

## ***LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO. DECRETO LEGISLATIVO 16 MARZO 2015 N.28***

Genova, 7 aprile 2015

di Tomaso E. Epidendio  
Magistrato - assistente di studio  
presso la Corte costituzionale

**SOMMARIO:** 1. PREMESSA. 2. FONTI. 3. CONTENUTO IN SINTESI. 4. ASPETTI SOSTANZIALI. 5. ASPETTI PROCESSUALI. 6. NATURA DELL'ISTITUTO E CONTESTO ORDINAMENTALE. 7. QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE. 8. CRITICITÀ.

**1. Premessa.** Lo scorso 2 aprile 2015 è entrato in vigore (dopo l'ordinaria *vacatio legis*), il decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 (Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 18 marzo 2015.

L'intervento normativo ha suscitato opposte reazioni: entusiastiche adesioni, espresse anche da correnti della magistratura oltre che dalla prevalente dottrina, che hanno salutato l'intervento in esame come un decisivo passo avanti nella strada del "diritto penale minimo" e come una straordinaria opportunità per valorizzare forme di mediazione penale e giustizia riparativa o restaurativa (anziché repressiva); oppure decise opposizioni, con l'espressione di vivo allarme per il ritenuto stravolgimento dei principi di obbligatorietà dell'azione penale, di legalità e di ripartizione dei poteri, con il timore di aver conferito alla magistratura, uno strapotere che non le spetterebbe nel nostro ordinamento, e di aver minato le condizioni di sicurezza dei cittadini.

Tra le reazioni estreme si registrano in entrambi i campi letture banalizzanti, volte rispettivamente a sostenere, da parte degli entusiasti, che in realtà l'istituto si iscriverebbe in una linea di perfetta continuità con le attuali previsioni ordinamentali, sviluppando istituti già noti nel processo minorile e di pace, e, da parte degli oppositori, che si tratterebbe di una imponente depenalizzazione attuata in forme occulte.

In realtà, come si vedrà, non si tratta certamente di una depenalizzazione in senso stretto, ma di una importante e radicale novità, che si presenta come una sfida decisiva per gli operatori del diritto e che, come tutte le sfide, presenta serie opportunità e pericoli. Le nuove previsioni, infatti, comportano enormi responsabilità per la magistratura chiamata ad effettuare scelte che la politica non ha voluto o non è stata in grado di compiere (attraverso effettive depenalizzazioni o un più intenso uso del "diritto penale della soglia"). D'altro canto, questa può essere l'occasione per affermare e raffinare un uso più attento della discrezionalità, per rivalutare la dogmatica giuridica come fattore di coerenza e di guida della pratica giuridica, e per ricollocare la "interpretazione"

nella sua effettiva dimensione (rivalutando il valore del testo normativo e dei limiti che esso pone all'interprete, così da costituire la reale garanzia di equilibrio tra poteri e nei confronti dei cittadini); il rischio, oltre a quello dell'arbitrarietà, è quello della imprevedibilità e variabilità dell'area del punibile (con possibili importanti effetti sugli stessi fondamenti del diritto penale, come fino ad ora gli abbiamo conosciuti e sperimentati), nonché quello di un'accentuazione burocratica della funzione giudiziaria (fino ad una sua deriva verso la gerarchizzazione, nella misura in cui si pensi di recuperare prevedibilità attraverso l'imposizione di linee guida o protocolli da parte dei capi degli uffici).

**2. Fonti.** Le disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto sono state dunque introdotte dal Governo con decreto legislativo adottato in base alla **delega** contenuta nell'art. 1, comma 1, lettera *m*), delle legge 28 aprile 2014, n. 67, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 2 maggio 2014 ed entrata in vigore il successivo 17 maggio. L'intervento normativo si muove quindi nel quadro costituzionale dell'**art. 76 Cost.** che ne impone i limiti di legittimità, rappresentati da: "**principi e criteri direttivi**" contenuti nella delega, "**oggetto definito**" dalla stessa e "**tempo limitato**".

Dal punto di vista Costituzionale delle fonti, il decreto legislativo adottato ai sensi dell'art. 76 Cost. rispetta il **principio di legalità "formale" di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.**, in quanto atto adottato nell'esercizio di funzione legislativa delegata (altra questione è ovviamente il rispetto sostanziale del principio di legalità che dipende dai contenuti dell'intervento governativo).

Il controllo di legittimità della fonte è condotto in questi casi sia riguardo alla delega, sia riguardo all'atto delegato.

La legge delega, intitolata «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili», all'art. 1, comma 1, lettera *m*), stabilisce che «Il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene, con le modalità e nei termini previsti dai commi 2 e 3 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi (... *omissis*) 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; (*omissis* ...)».

La delega sembra contenere la delimitazione del suo oggetto, principi e criteri direttivi sufficientemente dettagliati e l'indicazione di un tempo determinato per il suo esercizio in ordine agli aspetti sostanziali; più sfumata è invece sugli aspetti processuali, ma secondo una tendenza talvolta ammessa dalla giurisprudenza costituzionale.

Salvo quanto si dirà in seguito sul decreto delegato e sul rispetto dell'oggetto di delega e dei principi e criteri direttivi in essa contenuti, in questa sede è opportuno precisare il rispetto del **termine** in essa stabilito, considerato il peculiare meccanismo di proroga previsto: l'art. 1, comma 2, stabilisce infatti un termine di otto mesi dall'entrata in vigore della legge delega (dunque il 16 gennaio 2015); tuttavia, nel caso (verificatosi nella specie) in cui il termine per l'espressione del parere da parte delle Camere (trenta giorni dalla trasmissione degli schemi di d.lgs., trasmissione intervenuta il 23 dicembre 2014) scada nei trenta giorni antecedenti o successivi i predetti otto mesi, il termine è prorogato di ulteriori sessanta giorni (dunque il 18 marzo 2015, considerato febbraio con 28 giorni).

**3. Contenuto in sintesi.** Il decreto legislativo si compone di 5 articoli dedicati rispettivamente: il primo alla modifica del codice penale mediante inserimento nel capo I del titolo V – le cui rubriche sono state parimenti modificate a includere la non punibilità per particolare tenuità del fatto, in aggiunta alla modificazione e applicazione della pena – dell'art. 131-*bis* sull'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; il secondo e il terzo agli aspetti

processuali riguardanti la procedura di archiviazione (art.2), il proscioglimento pre-dibattimentale e gli effetti delle sentenze nei giudizi civili e amministrativi di danno (art. 3); il quarto in materia di iscrizione delle sentenze nel casellario giudiziale; il quinto relativo alla clausola di invarianza finanziaria per le minore entrate derivanti dal mancato introito di pene pecuniarie, compensate dalle minori spese determinate dagli effetti deflattivi del provvedimento.

**4. Aspetti sostanziali.** L'istituto è fondato su tre presupposti applicativi positivi relativi rispettivamente: alla **pena edittale** (si deve trattare di reati puniti con pena detentiva non superiore a cinque anni e/o con la pena pecuniaria); alla modalità della **condotta** (comportamenti non abituali); all'**offesa** (di particolare tenuità per l'esiguità del danno o del pericolo). Gli ultime due vengono definiti nella Relazione allo schema di decreto legislativo "**indici-criteri**" della particolare tenuità del fatto, e si considera poi l'indice-criterio costituito dalla particolare tenuità dell'offesa suddiviso in due ulteriori "**indici-requisiti**", rappresentati rispettivamente dalla "modalità della condotta" e dall'"esiguità del danno o del pericolo". Nella medesima relazione si sottolinea come in ossequio alla delega manchi qualsiasi riferimento al **grado e all'intensità della colpevolezza**, ciò nell'intento di schiacciare il giudizio di irrilevanza su ardui accertamenti di tipo soggettivo psicologico, pur rimarcandosi che l'indice-criterio "modalità della condotta" consente di valutare sia l'**intensità del dolo**, nella misura in cui si estrinseca in particolari modalità esecutive dell'azione, sia il **grado della colpa**, nella parte in cui la violazione della regola cautelare concorre a integrare il modo di manifestazione della tipicità della condotta. Sempre in ossequio alla delega, nella Relazione si rimarca come sia stato usato, al posto del più consueto concetto di "occasionalità", quello di "non abitualità" del comportamento, precisando come quest'ultimo concetto sembri orientare la valutazione verso l'accertamento dell'inserimento del reato in un "rapporto di seriazione" con uno o più episodi criminosi, di tal che quando lo stesso, pur in sé minimo, costituisca l'"anello" di una "catena comportamentale" debba escludersene l'irrilevanza, così come la presenza di un solo precedente, di per sé non potrebbe ritenersi ostativa.

