

# QUESITI

---

ELEONORA ADDANTE

## La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove

**SOMMARIO:** 1. Premessa: una riforma da tempo attesa. - 2. Aspetti sostanziali e processuali della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. - 3. L'ordinamento tedesco: archiviazione per irrilevanza del fatto e archiviazione condizionata. - 4. Il caso Mannesmann e il caso Kohl: commercializzazione della funzione giudiziaria? - 5. Il cambio di rotta dell'ordinamento austriaco e l'archiviazione condizionata dell'ordinamento francese. - 6. Lacune e criticità.

1. L'attuale tendenza culturale è quella di cercare valide soluzioni alla «crisi della giustizia penale»<sup>1</sup>, un fenomeno tristemente evidente non solo agli occhi degli organi di giustizia, ma anche dei comuni cittadini che assistono, nella maggior parte dei casi, inermi ai blocchi della macchina giudiziaria, proprio nell'ambito del processo, luogo in cui entra in circolo l'esperienza penale ed appare, perciò, concretamente tangibile.

È un'amara constatazione che il processo penale soffre di un grave e cronico malfunzionamento che si traduce in un'exasperata lentezza delle procedure e, dal punto di vista sostanziale, in tardive, talora arbitrarie, risposte dell'ordinamento alla domanda di giustizia, facendo sorgere seri dubbi sulla «giustificazione e legittimazione dello strumento penalistico»<sup>2</sup>.

L'eccessiva durata del processo differisce la reazione dello Stato all'illecito penale, sino al punto da farle perdere il contatto con la realtà: da un lato, la vicenda criminosa viene diluita in uno spazio cronologico così dilatato da sminuire l'effettiva portata; dall'altro lato, la persona cui il reato viene addebitato, indagato o imputato che sia, è costretto a rimanere a lungo in un limbo giudiziario, privo di un Virgilio dagli abiti giuridici pronto ad indicargli la strada, la cui via d'uscita non è scontata, in quanto la stessa attendibilità delle sentenze, inevitabilmente, ne risente<sup>3</sup>.

Tutto ciò non fa altro che ingenerare nella *societas* un generale malcontento e un senso di sfiducia, che sfocia in un credo: la giustizia penale, nella maggior parte dei casi, non è in grado di operare un veritiero accertamento dei fatti, di stabilire torti, ragioni, responsabilità, e questo provoca cedimenti nei fondamenti della convivenza civile. In termini generali, tutti questi inconvenienti hanno comportato una caduta della credibilità del sistema penale, di fronte alla quale il sistema è stato chiamato a reagire.

---

<sup>1</sup> MARANDOLA, *Il nuovo obiettivo della giustizia penale: la decongestione endoprocessuale*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola-La Regina-Aprati, Napoli, 2015, 1.

<sup>2</sup> FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 23.

<sup>3</sup> Cfr. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 49 ss.

Si è affermata, ormai, la necessità di affrontare i problemi della giustizia criminale, cercando di tirare su dalle macerie un sistema affaticato, sfiduciato e quasi esanime, escogitando delle soluzioni pratiche che abbiano come scopo principale quello di ricondurre il processo penale a criteri di razionalità.

Essendo la pena «il segno distintivo del diritto penale»<sup>4</sup>, si denuncia, ormai da anni, anche la disgregazione del sistema sanzionatorio e, a ragione del vero, i giudizi sul suo stato attuale hanno assunto molto spesso caratteri impietosi ed inequivoci.

Nonostante nell'aria si respiri una forte percezione di una complessiva ineffettività della pena, va detto che più fallisce il carcere più, paradossalmente, ne aumenta la domanda: è come una spirale senza fine, e ciò si verifica perché è ancora radicata l'errata convinzione che il carcere incardini il valore della giustizia, e che quanto più dura è la pena, maggiore sarà il grado di giustizia assicurato alla collettività<sup>5</sup>. Da una tale situazione è emersa una impostazione del «sistema pervicacemente carcerocentrica»<sup>6</sup>, che ha dato vita alla *vexata quaestio* del sovraffollamento carcerario<sup>7</sup>, per il quale il nostro paese ha subito l'onta della condanna europea<sup>8</sup> a causa dell'annoso problema della «vivibilità delle carceri italiane»<sup>9</sup>. L'attuale spinta alla decarcerizzazione, presente nella odierna legislazione penale, cerca di combattere i denunciati trattamenti inumani e degradanti all'interno delle fatiscenti e non proprio moderne patrie galere, ingolfate dal numero troppo elevato di detenuti per ogni cella.

All'interno di un simile e così desolante contesto, il diritto penale cessa di essere sussidiario, e viene innalzato a strumento di *prima ratio* della politica sociale, diviene una sorta di «illusoria panacea»<sup>10</sup> con la quale si vogliono affrontare i più diversi problemi.

In un simile contesto di deficit funzionale, dove il sistema processul-

<sup>4</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 4 ss.

<sup>5</sup> Cfr. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1101.

<sup>6</sup> PALAZZO, «Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)», in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2014, 1702.

<sup>7</sup> Merita attenzione la visione di RONCO, *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *questa Rivista* online, 2014, 6-7, che considera il sovraffollamento carcerario «come l'epifenomeno di una serie di problemi sociologici e criminologici estremamente seri, che non meritano di essere considerati soltanto dal punto di vista delle responsabilità dell'esecutivo per non essere stato capace di offrire un regime carcerario all'altezza degli standards europei».

<sup>8</sup> Il riferimento è, come noto, a C. eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *hudoc.echr.coe*. Per un commento v. FERRARO, *La particolare tenuità del fatto tra principi costituzionali ed esigenze di efficienza del sistema*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola, La Regina, Aprati, Napoli, 2015, 63, nota 6.

<sup>9</sup> BRUNO, *La riforma della disciplina sanzionatoria*, in *La depenalizzazione*, a cura di Conz, Levita, Roma, 2015, 35 ss.

<sup>10</sup> MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, cit., 1093.

penalistico e il correlativo strumento della pena hanno perso il loro carattere di *ultima ratio*, si è deciso di recuperare il concetto di efficienza come canone ispiratore di una serie di rimedi, soprattutto processuali, per una razionale selezione dei fatti cui assegnare priorità nel lavoro degli uffici giudiziari, secondo una razionale commisurazione dei costi ai benefici.

Ed ecco che in un momento di così profonda crisi del sistema-giustizia, assume un peso fondamentale non solo quello che la legge penale punisce, ma anche ciò che viene escluso dall'arena del processo, per aspirare alla realizzazione di un diritto penale minimo.

In tale ottica, in passato, ci si è avvalsi della forza di tale concetto per cercare di realizzare un programma di rifondazione dell'intero sistema processual-penalistico e sanzionatorio, in funzione della esclusione dall'area del penalmente rilevante delle fattispecie bagatellari, cercando di potenziare la difesa dei beni e dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, compresi tutti quei nuovi diritti, individuali e collettivi, che sono emersi nell'ordinamento intorno alla metà degli anni 60', e che ormai appartengono a pieno titolo alla famiglia dei beni costituzionalmente rilevanti<sup>11</sup>.

