ampia portata.

La modifica fondamentale è costituita dall'integrazione dell'art. 3 t.u., dedicato ai provvedimenti iscrivibili, con l'aggiunta al testo originario della *lett. f)* – *“i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno prosciolto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilità, o disposto una misura di sicurezza”* – del seguente: *“nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale”*. Secondo la lettera della legge la congiunzione *“nonché quelli”* si lega in modo piano e senza possibilità di equivoci a *“i provvedimenti giudiziari definitivi”* e, pertanto, devono essere essi stessi *“provvedimenti definitivi”*. Secondo la norma definitoria di cui all'art. 2 del t.u. per *“provvedimento giudiziario”* si intende *“la sentenza, il decreto penale e ogni altri provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria”* (cfr. *lett. f)*) ed invece *“per provvedimento giudiziario definitivo”*, *“il provvedimento divenuto irrevocabile, passato in giudicato o, comunque, non più soggetto a impugnazione con strumenti diversi dalla revocazione”* (cfr. *lett. g)*). Insomma il primo è un concetto di genere, idoneo ad abbracciare ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria e, pertanto, anche il decreto di archiviazione, mentre il secondo è un concetto di specie riferito solo alle sentenze e ai decreti penali passati in giudicato (cfr. art. 648 c.p.p.), rispetto al quale il decreto di archiviazione, come la sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p., suscettibile di revoca a norma degli artt. 434 ss. c.p.p., è certamente estraneo. Non solo, ma nel sistema del t.u. le due nozioni sono opportunamente catalogate in due distinte categorie.

comportamento previsto dal primo comma dell'art. 131-bis del codice penale, 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”.

⁵⁵ Analogamente e senza incertezze le linee guida della Procura della Repubblica di Trento, cit., 3, 6 e 11, di Lanciano, cit., p. 24 e di Palermo, cit., 16. Critica la scelta ma non pone in discussione l'iscrizione delle archiviazioni BARTOLI, *L'esclusione*, cit., p. 671. Persino CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., che pure afferma con forza l'impossibilità di ritenere accertato il fatto sulla base di una semplice archiviazione, si limita ad avanzare mere perplessità (p. 19: *“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 definitività – devono essere oggi iscritti nel casellario giudiziale*). Analogamente, per i motivi letterali di cui subito nel testo, RINALDI, *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della punibilità nella disciplina introdotta dal decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, di attuazione della legge delega 28 aprile 2015, n. 67*, relazione tenuta il 01.04.2015 presso il palazzo di Giustizia di Salerno all'incontro di studi organizzato dalla Struttura territoriale di Salerno della Scuola Superiore della Magistratura, p. 9 che, comunque, finisce col riconoscere come l'interpretazione prevalente sia più coerente con la *ratio* dell'istituto.

Alla luce di queste preliminari considerazioni, vanno iscritti sicuramente le sentenze di assoluzione per essere l'imputato non punibile a norma dell'art. 131-*bis* c.p.p. pronunziate all'esito del dibattimento o di rito abbreviato che fanno stato nel giudizio civile di danno a norma dell'art. 651-*bis* c.p.p. Come si è già notato si tratta di sentenze fondate inderogabilmente sul pieno accertamento di tutti i presupposti della penale responsabilità e, proprio per questo motivo, non costituiscono sentenze tipicamente assolutorie ma "cripto-condanne" e ben possono essere considerate veri e propri precedenti a carico, non solo ai fini della valutazione del requisito della non abitualità in futuri procedimenti per fatti bagatellari ma anche ad ulteriori fini strettamente penalistici, quali la determinazione della pena a norma dell'art. 133 c.p. (con riferimento all'elemento di cui al comma 2 nr. 2) e, ad es., al giudizio di prognosi previsto dall'art. 164, comma 1 c.p. per la concessione della sospensione condizionale della pena⁵⁶. Del tutto naturale, pertanto, prevederne le iscrizione affinché possano essere valutate in successivi giudizi e, inoltre, inserirli proprio nella *lett. f)* dell'art. 3 t.u., per la forte omogeneità strutturale coi provvedimenti già in quella lettera previsti. Anche le sentenze di proscioglimento per difetto di imputabilità, infatti, contengono un compiuto accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato, oltre al difetto di imputabilità che costituisce causa del proscioglimento e possono quindi costituire a tutti gli effetti veri e propri precedenti a carico, suscettibili come tali di iscrizione al casellario.

