

LA TENUITÀ DEL FATTO EX ART. 131 BIS C.P.: VUOTI NORMATIVI E RICADUTE APPLICATIVE

di Annalisa Mangiaracina

Abstract. *L'istituto di nuovo conio della particolare tenuità del fatto, seppure già sperimentato (e con buona prova) in alcuni "microsistemi" processuali, ha subito posto all'interprete numerosi dubbi ermeneutici che richiederanno una complessa opera di "costruzione" del prodotto normativo in sede applicativa.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una nuova archiviazione "in diritto". – 3. Il proscioglimento predibattimentale: un'occasione mancata. – 4. La "tenuità" in sede di giudizio abbreviato: profili di incostituzionalità dell'art. 443 comma 1 c.p.p. – 5. L'applicazione davanti alla Corte di Cassazione e *in executivis*. – 6. L'art. 131 bis c.p. e il procedimento davanti al giudice di pace.

1. Premessa.

L'istituto della particolare tenuità del fatto, di recente introdotto con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 ed entrato in vigore il successivo 2 aprile, si innesta nell'ambito di una sequela di interventi normativi che hanno una chiara finalità di deflazione del carico giudiziario. L'art. 1, comma 1, lett. m), della l. 17 aprile 2014, n. 67 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione, aveva infatti conferito la delega al Governo per «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale». Con la medesima legge il legislatore aveva introdotto la sospensione del procedimento con messa alla prova – antesignano di una nuova tipologia di procedimenti "speciali" – così da dotare il giudice di un nuovo "armamentario" volto ad assicurare una contrazione del carico giudiziario ma, al contempo, a soddisfare le esigenze che sottostanno a meccanismi di giustizia riparativa: reinserimento sociale dell'imputato, da un lato, soddisfazione della vittima del reato con apposite condotte riparative e risarcitorie, dall'altro¹.

¹ Sul tema v. M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI-A.MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 371.

Con l'istituto della tenuità del fatto, invece, si intende agevolare la fuoriuscita dal sistema giudiziario di condotte che, pur integrando gli estremi del fatto tipico, antigiusuridico e colpevole, appaiono non meritevoli di pena «in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale»²; sono però ad esso estranee le esigenze di riparazione proprie della messa alla prova, ancorché una particolare attenzione sia dedicata alla tutela della persona offesa dal reato

Entrambi gli istituti non rappresentano un *novum* nel nostro sistema processuale: la sospensione del procedimento con messa alla prova (*probation* c.d. processuale) trova un suo precedente nel processo penale minorile (artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), mentre la tenuità del fatto trova la sua ispirazione nel procedimento penale avanti al giudice di pace (art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) e, ancora prima, in quello a carico dei minori (art. 27 d.P.R. n. 448/1988)³. Il complesso di valori che connota sia il giudizio davanti al tribunale per i minori sia quello davanti al giudice di pace non poteva consentire una mera trasposizione degli istituti da un sistema all'altro, senza i necessari adattamenti. Da qui la previsione, in entrambi i casi, di una disciplina autonoma. Tuttavia, questa operazione, anche per la mancanza di una disciplina intertemporale, ha da subito posto problematiche di non poco rilievo, dapprima con riguardo alla sospensione con messa alla prova⁴ e, adesso, con la tenuità del fatto⁵.

Ci troviamo, infatti, al cospetto di un istituto diverso da quello disciplinato dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000⁶ – ivi strutturato come “causa di esclusione della

² Cfr. Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, trasmesso alla Presidenza del Senato il 23 dicembre 2014. Sul punto v. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1706.

³ Sulla disciplina dei due istituti v., tra i tanti, S. QUATTROCOLO, *Irrilevanza del fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo I, Milano, 2008, p. 519 ss.

⁴ Al riguardo cfr. Cass., Sez. Un., 31 luglio 2014, n. 35717, Ceccaroni, su cui si veda il commento di [F. MARTELLA](#), *Messa alla prova “per adulti”. La questione della (assenza) di disciplina intertemporale*, in *questa Rivista*, 15 aprile 2015.

⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, Mazarotto, n. 15449. Per un primo commento al riguardo, si veda [G.L. GATTA](#), *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *questa Rivista*, 22 aprile 2015. Per un'analisi di alcuni profili relativi all'immediata applicazione della nuova disciplina si veda [A.CORBO-G.FIDELBO](#), *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della 'particolare tenuità del fatto'*, *Relazione Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, n. III/02/2015, 23 aprile 2015*, in *questa Rivista*, 27 aprile 2015. È da segnalare che la Corte di Cassazione, Sez. III, con tre ordinanze, in data 7 maggio 2015, ha rimesso alle S.U. alcune questioni di natura sia sostanziale, sia processuale, relative all'applicazione del nuovo istituto. La notizia è riportata da [G.L. GATTA](#), *Alle Sezioni Unite alcune delle questioni problematiche in materia di particolare tenuità del fatto*, in *questa Rivista*, 11 maggio 2015.