Nella medesima relazione si specifica infine che la **circoscrittione dell'ambito applicativo** dell'istituto è stata effettuata in adesione all'espressa indicazione della delega che la limita ai reati puniti con le **pene edittali** indicate, precisandosi soltanto che non è stata menzionata la pena dell'arresto, in considerazione della previsione della sua eliminazione dalle pene principali e della sua sostituzione con l'arresto domiciliare in attuazione della delega contenuta nell'art.1, comma 1, lettere *a*), *b*) e *c*) della medesima legge n. 67 del 2014. La precisazione risulta opportunamente superata nel testo licenziato dove si parla di **pena detentiva**. Va forse segnalato che la delega parla di reati puniti con la pena pecuniaria "o" di reati puniti con la pena detentiva non superiore a "...", tuttavia sembra ragionevole e costituzionalmente necessitata la lettura della delega nel senso che richiedesse di includere i reati puniti con pena pecuniaria sola o congiunta a pena detentiva che non superi i limiti. Nella Relazione si segnala poi come i criteri di determinazione della pena a tal fine previsti corrispondano a quelli già previsti in altre disposizioni (l'allusione più forte è probabilmente agli artt. 4, 266, comma 1, lett. *a*) e *b*), e 278 c.p.p. in materia, rispettivamente, di competenza, intercettazioni telefoniche e misure cautelari), segnalando come non risolvibile dal legislatore delegato l'incongruenza rappresentata dal fatto che reati, per i quali sussista un'aggravante ad effetto speciale o che comporti una pena di specie diversa, potrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto pur essendo poi tali aggravanti neutralizzate nel giudizio di bilanciamento. In realtà, tale indicazione tradisce nei relatori un orientamento che si distacca dalla selezione dei reati sulla base della mera previsione legislativa di pena, ma che considera rilevanti a tal fine anche alcuni aspetti concreti della fattispecie (come quelli sottesi al giudizio di bilanciamento), proprio perché si tratta di un istituto (quello della irrilevanza) in cui gioca un ruolo importante il principio di offensività. Il problema se ritenere la delimitazione dell'ambito applicativo un problema meramente politico volto a includere o escludere determinate fattispecie sulla base di valutazione relative all'allarme sociale che suscitano in generale, o se includere in esso considerazioni sulla concreta realizzazione del reato (che sembrano più

propriamente riferibili ai requisiti della non abitualità del comportamento e alla particolare tenuità dell'offesa), è stato posto espressamente in sede di pareri delle Camere e, in accoglimento di alcune osservazioni ivi contenute, si è escluso espressamente che si possa tener conto del bilanciamento di circostanze.

La questione della determinazione del limite di pena, si pone, peraltro, per un altro ancor più delicato problema relativo al mancato riferimento al reato "consumato o **tentato**". Se irragionevole e contraria al principio di offensività si palesa l'interpretazione in base alla quale non sarebbero inclusi i reati tentati perché non espressamente menzionati, resta il problema se si debba tenere conto della diminuzione di pena per il tentativo quando il reato sia tentato. Due le opzioni argomentative possibili: non essendo previsto che si tenga conto della diminuzione per il tentativo nella determinazione della pena ai fini della definizione dell'ambito applicativo dell'istituto, per il principio di tassatività dovrebbero ritenersi esclusi anche quei reati che, tenendo conto della diminuzione minima per il tentativo, non superino nel massimo i cinque anni di reclusione. Viceversa, valorizzando l'autonomia del titolo costituito dal reato tentato, quale ad altri fini affermato in alcune decisioni di legittimità, si dovrebbe tenere conto della diminuzione di pena per il tentativo (tale opzione si pone peraltro in contrasto con la tendenza espressa sopra a circoscrivere il più possibile l'ambito di applicazione dell'istituto).

Anche in adesione ad alcune condizioni poste nel **parere espresso dalle camere**, si sono poi stabilite alcune **esclusioni**, limitative della discrezionalità o, meglio, di guida alle valutazioni sia in punto di particolare tenuità dell'offesa, sia di non abitualità della condotta, che consentono di meglio precisare i concetti giuridici con i quali sono stati posti nel primo comma i presupposti applicativi dell'istituto.

Più precisamente è esclusa (comma 3) la **non abitualità** con riferimento a condizioni dell'**autore**:

- dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza;
- commissione di "più reati" della stessa indole;

al tipo di **reato**:

- condotte plurime;
- condotte abituali;
- condotte reiterate.

Non sembrano porre particolari problemi interpretativi le esclusioni connesse alle condizioni soggettive dell'autore, posto che la prima concerne la verifica di un fatto processuale (dichiarazione di **abitualità, professionalità o delinquenza per tendenza**, su cui vale forse la pena solo ricordare che la **riabilitazione** ne fa venire meno ogni effetto e quindi anche quello in esame) e la seconda fa riferimento al concetto di "**indole**" dei reati (su cui è maturata ampia giurisprudenza) e a "**più reati**" che, senza ulteriori specificazioni, comprende anche il caso di soli due reati. La precisazione sembra confermare l'indicazione già contenuta nella Relazione che poneva l'accento sul necessario accertamento di un rapporto di seriazione che valorizzi perciò il collegamento con il precedente che, ove unico o isolato, non consentirebbe di escludere l'irrelevanza.

In caso di recidiva generica, invece, sarà il giudice a dover valutare se la stessa, alla luce di altri parametri (quali la distanza temporale dei precedenti anche con riguardo agli eventuali periodi di detenzione, il numero degli stessi e la loro qualità) possa considerarsi espressiva di abitualità della condotta.

Le esclusioni relative al tipo di reato consentono invece di approfondire e rendere perciò più rigorose le classificazioni dogmatiche dei reati. In particolare rientrano nelle esclusioni i **reati abituali** quali i **maltrattamenti in famiglia** (in quanto aventi necessariamente per oggetto "condotte abituali"). Su questo punto, la Relazione tracciava una complessa distinzione tra

abitualità del “comportamento” (così indicato al primo comma) e “reato abituale” che avrebbe consentito astrattamente di ritenere l’irrelevanza anche per quest’ultimo in presenza dei relativi presupposti. Seguire tale indicazione sembra assai problematico alla luce del riferimento espresso contenuto nel terzo comma alle “condotte” abituali, riferimento del resto aggiunto proprio a seguito delle preoccupazioni espressa dalla Commissione giustizia circa il fatto che l’irrelevanza potesse essere ritenuta proprio per i reati abituali.

Il riferimento ai reati aventi ad oggetto “condotte plurime”, sembra idoneo ad escludere dal campo di applicazione dell’istituti i **reati complessi**. I **reati permanenti** non sembrano invece implicare necessariamente condotte plurime, che possono però caratterizzarne l’esecuzione (da valutare perciò caso per caso) e che invece si verificano nei **reati a consumazione prolungata** o, appunto reiterata. Il riferimento alle “condotte reiterate” consente poi di escludere reati, come quello di atti vessatori *ex art. 612-bis cod. pen. (cd. “stalking”)*, in cui la reiterazione è elemento costitutivo. In realtà l’espressione contenuta nell’enunciato normativo “reati aventi per oggetto condotte ...” è suscettibile di essere interpretata nel senso che le condotte devono essere previste come tali dalla norma incriminatrice (cioè la condotta plurima, abituale o reiterata) rappresenta elemento costitutivo del reato, oppure nel senso che le condotte possono formare anche oggetto della sua concreta applicazione. Dovendosi privilegiare interpretazioni che diminuiscano il deficit di determinatezza, quest’ultima sembra l’opzione preferibile, anche nell’ottica di valorizzare le esclusioni espresse, come parametro esemplificativo e specificativo del concetto di “non abitualità”, di tal che dovrebbero escludersi anche quei reati che, nella loro concreta attuazione, siano realizzati mediante reiterazione dei medesimi atti a comporre un’unica azione, così da non dar luogo ad una pluralità di reati, ma ad un unico reato per la cui consumazione la reiterazione o la pluralità di condotte da parte dello stesso soggetto non sia comunque necessaria. Il punto può essere decisivo per escludere reati come quelli in **materia ambientale**, dove simile modalità esecutiva è più frequente. In quest’ottica potrebbe essere affrontato il problema del **reato continuato**, in quanto l’esecuzione di condotte plurime, addirittura integranti diversi reati, avvinte da un medesimo disegno criminoso, a maggior ragione dovrebbe condurre ad un giudizio di esclusione della non **abitualità** che, **ai fini del riconoscimento della causa di esclusione della punibilità**, deve pertanto ritenersi caratterizzata in modo nettamente distinto dalla **abitualità a delinquere ai fini della relativa dichiarazione** e più ampio di quest’ultima. In questa chiave del resto sembra esprimersi la relazione quando precisa il concetto di non abitualità in connessione con l’esclusione dell’inserimento del reato in una catena seriale che ben può essere espressa dall’unicità del disegno criminoso.

Le previsioni in punto di **casellario giudiziale** possono fornire ulteriori utili indicazioni, in quanto l’iscrizione del proscioglimento per irrilevanza del fatto è in un certo senso necessitata, consentendo a ciascun giudice di valutare tali fatti per escludere la non abitualità (salvo il problema della tempestività delle iscrizioni e della necessità di acquisirle sempre), e in quanto il limite dei dieci anni (per il mantenimento delle iscrizioni) costituisce un parametro legislativo definito per valutare quando la distanza temporale non può più ritenersi significativa di abitualità (con le possibili correzioni legate alla maggiore gravità di altri precedenti o alla considerazioni dei periodi di restrizione carceraria subita).

L’art. 1, comma 2, stabilisce invece le **esclusioni** della particolare tenuità dell’offesa, con riferimento al **movente** dell’azione (motivi abietti o futili), alle sue **modalità** (crudeltà anche in danno di animali o sevizie), alla **vittima** (età e condizioni di minorata difesa), al tipo di **bene giuridico** (vita o integrità fisica).

In relazione al movente si potrà porre il problema della necessità o meno della contestazione della relativa **aggravante dei motivi abietti o futili**: in realtà sia per ragioni procedurali che si diranno sia per la mancata menzione della contestazione, deve ritenersi necessario verificare l’esistenza dei presupposti sostanziali che, per la costanza terminologica del legislatore e per

l'esigenza di privilegiare interpretazioni che colmino deficit di determinatezza, devono peraltro ritenersi gli stessi dell'aggravante.

La precisazione dell'esclusione in relazione alla crudeltà **verso animali**, viene incontro ad alcune preoccupazioni manifestate da associazioni ambientaliste, che temevano una sostanziale depenalizzazione del reato di uccisione, maltrattamenti di animali e spettacoli e manifestazioni vietati e combattimenti tra animali *ex artt. 544-bis, 544-ter, 544-quater e 544-quinquies* cod. pen.: in particolare si esclude la causa di non punibilità quando la condotta sia contestata nella forma "per crudeltà" in relazione ai reati *ex art. 544-bis e 544-ter c.p.*, mentre resta astrattamente la possibilità quando sia contestata nella forma "senza necessità"; sembra altresì che lo strazio o le sevizie costitutive del reato di cui all'*art. 544-ter c.p.* ben possa costituire una forma di crudeltà, così da escludere di fatto questo reato; paradossalmente risulta in astratto più aperto il problema della concessione dell'attenuante nel caso del reato *ex art. 544-quinquies*.