Nell'art. 3 *lett. f)* t.u., però, rientrano anche le sentenze predibattimentali a norma dell'art. 469, comma 1-*bis* c.p.p., perché passano in giudicato e possono quindi ritenersi "*provvedimenti giudiziari definitivi*", ma che non fanno stato nei giudizi civili di danno e non contengono un compiuto accertamento del fatto, trattandosi di sentenze di non doversi procedere e, dunque, di rito, pronunziate in un contesto refrattario ad un pieno accertamento di merito e, secondo l'interpretazione proposta, "*in ipotesi di responsabilità*". Per questi motivi la coerenza della categoria dei provvedimenti iscrivibili sembra compromessa ma, a ben vedere, solo in apparenza, perché quella dichiarazione di non punibilità riposa sul consenso dell'imputato, sotto forma di non opposizione, richiesto dall'art. 469, comma 1 c.p.p., che anche per questa ragione si deve considerare elemento imprescindibile e non derogabile in via interpretativa. Insomma, una volta esercitata l'azione penale e giunti al giudizio, all'imputato è data l'opportunità della scelta tra il giudizio di merito, che accerterà in modo compiuto il fatto oppure il consenso ad un immediato proscioglimento a norma dell'art. 131-*bis* c.p., con implicita accettazione dell'effetto sfavorevole rappresentato dall'iscrizione al casellario giudiziale e conseguente considerazione di quella pronuncia quale precedente a carico a tutti gli effetti⁵⁷.

⁵⁶ Non, invece, ai fini della recidiva perché l'art. 99 c.p. richiede una condanna.

⁵⁷ Per chi ammetta l'ipotesi deve ritenersi certamente iscrivibile al casellario giudiziale anche la sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. a seguito di una richiesta di patteggiamento, perché, sotto il profilo testuale, anch'essa è un "*provvedimento giudiziario definitivo*" e, sotto il profilo sostanziale, si tratta di una sentenza che implica un compiuto accertamento del fatto in quanto solo la piena integrazione della causa di non punibilità consente di superare la richiesta di pena e, inoltre, riposa su un consenso

Viceversa, i provvedimenti di archiviazione non sono provvedimenti giudiziari definitivi, dal momento che i relativi effetti vengono meno con un provvedimento del giudice sulla base della semplice *“esigenza di nuove investigazioni”* (cfr. art. 414 c.p.p.) e, pertanto, non possono essere iscritti, in modo del tutto coerente con la loro natura, non contenendo alcun compiuto accertamento del fatto e, in particolare, degli elementi costitutivi della penale responsabilità, essendo anch’essi resi *“in ipotesi di responsabilità”*. La diversa soluzione rispetto alla sentenza predibattimentale si spiega col fatto che, in tal caso, l’indagato non ha prestato alcun consenso a questo esito e, dall’altro, non è stato in grado di difendersi provando né di impugnare il provvedimento, essendogli garantito solo un avviso della richiesta del PM ed un’inedita facoltà di opposizione all’archiviazione.

Sotto il profilo testuale si potrebbe tentare di contrastare queste chiare conclusioni assumendo che con l’espressione *“nonché quelli”* si sia voluto indicare assenza di collegamento rispetto alla prima parte e, quindi, riferirsi a tutti i provvedimenti, anche non definitivi. Ma, a parte l’evidente opinabilità di una simile interpretazione – giacché quell’esito sarebbe stato garantito piuttosto dall’uso dell’espressione *“nonché i provvedimenti giudiziari”* -, non si comprende davvero perché mai si sia voluto accomunare in una medesima lettera provvedimenti di natura diversa, definitivi e non definitivi, che accertano e non accertano compiutamente il fatto. Certamente più coerente sarebbe stato prevedere la nuova iscrizione in una nuova ed autonoma lettera del cit. art. 3.