È un dato scientificamente provato che i problemi più delicati ed urgenti, sia sotto il profilo politico-criminale che sotto il profilo dell'economia giudiziale, vengono sollevati dal denso nucleo della «piccola criminalità quotidiana di massa»<sup>12</sup>, ossia dai *minima*, dai fatti di esigua offensività o bagatellari.

Ed ecco che emerge dal passato un fenomeno che, ancora oggi, è di improverabile attualità: «l'ipertrofia verticale del diritto penale»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> V. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di Curi, Palombarini, Roma, 2002, 102-103.

<sup>12</sup> ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in *Kriminologie und Strafverfahren-Kriminologische Gengenwartsfragen*, a cura di Göppinger, Kaiser, 12, 1976, 16 ss., il quale, accentuando le componenti eziologiche del fenomeno pone in risalto l'attuale esistenza di una duplice forma di devianza massiva. L'A., infatti, sostiene che «da un lato, "una criminalità di tutti i giorni" (*Alltagskriminalität*) connessa e funzionale al carattere convulso e tecnologizzato della vita quotidiana; dall'altro lato, "una criminalità occasionale" (*Gelegenheitskriminalität*) indotta da particolari condizioni e circostanze dell'esistenza. Nel primo gruppo si annoverano gli oltraggi, le ingiurie familiari, di vicinato e sul posto di lavoro, le lesioni personali lievi e il passaggio abusivo sui mezzi pubblici di trasporto (*Schwarzfahren*). Nel secondo gruppo si collocano le sottrazioni nei negozi e nei grandi magazzini, nonché i furti e le appropriazioni indebite sul posto di lavoro, ossia illeciti prodotti dalla "occasione" data dal luogo o dalla situazione particolare in cui si trova l'agente».

<sup>13</sup> FRANK, *Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZStW*, 1898, 737 ss., dove si trova la definizione del concetto: «poco a poco la pena è diventata uno strumento coattivo che pensiamo di poter usare ogniqualvolta abbiamo interesse ad un determinato comportamento umano [...]; non dobbiamo perciò stupirci se essa ha perduto parte del suo credito e della sua forza intimidatrice, giacché il corpo sociale cessa di reagire nello stesso modo in cui l'organismo umano non risponde più ad un farmaco somministrato quotidianamente.» Sul tema, è interessante anche l'opinione di RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, 226, il quale, nel censurare l'eccessiva espansione del diritto penale,

L'ipertrofia verticale consiste non tanto in un incremento della cifra della criminalità lato *sensu* intesa, quanto piuttosto nell'aumento di una criminalità che si caratterizza per l'esiguità dei fatti corrispondenti alle fattispecie legali: sono la concreta esiguità del reato e la sua diffusione a connotare il fenomeno.

L'aumento del numero dei reati di lieve entità comporta una corrispondente crescita dei procedimenti penali pendenti, creando un congestionamento degli uffici giudiziari, i quali sono sempre più affaticati e, poiché disperdono gran parte delle loro energie nel perseguire tale criminalità, sono in deficit di energie nei confronti dei reati maggiormente gravi.

Non stupisce, dunque, la ferrea presa di posizione nello stabilire come obiettivo una maggiore razionalizzazione ed efficienza del sistema penale attraverso una concentrazione delle risorse disponibili nei settori della criminalità medio-alta e, in secondo luogo, l'introduzione di istituti finalizzati a meccanismi di selezione più trasparenti e controllabili.

«Bisogna non solo selezionare meglio, più correttamente, ma anche selezionare di più, ossia con maggiore intensità, almeno nella fascia della criminalità minore»<sup>14</sup>.

In realtà, era da qualche tempo che si stava facendo strada l'idea di introdurre nel nostro ordinamento una disposizione di carattere generale che prevedesse l'esclusione della procedibilità o della punibilità per fatti che, pur essendo tipici, antiggiuridici e colpevoli sulla base di criteri legislativamente indicati, risultavano in concreto privi di un significativo disvalore<sup>15</sup>.

In questi anni percorrendo una strada lunga e non sempre lineare, che a tratti riporta alla mente il labirinto di Cnosso, il legislatore, seguendo il filo di Arianna, ha introdotto l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p. «esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto».

Dopo questa analisi di carattere generale sul contesto attuale processualpenalistico del nostro ordinamento, è necessario entrare nel vivo della trattazione, e cominciare a percorrere le tappe fondamentali di questo viaggio

---

osservava che «più medicine riceve il malato e più sicuramente muore».

<sup>14</sup> PALIERO, *“Minima non curat praetor”, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 358. A tal proposito, rilevante è quanto afferma ZIPF, *Die mangelnde Straf-würdigkeit der Tat*, Salzburg-München, 1975, 14, «il non perseguimento della criminalità bagatellare rappresenta, per così dire, il prezzo da pagare per realizzare un intenso perseguimento penale nei settori della criminalità medio-alta».

<sup>15</sup> Cfr. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 102, il quale con riguardo alla ipotesi di esiguità del fatto afferma «non è il carattere bagatellare dei reati in astratto a legittimare queste tecniche di degradazione, ma il carattere bagatellare in concreto della realizzazione di quei reati».

chiamato “causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto”. Si partirà concentrando l’attenzione sui punti salienti della riforma, per poi proseguire con un’analisi di comparazione, in particolare, con l’ordinamento tedesco, patria dell’illecito bagatellare e, in breve, con gli ordinamenti austriaco e francese, che da anni, ciascuno in base al proprio *modus agendi*, sperimentano l’istituto della irrilevanza del fatto.

**2.** Dall’analisi del D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 recante “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto”, in attuazione dell’art. 1, co. 1, lett. m) della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, si ha sin da subito l’impressione che esso sia la rappresentazione giuridica di una gestazione lunga e tormentata, che ha condotto sì al trapianto nel processo ordinario della clausola generale di particolare tenuità del fatto, ma che porta con sé segni indelebili sul futuro sviluppo dell’istituto.

Con tale innovazione legislativa la figura della particolare tenuità del fatto ha acquisito definitivamente «piena cittadinanza»<sup>16</sup> nell’ordinamento giuridico italiano, apportando delle modifiche sia al codice penale che al codice di procedura penale.

La disciplina sostanziale del nuovo istituto è dettata dall’art. 131 *bis* c.p. rubricato «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», introdotto *ex novo* nel codice penale, costituendo di per sé la norma cardine per cominciare l’analisi riguardante i profili sostanziali.