Il riferimento all'età e alle condizioni di minorata difesa, porta poi ad escludere la non punibilità nei reati che abbiano per vittime **minori** o **sogetti deboli**. Per il resto il concetto di minorata difesa può avvalersi degli approfondimenti giurisprudenziali relativi alla relativa aggravante, di cui per le ragioni già espresse non sembra necessaria la formale contestazione.

Il riferimento alla **morte** e alle **lesioni gravissime** viene incontro ad ulteriori preoccupazioni relative alla necessità di limitazioni nel caso di **reati colposi** che determinino tali conseguenze.

In generale la particolare tenuità dell'offesa è espressamente riferita sia a **reati di danno che di pericolo (presunto o concreto)**, in quanto l'*art. 1, comma 1*, menzione espressamente l'esiguità del "danno" o del "pericolo".

Il medesimo comma 1, rinvia quali parametri valutativi generali a quelli di cui all'**art. 133**, primo comma, cod. pen., mentre **non** viene **richiamato** il **secondo comma** del medesimo articolo.

In riferimento al **tentativo**, da ritenersi a maggior ragione incluso, l'unica problema risulta quello della determinazione del presupposto edittale di pena ai fini dell'esclusione dell'istituto dell'irrilanza, su cui già si è detto.

**5. Aspetti processuali.** Nella relazione si è precisato che, pur in presenza delle sintetiche indicazioni contenute nella legge delega – che si limita a stabilire come l'esclusione della punibilità per irrilevanza debba essere prevista «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale» – la disciplina non potesse essere quella "comune" prevista per le cause di non punibilità, posto che in tal caso non vi sarebbe stata alcuna necessità di adeguamento processuale. Conseguentemente il legislatore delegato ha ritenuto di procedere alla delicata operazione di bilanciamento tra i valori sottesi alla previsione dell'istituto e quelli di cui sono portatori l'imputato o indagato e la persona offesa. Si è ritenuto, in particolare, che l'irrilanza del fatto corrisponda a due "esigenze" di rilievo costituzionale. In primo luogo quella di "depenalizzazione in concreto" in applicazione dei principi di **proporzione**, e di *ultima ratio* del diritto penale, secondo la teorica che altri chiamano del "**diritto penale minimo**" (secondo alcuni, verrebbe in gioco anche il principio *ex art. 27 Cost.*, della **rieducazione della pena**, posto che di fronte a fatti irrilevanti non vi sarebbe alcuna esigenza rieducativa, ma in realtà sarebbe forse meglio evocabile il principio di **offensività**, di cui la proporzione è declinazione, e che la Corte costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 172 del 2014, ha considerato «per giurisprudenza costante di questa Corte (...) canone interpretativo unanimemente accettato (*ex plurimis*, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)»). In secondo luogo, quello della **deflazione processuale**, nella misura in cui il riconoscimento dell'irrilanza consenta la definizione anticipata del procedimento, in realtà giustamente considerata ulteriore declinazione del principio di **proporzione**, essendo lo sforzo processuale per fatti bagatellari sproporzionato sia per l'**ordinamento** sia per l'**autore**, costretto a sopportare il peso del processo.

In considerazione di tali valori da bilanciare, il legislatore delegato ha quindi escluso un generale potere di veto della persona offesa, non ritenendo che esista un generico potere dispositivo del processo in capo alla medesima al di fuori di specifiche e determinate previsioni legislative,

come quelle contenute *ex art.* 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 nel procedimento dinanzi al giudice di pace, quindi non generalizzabili in assenza di una espressa indicazione nella delega.

Ciò detto, nella Relazione si riconosce tuttavia che la persona offesa è portatrice di un vero e proprio diritto ad essere informata e a interloquire nelle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale, riconosciute tra l'altro in particolare dalla **direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012**, e che anche l'indagato può vantare consimili pretese seppure a diverse finalità (in particolare quella di ottenere una pronuncia totalmente liberatoria nel merito), con la conseguenza che tali prerogative dovevano essere salvaguardate pur dovendosi prevedere, in considerazione delle ravvisate esigenze deflattive sottese all'istituto, possibilità di definizione anticipata del procedimento.

In particolare si è inclusa la possibilità di archiviazione per particolare tenuità del fatto, mediante la modifica del comma 1 dell'art. 411 cod. proc. pen., e l'introduzione di un nuovo comma *1-bis*. Segnatamente, se il pubblico ministero intendere chiedere al GIP l'archiviazione perché l'indagato non è punibile per particolare tenuità del fatto, deve darne avviso all'indagato e alla persona offesa, che possono prendere **visione degli atti** e presentare **opposizione motivata** a pena di **inammissibilità** entro **dieci giorni**. Pur non essendo espressamente previsto, una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, porta a ritenere che il termine decorra dal momento della ricezione dell'avviso per ciascuna delle parti legittimate e che oltre alla menzionata espressa inammissibilità per carenza di motivazione, siano prospettabile le comuni cause di inammissibilità.

A questo punto se l'opposizione non è presentata o è dichiarata inammissibile, il giudice procede senza formalità e può: *a)* accogliere la richiesta di archiviazione per la non punibilità con **decreto motivato**; *b)* non accogliere la richiesta di archiviazione e disporre **nuove indagini**, ovvero chiedere al PM di formulare l'**imputazione**, ai sensi, rispettivamente dei commi 4 e 5 dell'articolo 409 cod. proc. pen. Se l'opposizione è ammissibile il giudice procede ai sensi dell'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., cioè fissa l'**udienza in camera di consiglio** e fa dare avviso al pubblico ministero, all'indagato e alla persona offesa nelle forme di cui all'art. 127 cod. proc. pen., secondo cui si svolge il procedimento (quindi a contraddittorio eventuale), lasciando gli atti depositati in cancelleria fino al giorno dell'udienza con facoltà per il difensore di estrarne **copia** (prima ne poteva solo essere presa visione).

Come già sottolineato nelle linee guida adottate in taluni uffici devono ritenersi operare i consueti criteri in materia di:

individuazione della persona offesa, con l'unica precisazione che la notifica dovrà essere effettuata anche a soggetti ed enti pubblici, con conseguente "appesantimento" del procedimento, specie nel caso di reati che colpiscano interessi diffusi, anche alla luce della giurisprudenza maturata sulla legittimazione di tali enti esponenziali. Nei reati in cui non si individua una persona offesa non va, ovviamente, disposto alcun avviso;

notifica alla sola persona offesa (e non anche al difensore eventualmente nominato, presso cui andrà notificato l'avviso *ex art.* 33 disp. att. c.p.p.);

notifica al solo indagato e non anche al difensore di fiducia eventualmente nominato (o al difensore di ufficio nominato nel caso di compimento di atti garantiti), come previsto attualmente per la fissazione dell'udienza nel caso di opposizione;

procedimento per la notifica, da effettuarsi sulla base delle disposizioni previste. Si può solo porre il problema dell'idoneità della notifica nel caso di irreperibilità (ancora consentita nella fase precedente al giudizio), pur se appare idonea in assenza di diverse norme, oltre che per gli effetti precari e limitati del decreto di archiviazione; in caso contrario si imporrebbe un giudizio che sarebbe destinato alla sospensione;

l'avviso deve precisare che, nel termine di dieci giorni, indagato e persona offesa possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Chiara la differenza rispetto ai più rilevanti oneri previsti dall'art. 408, co. 3, c.p.p. per la persona offesa.

All'esito dell'udienza il giudice se accoglie la richiesta, provvede con **ordinanza** e restituisce gli atti al PM, altrimenti potrà disporre nuove indagini, ovvero chiedere al PM di formulare l'imputazione, ai sensi, rispettivamente dei commi 4 e 5 dell'articolo 409 cod. proc. pen.

L'inosservanza delle disposizioni di cui sopra sembra integrare una **nullità** a regime intermedio *ex art. 178, lettera c)*, cod. proc. pen., con tutte le relative conseguenze.

D'altro canto, l'effetto dell'archiviazione deve ritenersi quello ordinario con la conseguente possibilità di **riapertura delle indagini** alle usuali condizioni e senza che l'accertamento possa fare stato: tuttavia, la previsione espressa della sua **iscrizione nel casellario**, conferma che l'unica conseguenza negativa per l'indagato è rappresentata dalla possibilità di valutare tale fatto ai fini dell'abitudine e così negare la non punibilità per irrilevanza per fatti commessi successivamente.

In questo senso si è espressa la Relazione, affermando che «il requisito della “non abitudine” del comportamento, previsto dal primo comma del nuovo articolo 131-*bis* del codice penale, impone un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolarità tenuità del fatto che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tale causa».

Non ha avuto seguito l'originaria previsione di modificare anche l'**art. 129 cod. proc. pen.** il cui tenore letterale induce quindi a escludere la possibilità di ricorrere a tale disposizione per ottenere una immediata pronuncia di irrilevanza. D'altro canto, considerata (come si vedrà) la previsione espressa del proscioglimento predibattimentale, ogni questione (specie di diritto transitorio) potrà nel caso affrontarsi in dibattimento mediante rinuncia alle prove, ammissione della rinuncia, oppure revoca dell'ordinanza di ammissione delle prove per sopravvenuta superfluità e chiusura del dibattimento (in quest'ultimo caso profili di anticipazione del giudizio potrebbero però sconsigliare tale percorso, così da limitare l'assoluzione immediata per tale causa ai soli casi in cui le parti concordino su tale esito) con conseguente decisione (sul punto si ritornerà comunque *infra* con particolare riguardo al procedimento per decreto e all'opposizione, proprio quando si esamineranno i problemi di diritto intertemporale). Maggiori problemi presenta invece il caso della sentenza di **patteggiamento**, dove l'art. 444, comma 2, cod. proc. pen. richiede espressamente “se non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.”, esito come visto precluso nel caso di irrilevanza del fatto: ciò comunque risulta conforme al sistema che vede operare l'irrilevanza sul piano della pena e che così ben potrà integrare quel giudizio di non “congruità della pena” che ai sensi del medesimo art. 444, comma 2, consente di respingere il patteggiamento. Il problema, in realtà, risulta più che altro pratico e di fatto, se a seguito della incompatibilità così determinatasi, il nuovo giudice non consideri il fatto irrilevante e le parti non possano più recuperare il patteggiamento ormai respinto.