Ancora sul piano letterale si potrebbero ravvisare argomenti in favore dell’interpretazione corrente dalla modifica dell’art. 5 t.u. in merito all’eliminazione delle iscrizioni, dal momento che si è proceduto ad aggiungere la lett. d)-bis dedicata *“ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis c.p. del codice penale, trascorsi dieci anni dalla pronuncia”*, senza invece integrare la lett. c), relativa *“ai provvedimenti giudiziari di proscioglimento o di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, trascorsi dieci anni in caso di delitto e tre anni in caso di contravvenzione dal giorno in cui il provvedimento è divenuto irrevocabile e, nel caso di non luogo a procedere, dal giorno in cui è scaduto il termine”*. Si potrebbe, infatti, evidenziare, da un lato, come l’art. 5 lett. d)-bis cit. faccia riferimento ai *“provvedimenti giudiziari”* e non ai *“provvedimenti giudiziari definitivi”* e, dall’altro, la previsione della decorrenza del termine per la cancellazione dalla pronuncia del provvedimento e non dalla sua irrevocabilità, come invece previsto nella lett. c), per confermare che sono suscettibili di iscrizione anche i provvedimenti non definitivi che hanno fatto applicazione dell’art. 131-bis c.p.

Si tratta, però a ben vedere, di argomenti assai fragili. In primo luogo, infatti, è evidente che la norma dedicata all’eliminazione delle iscrizioni rinvia per sua natura alla norma che disciplina le iscrizioni e, pertanto, la specificazione che si trattasse di provvedimenti definitivi non era necessaria proprio in quanto ciò era già chiarito dall’art. 3 lett. f) t.u. In secondo luogo la previsione di una diversa decorrenza del

dell’imputato ancora più pregnante di quello espresso a norma dell’art. 469 c.p.p., essendo riferito addirittura all’applicazione di una pena e non solo al proscioglimento a norma dell’art. 131-bis c.p.p.

termine per la cancellazione, dalla pronuncia anziché dall'irrevocabilità, con conseguente collocazione in una distinta lettera rispetto a quella dedicata ai proscioglimenti per difetto di imputabilità, è comunque relativa anche ai provvedimenti definitivi, quali le sentenze di assoluzione e non è pertanto per nulla indicativa della natura dei provvedimenti suscettibili di iscrizione. Insomma, il fatto che tra i provvedimenti da iscrivere e cancellare rientrano sicuramente provvedimenti definitivi, che passano in giudicato, come le sentenze di assoluzione, toglie pregnanza al rilievo che la decorrenza del termine dalla pronuncia anziché dall'irrevocabilità, sarebbe indicativa che vanno iscritti anche i provvedimenti non definitivi. Inoltre, la limitazione del periodo di iscrizione agendo sulla diversa decorrenza del termine può trovare spiegazione nel fatto che l'iscrizione è essenzialmente funzionale all'accertamento del requisito dell'abitudine del comportamento che non tollera eccessive distanze temporale tra i vari episodi rispetto ai quali valutare l'abitudine.

7.1. Il rapporto con l'archiviazione c.d. garantita.

Allargando il discorso anche oltre l'aspetto puramente letterale occorre prendere in considerazione l'archiviazione c.d. garantita e la causa ostativa dell'abitudine del comportamento.

Si è visto, infatti, che secondo l'interpretazione prevalente l'iscrizione dei provvedimenti di archiviazione, da un lato, fornirebbe giustificazione alle inedite facoltà difensive assicurate all'indagato in questa sede e, dall'altro, risponde all'esigenza di rendere effettivo ed immediatamente operativa l'esclusione della causa di non punibilità in caso di comportamento abituale.