In particolare, al co. 1 dell’art. 131-*bis* c.p. il Governo è rimasto fedele alla volontà del Parlamento di delimitare l’ambito applicativo ai reati che presentano il livello edittale massimo di pena non superiore a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, e ha ancorato il vaglio di particolare tenuità del fatto a due «indici-criteri», quali la particolare tenuità dell’offesa e la non abitualità del comportamento; il primo di essi articolandosi, a sua volta, in due ulteriori «indici-requisiti»<sup>17</sup>, costituiti dalle modalità della condotta e dalla esiguità del danno o del pericolo, valutati ai sensi dell’art. 133, co. 1, c.p.

I suddetti indici sono concorrenti e tassativi, implicando un esercizio di discrezionalità vincolata, ma non sono suscettibili di estensione analogica, nep-

---

<sup>16</sup> SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, 1.

<sup>17</sup> Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazarotto, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, da cui è ripresa la distinzione tra «indici-criteri» e «indici-requisiti», a sua volta risalente alla Relazione allo schema di decreto legislativo del 2014.

pure in *bonam partem*: procedimento non consentito per le cause di non punibilità<sup>18</sup>.

Poter vantare la presenza nell'ordinamento giuridico di un istituto che consenta, rispetto a reati puniti fino ad una determinata soglia edittale, di rinunciare in via facoltativa alla pena per motivi di esiguità oggettiva dell'offesa, attraverso la guida di criteri solidi e precisi, è un obiettivo aderente alla piena realizzazione di principi di offensività, proporzione, *ultima ratio* e, in via indiretta, anche della funzione rieducativa della pena. Infatti, molto spesso, si è costretti ad assistere al sacrificio dinanzi all'altare della giustizia di tali principi, a causa di condanne per offese bagatellari realizzate da autori, in concreto, non bisognosi di rieducazione o risocializzazione. Nessun colpo dritto al cuore se è lo stesso legislatore a determinare i criteri per l'esercizio della valutazione discrezionale attinente al giudizio di tenuità<sup>19</sup>.

Tali indici, in realtà, sono stati in più occasioni oggetto di severe critiche, in quanto il loro autore, il legislatore delegato, è stato accusato di aver disatteso le intenzioni originarie della legge delega, dirette ad indicare come metro di valutazione il fatto di reato inteso in senso oggettivo, introducendo, invece, nella disposizione definitiva indici che richiamano la sfera soggettiva dell'autore del reato.

Ciò che è uscito dalla porta è stato fatto rientrare dalla finestra. Il profilo soggettivo non scompare del tutto, rimane sullo sfondo avvolto dalla nebbia. Infatti, se inizialmente si è scelto di rinunciare espressamente al criterio del grado di colpevolezza, in modo tale da sganciare, per quanto possibile, la ricostruzione del giudice da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre complicati da maneggiare, specialmente nelle fasi prodromiche del procedimento, alla fine, anche se tra gli indici forniti dal legislatore non figurano espressamente l'intensità del dolo o il grado della colpa, tali profili potranno essere considerati nella valutazione delle modalità della condotta attraverso il richiamo ai criteri dell'art. 133 c.p.

Proseguendo nella descrizione della disposizione, il co. 2 dell'art. 131-*bis* c.p. individua precise situazioni, in presenza delle quali l'offesa non può mai essere ritenuta di particolare tenuità. Tali ipotesi possono essere qualificate come vere e proprie presunzioni assolute di non particolare tenuità, che mal si conciliano con una visione dell'istituto basata sulla valutazione del caso concreto. La *ratio* di questo comma è evitare che determinati reati, ritenuti dall'opinione pubblica particolarmente riprovevoli e carichi di disvalore, pos-

<sup>18</sup> Sull'argomento, v. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 623.

<sup>19</sup> Cfr. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 270.

sano essere considerati non punibili, a prescindere dalla dimensione dell'offesa.

Sembra che detto comma sia stato inserito in quanto il legislatore delegato non abbia saputo resistere agli incessanti bisbigli e critiche dei media e delle associazioni di categoria<sup>20</sup> a fronte di tale innovazione legislativa, recante in sé un forte effetto depenalizzante.

Sono ipotesi introdotte con lo scopo di circoscrivere la discrezionalità del giudice, ma, alla fine dei giochi, risultano superflue, in quanto, per le gravità che le connota, quasi mai potrebbero dare luogo a offese di particolare tenuità<sup>21</sup>. Ben avrebbero potuto essere omesse, senza particolari ripercussioni per il sistema giuridico.

Non è mancato in dottrina chi, sulla base di tali presunzioni dai caratteri poco ragionevoli, ha sostenuto la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* c.p. per eccesso di delega, avendo il «legislatore delegato subordinato l'operatività della causa di non punibilità ad una condizione a carattere negativo non prevista dalla legge delega»<sup>22</sup>.

Nel co. 3 il legislatore delegato ha individuato specifiche ipotesi di comportamento abituale - in presenza delle quali non è possibile applicare l'istituto - con una funzione apparentemente definitoria del requisito strutturale, ma, in realtà, introduttiva di limiti soggettivi, connessi alla pericolosità sociale.

Esso appare ispirato a esigenze di prevenzione speciale, nel senso che la rinuncia alla sanzione non può aver luogo se nel reo si coglie un bisogno di punizione: l'ordinamento ha il dovere di intervenire attraverso una pronta risposta sanzionatoria verso chi mostra di avere un'inclinazione al crimine, a prescindere dagli effetti che derivano. In questo tratto, però, risiede anche la principale critica al dettato normativo, perché, così facendo, il peso della bilancia viene spostato verso un diritto penale della persona, tradendo le indicazioni della Carta costituzionale, fautrice di un diritto penale del fatto. Di conseguenza, se «il fatto giudicato è lieve come tale va sanzionato anche se non lieve è il peso che il criminale pone sulla collettività con le sue plurime condotte delinquenziali»<sup>23</sup>.

Il legislatore nel dare rilievo a tali elementi di tipo marcatamente soggettivo è

---

<sup>20</sup> Osservazioni ANIA, Confindustria Cultura, ENPA, LAV formulate alla Commissione Giustizia della Camera in sede di parere.

<sup>21</sup> Così CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>22</sup> CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida al dir.*, 2015, 69.

<sup>23</sup> SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, cit. 24.

come se fosse tornato sui propri passi rispetto alla strada inizialmente percorsa, fedele alla obiettività del fatto.

Entrando nel vivo della trattazione, uno dei primi problemi che ha attratto l'attenzione del mondo giuridico è stato il corretto inquadramento sistematico della nuova clausola di irrilevanza del fatto, che ha avuto la capacità di dar vita ad un nuovo dilemma shakespeariano: causa di non punibilità o causa di improcedibilità? A tal riguardo, il legislatore delegato ha omesso qualsiasi precisa definizione circa la natura giuridica dell'istituto, ma a un anno e mezzo dalla riforma la giurisprudenza e la maggior parte della dottrina sostengono di essere al cospetto di una nuova causa di non punibilità in senso stretto<sup>24</sup>, affermandone così la natura sostanziale. Parte della letteratura perviene a tale conclusione, non solo sulla base della disciplina normativa, ma soprattutto dal tenore letterale della rubrica dell'art.131-*bis* c.p. - intitolata «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto» - nonché dal testo della disposizione - «la punibilità è esclusa» - e dalla collocazione topografica dell'istituto tra gli articoli concernenti l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena<sup>25</sup>.