Viene modificato l'art. 469 cod. proc. pen. in materia di **proscioglimento prima del dibattimento**, stabilendo che il giudice prima di dichiarare di non doversi procedere nei confronti dell'imputato perché non è punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., debba procedere alla **previa audizione** anche della persona offesa, così consentendo alla stessa di interloquire sul tema della tenuità, al pari del PM e dell'imputato.

Invero tale succinta modifica può essere foriera di ulteriori complicazioni, per le incoerenze sistematiche che potrebbero presentarsi in relazione al complesso rapporto con l'art. 129 e con quegli arresti giurisprudenziali che rimarcano come gli accertamenti di merito sottesi alle formule di cui al 129 siano di stretta competenza del giudice dibattimentale: ora se, come si vedrà, si ritiene che l'irrilevanza per tenuità del fatto comporta il previo accertamento (di merito) della sussistenza, illiceità penale e commissione del fatto da parte dell'imputato, è chiaro che l'intervento normativo in esame determina una importante trasformazione del proscioglimento dibattimentale, senza peraltro minimamente preoccuparsi di chiarire la portata dell'istituto, la cui problematica applicabilità all'appello, ad esempio, vanta una cospicua (anche se talvolta non perspicua) giurisprudenza di legittimità.

Nella relazione si è precisato che non è stata, invece, prevista alcuna forma di interlocuzione in sede di udienza preliminare ovvero in sede dibattimentale, trattandosi di fasi in cui il contraddittorio è stato considerato già pienamente garantito: in questi casi pertanto si applicherà la disciplina comune sulle condizioni di non punibilità.

Segnatamente, nell'**udienza preliminare** può essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere, *ex art. 425, comma 1, c.p.p.*, consentita in presenza di “persona non punibile per

qualunque causa”. Il contraddittorio, in tale caso è assicurato dalla necessaria citazione per l’udienza anche della persona offesa, in tal modo messa in condizione di interloquire come l’imputato.

Parimenti, all’esito del **dibattimento**, dove pure il contraddittorio risulta salvaguardato anche nei confronti della persona offesa, cui deve essere notificato (se risulta) il decreto che dispone il giudizio pure nei casi di citazione diretta: la sentenza sarà di **assoluzione ex art. 630** cod. proc. pen. perché l’imputato “non è punibile” per particolare tenuità del fatto, applicandosi la disciplina comune in materia di condizioni di non punibilità (argomenti si traggano anche dalla mancata modifica, originariamente proposta, dell’art. 529 a includere il proscioglimento per irrilevanza, ciò che come si vedrà non sarebbe stato del resto coerente con la natura di condizione di non punibilità). Vale forse la pena di ricordare che l’interlocuzione della persona offesa è alla medesima consentita anche nel **giudizio immediato**. Alcune criticità possono invece presentarsi nel caso di **giudizio direttissimo** proprio in ordine alla interlocuzione della persona offesa, nelle ipotesi, in realtà limitate, in cui sia effettivamente configurabile l’irrilevanza e questa non sia già stata ritenuta dal PM: come noto infatti *ex art. 385* cod. proc. pen. la sussistenza di una condizione di non punibilità preclude l’arresto o il fermo.

Peraltro, come giustamente è già stato osservato, non è ipotizzabile che possano sorgere questioni con riferimento al fermo che, tra l’altro, prevede un limite edittale superiore a quello di applicabilità della causa di non punibilità, mentre per l’arresto obbligatorio i limiti edittali previsti in generale e le pene delle specifiche ipotesi previste non consentiranno nella stragrande maggioranza dei casi di ipotizzare l’applicabilità della causa di non punibilità. Possono però residuare, in via di mera ipotesi, alcuni casi di reato tentato per fattispecie espressamente previste, quali i furti tentati previsti dall’art. 380, comma 2, lett. *e*) ed *e-bis*) che, però, espressamente escludono l’arresto nel caso di ricorrenza dell’attenuante della “speciale tenuità” che delinea un fatto (che impedisce la misura restrittiva) di “maggiore rilievo” rispetto alla “particolare tenuità dell’offesa”. Quanto all’arresto facoltativo, in flagranza o fuori flagranza (nei casi consentiti), sembrano difficilmente ipotizzabili, ove si sia fatta corretta applicazione delle norme, problematiche applicative per i contorni con cui è delimitata la causa di non punibilità e per i presupposti dell’arresto che, ai sensi dell’art. 381, co. 4, è giustificato solo dalla gravità del fatto (incompatibile in particolare con la particolare tenuità dell’offesa) ovvero dalla personalità dell’indagato (incompatibile anche con la non abitudine del comportamento).

In stretta aderenza alla delega, viene poi aggiunto un art. 651-*bis* cod. proc. pen. in modo tale da consentire che il giudicato penale, relativamente alla particolare tenuità del fatto – che presuppone comunque un accertamento sulla esistenza del reato e sulla ascrivibilità dello stesso all’imputato – spieghi efficacia nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e per il risarcimento del danno. Si deve trattare di **sentenza irrevocabile** emessa “in seguito a **dibattimento**” e l’effetto di giudicato riguarda l’accertamento della **sussistenza del fatto**, della sua **illiceità penale**, della sua **commissione da parte dell’imputato**. Tale effetto si dispiega nei confronti dell’**imputato** e del **responsabile civile citato o intervenuto** nel processo penale. Analogo effetto viene attribuito alla sentenza irrevocabile di proscioglimento emessa a seguito di **giudizio abbreviato** *ex art. 442* cod. proc. pen., salva l’**opposizione della parte civile che non abbia accettato il rito**. In mancanza di espressa disposizione (come quelle in punto di giudizio abbreviato, come si vedrà la **sentenza di non luogo a procedere ex art. 425, comma 1, cod. proc. pen.** non sembra, invece, poter avere alcun effetto nei giudizi civili o amministrativi, in quanto sentenza che non è stato pronunciato a seguito di dibattimento.

L’art. 651-*bis*, invero, riveste anche un importante **valore sistematico**, in quanto stabilisce che il giudizio di irrilevanza per tenuità del fatto deve seguire – e perciò implica – l’accertamento della sua sussistenza, della sua anti-giuridicità penale e della sua commissione da parte dell’imputato, con importanti conseguenze (come si vedrà *infra*, anche in ordine alla qualificazione dell’istituto). Proprio l’implicazione di tali verifiche positive, comporta altresì come (anche in sede di archiviazione) il giudizio sull’assenza di condizioni di procedibilità o sull’infondatezza nel merito, debbano precedere quello di irrilevanza per tenuità del fatto. L’unico dubbio può riguardare la questione se la limitazione degli effetti extrapenalici alle sentenze emesse a seguito di dibattimento,

concerna anche i predetti effetti sistematici sulla portata della valutazione sottesa al giudizio di irrilevanza. Sembra potersi ragionevolmente sostenere che la limitazione degli effetti extrapenali alle sole sentenze dibattimentali sia giustificata dall'intensità dell'accertamento, ma non da un diverso ordine dei passaggi valutativi che portano alla conclusione di irrilevanza che, come tali, su un piano logico, ancor prima che giuridico, paiono dover essere sempre gli stessi, anche in sede di archiviazione o di proscioglimento predibattimentale. Solo in questa prospettiva, ad esempio, si può sostenere l'ordine sopra visto delle formule di archiviazione.

## 6. Natura dell'istituto e contesto ordinamentale.

Alla luce della disciplina sopra esaminata sembra difficile poter dubitare che l'irrilevanza per particolare tenuità del fatto rappresenti una **condizione di punibilità in senso stretto**, ciò per una pluralità di argomenti di natura letterale (sia la legge delega che il decreto delegato parlano di "esclusione della punibilità"), collocazione sistematica (la disposizione che introduce l'istituto è stata inserita nella parte del codice penale che riguarda la pena), volontà del legislatore (quale espressa nella citata Relazione), tratti di disciplina con particolare alle formule di archiviazione e di proscioglimento predibattimentale previste e soprattutto con riferimento agli effetti di giudicato che dimostrano come il giudizio di irrilevanza comporti un previo giudizio di sussistenza e antigiuridicità del fatto (illiceità penale) e di sua commissione da parte dell'imputato (inoltre, le considerazioni sopra sviluppate in ordine alla valorizzabilità del grado e intensità della colpa e del dolo, confermano che l'irrilevanza riguarda un fatto completo di tutti i suoi elementi costitutivi).

Non si tratta quindi, né di una **condizione di procedibilità** (sono state infatti abbandonate le iniziali proposte di includere l'istituto nell'art. 529 cod. proc. pen., di cui pure era stata proposta la modifica), né di una **scriminante** o causa di giustificazione (che esclude l'antigiuridicità), né di una **causa di esclusione della colpevolezza** (per assenza dell'elemento soggettivo del reato), ma di una condizione di non punibilità in senso stretto, il cui fondamento, che non è appunto né l'assenza di antigiuridicità né l'assenza di colpevolezza, tradizionalmente viene ricondotto a ragioni di pratica convenienza politico criminale che conducono ad escludere l'applicazione della sanzione penale, per l'esigenza di salvaguardare interessi che risulterebbero altrimenti lesi da un'applicazione della pena nel caso concreto.