⁶ Rispetto all'istituto dell'irrelevanza del fatto previsto nel processo penale minorile, la Relazione al progetto preliminare sottolineava che «Il meccanismo processuale prescelto non incide sulla fattispecie sostanziale del reato, (cioè sui suoi elementi costitutivi o sulle condizioni di punibilità), e quindi non esclude il promovimento dell'azione penale, ma si limita a consentire l'anticipata conclusione del processo con una pronuncia fondata sulla valutazione comparativa degli effetti positivi e negativi dello svolgimento del normale *iter* processuale, in considerazione delle concrete caratteristiche del fatto e della personalità del minore imputato». Il richiamo lo si trova in Corte cost., sent. 21 maggio 1991, n. 250, ove si è affermato che «l'istituto della "irrelevanza del fatto" è assolutamente nuovo nel nostro sistema penale; la seconda è

procedibilità⁷⁷ – con la conseguenza di inibire all’operatore del diritto eventuali automatismi interpretativi per colmare i numerosi “vuoti” lasciati scoperti, anche in punto di disciplina transitoria.

A quest’ultimo riguardo è da sottolineare che sulla natura giuridica dell’istituto si è espressa, qualche giorno dopo l’entrata in vigore del decreto legislativo, la Corte di cassazione⁸ che lo ha ricondotto, sia pure senza offrire un apparato argomentativo, tra le cause di non punibilità, così riconoscendone l’applicazione anche ai procedimenti in corso in virtù dell’art. 2 c.p. Causa di non punibilità, è da aggiungere, che presenta pochi punti di contatto con la tradizionale omonima categoria penalistica⁹.

La stessa disciplina processuale penale, della quale si prenderanno in esame soltanto alcuni tra i numerosi profili problematici, presenta delle novità che richiederanno una complessa opera di “costruzione” agli interpreti: a parziale discarico del delegato è da dire, però, che la stringatezza della delega non lo ha certamente aiutato nell’adeguare la disciplina al nuovo istituto.

2. Una nuova archiviazione “in diritto”.

Con una scelta discutibile sul piano sistematico il legislatore, nell’art. 411 c.p.p., avente ad oggetto la disciplina delle ipotesi di archiviazione c.d. “in diritto”, ha introdotto la possibilità per il pubblico ministero di chiedere l’archiviazione “per

che esso, pur presentando, – e non potrebbe essere altrimenti –, implicazioni di carattere processuale, attiene al diritto sostanziale, in quanto viene a dar vita ad una causa di non punibilità, mai fino ad ora prevista né in linea generale, né limitatamente agli imputati minorenni». Sulla natura giuridica, tra i tanti, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2006, p. 154 ss., che ritiene “plausibile” la collocazione dell’art. 27 tra le cause di esenzione dalla pena.

⁷ Di recente, in tal senso, Corte cost., 3 marzo 2015, n. 25. Il distinguo tra le due previsioni è evidenziato da C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen., on line*, 2015.

⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, Mazarotto, n. 15449, cit. In senso adesivo [Trib. Milano, Sez. IV, 9 aprile 2015, n. 3937](#); [Trib. Milano, Sez. IV, 9 aprile 2015, n. 3936](#); [Trib. Milano, Sez. IV, 16 aprile 2015, n. 4195](#), in *questa Rivista*, 21 maggio 2015, con osservazioni di [G. ALBERTI, La particolare tenuità del fatto \(art. 131-bis\): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano](#), nelle quali si è attribuita natura “mista” – «prevalentemente oggettiva, ma anche soggettiva» – alla causa di non punibilità. Ritiene corretta, sul piano dogmatico, la soluzione della non punibilità, verso la quale sembrava orientata la stessa l. n. 67/2014, F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 149. Nel testo redatto dalla Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l’Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia “per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale”, presieduta dal dott. Giovanni Canzio, l’articolato sulla tenuità del fatto proponeva di classificare l’istituto alla stregua di una causa di improcedibilità, invece che come causa di esclusione della punibilità, con la conseguente previsione di una ulteriore sentenza di proscioglimento disciplinata da un nuovo art. 529 bis c.p.p. [Il testo della Relazione con gli allegati](#) è leggibile in *questa Rivista*, 27 ottobre 2014.

⁹ Un riconoscimento in questo senso lo si trova nella Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., § 6, ove si afferma che l’adeguamento della normativa processuale penale prescritto al delegato appare imposto dalla considerazione che non si è in presenza di una comune causa di non punibilità.

particolare tenuità del fatto”, situazione che, in ragione del tipo di accertamento richiesto al decidente in punto di fatto, non presenta profili di omogeneità con quelle ivi previste. In verità neppure con la situazione di infondatezza della *notitia criminis* descritta nell’art. 408 c.p.p.: sicché forse sarebbe stato più opportuno introdurre nel *corpus* codicistico un nuovo art. 408 *bis* c.p.p., meglio idoneo a sottolineare l’“eccentricità” della nuova fattispecie archiviativa.