Non tutto è oro quel che luccica.

Infatti, armati di pazienza e devozione, nell'esaminare le novità della disciplina processuale, si possono intravedere numerosi aspetti processuali, tali da far sorgere dubbi e dilemmi sulla natura giuridica dell'istituto, così da far ritenere che la «nuova causa di non punibilità presenta pochi punti di contatto con la tradizionale omonima categoria penalistica»<sup>26</sup>.

A tal proposito, nella legge delega si rinviene una generica, ma netta indica-

---

<sup>24</sup> In tal senso v. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 669; CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della particolare tenuità del fatto*, relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2015, 2; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3° ed., Padova, 2015; PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Padova, 2014, 371; POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *questa Rivista online*, 2015, 8; *contra* v. SANTORIELLO, *Commento al d.lgs. 16 marzo 2015, n.28- Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Roma, 2015, VII e ss.; TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla particolare tenuità del fatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>25</sup> In tal senso v. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il libro dell'anno del diritto 2016*, a cura di Garofoli, Treu, Roma, 2016; GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, 2598; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 517. Indirizzano verso questa interpretazione anche *Le linee guida della Procura di Lanciano*, con nota di GATTA, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 3 aprile 2015.

<sup>26</sup> MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2015, 3.

zione al legislatore delegato nel senso «*dell'adeguamento della normativa processuale*», il che lascia chiaramente desumere che la disciplina processuale non può essere quella “comune” delle cause di non punibilità, poiché in tal caso non vi sarebbe stato bisogno di una tale precisazione, invece, prescritta dal delegante: tutto ciò fa pensare che si è in presenza di una causa di non punibilità atipica, *sui generis*.

Nello spazio di discrezionalità il legislatore delegato si è mosso ricostruendo previamente le finalità e i fondamenti dell'istituto - operando una sorta di anestesia locale - per poi incidere e operare a livello processuale.

In primo luogo, si è voluto perseguire una depenalizzazione in concreto, espungendo dall'area della punibilità quei fatti storici che appaiono immeritevoli, contribuendo a realizzare il principio dell'*ultima ratio* e il principio di proporzionalità. In secondo luogo, l'istituto della irrilevanza incide sulla esigenza del deflazionamento del carico giudiziario, nella misura in cui la definizione del procedimento tende a collocarsi nelle sue prime fasi, come occasione per anticipare l'accertamento della particolare tenuità, assegnando al pubblico ministero il potere di richiedere, e ottenere, l'archiviazione non appena, nel corso delle indagini, il fatto si appalesi tale, perseguendo così l'esigenza di alleggerire il carico giudiziario nel rispetto del principio di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale.

Da qui si spiega una delle più rilevanti modifiche processuali attuate dalla riforma, ossia l'introduzione di un'ipotesi archiviata *ad hoc* all'art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p., dedicata alla particolare tenuità del fatto, i cui tratti peculiari emergono sia dalla sua collocazione sistematica, sia dall'*iter* procedimentale disposto dalla legge, al punto che la dottrina ha preferito configurare la nuova causa di archiviazione come una situazione autonoma, espressione di un *tertium genus*<sup>27</sup>.

Inoltre, il decreto legislativo ha disposto che la non punibilità per particolare tenuità del fatto possa aver luogo nella fase predibattimentale, mediante sentenza di non doversi procedere ai sensi del nuovo co. 1-*bis* dell'art. 469 c.p.p. Nulla, invece, è stato stabilito per le successive fasi processuali, se non asse-

---

<sup>27</sup> Sul punto, tra le voci più autorevoli, v. GRILLO, relazione tenuta in occasione dell'Incontro di studi su *La deflazione del contenzioso penale negli ultimi interventi di riforma: depenalizzazione o irrilevanza dei fatti inoffensivi?*, Associazione Italiana giovani avvocati, Palermo, 15 aprile, 2015; NISCO, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari, La Regina, Mancuso, Roma, 2015, 239; TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla “particolare tenuità del fatto”*, cit., 7. Per una diversa proposta v. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit., 4, secondo la quale, «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 archiviata».

gnare, con l'introduzione dell'art. 651-*bis* c.p.p., una efficacia di giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo alle sentenze di proscioglimento emesse per tenuità del fatto all'esito del dibattimento o del rito abbreviato, salvo - in quest'ultimo caso - che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito semplificato.

Infine, l'azione della riforma ha investito anche il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti di cui al d.p.r. n. 313 del 2012, prevedendo, in particolare, che nel casellario giudiziale si dovranno iscrivere per estratto anche i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno dichiarato la non punibilità, ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.

Ad un primo sguardo le modifiche processuali appaiono poco articolate e laconiche, nonostante il processo sia la sede nella quale l'istituto deve essere applicato, dando voce alle logiche dell'efficienza e alle garanzie dei soggetti coinvolti. Una parziale scusante del lavoro svolto è rappresentata, sicuramente, dai caratteri della legge delega, che sul punto è stata alquanto parca e stringata, aggravando in tal modo il compito di adeguamento.

Il delegante, come un Ponzio Pilato dei giorni nostri, se ne è lavato le mani, lasciando l'arduo onere di completamento al legislatore delegato, il quale, alla fine, ha optato per molteplici e consapevoli silenzi che hanno richiesto un complesso lavoro di (ri)costruzione ad opera della dottrina e della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha in più occasioni precisato che l'art. 131-*bis* c.p. possa trovare applicazione anche nei giudizi di impugnazione, quali l'appello e il giudizio di legittimità.

3. Nel sistema processuale-penale tedesco l'esercizio dell'azione penale è dominato fondamentalmente dal *Legalitätsprinzip*, principio di legalità, di per sé connesso con il principio di obbligatorietà. Tale principio rappresenta una garanzia di fronte al monopolio di cui gode il *Staatsanwaltschaft*<sup>8</sup>, il pubblico ministero, trovando il suo fondamento nell'interesse della società affinché i reati non rimangano impuniti. È un pilastro giuridico, che garantisce l'applicazione rigorosa del diritto penale senza considerazione alcuna per la persona dell'indagato, sulla base dei nobili insegnamenti del *Gleichheitssatz*, principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 GG secondo il quale: «l'esercizio obbligatorio dell'azione penale è un corollario dell'uguaglianza formale dei

---

<sup>8</sup> Cfr. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*. Ein Studienbuch, XXVIII ed., C. H. Beck, 2014, 77.

cittadini di fronte alla legge e della soggezione ad essa del pubblico ministero».