L'istituto si colloca dunque su un piano del tutto differente rispetto alla problematica della possibilità di individuare fatti tipici ma inoffensivi, ricondotta usualmente all'interpretazione dell'**art. 49, secondo comma, cod. pen.** e alle opposte relative concezioni: secondo l'una l'offesa costituisce un requisito della fattispecie, ulteriore rispetto agli altri elementi essenziali indicati dalla singola norma incriminatrice, e la sua presenza nella struttura della fattispecie sarebbe appunto richiesta proprio dall'art. 49, secondo comma, cod. pen., con la conseguenza che, in sua assenza il fatto concreto non risulta conforme al tipo; secondo l'altra il contenuto offensivo del reato è espresso dalla struttura della fattispecie con la conseguenza che non vi è spazio alcuno per ammettere l'esistenza di un elemento costitutivo aggiuntivo rispetto a quelli essenziali indicati dalla singola norma incriminatrice e che l'art. 49, secondo comma, cod. pen. si riferirebbe al tentativo inidoneo.

In estrema sintesi, è stata la medesima Corte costituzionale a distinguere (molto chiara sul punto la sentenza **n. 360 del 1995**) l'**offensività di rango costituzionale** quale **limite alla discrezionalità legislativa** (che vieta l'incriminazione di una classe di fatti inoffensivi) e l'**offensività specifica in concreto**, che comporta la verifica in concreto, secondo un giudizio di merito di competenza del giudice ordinario, della ravvisabilità di un grado minimo di offensività nella singola condotta dell'agente, in assenza della quale risulta configurabile il reato impossibile *ex art. 49, comma 2, cod. pen.* Un recente riferimento alla verifica dell'offensività in concreto è stata condotta ad esempio con la sentenza sulla punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali siano estraibili sostanze stupefacenti (**Cass., Sez. un., 10 luglio 2008, n.28605**).

Già la Commissione Grosso aveva posto in luce le profonde differenze e le diverse implicazioni sistematiche tra gli istituti della necessaria offensività e della irrilevanza del fatto:

natura dei criteri valutativi (qualitativi per il primo e quantitativi per il secondo, come comprovato dal fatto che uno dei più autorevoli sostenitori (BRICOLA) della concezione necessariamente offensiva del reato escludeva che l'esistenza del reato potesse essere condizionata ad un accertamento quantitativo sulla "significatività" dell'offesa, posto che in tal modo si sarebbe determinato un allargamento del giudizio a criteri ulteriori e diversi rispetto a quelli impiegabili per l'accertamento alternativo sulla esistenza dell'offesa e, dunque, sulla tipicità del fatto; L'istituto della necessaria offensività presuppone fattispecie criminose legislativamente costruite come reati di offesa (di lesione o di pericolo concreto), poiché è destinato a rimediare allo scarto verificabile in concreto tra conformità alla fattispecie e contenuto offensivo, mentre l'istituto della irrilevanza è applicabile ad ogni categoria di reati, essendo semmai il suo campo applicativo circoscrivibile a reati di modesta gravità astratta, nel presupposto che l'istituto sia funzionalmente concepito come rivolto ad alleggerire il sistema dagli illeciti bagatellari; la necessaria offensività è poi destinata a incidere su situazioni statisticamente eccezionali di "scollamento" tra tipicità ed offesa in concreto, mentre l'irrilevanza del fatto potrebbe incidere su fasce statisticamente anche molto consistenti di criminalità bagatellare.

In realtà, la disposizione in esame – che riconosce l'illiceità penale del fatto giudicato non punibile perché irrilevante per tenuità del fatto – potrebbe forse consentire di escludere, forse, proprio la cd. tesi quadripartita avanzata, che include anche la meritevolezza di pena tra gli elementi costitutivi del reato. Come noto, infatti, e in estrema sintesi senza alcuna pretesa di completezza, può ricordarsi che le prospettive di analisi del reato, sotto il profilo scientifico, sono innanzitutto due: la c.d. concezione unitaria la quale, accogliendo una nozione sostanzialistica di reato, afferma che l'illecito penale non può essere scisso in singoli elementi e va quindi considerato e studiato unitariamente e la c.d. concezione analitica, propria del pensiero giuridico liberale, per la quale il reato va scomposto e studiato nei suoi elementi costitutivi. Nell'ambito di quest'ultima posizione, che è quella che ha riscosso maggiori consensi, sono emerse diverse teorie, essenzialmente riconducibili a tre: la teoria bipartita, la teoria tripartita e quella quadripartita. Per la teoria della bipartizione (elaborata in Germania da BELING e accolta in Italia da MANZINI, ANTOLISEI, PAGLIARO e MANTOVANI) il reato va scomposto in due elementi: l'elemento oggettivo o materiale (il fatto, comprensivo dell'elemento negativo dell'assenza di cause di giustificazione) e l'elemento soggettivo o psicologico (la volontà colpevole). La teoria della tripartizione (recepita da FIANDACAMUSCO, CADOPPI-VENEZIANI e PADOVANI) scompone l'illecito penale in tre elementi: il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza. La teoria della quadripartizione (accolta dal GRISPIGNI e, più recentemente, da MARINUCCI-DOLCINI), infine, aggiunge ai tre elementi predetti (fatto, antigiuridicità e colpevolezza) la tipicità o, in altra variante, la meritevolezza e/o necessità di pena (punibilità).

Nella non punibilità per irrilevanza del fatto, dunque, l'offesa deve essere comunque ritenuta presente ma, come espressamente previsto, di particolare tenuità, così da consentire di ritenere il fatto tipico e integrante il reato, irrilevante e non meritevole di pena.

Come si è rimarcato in dottrina (QUATTROCOLO), le discussioni sull'irrilevanza si inscrivono nella **concezione del reato come "entità graduabile"**, secondo due approcci: **criminologico**, in base al quale la trasgressione formale del precetto può accompagnarsi al rispetto sostanziale dei principi, rispetto ai quali non vi sarebbe effettiva devianza (vicina alla concezione sostanziale del reato); o **statistico**, che concepisce l'esiguità in termini di frequenza. Nello stesso schema di d.lgs. sembrano rintracciabili gli echi del dibattito che questa stessa dottrina riporta al cd. **modello di Krümpelman**, che indica i parametri di valutazione dell'esiguità in termini di "disvalore" di "evento" (rispetto all'interesse leso e il grado dell'offesa) e di "azione" (secondo le modalità della condotta), nonché in termini di "grado" di "colpevolezza", "indole" dell'agente e "motivi" a delinquere.

Proprio la **natura quantitativa del criterio di valutazione** dell'irrilevanza, segnalata già dalla Commissione Grosso, consente di spiegare la disposizione di cui all'art. 1, comma 5, del d.lgs. in esame, secondo cui l'istituto si applica anche quando la legge prevede la **particolare tenuità** del danno o del pericolo come **circostanza attenuante**: si possono ricordare, oltre che l'**art. 62, n. 4, cod. pen.**, si possono ricordare gli articoli 648, secondo comma (particolare tenuità del fatto nella ricettazione), 311 (lieve entità del fatto nei delitti contro la personalità dello Stato) e 323-*bis* (particolare tenuità del fatto in alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.) del codice penale, l'art. 2640 del codice civile (offesa di particolare tenuità nei reati in materia di società e consorzi) e

l'art. 12, comma 1, lettera b, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (danno patrimoniale di particolare tenuità in alcuni illeciti societari), la legislazione in materia di armi prevede un'attenuante per il fatto di lieve entità (legge 895/1967, art. 5), l'art. 73, comma 5, del DPR n. 309 del 1990, anche se nel testo da ultimo introdotto si ritiene che il fatto di lieve entità rappresenti una **fattispecie autonoma** di reato. Si tratta, infatti, di una valutazione di carattere quantitativo volta a verificare se la particolare tenuità sia di entità tale da giustificare solo una diminuzione di pena (o il particolare trattamento sanzionatorio più favorevole, nel caso rappresenti una fattispecie autonoma), oppure comporti addirittura l'irrilevanza del fatto.

In realtà spesso in giurisprudenza si distingue tra tenuità del danno e quella del fatto, soprattutto al fine di risolvere problemi relativi al concorso di norme che si riferiscono all'uno o all'altro o per stabilire l'applicabilità dell'attenuante al tentativo, e ovviamente non si può che distinguere tra casi in cui la tenuità è considerata come attenuante e casi in cui essa fonda una fattispecie autonoma, ma non è questo l'aspetto che entra in gioco nei rapporti con l'irrilevanza per tenuità del fatto, che sembra dover essere impostata nel modo sopra visto e rispetto al quale scarse indicazioni possono trarsi dalla giurisprudenza pregressa (cfr. ad es. Cass., Sez. un., 26 aprile 1989, n. 1330; Cass., Sez. un., 28 giugno 2013).

Proprio perché la valutazione di irrilevanza è una valutazione quantitativa, sembra che la medesima debba escludersi quando già effettuata direttamente dal legislatore che abbia adottato l'approccio del cd. "**diritto penale della soglia**", cioè quando sia già stato fissato (come spesso avviene nei reati finanziari), il limite quantitativo al di sopra del quale la condotta assume rilevanza penale.

In quanto condizione di non punibilità l'istituto in esame si differenzia perciò profondamente dagli istituti nel **procedimento minorile** (art. 27 del DPR n. 448 del 1988) e **di pace** (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000) ove l'irrilevanza del fatto è costruita come **condizione di procedibilità**, ancorata anche a presupposti diversi, quali l'occasionalità della condotta anziché la non abitualità, il grado di colpevolezza, il pregiudizio che il procedimento arrecherebbe alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato (per l'art. 34) o il pregiudizio per le esigenze educative del minore (art. 27), il necessario consenso della persona offesa (per l'art. 34). Da ciò deriva che la disciplina dell'irrilevanza costituisce *lex specialis* in detti procedimenti, senza possibilità di automatismi estensivi, neanche delle conclusioni giurisprudenziali raggiunte sui differenti istituti.