In presenza delle condizioni di cui all’art. 131-*bis* c.p., il pubblico ministero che intenda optare per l’archiviazione ha l’obbligo di darne comunicazione alla persona sottoposta ad indagini e alla persona offesa, ancorché – in linea con quella prospettiva di rafforzamento dei poteri di intervento di questo soggetto inaugurata dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. nella l. 15 ottobre 2013, n. 119¹⁰ – questa non abbia chiesto di essere informata, sistema che «richiede operazioni selettive non sempre agevoli»¹¹, soprattutto nel caso di reati plurioffensivi. Il termine per proporre opposizione, tuttavia, in questo caso è stato omologato a quello tradizionale dei dieci giorni, in luogo dei venti previsti dal comma 3 *bis* dell’art. 409 c.p.p., davvero troppo esiguo in relazione alla specificità dell’istituto del quale si chiede l’applicazione.

Se l’opposizione supera il vaglio di ammissibilità, il giudice dovrà fissare l’udienza in camera di consiglio, ai sensi dell’art. 409 comma 2 c.p.p., e qui si innesta una “disattenzione” del delegato¹². A tenore della nuova formulazione il giudice potrà emettere l’ordinanza di archiviazione «dopo avere sentito le parti», senza il richiamo alla loro comparizione, invero presente nel testo della Relazione allo schema di decreto legislativo e nel nuovo art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. con riferimento alla persona offesa. Occorre, pertanto, domandarsi se questa audizione – che si estende anche alle parti private c.d. accessorie, indipendentemente dall’assunzione del ruolo di opponente – innesti una sorta di condizione di procedibilità, con la conseguenza di escludere la possibilità di adottare il provvedimento di archiviazione laddove l’audizione non sia avvenuta per la mancata comparizione all’udienza in camera di consiglio. Scelta, questa, che potrebbe giustificarsi in ragione della necessità di mettere le parti e, soprattutto, l’indagato o il suo difensore nelle condizioni di meglio articolare le ragioni del dissenso enunciate in sede di opposizione e funzionali ad ottenere una pronuncia più liberatoria. Non va, infatti, dimenticato che il provvedimento di archiviazione, ancorché all’apparenza privo del carattere della definitività, andrà iscritto nel certificato del casellario giudiziale¹³ – come specificato anche nel testo della Relazione –

¹⁰ Ci si riferisce all’inserimento del comma 3 *bis* nell’art. 408 c.p.p.

¹¹ Così, sia pure con riguardo al comma 3 *bis* dell’art. 408 c.p.p., A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 2, p. 106, il quale paventa il rischio di un incremento dei ricorsi di legittimità nel caso di archiviazioni erroneamente disposte *de plano*.

¹² Su ulteriori problematiche poste dalla disciplina dell’archiviazione cfr. E. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l’interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131 – bis c.p.*, in *Arch. pen., on line*, 2015, n. 1, p. 8 ss.

¹³ Per effetto delle modifiche apportate dall’art. 4 del d.lgs. n. 28/2015 al T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, l’art. 3, recante l’elenco dei

e potrà essere valutato ai fini dell'abitudine, condizione ostativa ad una successiva applicazione della tenuità del fatto. La diversa ricostruzione che ritiene l'inciso "sentite le parti" ultroneo¹⁴, sembra però trovare una sua giustificazione – al di là dell'espresso richiamo nel corpo della Relazione – nella considerazione che il giudice per le indagini preliminari, pur a fronte del dissenso manifestato dalle parti, può liberamente decidere sull'accoglimento o meno della richiesta di archiviazione. In ogni caso, la possibilità di interloquire può dirsi soddisfatta con il contraddittorio cartolare che si innesta con il deposito dell'atto di opposizione e laddove non si sia provveduto in tal senso deve inferirsi una sorta di disinteresse alla formula definitiva delle indagini preliminari.

Un altro profilo di dubbio attiene alla possibilità di applicare a questa "peculiare" ipotesi di archiviazione l'istituto della riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p.¹⁵: dal punto di vista sistematico, stante il rinvio all'archiviazione disposta a norma degli articoli precedenti, nella cui area rientra la tenuità del fatto, non vi sono ostacoli. Autorizzata la riapertura da parte del giudice per le indagini preliminari dovrebbe disporsi anche la cancellazione dell'iscrizione dal casellario giudiziale. Se, però, come si è accennato, il nuovo prodotto normativo postula l'accertamento del fatto e la sua riconducibilità alla persona sottoposta ad indagini, pur allo stato delle indagini preliminari che comunque dovrebbero essere caratterizzate dalla "completezza", legittimare il pubblico ministero ad una riapertura delle indagini per lo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto non si concretizzerebbe forse nella violazione del divieto del *bis in idem*?