La *Grundgesetz*, (GG, la Costituzione) non ha assicurato una copertura costituzionale all'obbligatorietà dell'azione penale<sup>29</sup>, di conseguenza al suo interno non è possibile rintracciare un omonimo dell'art. 112 della Carta fondamentale dell'ordinamento italiano, baluardo di un corretto rapporto istituzionale tra pubblico ministero e i diversi poteri dello Stato. Tale nota distintiva ha permesso l'inserimento di un'ampia costellazione di ipotesi di discrezionalità dell'azione penale per la piccola e media criminalità, soprattutto a fini deflativi, «consentendo la mancata persecuzione di reati in virtù dell'*Opportunitätsprinzip*<sup>30</sup>, principio di opportunità».

Tra le ipotesi più significative e maggiormente attinenti al tema della trattazione qui in esame spiccano i casi di archiviazione disciplinati dai §§ 153 e 153 a) StPO concernenti la possibilità di archiviare le ipotesi meno gravi, rientranti nella categoria dogmatica dei reati bagatellari, lasciando al pubblico ministero e al giudice il compito di valutare e decidere sulla tenuità del fatto e sulla lieve entità del grado di colpevolezza.

A questo punto non resta che analizzare le due norme contenute necessariamente nello *Strafprozessordnung*, in quanto disciplinanti due tipiche cause di improcedibilità.

Dalla lettura di entrambi i paragrafi si ricavano due dati oggettivi: da una parte, le ipotesi di improcedibilità possono avere luogo non solo prima dell'esercizio dell'azione penale, ma anche in seguito, dall'altra, viene indicato un preciso ambito di applicazione. Infatti, sulla base della nota bipartizione presente nello *Strafgesetzbuch* (StGB), codice penale tedesco, che distingue tra *Verbrechen* (§ 12, I StBG), ossia i crimini sanzionati con la pena detentiva non inferiore nel minimo ad un anno, e *Vergehen*, delitti sanzionati con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o pena pecuniaria, § 12, II StPO, l'oggetto del procedimento può essere esclusivamente un delitto rientrante nella seconda categoria<sup>31</sup>.

Il § 153 StPO è stato introdotto nel panorama giuridico tedesco nel 1924 con la cosiddetta «novella *Enminger*», dal nome dell'allora Ministro della Giustizia e successivamente è stato modificato a più riprese, con particolare inci-

<sup>29</sup> Cfr. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978, 70 ss., secondo il quale ciò lascerebbe aperta la questione sul livello di tutela del principio, in quanto un abbandono del modello di legalità dell'azione si ripercuoterebbe sul piano del rispetto di diversi principi di rango costituzionale, primo tra tutti il principio di legalità ex art. 103, II, GG, ma anche quello di uguaglianza ex art. 3 GG.

<sup>30</sup> SATZGER-SCHLUCKBIER-WIDMAIER, *Strafprozessordnung*, a cura di Heymanns, 2014, §153, Rn.1.

<sup>31</sup> La traduzione dei concetti del StGB è tratta da VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

denza nel 1974 e nel 1993.

Il paragrafo è rubricato «*Einstellung wegen geringfügigkeit*» (Archiviazione per l'irrilevanza penale del fatto). Nel comma 1 si è di fronte all'ipotesi di rinuncia all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, condizionata al consenso dell'autorità giurisdizionale competente per il giudizio (*Hauptverfahren*), qualora sussistano i requisiti della *geringe Schuld*, lieve colpevolezza, e dell'assenza di *öffentliches Interesse*, interesse pubblico al perseguimento del reato. La colpevolezza non deve essere necessariamente provata, ma è sufficiente che allo stato delle indagini vi sia al riguardo una certa probabilità, riveniente da una valutazione ipotetica, sulla base dei parametri enunciati dal § 46 StGB relativo ai principi sulla commisurazione della pena, ossia l'omologo dell'art. 133, co. 1 e 2, del codice penale italiano.

Se il requisito della esiguità della colpevolezza può contare su numerose indicazioni codicistiche che permettono di rendere il contenuto del giudizio di rimproverabilità abbastanza determinato, non si può giungere alla medesima conclusione per il secondo requisito, ossia la mancanza dell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione, che risulta assai vago.

L'*öffentliche Interesse* deve essere valutato alla luce dei parametri della prevenzione, generale e speciale<sup>32</sup>. Esso viene ricondotto alle funzioni della pena, per cui si ritiene che tale interesse sussista quando la rinuncia al proseguimento del procedimento possa indurre l'autore a commettere nuovi reati, oppure quando tale rinuncia possa compromettere la salvaguardia degli interessi della comunità.

Una volta che il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale mediante la richiesta di rinvio a giudizio al giudice competente, il procedimento e, di conseguenza, anche il potere di archiviazione per tenuità del fatto passano nelle mani dell'autorità giurisdizionale che potrà disporla in qualsiasi fase del processo, in base a quanto prevede il comma 2 del § 153 StPO.

In questo caso è imprescindibile non solo il consenso del pubblico ministero, in quanto detentore del monopolio dell'accusa, ma anche quello dell'imputato.

Proseguendo l'analisi, il § 153 a) StPO, rubricato «*Einstellung nach Erfüllung von Auflagen*», (Archiviazione condizionata all'adempimento di obbligazioni), nel comma 1 attiene al momento finale della fase istruttoria, prevedendo che il pubblico ministero con il consenso del giudice competente per l'apertura

---

<sup>32</sup> Cfr. MEYER-GOSSNER-SCHMITT, *sub § 153 StPO*, in *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, a cura di Löwe, Rosenberg, LVIII ed., C.H. Beck, 2015, 495.

del dibattimento e, in questo caso, anche dell'indagato, può rinunciare provvisoriamente all'esercizio dell'azione penale (*vorläufig vor der Erhebung der öffentlichen Klage absehen*) con riguardo ad un *Vergehen* e, contestualmente, imporre all'indagato di adempiere, entro un determinato termine, precise condizioni (*Auflagen*) e/o prescrizioni (*Weisungen*), solo se queste ultime sono in grado di eliminare l'interesse pubblico al perseguimento e se la gravità della colpevolezza non lo esclude.

Il secondo comma del § 153 a) StPO disciplina, invece, il caso in cui, essendo stata l'azione penale già esercitata, il provvedimento in questione venga emanato dal giudice, con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato, per il resto rimanendo l'operatività dell'istituto invariata rispetto al primo comma.

In presenza dei presupposti richiesti dai §§ 153 e 153 a) StPO il pubblico ministero o il giudice emanano il *Beschluss*, decreto di archiviazione, che non prevede un obbligo di motivazione, anche se essa sarebbe opportuna per determinare i confini della *res iudicata*. La decisione, infatti, passa in giudicato limitatamente all'oggetto della questione controversa.

Infine, è utile aprire una breve parentesi sugli effetti giuridici prodotti dalle due disposizioni. Avendo una natura esclusivamente processuale, non si tratta di procedimenti che producono effetti sostanziali, né di pronunce giurisdizionali precedute da un accertamento o ammissione di responsabilità penale da cui possono derivare sanzioni penali: in virtù di quanto enunciato, i provvedimenti di archiviazione non vengono iscritti nel casellario giudiziale. L'unico effetto rilevante è la preclusione di procedere nuovamente nei confronti del medesimo fatto, efficacia che non può considerarsi assoluta, in quanto risolvibile in presenza di nuovi fatti o mezzi di prova.