Nei rapporti con altri istituti, merita forse ricordare che la presenza di una condizione di non punibilità preclude l'applicazione di  **misure cautelari** ai sensi dell'art. 273, comma 2, cod. proc. pen. e **precautelari** (arresto e fermo) ex art. 385 cod. proc. Pen.

## **7. Questioni di diritto intertemporale.**

L'ascrizione dell'istituto alla categoria della condizione di non punibilità potrebbe portare a ritenere effettivamente inutile qualsiasi disciplina di diritto intertemporale, risultando pacifico che l'irrilevanza del fatto di nuova introduzione, in quanto anche se considerato istituto di diritto sostanziale, contenendo disciplina favorevole, dovrebbe comunque applicarsi anche ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore ai sensi dell'art. 2, quarto comma, cod. pen. in conformità all'art. 25, secondo comma, Cost.: del resto, sarebbe ben strano che le connesse disposizioni processuali introdotte, e come tali immediatamente applicabili in forza del principio *tempus regit actum*, si trovassero prive dell'istituto cui fanno riferimento.

E tuttavia proprio il fatto che l'istituto sia applicabile anche nei procedimenti pendenti avrebbe consigliato di disciplinare alcuni casi, anche in relazione alla prevista **interlocazione** della **persona offesa**. Il problema, infatti, è dato dal fatto che, ferma l'assenza di un necessario consenso al giudizio di irrilevanza da parte della persona offesa, si tratta di verificare quale sia la possibilità

di interlocuzione che gli deve essere garantita, non solo con riguardo alla conoscenza del procedimento, ma anche alla conoscenza del possibile esito dello stesso con un giudizio di irrilevanza che, nel momento in cui è avvenuta la notifica, non era prospettabile in quanto la relativa disposizione è entrata in vigore successivamente.

Tralasciando il giudizio di Cassazione – che in questa sede formativa non interessa – il problema si porrà ad esempio in **appello**, ma anche nel **dibattimento**, posto che l'interlocuzione della persona offesa nelle fasi precedenti del giudizio (udienza preliminare o dibattimento di primo grado) non ha potuto vertere sull'istituto all'epoca non introdotto, ciò che potrebbe determinare una irragionevole disparità di trattamento *ex art. 3 Cost.*, con conseguente illegittimità della disciplina nella parte in cui non prevede, in tali casi, che sia dato avviso alla persona offesa. La relativa questione posta alla Corte costituzionale, potrebbe però portare anche ad una pronuncia di inammissibilità ove si ritenesse la possibilità di plurime opzioni normative, come tali rientranti nella discrezionalità legislativa. A ciò si aggiunga la problematica applicabilità del proscioglimento predibattimentale al giudizio di appello, che vanta, come detto, una cospicua e non spesso perspicua giurisprudenza, rispetto alla quale la mancata modifica dell'art. 129 cod. proc. pen. non può che aver reso ancora più confusa la situazione.

Parimenti il problema si porrà nel caso di **richieste di archiviazioni pendenti** per ragioni non ritenute accoglibili, ma che potrebbero essere accolto per irrilevanza del fatto.

Nel caso siano state disposte nuove indagini sembra percorribile la strada di una nuova richiesta di archiviazione per tale nuova causa, ma non nel caso di imputazione coatta (dove non sembra che l'ordinamento consenta spazi valutativi di questo genere), fermo restando che l'irrilevanza potrà essere recuperata con apposita richiesta in sede di udienza preliminare, o in sede predibattimentale o nel giudizio.

D'altro canto, uno specifico problema è rappresentato dalla peculiarità dell'avviso *ex art. 411, comma 1-bis cod. proc. pen.* che è un avviso con avvertimento, rispetto al quale, anche ove sia stata già fissata per altre ragioni l'udienza in camera di consiglio, si potrebbe porre l'esigenza di una rinnovazione dell'avviso con eventuale fissazione di nuova udienza.

Analogamente nel caso di opposizione pendente a **decreto penale di condanna** già emesso. Ovviamente il giudizio di irrilevanza potrà essere recuperato all'esito del giudizio instaurato con l'opposizione, ma in questo caso la situazione potrebbe essere ancor più complicata, in presenza di richiesta di **oblazione**. Infatti, la recente sentenza della Corte cost. n. 15 del 2015 ha consentito che questa possa essere subordinata alla pronuncia di sentenza *ex art. 129 cod. proc. pen.*, circoscrivendo la pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione di cui alla sentenza 25 marzo - 4 giugno 2010, n. 21243, che hanno escluso che il giudice per le indagini preliminari, investito dell'opposizione a decreto penale di condanna sia abilitato a prosciogliere l'imputato ai sensi della citata disposizione (e ciò diversamente da quanto avviene in sede di decisione sulla richiesta di emissione del decreto, in forza dell'espressa previsione dell'art. 459, comma 3, cod. proc. pen.).

In quella sede la Corte costituzionale ha ritenuto che, al riguardo, le sezioni unite abbiano ribadito quanto affermato in una precedente decisione (sentenza 25 gennaio - 30 marzo 2005, n. 12283): e, cioè, che l'art. 129 cod. proc. pen. non conferisce al giudice un potere di giudizio ulteriore, inteso quale occasione "atipica" di decidere la *res iudicanda*, ma si limita ad enunciare una regola di condotta e di giudizio – quella della precedenza della declaratoria delle cause di non punibilità considerate, ove ne ricorrano le condizioni, su altri eventuali provvedimenti decisionali adottabili dal giudice – destinata a trovare attuazione con l'osservanza della disciplina relativa alla fase e al grado in cui il processo si trova e nel rispetto del principio di contraddittorio.

Particolarmente problematica risulta infatti l'affermazione della Corte costituzionale, secondo cui, al contrario, il sub-procedimento di oblazione rappresenta una *sedes* nella quale –

sempre alla luce della ricostruzione delle sezioni unite – può bene innestarsi la regola, enunciata dalla citata disposizione, di precedenza della declaratoria delle cause di non punibilità rispetto agli altri provvedimenti decisionali adottabili dal giudice, anche per quanto attiene alla gerarchia tra le formule di proscioglimento delineata dal comma 2.

Tuttavia, proprio la circostanza della mancata modifica dell'art. 129 a ricomprendere l'irrelevanza, sembra portare a ritenere preclusa tale possibilità per l'istituto qui in discussione.

In definitiva i problemi derivanti dalla mancanza di una normativa di diritto transitorio sono collegati non tanto all'istituto dell'irrelevanza del fatto in sé, quanto alla previsione della possibilità di interlocuzione della persona offesa.

Rilevato che si è persa una buona occasione per attuare tempestivamente la direttiva comunitaria sulla tutela della vittima del reato, il cui termine scade il prossimo 11 novembre, due sono i possibili approcci al problema. Rilevato come sia stato rigettato l'orientamento in base al quale il consenso della persona offesa sia condizione della pronuncia – come pure sarebbe stato possibile fare, orientando il nuovo istituto verso una sua decisa caratterizzazione nel senso della giustizia ripartiva – si può considerare sufficiente la mera possibilità di contraddittorio assicurata attraverso la notizia del procedimento, nel qual caso nessun intervento correttivo sarebbe dovuto. Altrimenti, ove si ritenesse necessario consentire alla persona offesa di interloquire specificamente sullo specifico punto dell'irrelevanza del fatto (quando non gli sia stato consentito per essere la relativa normativa entrata in vigore successivamente), l'unica strada possibile appare quella di una pronuncia additiva di illegittimità costituzionale fondata sulla ingiustificata disparità di trattamento *ex art. 3 Cost.* collegata al mero dato estrinseco temporale tra chi si trovasse con un procedimento già pendente o meno, eventualmente rafforzata dalla violazione dell'art. 117 e 11 Cost. con l'interposizione della ricordata direttiva comunitaria (che abbisognerebbe però di una previa pronuncia interpretativa della Corte di giustizia sulla portata della direttiva citata in rapporto alla disciplina in esame, con successivo passaggio alla Corte costituzionale, non essendo sufficiente una mera disapplicazione, ma occorrendo invero una addizione per rendere la disciplina interna conforme), con il rischio peraltro di una pronuncia di inammissibilità derivante dall'esistenza di una pluralità di soluzioni discrezionali e dall'assenza di un'unica soluzione obbligata, che al più potrebbe essere accompagnata da un monito al legislatore.

Un'ulteriore possibilità potrebbe essere quello di contestualizzare la valutazione: posto che la possibilità di interlocuzione non è volta a verificare il consenso della persona offesa al giudizio di irrelevanza, ma quella di acquisire tramite la persona offesa tutti gli elementi necessari per giudicare dell'irrelevanza, si potrebbe ritenere superfluo ogni ulteriore avviso o intervento, ove già di fatto tali elementi siano già stati forniti, con conseguente onere di motivazione sul punto. L'obiezione a una tale impostazione è rappresentata dalla possibile deriva verso una concezione sostanzialistica delle nullità (e non formale quale quella codificata), rispetto alla quale peraltro le sanatorie per le nullità a regime intermedio potrebbero rappresentare una giustificazione argomentativa della conclusione.

**8. Criticità.** L'istituto della irrelevanza per tenuità del fatto rappresenta una novità nel nostro ordinamento, la cui portata sarebbe miope sminuire. Infatti, proprio perché il fondamento della categoria giuridica della causa di non punibilità è rappresentato da valutazioni discrezionali di opportunità sulla meritevolezza della pena, una clausola generale come quella indicata si pone immediatamente a quel crocevia di valori costituzionali che la Corte cost., in una famosa sentenza del 1991, aveva ritenuto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Infatti, nella **sentenza n. 88 del 1991**, la Corte cost. aveva affermato, in linea con le precisazioni già contenute nella sentenza n. 84 del 1979, che «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale; sicché l'azione è attribuita a tale organo senza consentirgli alcun margine di discrezionalità

nell'adempimento di tale doveroso ufficio. Più compiutamente: il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere ; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere», che non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge» (sentenze nn. 190 del 1970 e 96 del 1975). Il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, di tal che il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo». Ciò premesso, la Corte precisa ulteriormente la portata del principio di obbligatorietà dell'azione penale, nel senso che esso «[i]l principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Cio comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*, ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa. Di ciò e, del resto, palese dimostrazione la formulazione – mai messa in discussione – dell'istituto dell'archiviazione in termini di manifesta infondatezza». **Azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo**, né dovere del P.M. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, e che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola, questa, tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dell'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non- esercizio dell'azione (art. 50 cod. proc. pen.).».