3. Il proscioglimento predibattimentale: un'occasione mancata.

Ancorché gli interventi sul codice di rito abbiano interessato, oltre alla disciplina sull'archiviazione quella sulla sentenza di proscioglimento predibattimentale, non vi è dubbio che il raggio applicativo della tenuità del fatto sia molto più ampio potendo operare sia nella fase dell'udienza preliminare ex art. 425

provvedimenti iscrivibili, al comma 1, lett. f) è così formulato: «i provvedimenti giudiziari definitivi e quelli che hanno prosciolto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilità, o disposto una misura di sicurezza, nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale». E' da segnalare che, in virtù delle modifiche in precedenza apportate al comma 3, dalla l. n. 67/2014, mediante l'inserimento di una lett. i bis), si iscrive nel certificato del casellario anche l'ordinanza che ai sensi dell'art. 464 quater c.p.p. abbia disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova. In termini critici A. MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *Arch. pen., on line*, 2015, n. 1, p. 9, il quale, pur comprendendo la ratio dell'iscrizione, ne denuncia l'irragionevolezza trattandosi di provvedimento estintivo qualora l'esito della prova sia stato negativo.

¹⁴ Così, in ragione dell'operatività dell'art. 127 c.p.p., il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, [F. MENDITTO, Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28](#), in *questa Rivista*, 3 aprile 2015, p. 19, per il quale la disposizione è comunque subordinata alla comparizione delle parti.

¹⁵ Non la esclude «nei limitati casi in cui ciò sia possibile», [F. MENDITTO, Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28](#), cit., p. 20.

c.p.p. – e dell’eventuale rito abbreviato che qui si innesti – sia in quella propriamente dibattimentale. In sede di udienza preliminare, infatti, il giudice, dotato di una piena conoscenza dei fatti per i quali si è instaurato il processo, potrebbe emettere una sentenza di non luogo a procedere per tenuità del fatto, attraverso la formula «persona non punibile per qualsiasi causa», avverso la quale sarà proponibile soltanto ricorso per cassazione *ex art. 428 c.p.p.*, in tutti i casi nei quali non esista una prevedibile possibilità che il dibattimento possa pervenire ad una diversa soluzione. Nella sostanza, però, l’accertamento che questo tipo di pronuncia richiede dà luogo ad una anticipata verifica della “colpevolezza” dell’imputato che mal si concilia con il ruolo del giudice dell’udienza preliminare. Di contro, consente all’istituto di realizzare l’istanza politico-criminale dell’*ultima ratio* ad esso sottesa, vanificata dalla sua operatività in fasi avanzate del giudizio.

Una conferma, infatti, alla possibilità di emettere questo tipo di decisione anche all’esito del dibattimento si ricava dalla disciplina espressamente dettata sull’efficacia extra-penale della sentenza che abbia dichiarato la tenuità del fatto «a seguito di dibattimento» (art. 651 *bis* c.p.p.). Se così è, appare evidente il rischio che l’istituto possa confliggere, nella sua portata pratica, con gli obiettivi che il legislatore della delega mirava a realizzare: quale risparmio si ha sul fronte dell’economia processuale e, conseguentemente, della deflazione, nel dichiarare la tenuità del fatto all’esito di un dibattimento che potrebbe anche presentare profili di complessità? La sentenza per tenuità del fatto, emessa ai sensi dell’art. 530 comma 1 c.p.p.¹⁶ – reato commesso da persona non punibile “per un’altra ragione” – potrebbe poi essere appellata da parte dell’imputato stante l’interesse ad ottenere una formula di proscioglimento più favorevole: ancorché ricondotta nel *genus* delle pronunce assolutorie la decisione per tenuità è più assimilabile ad una “cripto-condanna”¹⁷ per la sua efficacia extra-penale, nonché per la sua destinazione al certificato del casellario giudiziale.

Non sembra, inoltre, che vi siano reali *chances* di applicazione dell’istituto nella fase degli atti preliminari al dibattimento¹⁸. Non va trascurato che, al momento della pronuncia della sentenza di proscioglimento predibattimentale *ex art. 469 c.p.p.*, il giudice ha una conoscenza degli atti di causa limitata al contenuto del fascicolo per il dibattimento nella sua composizione “embrionale”: a meno che, a seguito della sua formazione, non vi siano state delle consistenti acquisizioni concordate di atti –

¹⁶ Ritiene che la sentenza debba essere pronunciata *ex art. 529 c.p.p.* [F. MENDITTO, Prime linee guida per l’applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28](#), cit., p. 22. Questa posizione trova un suo ancoraggio nell’art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. che prevede la possibilità di adottare una sentenza di non doversi procedere. Tuttavia, la specifica formula adottata in questa sede nasce dall’esigenza di omogeneizzare il nuovo proscioglimento per tenuità del fatto con le ipotesi di cui al comma 1 dell’art. 469 c.p.p. – improcedibilità dell’azione penale o estinzione del reato – che si traducono in una sentenza di proscioglimento equivalente a quella prevista dagli artt. 529 e 531 c.p.p.

¹⁷ L’espressione è utilizzata da F. PICCIONI, *Per gli avvocati “armi spuntate” nella strategia*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 43, sia pure con riferimento alla sentenza di proscioglimento predibattimentale.