Iniziando dall'archiviazione c.d. garantita l'art. 411, comma 1-bis c.p.p. prevede garanzie e facoltà difensive corrispondenti per indagato e persona prevedendo che *“se l'iscrizione 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 prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta”*. Per entrambi è dunque prevista la garanzia del previo avviso e la facoltà di opposizione con un unico requisito di ammissibilità: l'indicazione delle ragioni. In caso di opposizione è poi prevista la fissazione di un'udienza in cui le parti devono essere sentite, si deve intendere se compaiono. All'esito il giudice può accogliere la richiesta con ordinanza ovvero respingerla restituendo gli atti al PM, *“eventualmente provvedendo ai sensi dell'art. 409, commi 4 e 5 c.p.p.”*, ossia indicare le ulteriori indagini che ritiene necessarie ovvero disporre l'imputazione coatta.

Tuttavia il giudice non è minimamente vincolato all'opposizione presentata da indagato e persona offesa e può sicuramente accogliere la richiesta anche in presenza del loro dissenso. Questo appesantimento della procedura di archiviazione si limita, pertanto, ad assicurare un mero potere di interlocuzione ad indagato e persona offesa sui motivi dell'archiviazione, sollecitando il giudice, il primo, ad un'archiviazione nel merito più favorevole e, il secondo, ad un rigetto. Non sembra proprio che l'indagato

possa pretendere lo svolgimento di ulteriori atti di indagini per ottenere una formula di archiviazione più favorevole, imponendo la completezza delle indagini, ancorché il fatto sia sicuramente di particolare tenuità⁵⁸. Nessun indice testuale legittima una simile conclusione che sarebbe chiaramente contraddittoria rispetto non solo alla prevalente *ratio* di deflazione processuale che, in questa fase, va necessariamente riconosciuta al nuovo istituto, ma anche alla stessa normale funzionalità delle indagini stesse. Infatti le indagini, come chiarisce l'art. 326 c.p.p., servono per raccogliere le prove contro l'indagato ai fini dell'esercizio dell'azione penale ed in vista di una possibile condanna per un fatto costituente reato, non per ricostruire una verità storica fine a sé stessa. E' ben vero che il PM, come prescritto dall'art. 358 c.p.p., "*svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*", ma sempre al fine di stabilire se esercitare l'azione penale ovvero presentare richiesta di archiviazione. Insomma, le indagini non possono essere piegate a fini puramente privati rispondendo sempre ad un pubblico interesse, rispetto al quale risulta sostanzialmente indifferente che un procedimento debba essere archiviato per una ragione, più o meno favorevole all'indagato o alla persona offesa. Ne consegue che se ad un certo punto delle indagini emerge che il fatto è di particolare tenuità e che pertanto deve trovare applicazione l'art. 131-bis c.p. il PM non solo può ma deve presentare richiesta di archiviazione anche se, in ipotesi, sussistessero indagini per meglio accertare il fatto sotto diversi profili, astrattamente rilevanti. Neppure il giudice potrebbe ordinare lo svolgimento di ulteriori indagini solo per stabilire quale sia la formula di archiviazione più corretta, ma solo se ritenesse che le ulteriori indagini siano in grado di consentire l'esercizio dell'azione penale.

D'altra parte va pure sottolineato che se anche si volesse affermare un diritto dell'indagato alla completezza delle indagini si tratterebbe di un diritto privo di effettiva tutela giurisdizionale per la semplice ragione che il provvedimento di archiviazione, in ipotesi disposto senza disporre le indagini che potenzialmente fossero in grado di dimostrare la sua innocenza, non è in alcun modo impugnabile.

Si deve, pertanto, concludere che l'opposizione dell'indagato ha una funzione molto limitata, perché serve solo a sollecitare formule di archiviazione più favorevoli già emergenti dagli atti di indagini svolte⁵⁹. Insomma, la sua tutela si svolge solo sul piano retorico-argomentativo non su quello dell'effettiva tutela giurisdizionale, rilevandosi sostanzialmente inutile sul piano strettamente tecnico, se non per destare l'attenzione del giudice distratto o superficiale⁶⁰.