Non sarebbe quindi sufficiente limitarsi ad osservare e richiamare le pronunce delle Corti costituzionale, in base alle quali il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale non esclude che l'ordinamento possa condizionare l'esercizio dell'azione penale a specifiche condizioni (cfr., ad esempio, sentenze n. 140 del 2010, n. 121 del 2009, n. 88 del 1991, n.114 del 1982, n. 84 del 1979 e n. 104 del 1974 e ordinanza n. 178 del 2003), posto che la portata della condizione e la clausola generale in esso contenuta deve essere sufficientemente determinata e rispettosa del principio di proporzione da evitare trattamenti disparati dei cittadini sul territorio nazionale (nel rispetto del principio di uguaglianza) e di tutelare l'indipendenza dello stesso PM (rispetto alla quale la stessa adozione di linee guida potrebbe rappresentare un *vulnus*, ove si intendesse accordare a norme di rango secondario un valore in qualche modo vincolante e non di semplice puntazione dei problemi e delle discussioni interpretative).

Ancor meno convincente risulta il mero richiamo alla recente sentenza **Corte cost. n. 25 del 2015**, che sembra invero limitarsi ad osservare che l'introduzione dell'istituto della irrilevanza per tenuità del fatto può essere introdotto ma in diversi modi possibili, richiamando proprio lo schema di decreto legislativo per evidenziare la pluralità e differenza di soluzioni al riguardo (rispetto a quelle già in atto nel procedimento minorile e di pace), ciò al fine della adottata decisione di inammissibilità della questione di legittimità per la mancata previsione, in allora, dell'istituto dell'irrilevanza del fatto anche al di fuori dei ricordati procedimenti a carico dei minorenni o davanti al giudice di pace, fondata appunto sull'assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate e

sull'attribuzione pertanto alla discrezionalità legislativa dell'intervento additivo richiesto, senza peraltro scendere in alcuna valutazione sul contenuto di un decreto legislativo non ancora emanato e in alcun modo oggetto del giudizio costituzionale.

Del resto i profili di criticità del principio di obbligatorietà dell'azione penale erano già stati segnalati dalla Commissione Grosso – i cui lavori erano stati poi ripresi dalla Commissione Riccio e ora dalla Commissione Palazzo – che sul punto aveva osservato quanto segue.

L'istituto della **"irrelevanza penale del fatto"** comporta inevitabilmente una vistosa componente di **"discrezionalità"** in ragione della sua natura di clausola generale. Da ciò il dubbio di un potenziale contrasto tra irrilevanza del fatto e obbligatorietà dell'azione penale. A questo proposito, sembra peraltro di poter dire che **a sanare la presunta antinomia non è adeguato l'accorgimento di qualificare l'istituto come causa di non punibilità**, invece che di improcedibilità, con la conseguenza così di "spostare in avanti" il momento processuale della sua applicazione al di là del decreto di archiviazione. In primo luogo, perché se l'irrelevanza presenta un intrinseco difetto di legalità per la natura dei criteri di valutazione, certamente siffatto deficit permane anche se l'istituto viene "esteriormente" configurato come causa di non punibilità applicabile con sentenza di proscioglimento. Con la non trascurabile differenza, però, che la qualificazione come causa di non punibilità comporta un consistente ridimensionamento degli effetti deflazionistici dell'istituto. In secondo luogo, la qualificazione come causa di non punibilità non esonera - almeno secondo autorevole orientamento dottrinale - da un **controllo di costituzionalità, oltre che sulla determinatezza della formulazione legislativa, sulla stessa natura sostanziale degli interessi in nome dei quali viene prevista la causa di non punibilità in deroga al principio generale della punibilità di ogni fatto conforme alla fattispecie**. D'altro lato, non è detto che la collocazione sistematica dell'istituto al momento delle determinazioni per l'esercizio dell'azione penale, costituisca per ciò solo una violazione dell'art.112 Cost. Come è stato osservato, dallo stesso dibattito alla Costituente e dalle pronunce della Corte costituzionale sembra possibile arguire che il principio di obbligatorietà dell'azione penale non esclude che l'ordinamento preveda ipotesi specifiche e predeterminate in cui l'obbligo del pubblico ministero è subordinato al contemperamento tra gli interessi della giustizia ed interessi di altra natura, privatistici e pubblicistici, con la prevalenza dei secondi. Essenziale è che questo bilanciamento non possa avvenire in modo da pregiudicare i valori sottostanti al principio di obbligatorietà quale garanzia di non discriminazione. **"Deve trattarsi quindi di situazioni predeterminate dalla legge, di categorie generali, e non di casi in cui al potere politico sia attribuita la facoltà di impedire il promovimento dell'azione penale per motivi contingenti ed estemporanei"**. Con l'ulteriore precisazione che motivi di tecnica legislativa ben possono rendere impossibile tipizzare a priori le ragioni di convenienza che sottostanno alle condizioni di procedibilità. In conclusione, la valutazione della coerenza sistematica, della plausibilità politica e finanche della costituzionalità della irrilevanza del fatto, s'impenna interamente sulla natura dei criteri e degli elementi assunti a base del giudizio - "discrezionale" - di irrilevanza. In linea di principio, i criteri di valutazione della irrilevanza possono essere raggruppati in tre grandi categorie a seconda che riguardino: a) l'autore del reato; b) il fatto di reato; c) elementi esterni all'uno e all'altro. A parte una certa contraddizione insita in un giudizio di irrilevanza del fatto che si spingesse a considerazioni concernenti l'autore, è chiaro che criteri di questo tipo non potrebbero costituire la ragione positiva giustificatrice della non punibilità, ma dovrebbero al contrario operare come limiti negativi all'applicabilità dell'istituto. Sotto questo profilo, potrebbe suscitare qualche perplessità il richiamo contenuto nel d.d.l. sul giudice di pace alle esigenze di lavoro, salute, famiglia e studio del soggetto. Il requisito della "occasionalità" del fatto (presente in tutti i testi), valutato anche in rapporto alla capacità a delinquere (e quindi, sembrerebbe, anche in proiezione di comportamento futuro), allarga certamente l'oggetto del giudizio verso l'autore. Ma, innanzitutto, si tratta in ogni caso di un elemento di giudizio aggiuntivo rispetto a quelli concernenti il fatto, operante cioè in senso limitativo allorché sia già stata accertata l'esiguità del fatto. In secondo luogo, è per sempre concepibile come ulteriore indicatore di una tenuità complessiva del fatto inteso nella duplicità della sua dimensione oggettiva e soggettiva. Ancora più pregnante in questa prospettiva è il criterio-requisito enunciato dal § 42 StGB austriaco (Mancanza di meritevolezza di pena), in virtù del quale il fatto non è punibile quando - fra l'altro - la punizione non è necessaria per trattenere l'autore dalla commissione di futuri reati. I criteri concernenti il fatto, e più precisamente la sua "tenuità", costituiscono ovviamente il terreno d'elezione dell'istituto della irrilevanza: sia che vengano espressi in forma compendiosa, come nel d.P.R. 448/1988 e nel disegno di legge sul giudice di pace, sia che vengano espressi in modo analitico, come nel testo unificato "Carotti". In ogni caso, può essere opportuno distinguere a seconda che i fattori indicativi della tenuità del fatto si situino all'interno degli elementi tipici della fattispecie oppure siano esterni ad essi, pur esprimendo pur sempre un particolare modo di manifestarsi del fatto. Così, ad esempio, appartengono alla prima sottospecie la "esiguità del danno o del pericolo" o il "grado di colpevolezza", mentre alla seconda apparterebbero elementi relativi alla esigibilità del comportamento doveroso o costitutivi di una c.d. "quasi-scriminante". È del tutto naturale la convinzione che soprattutto gli elementi della prima sottospecie sarebbero in grado di assicurare un più alto tasso di legalità all'irrelevanza, in quanto criteri che in qualche modo "prolungano" in concreto la valutazione legislativa a base delle scelte di criminalizzazione. In fondo, l'idea soggiacente al criterio della esiguità dell'offesa o della tenuità del fatto è quella di una esclusione dall'area del penalmente rilevante di quella fascia di criminalità bagatellare che ben può "annidarsi" all'interno di fattispecie incriminatrici costruite in termini espressivi di