¹⁸ Così E. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l’interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis c.p.*, cit., p. 7.

evenienza non compatibile con il giudizio per citazione diretta – è difficile ritenere che l'autorità giudiziaria possa procedere, sulla scorta della conoscenza dell'imputazione, a quella valutazione, di non immediata percezione, sulla tenuità dell'offesa e sulla non abitualità del comportamento che impone l'art. 131 *bis* c.p. E ciò a meno che non si legittimi un utilizzo dei poteri di assunzione della prova, *ex* art. 467 c.p.p., funzionale all'accertamento della peculiare causa di non punibilità. Per non tradire il significato della norma sugli atti "urgenti", che comunque rappresenta una eccezione al sistema processuale, non si dovrebbe però prescindere dall'accertamento della sussistenza delle condizioni di assunzione dei singoli atti istruttori¹⁹. Di contro, il mancato riconoscimento di efficacia extra-penale alla sentenza predibattimentale, diversamente da quella emessa all'esito del giudizio, potrebbe essere indice della volontà di attribuire al giudice in questa sede un potere "sommario" di accertamento dei presupposti richiesti dal nuovo art. 131 *bis* c.p., seppure permangono perplessità sulla sua praticabilità, anche in ragione dei riflessi sul casellario.

La disciplina in tema di proscioglimento predibattimentale per tenuità del fatto, peraltro, si presenta lacunosa e sembra offrire una tutela più apparente che reale alla persona offesa. Si prevede, infatti, che la sentenza è pronunciata «previa audizione anche in camera di consiglio della persona offesa, se compare»: al riguardo è necessario che la persona offesa sia posta nelle condizioni di scegliere se comparire e, di conseguenza, occorre notificarle l'avviso di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, *ex* art. 127 c.p.p., con l'indicazione che si procederà ai sensi del nuovo art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. La mancanza di un avviso di tal fatta potrebbe schiudere la strada alla proposizione di ricorsi per cassazione avverso la sentenza di proscioglimento, per violazione del principio del contraddittorio.

In questa sede non viene riconosciuta alcuna facoltà alla persona offesa di opporsi alla pronuncia dell'eventuale sentenza di tenuità del fatto; la sua "audizione" appare piuttosto funzionale ad integrare il patrimonio di conoscenze di cui dispone il giudice, ma non legittima, in assenza di un'espressa previsione normativa, l'esercizio di un potere di veto. Quanto, invece, all'imputato non vi è dubbio sulla necessità di integrare la scarsa disciplina ivi prevista con quella dettata dal comma 1 dello stesso art. 469 c.p.p.²⁰ che subordina la sentenza alla mancata opposizione appunto dell'imputato (e del pubblico ministero). Una diversa interpretazione si paleserebbe irragionevole perché verrebbe sottratto all'imputato il diritto al contraddittorio, senza che questi vi abbia prestato il consenso (persino la richiesta di archiviazione per tenuità del fatto è "opponibile" dalla persona sottoposta ad indagini), tanto più che la sentenza che dichiara la non punibilità per tenuità del fatto è destinata ad essere inserita nel certificato del casellario giudiziale e sarà soltanto ricorribile per cassazione.

¹⁹ La questione è stata affrontata con riguardo alla declaratoria di cui al comma 1 dell'art. 469 c.p.p. Cfr. G. SANTALUCIA, *Gli atti preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, vol. IV, tomo II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. SPANGHER, Torino, 2009, p. 49.

²⁰ Di questo avviso Trib. Milano, Sez. IV, 9 aprile 2015, n. 3937, cit., p. 15 s.

4. La “tenuità” in sede di giudizio abbreviato: profili di incostituzionalità dell’art. 443 comma 1 c.p.p.

Come si è accennato, la tenuità del fatto potrebbe essere dichiarata anche all’esito del giudizio abbreviato, senza che l’imputato possa esercitare, almeno formalmente (è da domandarsi se possa farlo il difensore in sede di conclusioni²¹), alcun potere di veto; ciò significa che nel momento in cui il protagonista del processo chiede la celebrazione del giudizio nelle forme del rito abbreviato, in sostanza, ne accetta la definizione anche con una sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto che implica un accertamento del fatto tipico, antigiuridico e colpevole e che finirà per essere iscritta nel certificato del casellario. Il rischio non è forse quello di contribuire a ridurre l’“appetibilità” del rito premiale? Il maggiore profilo di criticità si ravvisa, però, sul fronte dei mezzi di controllo. La sentenza di proscioglimento per tenuità del fatto sarà, infatti, ricorribile per cassazione da parte dell’imputato ma non potrà essere da questi appellata. Come è noto, all’esito della declaratoria di incostituzionalità che ha interessato l’art. 443 comma 1 c.p.p.²², nella formulazione successiva alla l. 20 febbraio 2006, n. 46, l’imputato potrà appellare soltanto le sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante da vizio totale di mente (art. 88 c.p.). In quella sede la Corte aveva sottolineato come la categoria delle sentenze liberatorie non costituisca un *genus* unitario, ma abbracci «ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all’attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del prosciolto». Soffermandosi sulla sentenza di proscioglimento per infermità di mente la Consulta evidenziava che detta pronuncia «postula l’accertamento della sussistenza del fatto di reato, della sua riferibilità all’imputato – in termini tanto materiali che psicologici – e dell’assenza di cause di giustificazione: non distinguendosi, dunque, sotto tale profilo, da una sentenza di condanna».