⁵⁸ *Contra* CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 28.

⁵⁹ Qualche utilità in più svolge, invece, l'opposizione della persona offesa, perché essa potrebbe fornire elementi cognitivi tali da escludere l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. (ad es. la reiterazione dei comportamenti o la commissione di nuovi reati) e, pertanto, da imporre l'esercizio dell'azione penale.

⁶⁰ Su un piano più generale del tutto condivisibili sono i rilievi critici mossi dalla dottrina secondo la quale "*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 accertative*". COSÌ CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., p. 30.

Una così blanda ed inutile tutela non può che essere interpretata in senso fortemente riduttivo sul piano sistematico, ossia come generico rimedio a tutela del buon nome dell'indagato, messo a rischio da un'archiviazione fondata sull'art. 131-bis c.p. e non può, pertanto, costituire titolo giustificativo dell'iscrizione al casellario giudiziale. Come è già stato autorevolmente sottolineato non può certo 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)”*, essendo essenziale a tal fine, a pena di incostituzionalità, da un lato il pieno rispetto del diritto di difendersi provando e, dall'altro, la possibilità di impugnare i provvedimenti sfavorevoli⁶¹. Né può essere assegnato valore di *“precedente”* a un provvedimento giudiziario, come il decreto o l'ordinanza di archiviazione, che per sua natura non contiene alcun tipo di accertamento compiuto del fatto, in via surrettizia attraverso la previsione dell'iscrizione al casellario giudiziale, sebbene in qualche modo collegato ad una procedura di archiviazione *“garantita”*, perché altrimenti si finisce appunto col violare la presunzione di innocenza, le regole del giusto processo e di accertamento del fatto nel processo penale secondo precisi *standards* probatori, condensati nella regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, impossibili da osservare in sede di archiviazione. E' bene ribadire che, almeno secondo l'impostazione qui accolta, a prescindere dal necessario rispetto alle garanzie difensive dell'indagato, il giudice in sede di archiviazione non effettua alcun accertamento dei presupposti della penale responsabilità, come invece deve fare il giudice del dibattimento (o del rito abbreviato), ma, si limita ad assumere come veri quei presupposti per dichiarare l'integrazione della causa di non punibilità. Nessuna certezza vi può pertanto essere sulla stessa sussistenza del fatto, sulla commissione da parte dell'indagato, sull'esistenza dell'elemento psicologico, sull'antigiuridicità e così via. Né, come è ovvio, la natura del provvedimento di archiviazione può essere modificata attraverso l'iscrizione al casellario giudiziale, perché un provvedimento di archiviazione resta un provvedimento di archiviazione anche se viene iscritto al casellario giudiziale.

7.2. ... e col requisito della non abitualità del comportamento.

La rilevanza del *“precedente”* in successivi giudizi introduce il tema dell'esigenza pratica sottesa all'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti che fanno applicazione dell'art. 131-bis c.p.p., ossia la necessità di garantire l'effettività della causa ostativa rappresentata dall'abitualità del comportamento, attraverso un rapido e facile accertamento. Si assume, insomma, che l'iscrizione al casellario giudiziale serve al PM prima e al giudice poi per verificare, in successivi procedimenti, la

⁶¹ Così efficacemente CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 20 e 28 che ne trae l'ovvia conseguenza che *“se sarà necessario valutare l'abitualità, l'accertamento del fatto tenue andrà effettuato ex novo una seconda volta, nella pienezza del contraddittorio”* (nt. 107).

possibilità di applicare l'art. 131-*bis* c.p., sotto il profilo dell'abitudine del comportamento.