un disvalore quantitativamente molto differenziato (come ad esempio i reati patrimoniali). Ed è ormai pacifico, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento positivo, che soglie quantitative possono ben segnare il confine tra lecito ed illecito penale all'interno di fattispecie strutturalmente omogenee. Soglie quantitative che, sebbene naturaliter relative a un danno o pericolo esprimibile quantitativamente (come ad esempio, nei reati contro il patrimonio, ma anche contro l'integrità fisica personale), possono con un certo sforzo essere riferite anche alla misura della colpevolezza. In ogni caso, in questa prospettiva di depenalizzazione in concreto sono del tutto plausibili, e forse necessarie, delimitazioni dall'area applicativa dell'istituto espresse attraverso limiti quantitativi di pena edittale. Così come pure plausibili sarebbero delimitazioni espresse mediante indicazioni qualitative di reati esclusi, pur con tutti gli inconvenienti di una simile tecnica legislativa. Orbene, non è affatto detto che il criterio delle soglie quantitative della offensività in concreto sia l'unico capace di assicurare all'istituto della irrilevanza una sufficiente legalità. Innanzitutto, perché quando tali soglie sono davvero in grado di esprimere esaustivamente la scelta di criminalizzazione (come ad esempio negli illeciti tributari), si potrebbe osservare che allora il legislatore avrebbe ben potuto esplicitare tale opzione attraverso l'indicazione espressa della soglia, invece di lasciare al giudice l'individuazione di un limite a vocazione legislativa. In secondo luogo, perché - a parte tali ipotesi - la gravità concreta dell'offesa è solo uno degli elementi che concorre insieme ad altri a contrassegnare la gravità complessiva del reato (significativa, al riguardo, la formula utilizzata dall'art. 227.1 d.lg. 12.2.98 n. 51 sul giudice unico, ove alla "concreta offensività" è affiancata la "gravità" del reato tra i criteri di determinazione dell'ordine di trattazione dei procedimenti). Elementi, questi ultimi, che anzi ben possono situarsi al di là dell'area della tipicità del fatto purché ovviamente rispondenti a principi di graduazione della responsabilità pacificamente riconosciuti nel nostro ordinamento: quali in particolare la colpevolezza e anche l'antigiuridicità. Anzi, un istituto di irrilevanza esclusivamente incentrato sulla (valutazione della) gravità concreta dell'offesa, potrebbe dar luogo addirittura a qualche dubbio di costituzionalità sul rilievo che fatti parimenti "irrilevanti" alla stregua di altri criteri generali dell'ordinamento non vedrebbero invece riconosciuto il loro carattere bagatellare. Del tutto plausibile sembra, dunque, l'allargamento dei criteri di valutazione dell'irrilevanza al di là della offensività concreta fino, quantomeno, alla colpevolezza, ma anche eventualmente all'esigibilità e alle c.d. quasi-scriminanti. In particolare, il riconoscimento - seppure per questa via indiretta - di cause di inesigibilità non potrebbe avvenire che attraverso norme a carattere altamente "discrezionale" data la impossibilità tecnica di "tassativizzare" più di tanto la loro previsione legislativa. Per contro, pur intendendosene lo scopo, non appare del tutto perspicua la previsione, tra gli elementi del giudizio di irrilevanza, delle "modalità della condotta". Trattasi invero di indicatore praticamente privo di capacità espressiva, in quanto inidoneo a individuare il parametro valutativo di insignificanza posto che le modalità della condotta possono costituire la base di un giudizio concernente la offensività (ovviamente non meramente quantitativa) come pure la colpevolezza, l'esigibilità, l'antigiuridicità del fatto. Conclusivamente, il parametro della "tenuità del fatto", (eventualmente) integrato da quello del "grado della colpevolezza", pare idoneo al giudizio di irrilevanza. Sempre che non si pensi di allargare il giudizio fino alle cause incidenti sulla esigibilità e fino alle situazioni quasi-scriminanti. Sotto questo profilo, dunque, le formule preferibili sembrerebbero essere quelle dell'art. 27 d.P.R. 448/1988 e dell'art. 16 del disegno di legge sul giudice di pace. Indubbiamente, criteri di irrilevanza del tipo di quelli sopra elencati, tutti concernenti il fatto ancorché non tutti interni all'area della tipicità della fattispecie incriminatrice, si prestano ad essere configurati come causa di non punibilità. Al contrario, la qualificazione come causa di improcedibilità è più coerente con la previsione di criteri valutativi di interessi esterni al fatto e al suo autore. Ed in questa prospettiva il pericolo di una violazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale si fa certamente consistente. Anche se, incidentalmente, non si può fare a meno di notare che talune vigenti condizioni di procedibilità, lungi dall'escludere una discrezionalità della repressione penale, la riservano invece ad organi dell'esecutivo piuttosto che concentrarla nelle mani del pubblico ministero. L'eventuale considerazione di interessi esterni al fatto dovrebbe in ogni caso presupporre ed innestarsi su una previa valutazione di tenuità del fatto. Ciò premesso, può essere interessante ricordare la disciplina fornita al riguardo dal codice di procedura penale tedesco, che - come noto - si ispira da un lato al principio della obbligatorietà dell'azione penale, temperandolo dall'altro per mezzo delle disposizioni dei §§ 153 e 153a StPO. Dispone, dunque, il § 153 (Non luogo a procedere per esiguità) che il pubblico ministero, col consenso del giudice, può rinunciare all'esercizio dell'azione penale quando, trattandosi di delitto (Vergehen), la colpevolezza dell'autore si presenta esigua e quando manca l'interesse pubblico al procedimento penale (il riferimento alla colpevolezza [Schuld] implica un giudizio complessivo su tutte le componenti del fatto). Il più complesso § 153a (Non luogo a procedere a seguito di adempimento di oneri) subordina la rinuncia definitiva all'azione penale a una serie di oneri e prescrizioni, che vanno dal risarcimento del danno al pagamento di somme a istituti di assistenza sociale o allo Stato, dall'eseguire prestazioni socialmente utili all'adempimento di obblighi di sostentamento. Orbene, il criterio (della mancanza) dell'"interesse pubblico" comporta indubbiamente, con la sua assoluta genericità sui criteri valutativi, l'attribuzione di una vera e propria "discrezionalità" che sarebbe incompatibile con il nostro art. 112 Cost. Ed anche il già ricordato § 42 StGB austriaco, nella parte in cui in qualche modo precisa il criterio dell'interesse pubblico specificandolo quale assenza di esigenze di prevenzione generale, potrebbe destare fondate perplessità. Discorso diverso può farsi a proposito degli altri elementi indicati dal § 153a StPO. In particolare, merita di essere sottolineato il ruolo che l'interesse della vittima viene a svolgere nell'economia dell'istituto. In effetti, solamente rispetto ai reati senza vittima è ammissibile che una ponderata valutazione di irrilevanza del fatto conduca alla non punibilità, quantunque debba essere rilevato che questo meccanismo di sostanziale depenalizzazione in concreto escluderebbe qualsiasi reazione punitiva dell'ordinamento, a differenza di quanto accade invece con l'obblazione. Sicché, anche per differenziare meglio i due istituti, sarebbe opportuno che l'irrilevanza si fondasse su una valutazione del fatto concreto particolarmente ampia e

complessiva. Rispetto ai reati con vittima, invece, l'irrelevanza del fatto non può giungere a mettere nell'ombra l'esistenza comunque di un soggetto offeso, sicché la sua operatività opportunamente potrebbe essere subordinata ad una qualche forma di ristoro della vittima: senza che ciò implichi un eccessivo potenziamento della discrezionalità del pubblico ministero (o del giudice). E a questo proposito si consideri che, ad esempio, l'art. 227.1 d.lg. 19 febbraio 1998 n. 51 attribuisce espressa rilevanza all' "interesse della persona offesa" come uno dei criteri di cui tener conto ai fini dell'ordine di trattazione dei procedimenti e di formazione dei ruoli di udienza.

Diventa quindi fondamentale recuperare, nel senso che sopra si è proposto, un approccio che valorizzi al massimo il dato testuale interpretato secondo il principio di offensività, in modo da recuperare la garanzia di uguaglianza e indipendenza attraverso il principio di determinatezza, declinato nel modo più volte indicato dalla stessa **Corte cost.** e da ultimo ribadito nella sentenza n. **172 del 2014**, dove si è rimarcato che «l'esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della stessa, ben potendo la norma incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa (sentenze n. 79 del 1982, n. 120 del 1963 e n. 27 del 1961), oppure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi (sentenze n. 42 del 1972, n. 191 del 1970), ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica (sentenza n. 126 del 1971). Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la «impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a “giustificare” l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta» (sentenze n. 302 e n. 5 del 2004). (...) A tale ultimo riguardo, deve rammentarsi come spetti al giudice ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato (*ex plurimis*, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)».

In questo senso ad esempio, occorre circoscrivere ulteriormente la portata dell'istituto escludendolo in quei casi in cui il legislatore abbia adottato il diverso approccio del cd. “**diritto penale della soglia**”, ad esempio in tema di alcuni **reati finanziari**, ove cioè già lo stesso legislatore abbia provveduto a stabilire soglie quantitative di rilevanza.

Allo stesso modo occorre fare attenzione a non enfatizzare il valore di **fonti secondarie, quali le linee-guida dei capi degli uffici**, che burocratizzando i rapporti all'interno della giurisdizione, finiscano per compromettere quegli aspetti dell'obbligatorietà dell'azione volti a tutelare l'indipendenza della magistratura e la sua sottoposizione soltanto alla legge.

Del resto, la strada dell'irrelevanza del fatto si pone su un piano diverso da quello **gestionale-amministrativo dell'ordine di trattazione** dei procedimenti (già affrontato nella nota circolare del 10 luglio 2014 del Consiglio Superiore della Magistratura), che riguardano fatti non solo tipici colpevoli e anti-giuridici, ma anche astrattamente punibili, e che affrontano il problema fattuale e non giuridico del limite numerico alla trattazione dei procedimenti medesimi e della conseguente necessità di stabilire un ordine tra i medesimi (esigenza, del resto, che lo stesso legislatore, pur molto criticato per il modo in cui è intervenuto, aveva affrontato con l'introduzione dell'art. 132-*bis* disp. att. cod. proc. pen.).

Pertanto, salvi i poteri del Procuratore della Repubblica ai sensi degli artt. 1 e 2 del d.lgs. 20 febbraio 2006, n.106 sulla fissazione dei criteri e i principi che possono essere fissati in generale o con l'assegnazione (comunque da contenere nei limiti evincibili dalle sopra ricordate pronunce della Corte cost.), è importante un'attenta osservanza da parte dei capi degli uffici delle disposizioni di cui all'art. 47-*quater* dell'ordinamento giudiziario, vale a dire contenere i propri interventi a “curare” lo “scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali”, senza vincoli particolari, ma in modo che l'uniformità sorga per così dire dal basso attraverso il confronto più ampio possibile delle idee e dei casi.