Ciò premesso, e ribadito che la sentenza di “assoluzione” per tenuità del fatto postula anch’essa l’accertamento della sussistenza di un fatto di reato e della sua riferibilità all’imputato, ancorché “tenue”, è da domandarsi se gli effetti pregiudizievoli che ne derivano – iscrizione nel casellario, fatto inedito per le pronunce di assoluzione – possano ragionevolmente escludere la sussistenza di un interesse ad impugnare, *sub specie* del controllo di merito.

²¹ Con riguardo alla sentenza di proscioglimento predibattimentale *ex art.* 469 c.p.p. l’opposizione e il consenso possono essere manifestati anche dal difensore dell’imputato senza necessità di una procura speciale: Cass., Sez. III, 7 aprile 1995, Pichierri, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2980.

²² C. Cost., sent. 19 ottobre 2009, n. 274, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3841 ss., con osservazioni di G. SPANGHER, *L’infermo di mente non può appellare la sentenza di assoluzione pronunciata nel rito abbreviato* e M.C. GASTALDO, *Appello dell’imputato e diritto di difesa nel rito abbreviato. Cade l’inappellabilità dell’assoluzione per vizio totale di mente*.

5.L'applicazione davanti alla Corte di Cassazione e *in executivis*.

La mancanza di una disciplina transitoria, come si è accennato, ha rimesso all'interprete il compito di stabilire se il nuovo istituto debba essere ascritto tra quelli di natura sostanziale o, piuttosto, processuale, con quanto ne discende sul piano applicativo. Sul tema è intervenuta la Corte di cassazione²³, sollecitata, in sede di udienza, all'applicazione dell'istituto in oggetto. I giudici, riconoscendone la natura "sostanziale" di causa di non punibilità, ne hanno esteso l'operatività ai procedimenti in corso in forza del comma 4 dell'art. 2 c.p. e, quindi, anche nel giudizio di legittimità, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 609 comma 2 c.p.p., trattandosi di questione che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello. Stante, però, le valutazioni di merito che questo tipo di pronuncia richiede e la necessaria interlocuzione delle parti, correttamente, la Corte di cassazione ha affermato che, una volta verificata in astratto la sussistenza delle condizioni per l'applicabilità della nuova norma, in caso di esito positivo, il giudice di legittimità deve annullare con rinvio al giudice del merito affinché valuti se dichiarare il fatto non punibile.

La pronuncia non ha certamente sciolto i molteplici dubbi interpretativi posti dal nuovo istituto, tanto da indurre altra sezione della Corte di cassazione²⁴, con tre distinte ordinanze, a sollecitare un intervento delle Sezioni unite su diverse questioni. Tra queste, una è strettamente connessa ai limiti del controllo in sede di legittimità: ci si domanda, infatti, «se rientri nei poteri della Corte di cassazione la valutazione di meritevolezza ed in quali termini ai fini dell'applicabilità dell'istituto e se tale giudizio debba in ogni caso essere espresso attraverso un annullamento con rinvio della sentenza impugnata, ovvero possa farsi luogo ad un annullamento senza rinvio». Ciò richiede che venga data risposta positiva all'interrogativo precedente: se, a fronte di ricorso inammissibile per manifesta infondatezza possa essere consentito alla Corte di cassazione, di valutare, anche d'ufficio, l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., introdotto successivamente alla proposizione del ricorso. Su questi interrogativi non rimane che attendere l'intervento chiarificatore della Suprema corte.

Rimane da domandarsi se l'introduzione della tenuità del fatto possa legittimare il travolgimento del giudicato di condanna per le fattispecie di reato riconducibili al comma 1 dell'art. 131 *bis* c.p.²⁵, al fine di ottenere una sentenza di proscioglimento. Si tratta, in sostanza, di stabilire – distinguo non sempre agevole – se si sia in presenza di una legge abolitrice del reato ovvero di una legge meramente modificativa della disciplina del reato. Se, infatti, alla legge abolitiva (e alla declaratoria

²³ Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, Mazarotto, n. 15449, cit.: nella specie i giudici hanno escluso la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. Questa soluzione era stata prospettata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento, dott. G. AMATO, nella circolare n. 4/2015 del 19 marzo 2015, p. 12, leggibile in www.procuratrento.it, nonché da F. MENDITTO, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p. 24.

²⁴ V. *supra* nota 5.