Una simile affermazione merita piena condivisione se riferita alle sentenze di assoluzione che, come si è sopra visto, contenendo un compiuto accertamento del fatto, costituiscono a tutti gli effetti un precedente. Ma non possono essere minimamente condivise riguardo al decreto o all'ordinanza di archiviazione (ed anche alla sentenza di non luogo a procedere a norma dell'art. 425 c.p.p.), per le ragioni ormai più volte esplicitate, ossia perché questi provvedimenti non contengono un compiuto accertamento del fatto. Pertanto, se in un successivo giudizio relativo ad un fatto oggettivamente di particolare tenuità, si pone la questione dell'abitudine del comportamento in riferimento a precedenti fatti archiviati, è certo che questo elemento dovrà essere dimostrato dalla pubblica accusa, oltre ogni ragionevole dubbio, coi mezzi ordinari. La ragione è, ancora, il necessario rispetto di principi di primaria rilevanza costituzionale, quali principalmente la presunzione di innocenza. D'altra parte merita di essere sottolineato come, in un caso del tipo prospettato (processo avente ad oggetto un fatto oggettivamente di particolare tenuità), l'abitudine del comportamento finisce col configurare un elemento costitutivo della punibilità, perché in sua assenza l'imputato andrebbe assolto.

Si potrebbe obiettare che questi rilievi, pur corretti, non sono sufficienti per incrinare l'opportunità pratica dell'iscrizione al casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione, appunto per segnalare in successivi giudizi la necessità di raggiungere la piena prova dei fatti archiviati, per consentire una condanna per un nuovo fatto di particolare tenuità. Si deve però riconoscere che non si tratta affatto di una prospettiva allettante, perché per ottenere una condanna verosimilmente "minima" si ha necessità di fornire la prova non solo del fatto oggetto del giudizio, come è ovvio che sia, ma anche del fatto precedente, con un ulteriore ed inevitabile appesantimento del dibattimento. Inoltre, poiché per ritenere un comportamento abituale è ben possibile che non sia affatto sufficiente dimostrare un solo precedente ma sia necessario dimostrare più fatti capaci, per il numero e la loro vicinanza temporale, ad essere appunto interpretati in termini di abitudine, potrà essere necessario dimostrare tutti questi fatti, ancora secondo le regole ordinarie del processo penale, per pervenire ad una condanna per un solo fatto oggettivamente di scarsa rilevanza, col concreto rischio di dover imbastire processi elefantiaci per questioni bagatellari⁶². Insomma una vera e propria eterogenesi di fini per un istituto che dovrebbe assicurare, proprio attraverso un più ampio ricorso all'archiviazione, maggiore efficienza e deflazione processuale.

C'è davvero da chiedersi se non sia preferibile piuttosto giovare dell'oblio per i precedenti oggetto di archiviazione, perché è forse preferibile qualche assoluzione di

⁶² E' questo lo scenario disegnato da CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, cit., 18 anche sulla base dell'interpretazione del requisito dell'abitudine solo come rivolto al passato e non anche al futuro (in chiave di prevenzione speciale), come già chiarito. Di fronte ad una simile prospettiva il giudice potrebbe reagire o assumendo come veri quei precedenti sulla sola base dell'iscrizione al casellario, violando la presunzione di innocenza oppure ritenendo comunque il fatto non di particolare tenuità sotto il profilo oggettivo pur di rendere le prove relative ai precedenti irrilevanti, tradendo così lo spirito della riforma.

troppo, comunque per fatti oggettivamente bagatellari, piuttosto che complicare oltre modo i giudizi mediante la moltiplicazione delle prove da fornire. Anche sotto il punto di vista della mera opportunità pratica si possono quindi avanzare seri dubbi sull'iscrizione al casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione e, in genere, dei provvedimenti non definitivi.