3. Nell'esaminare la disciplina tedesca l'attenzione del lettore viene, d'istinto, rapita dal ruolo attribuito al consenso prestato liberamente dell'indagato/imputato, poiché assolve una funzione di garanzia, rendendosi necessario non frustrare l'interesse che questi possa vantare a difendersi in giudizio, nella speranza di addivenire ad una pronuncia del tutto assolutoria. Il consenso si intende prestato liberamente, anche se parte della dottrina sostiene che non possa considerarsi tale, in quanto espresso sotto la minaccia del procedimento penale che incombe sull'interessato<sup>33</sup>. Quest'ultimo deve essere informato in maniera esaustiva sia sulle modalità di adempimento della

---

<sup>33</sup> Cfr. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, cit, 15 vor § 14, secondo i quali l'adempimento degli oneri è teoricamente libero, mentre sul piano pratico agisce come una costrizione, con conseguente violazione del § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni.

condizione che viene imposta, sia sulle conseguenze dell'inadempimento<sup>34</sup>. Inoltre, il consenso è revocabile fino all'adempimento completo e, in virtù della presunzione di innocenza, esso non rappresenta un'ammissione di colpevolezza, perciò, nel caso in cui il procedimento venga continuato per mancato adempimento entro i termini, esso non può essere valutato come mezzo di prova della responsabilità dell'indagato<sup>35</sup>.

Nonostante il riconosciuto successo pratico delle due ipotesi di chiusura del contenzioso processuale, numerose sono state e continuano ad essere le critiche mosse alla normativa in esame, in particolare al § 153 a) StPO.

Infatti, un aspetto peculiare della normativa è dato dalle condizioni e dagli obblighi richiesti all'indagato/imputato, espressamente elencati nel § 153 a) StPO che, nell'essere imposti, devono essere conformi al principio di proporzionalità, senza che siano richiesti sforzi irragionevoli al soggetto destinatario.

La riparazione del danno a vantaggio della vittima, attraverso l'imposizione tanto di una somma di denaro, quanto di una prestazione particolare, pur se formalmente prevista, non rappresenta il percorso maggiormente intrapreso, in quanto gli obblighi maggiormente prescritti sono quelli relativi al versamento di somme di denaro a favore di enti pubblici o di enti di beneficenza e organizzazioni che, a livello fiscale, non godono di questo *status*.

È giunto il momento di passare dalla teoria alla pratica, dai discorsi ai fatti.

Al riguardo, è lungimirante trattare il caso Mannesmann AG, uno dei più recenti e maggiori scandali finanziari della storia tedesca. L'oggetto della controversia era il reato di infedeltà patrimoniale *ex* § 266 StGB nella procedura di aggiudicazione all'impresa tedesca di telefonia Mannesmann Ag da parte del consorzio inglese Vodafone, che ha causato un pregiudizio al patrimonio dell'impresa ed agli azionisti per un valore approssimativo di 57 milioni di euro.

La vicenda vedeva come protagonisti quattro imputati: il potentissimo numero uno di Deutsche Bank, lo svizzero Josef Ackermann, l'ex capo di Mannesmann, Klaus Esser, insieme al suo allora stretto collaboratore Joachim Funk, e all'ex leader dei metalmeccanici, Klaus Zwickel.

Il reato risale a quando, nel 2010, il colosso britannico delle telecomunicazioni mobili Vodafone concluse con successo la più grossa e spettacolare sca-

---

<sup>34</sup> Cfr. SCHOREIT, *sub* § 153 a StPO, *sub* § 153, in *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, München, 1987, 645, constata che lo stesso diritto spetta tanto al denunciante- al quale deve essere offerto sì un quadro esplicativo dell'istituto, ma non anche delle condizioni e degli obblighi imposti al reo-, quanto al soggetto beneficiario del pagamento o della prestazione.

<sup>35</sup> BVerfG, in *NJW*, 1991, 1530, 1531.

lata ostile, mai vista in Germania, attraverso l'assorbimento di Mannesmann, che pochi anni prima, sull'onda del boom dei telefonini, si era trasformato da big industriale multi-comparto in protagonista delle TLC. I quattro imputati facevano parte del Consiglio di sorveglianza di Mannesmann e condussero per mesi la vana resistenza all'assalto lanciato dall'allora numero uno di Vodafone, Chris Gent.

Durante la gara d'acquisizione, i membri dell'organo societario di vigilanza si sono auto-attribuiti premi consistenti, non previsti nei loro contratti, come un vero e proprio compenso del loro lavoro di rivalutazione del prezzo di impresa tedesca, al fine di ottenere un prezzo più alto nella compravendita<sup>36</sup>. Peccato per la presenza di un piccolo dettaglio: questi compensi non erano stati decisi con l'approvazione della giunta degli azionisti<sup>37</sup>.

La Procura della Repubblica aveva fondato la contestazione di infedeltà patrimoniale sull'assenza di controllo preventivo della spesa non prevista, a carico dell'azienda, necessaria a corrispondere i premi ai soggetti apicali ed ai membri del Consiglio di vigilanza dell'azienda, con drastici effetti sul capitale aziendale e sugli azionisti. Con sentenza del *Landesgericht* di Düsseldorf del 22 luglio 2004 gli imputati venivano assolti in primo grado dalle accuse di reati fiscali per l'esistenza di un invincibile errore sul precetto (§§ 16, 17 StGB), con riferimento alla confusione e imprecisione presente nel diritto tedesco in relazione a tale settore.

La Procura Generale, sostenendo l'esistenza di un interesse pubblico alla persecuzione e la presenza di altre invalidità di fondo, proponeva ricorso al *Bundesgerichtshof*, BGH (Suprema Corte federale tedesca) che, il 21 dicembre 2005, disponeva la riapertura del caso davanti alla Camera X del Tribunale penale economico di Düsseldorf<sup>38</sup>.

Il 26 ottobre 2006 prendeva avvio il procedimento contro i medesimi imputati e dopo solo pochi giorni, il 29 novembre 2006, su sollecitazione della difesa la stessa Procura e il giudice prestavano il loro consenso all'archiviazione condizionata che poneva fine al processo ex § 153 a StPO. Il Tribunale, infatti, decise di avallare l'accordo raggiunto tra difesa e accusa consistente nel versamento di un indennizzo di 5,8 milioni di euro da parte degli imputati.

Il 5 febbraio 2007, una volta soddisfatta l'obbligazione, il Tribunale ha deciso

<sup>36</sup> Cfr. SALIGER-SINNER, *Abstraktes Recht und konkreter Wille. Anmerkungen zur Einstellung des «Mannesmann»-Verfahrens nach § 153 a StPO*, in *ZIS*, 12, 2007, 476 ss.