²⁵ Ostacoli alla revocabilità sono ravvisati da A.CORBO-G.FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della 'particolare tenuità del fatto'*, cit.

di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice) è riconosciuta una retroattività illimitata, quella modificativa trova nel giudicato un limite invalicabile, salvo il caso di cui al comma 3 dell'art. 2 c.p. Nella specie, la Corte di cassazione ha operato un esplicito riferimento al comma 4 dell'art. 2 c.p. così escludendo che si sia in presenza di un fenomeno riconducibile all'*abolitio criminis*²⁶. Ancorché sul punto manchi qualsivoglia argomentazione, al di là della collocazione assegnata alla tenuità del fatto nel *corpus* codicistico, se si prendono le mosse dalla lettura della Relazione allo schema di decreto legislativo, qui si pone in maniera chiara l'accento sul distinguo tra irrilevanza del fatto – alla cui logica risponde il nuovo istituto – e inoffensività del fatto, situazione ricondotta nell'art. 49 comma 2 c.p.²⁷. Il legislatore, attraverso l'art. 131 bis c.p., ha privato alcune fattispecie di reato, individuate sulla base di un criterio quantitativo²⁸, del loro disvalore non già in astratto²⁹, ma soltanto all'esito di una valutazione giudiziale "personalistica"³⁰, dovendosi avere riguardo alla particolare tenuità del fatto, articolata in due «indici-requisiti» che sono la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, e la non abitualità del comportamento. La considerazione che il fatto contestato all'imputato continua, comunque, ad integrare gli estremi di un reato osta alla declaratoria di cui all'art. 673 comma 1 c.p.p. Aprire, poi, la strada ad un travolgimento del giudicato, che si profila del tutto "legittimo", da parte del giudice dell'esecuzione, potrebbe importare il rischio, proprio per la natura discrezionale dell'apprezzamento, di trasferire in fase esecutiva quelle lesioni del principio di eguaglianza di trattamento che, diversamente, il principio della retroattività della *lex mitior* intende tutelare.

²⁶ Secondo G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, cit., «la questione dell'applicabilità (...) della disciplina dell'*abolitio criminis*, potrà essere affrontata *ex professo* dalla giurisprudenza se e quando dovesse essere presentata un'istanza di revoca *ex art. 673 c.p.* di una sentenza irrevocabile di condanna per un fatto di particolare tenuità».

²⁷ E' da sottolineare che non tutti, in dottrina, concordano sulla possibilità di rinvenire il principio di offensività dell'illecito penale nell'art. 49 comma 2 c.p. Per una sintesi delle diverse posizioni v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 194 ss.

²⁸ L'istituto si applica ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena. I criteri di determinazione della pena sono indicati al successivo comma 4.

²⁹ Sul tema v., tra i tanti, M. ROMANO, *Art. 2 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 56.

³⁰ Si tratta, nella sostanza, di una forma di "deprocessualizzazione soggettiva". L'espressione è utilizzata da N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI-G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, p. 220, con riguardo all'istituto previsto dall'art. 38 del d.lgs. n. 274/2000. Il rischio di un margine di discrezionalità giudiziale è pure presente in sede di determinazione della pena, come rappresentato nella stessa Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., p. 6.

6. L'art. 131 bis c.p. e il procedimento davanti al giudice di pace.

Nel testo del parere approvato sullo schema di decreto legislativo il 3 febbraio 2015, dalla Commissione Giustizia, si invitava il Governo a valutare «l'opportunità di coordinare la disciplina della particolare tenuità del fatto prevista dall'articolo 34 del decreto legislativo 28 ottobre 2000, n. 274, in riferimento ai reati del giudice di pace, con la disciplina prevista dal provvedimento in esame». Sollecitazione, tuttavia, respinta perché ritenuta estranea alle indicazioni della legge delega³¹: da qui un fenomeno di possibile interferenza tra diverse disposizioni che dovrà essere risolto dagli interpreti. Peraltro, in virtù dell'art. 63 del d.lgs. n. 274/2000, qualora i reati di competenza del giudice di pace siano giudicati da un giudice diverso, come nei casi di connessione verso un giudice superiore, quest'ultimo potrebbe applicare l'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000.

La diversità tra l'istituto di nuovo conio e quello disciplinato davanti al giudice di pace, al di là di quanto affermato dalla Corte costituzionale in ordine alla natura giuridica³², è riscontrabile sul piano sia dei presupposti³³, sia su quello più strettamente processuale. Sul secondo versante le varianti più significative attengono, nella fase delle indagini preliminari, alla circostanza che l'archiviazione è dichiarata solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; dopo l'esercizio dell'azione penale la sentenza di non doversi procedere può essere pronunciata soltanto se l'imputato e la persona offesa non si oppongono. Mentre quest'ultima disciplina presenta tratti di maggiore garanzia rispetto a quella introdotta dal d.lgs. del 2015, diversamente per quanto concerne il procedimento in sede di archiviazione.

E' opportuno tratteggiare le peculiarità della disciplina davanti al giudice di pace. Nella fase delle indagini preliminari, a fronte di una richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero, al di fuori dell'ipotesi in cui la persona offesa abbia fatto richiesta di essere informata dell'archiviazione oppure abbia presentato ricorso immediato al giudice di pace – situazione che attiva un contraddittorio “cartolare” – la decisione è assunta dal giudice di pace *de plano*, previa valutazione che non sussista un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Nessun ruolo è attribuito alla persona sottoposta ad indagini che potrebbe vedersi archiviato il procedimento a proprio carico senza essere stata mai sentita. Su questo esito archiviativo *inaudita altera parte* si sono concentrate le critiche di parte della dottrina³⁴: il

³¹ G. AMATO, *Rischio incoerenza con la disciplina del giudice di pace*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 44 s.