Onestà intellettuale impone, però, di riconoscere che in realtà esiste un modo di intendere l'iscrizione al casellario giudiziale delle archiviazioni che si armonizzi coi principi costituzionali e di accertamento del fatto nel processo penale, da un lato, e con la funzionalità complessiva del sistema e del nuovo istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p., dall'altro ed è quello di ritenere che sia funzionale solo ad orientare i PM nelle scelte di loro competenza, in particolare tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale e mai i giudici, nella consapevolezza, però, che nel giudizio ed ai fini della condanna occorrerà comunque la prova di tutti i fatti alla cui stregua si possa ritenere il comportamento abituale. In quest'ottica la funzionalità complessiva del sistema potrebbe essere salvaguardata dalla riapertura delle indagini per i fatti già archiviati (o della revoca delle sentenze di non luogo a procedere a norma dell'art. 425 c.p.p.), in modo che la necessità di provare tutti i fatti consenta almeno la condanna per tutti, preferibilmente in un unico processo⁶³. Si tratterebbe insomma di un rilievo del tutto *sui generis*, di ausilio al lavoro del PM affinché la prevista efficacia ostativa del comportamento abituale non resti del tutto lettera morta sotto il peso dell'oblio che normalmente scende sui procedimenti di archiviazione, nettamente distinto dal valore di "precedente" che l'iscrizione al casellario giudiziale normalmente comporta. Per certi versi si tratterebbe di un rilievo simile a quello che può essere attribuito alle notizie evincibili da altre banche dati, quali i carichi pendenti o le banche dati delle forze dell'ordine, pure legittimamente utilizzati dal PM per orientarsi nelle sue delicate scelte e per accertare o escludere, ai medesimi fini, il requisito dell'abitualità⁶⁴.

Resta molto difficile, però, che un simile esito si possa affermare a livello interpretativo, in presenza di un dato testuale estremamente equivoco che, da un lato, come si è visto, sembra escludere puramente e semplicemente i provvedimenti di archiviazione dalle iscrizioni al casellario e, dall'altro, sicuramente impone le iscrizioni di provvedimenti dal chiaro valore di precedente (le sentenze di assoluzione fondate sull'art. 131-*bis* c.p.). In un simile contesto, vi sono buone ragioni per un atteggiamento interpretativo di estrema prudenza che escluda per il momento puramente e semplicemente l'iscrizione dei provvedimenti di archiviazione. Trattandosi, infatti, di

⁶³ Naturalmente ciò impone di considerare l'elemento dell'abitualità come rivolto al futuro, in chiave di prevenzione speciale, sicché la punibilità di fatti esigui si impone per contenere la pericolosità sociale dell'autore, ossia perché la commissione di più fatti renderebbe evidente la necessità della rieducazione del responsabile, anche al fine di evitare possa commettere in futuro fatti ben più gravi. In questa prospettiva le archiviazioni per fatti di particolare tenuità potrebbero funzionare come una sorta di sospensione della pena (e del processo) *ante litteram*, ossia come incentivo per l'interessato a non delinquere nella consapevolezza che successive condotte criminose potrebbero appunto comportare la riapertura delle indagini ed una condanna anche per i fatti pregressi.

⁶⁴ Sottolineano l'opportunità di un utilizzo ad ampio spettro di queste notizie per le valutazioni di pertinenza del PM le linee della Procura della Repubblica di Palermo, cit., 10 ss.

un effetto comunque sfavorevole che potrebbe preludere ad una più facile riapertura delle indagini, sembra giusto pretendere una scelta espressa in tal senso da parte del legislatore, che non lasci spazio a dubbi di sorta. D'altra parte il rischio che nella prassi queste iscrizioni siano intese puramente e semplicemente come "*precedenti a carico*", con strisciante violazione di principi e diritti fondamentali, quali in particolare la presunzione di innocenza⁶⁵, sembra essere troppo forte per poter aderire a cuor leggero all'interpretazione prevalente, sia pure nel senso maggiormente condivisibile sopra prospettato.

⁶⁵ Benché il tema non possa essere qui sviluppato va ricordato come per la giurisprudenza della Corte CEDU si ha violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2 della Convenzione in tutti i casi in cui una pronunzia rifletta la convinzione della colpevolezza dell'imputato, senza consentirgli di difendersi secondo i principi del giusto processo e l'iscrizione al casellario giudiziale, normalmente dedicato alle condanne e ai precedenti a carico potrebbe risultare decisivo per consentire l'affermazione della violazione della Convenzione a carico del nostro paese. In generale sul presupposto dell'argomento appena svolto cfr. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *giur. it.*, 2000, 1092.