<sup>37</sup> Cfr. REEG, *Libertad empresarial y responsabilidad penal en Alemania. La discusión reciente acerca del caso «Mannesmann»*, in *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Lieber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio Gonzalez-Cuellar Garcia*, Colex, Madrid, 2006, 726.

<sup>38</sup> BVerfG, in *NJW*, 2005, 522-531.

che l'interesse pubblico alla persecuzione era scomparso, ritenendo opportuno chiudere definitivamente il processo, senza alcun formale accertamento della responsabilità<sup>39</sup>.

Questa necessaria, seppur breve, carrellata di casi giurisprudenziali non può che concludersi con una delle applicazioni più rilevanti del § 153 a) StPO, che coinvolse direttamente il mondo della politica.

Si tratta di uno degli episodi politici e giudiziari più delicati della Germania riunita, affrontato e risolto dal *Landgericht* di Bonn nella forma del decreto provvisorio di archiviazione nei confronti dell'ex cancelliere tedesco Helmut Kohl per una presunta infedeltà patrimoniale, *Untreue*, disciplinata dal § 266 StGB, attraverso l'alterazione della contabilità ufficiale.

Nel gennaio del 2000 la Procura della repubblica avviò le indagini contro il Dr. Kohl, indiziato per infedeltà patrimoniale ai danni della CDU, della quale era Presidente a livello federale. Il punto saliente era stata la dichiarazione pubblica resa dallo stesso indiziato, nella quale affermava di aver accettato durante gli anni dal 1993 fino al 1998 ingenti somme di denaro a titolo di donativo-sovvenzione per il suo partito, per un ammontare complessivo di circa 2.170.000 DM, con l'espressa richiesta da parte dei donatori che i loro nomi non fossero resi pubblici. Di conseguenza, Kohl avrebbe dato loro la propria parola d'onore.

Una parte delle sovvenzioni furono distribuite a diverse sezioni del partito, le quali registrarono i pagamenti sotto la voce «altre entrate» e utilizzarono tali somme anche per la pubblicità del partito; un'altra parte fu registrata nei conti ufficiali della CDU federale sotto la denominazione erronea di «entrate» e non già nella voce del bilancio «*Spenden*», ossia offerte in danaro.

La disciplina delle sovvenzioni ai partiti è contenuta nella *Parteiengesetz* del 31 gennaio 1994, che disciplina il trattamento delle somme di denaro donate ai partiti, attuando in tal modo le prescrizioni sulla trasparenza nella gestione patrimoniale dei partiti, contenute nell'art. 21, comma 1, n. 4 della *Grundgesetz*, e sviluppate dalla giurisprudenza costituzionale tedesca<sup>40</sup>.

In particolare, il § 25, comma 1, PartG. autorizza, in linea di principio, i partiti ad accettare somme di denaro, pur stabilendo una serie di ipotesi in cui l'accettazione delle somme è illegittima, se non segnalata e inviata prontamen-

---

<sup>39</sup> Sul punto, v. GALAIN PALERMO, *Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: una forma anómala de decretar el sobreseimiento?*, in *Sistema penal*, 2, Mexico, 2008, 56 ss., il quale sottolinea che tra gli argomenti con cui il Tribunale giustificò la archiviazione condizionale, per poi pronunciare quella definitiva, vi è anche il tempo trascorso dai fatti (1999/2000) e, quindi, l'impossibilità di reperire elementi di prova favorevoli all'accusa.

<sup>40</sup> BVerfG 20, 56 ss.; BVerfG 73, 40 ss.; BVerfG 86, 264 ss.

te al Parlamento. Per quanto riguarda le somme di denaro superiori a 20.000 DM il § 24, co. 2, PartG. dispone che le somme donate devono essere pubblicate nel rendiconto annuale del partito, indicando il nome del donatore, il suo indirizzo e la somma globale annuale di tutti i versamenti effettuati; tuttavia la semplice mancanza del nome del donatore contravviene alla legge sui partiti, ma non rende illegittime quelle somme. Nel caso in cui risultino irregolarità nell'indicazione dell'esatto ammontare delle somme percepite e nei nomi dei donatori, il partito è tenuto a corrispondere allo Stato una somma pari a quella percepita attraverso le donazioni<sup>41</sup>.

Alla luce di tali prescrizioni, il 19 luglio 2000 il Presidente del Bundestag invitò formalmente la CDU al pagamento di una somma di importo pari a quello delle sovvenzioni non denunciate. La perdita della CDU, a causa della condotta del suo *ex* Presidente, ammontò al triplo dell'utile percepito attraverso le sovvenzioni non regolarmente denunciate. A seguito di tutto ciò, Kohl ristorò personalmente il danno, versando su un conto fiduciario intestato alla CDU ingenti somme di denaro.

Il pubblico ministero ravvisò nella violazione delle norme della *Parteiengesetz* la mancata osservanza degli obblighi di legge per la corretta gestione patrimoniale del patrimonio altrui e, in particolare, delle donazioni private, violando l'obbligo di segnalazione al Parlamento dei nominativi dei donatori e dell'importo dei singoli versamenti.

La Procura espresse la volontà di archiviare il procedimento con il consenso dell'indiziato *ex* § 153 a) StPO, contro pagamento di una somma in denaro di 150.000 DM a favore dell'erario ed altri 150.000 DM a favore di un'istituzione caritativa. A tal fine, con il consenso della Procura Generale competente della Corte di Appello di Colonia e del Ministro di Grazia e Giustizia del *Land* del Nord Reno e Westfalia, la Procura richiese con istanza del 9 febbraio 2001 l'assenso del Tribunale di Bonn, necessario per legge.

Il *Landgericht* di Bonn dispose l'archiviazione provvisoria ai sensi del § 153 a) StPO, condividendo la richiesta del pubblico ministero motivata dall'avvenuto risarcimento di una parte del danno cagionato alla CDU.

Le ragioni sottese e le valutazioni compiute nei due esemplari casi sopra riportanti conducono ad una necessaria considerazione: non si può giustificare un uso distorto di tale istituto processuale che, in casi analoghi, si presta solo ad ingrossare le casse dello Stato.

In ordine a tale punto, osservazioni in chiave negativa sono state fatte proprio

---

<sup>41</sup> Per una approfondita analisi sulla disciplina normativa cfr. BONADIO, *Giustizia e politica in Germania: il caso Kohl*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2002-2003, 104 ss.

all'idea di sottoporre la rinuncia al perseguimento penale di un reato alla condizione che l'indagato/imputato adempia gli oneri e le prescrizioni inflittigli: questo meccanismo è stato considerato come una spia di degradazione della funzione giurisdizionale, che assumerebbe le vesti di un mercato. Infatti, lo stesso Roxin ha sostenuto che la negoziazione tra l'amministrazione della giustizia ed il presunto colpevole ai sensi del § 153 a StPO risponde ad un obiettivo di «commercializzazione dell'amministrazione della giustizia penale»<sup>42</sup> che, dietro la maschera della celerità della giustizia penale, si risolve in un vantaggio per le casse dello Stato.