³² Corte cost., 3 marzo 2015, n. 25, cit.

³³ Nel senso che la norma contenuta nella l. n. 67/2014 «contiene un minor numero di requisiti di applicabilità (la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento) e, dunque, copre una costellazione di casi in linea di massima più estesa di quelli interessati dalle clausole speciali per gli imputati minorenni e per la giustizia mite del giudice di pace», D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 455.

³⁴ Al riguardo v. C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, in G. GIOSTRA- G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 340.

tipo di accertamento che importa questo provvedimento è tale da escludere un mancato interesse dell'indagato a fare sentire la propria voce, potendosi ipotizzare una conclusione del procedimento a lui più favorevole.

I presupposti dell'improcedibilità per tenuità del fatto nel procedimento avanti al giudice di pace potrebbero essere accertati anche prima del dibattimento, mediante la pronuncia resa ai sensi dell'art. 469 c.p.p. Sul punto si è affermata la necessità di operare un coordinamento tra le due norme, non avendo l'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 valore di norma derogatoria rispetto all'art. 469 c.p.p., che dovrà essere applicato, pur con le varianti imposte dalla disciplina sul giudice di pace. Quest'ultima, infatti, nella parte in cui richiede, dopo l'esercizio dell'azione penale, la non opposizione dell'imputato e della persona offesa, è stata ritenuta speciale e integrativa di quella generale³⁵. Infine, nella fase del giudizio, la declaratoria di improcedibilità *ex art. 34* d.lgs. n. 274/2000 può essere pronunciata dal giudice *ex officio* purché, come si è accennato, l'imputato e la persona offesa – nessun ruolo è attribuito al pubblico ministero – non abbiano manifestato la loro opposizione.

Così delineati i tratti della disciplina della tenuità del fatto davanti al giudice di pace, se il nuovo art. 131 *bis* c.p. ha introdotto una nuova causa di non punibilità, come riconosciuto dalla giurisprudenza sia di legittimità, sia di merito, non dovrebbero esservi dubbi sulla sua applicazione nel procedimento davanti al giudice di pace³⁶. Sul piano procedimentale, però, si prefigura il rischio di un sistema "a geometria variabile". Nella fase delle indagini preliminari il pubblico ministero, *ex art. 17* d.lgs. n. 274/2000, potrà avanzare la richiesta di archiviazione nei casi di cui all'art. 411 c.p.p., disposizione da integrare con il nuovo art. 411 comma 1 *bis* c.p.p., che detta una disciplina processuale "autonoma" e più garantita rispetto a quella prevista nel procedimento avanti al giudice di pace. Ciò consentirebbe di superare le denunciate incongruenze della normativa "speciale" nella parte in cui non consente l'attivazione di un contraddittorio con la persona sottoposta ad indagini.

Nella fase degli atti preliminari al dibattimento, invece, si pone il problema di "armonizzare" il nuovo testo dell'art. 469 comma 1 *bis* c.p.p. – che subordina la pronuncia "di non doversi procedere" alla previa audizione in camera di consiglio della persona offesa – con l'art. 34 comma 2 d.lgs. n. 274/2000, a tenore del quale dopo l'esercizio dell'azione penale la sentenza di non doversi procedere per tenuità del fatto può essere pronunciata se imputato e persona offesa non si oppongono. Infine, nella fase del giudizio, l'applicabilità della nuova disciplina sulla tenuità del fatto segna una contrazione delle garanzie dell'imputato e della persona offesa, i quali potranno certamente interloquire, in sede di discussione, sulle formule terminative che il giudice di pace potrà adottare, eventualmente manifestando il dissenso al proscioglimento per tenuità del fatto *ex art. 131 bis* c.p., interlocuzione che, tuttavia, non vale a configurare

³⁵ Di questo avviso C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., p. 349.

³⁶ Il nuovo istituto è stato applicato, all'esito del giudizio, in alcuni processi pendenti davanti all'ufficio del giudice di pace di Palermo. Problematiche applicative si porranno anche nel procedimento davanti al tribunale per i minori in ragione della clausola speciale di "irrilevanza del fatto" prevista dall'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, e ivi applicabile a tutte le fattispecie di reato.

un'opposizione ai sensi dell'art. 34 comma 2 d.lgs. n. 274/2000. Di più, poi, avverso la sentenza di proscioglimento per tenuità del fatto *ex* art. 131 *bis* c.p. pronunciata dal giudice di pace, l'imputato, in virtù di quanto previsto dall'art. 37 comma 2 d.lgs. n. 274/2000, potrà proporre soltanto ricorso per cassazione, con i limiti ad esso connessi.

In sostanza, l'operatore, nell'applicare l'irrilevanza del fatto – ora come condizione di procedibilità ora come causa di non punibilità – dovrà verificare attentamente quale sia il campo applicativo delle due norme: il rischio che questo "acrobatismo" interpretativo ingeneri incertezze, con quanto ne consegue sul fronte dell'eguaglianza, è più che concreto.