5. Con una riforma del 1975 anche in Austria fu introdotta nel codice penale una disposizione, in parte analoga al § 153 a) StPO, ossia il § 42 StGB, successivamente modificato con una novella del 1988. La trattazione comincerà con la descrizione di tale norma, per poi analizzare le ultime vicissitudini che hanno coinvolto tale istituto.

La gran parte della dottrina ritiene che lo scopo della disposizione non sia solo quello di evitare l'inflizione di una pena per fatti così tenui da non giustificarla, ma anche quello di «evitare il giudizio di disvalore che consegue ad una pronuncia di condanna, in quanto l'applicazione del § 42 StGB non prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale»<sup>43</sup>.

Con riferimento ai requisiti richiesti per l'applicazione della norma, innanzitutto deve trattarsi di un delitto perseguibile d'ufficio, *Offizialdelikten*, punito con una pena pecuniaria o con una pena detentiva non superiore a tre anni o con tale pena detentiva e una pena pecuniaria, con esclusione dei delitti ad iniziativa privata (*Privatanklagedelikten*), ma non anche dei delitti a querela di parte (*Antragsdelikten*). Inoltre, occorre che la colpevolezza dell'autore risulti esigua, sulla scorta dei criteri preposti alla commisurazione della pena ex § 32 StGB, con particolare riguardo per le istanze di prevenzione generale e speciale: giocano un ruolo fondamentale, oltre l'intensità del dolo e il grado della colpa, il disvalore dell'atteggiamento interiore e le particolari qualità dell'autore<sup>44</sup>.

È, poi, necessario che dal fatto non sia derivata alcuna conseguenza o soltanto

<sup>42</sup> ROXIN, *Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão*, in *Que Futuro para o Direito processual penal? Simposio em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo penal*, Coimbra, 2009, 387 ss.

<sup>43</sup> NOWAKOWSKI, *Nochmals zu § 42 StGB*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, Berlin, 1985, 528-529; SCHROLL, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di Höpfel, Ratz, 2. Aufl., Wien, 2000, 1 vor § 42.

<sup>44</sup> In particolare si ritiene che la recidiva, anche non reiterata, costituisca impedimento all'applicazione dell'istituto, cfr. FOREGGER-KODEK, *Strafgesetzbuch und wichtige Nebengesetze*, Wien, 1997, 144, 146.

conseguenze insignificanti. Tra tali conseguenze (*Folgen*) rientra non soltanto l'evento come elemento tipico della fattispecie incriminatrice (*Erfolg*), ma anche le conseguenze atipiche derivanti dal fatto (*Auswirkungen der Tat*).

Da ultimo, la norma è subordinata alla condizione che la pena non si renda necessaria come deterrente alla commissione di altri fatti di reato.

Deve rilevarsi, tuttavia, che sul piano pratico la disposizione, sin dalla sua introduzione, è stata scarsamente utilizzata, complice il fatto che la stessa struttura del § 42 StGB, prevedendo una disciplina analitica dei singoli indici di esiguità e richiedendo la necessità che ricorrano contestualmente tutti gli elementi del modello, ha reso tale disposizione di difficile attuazione. Tale disincentivo è da collegare anche alla giurisprudenza assai restrittiva della Corte Suprema in ordine al parametro della lieve colpevolezza<sup>45</sup>.

Con una riforma del 2008 l'ordinamento austriaco ha deciso di traslare l'istituto dal codice penale al codice di procedura penale e, in particolare, dal § 42 StGB al § 191 StPO<sup>46</sup>, lasciando sussistere i medesimi requisiti sopra analizzati. La novità consiste semplicemente nella scelta del sistema austriaco di trasformare lo strumento deflattivo da una causa di non punibilità ad una causa di improcedibilità, attraverso la quale la pubblica accusa, in presenza dei tradizionali indici, interrompe le indagini, decidendo di non esercitare l'azione penale.

Cambiando il soggetto d'analisi, è noto che, contrariamente alle scelte operate in Italia, l'ordinamento francese sottoponga l'esercizio dell'azione penale al principio dell'opportunità, il quale, in origine, non era esplicitamente regolato da una normativa *ad hoc*, ma si era imposto su base consuetudinaria.

La logica francese ammetteva e oggi, ancor più di ieri, ammette, anzi considera necessaria, una dicotomia tra le valutazioni astratte dell'interesse generale da parte del legislatore e quelle, più pragmatiche, da parte dell'autorità giudiziaria, la quale durante tale apprezzamento, al di fuori delle condizioni di ammissibilità dell'azione legate alla prescrizione, all'ammnistia, all'abrogazione della legge penale, al decesso dell'autore del reato o al principio del *ne bis in idem*, non è guidata da alcun preciso criterio, a differenza di altri codici euro-

<sup>45</sup> Una dimostrazione, in riferimento all'elemento della esiguità della colpevolezza, è un caso-guida deciso nel 1990, il cosiddetto *Kurierfall*, OGH, EvBl. 1990/92. Per un puntuale commento della decisione v. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato, in Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti, Spangher, Milano, 2002.

<sup>46</sup> In letteratura, su tale disposizione, v. SCHROLL, §§ 191-192, *der Strafprozessreform*, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di Fuchs, RATZ, 2. Aufl., Wien, 2009, 3 vor §191; MUHLBACHER-SCHMÖLZER, *Strafprozessordnung. Kommentar*, Band 1: Ermittlungsverfahren, Wien, 2013; FABRIZY, *Die österreichische Strafprozessordnung*, Wien, 2014, 493 ss.

pei<sup>47</sup>. Di conseguenza non deve stupire se il criterio della particolare tenuità del fatto così come non è previsto dal *code penal* come presupposto di punibilità, altrettanto non sia stabilito come presupposto dell'archiviazione.

E così quella forma di archiviazione «meritata<sup>48</sup>», «personalizzata<sup>49</sup>» che si era sviluppata nella prassi degli anni 70', sulla base del principio di opportunità, ha trovato una collocazione normativa nella l. 4 gennaio 1993, n. 2, con la quale il legislatore francese ha introdotto diversi casi di archiviazione condizionale all'art. 41-1 del codice di procedura penale.

*Classements sans suite conditions* rappresenta una terza via tra l'archiviazione pura e semplice ed il promovimento dell'azione penale, avendo come punto di riferimento la piccola e la media delinquenza, così da garantire una risposta rapida e diversificata alla domanda di giustizia.

Queste misure, in modi e proporzioni diverse, hanno una caratteristica comune: non presentano un tratto afflittivo marcato ed intervengono nei casi in cui l'applicazione di una sanzione penale non risulti adeguata al perseguimento di tre precise finalità, ossia il risarcimento del danno subito dalla vittima, mettere fine all'allarme sociale derivante dal reato, o contribuire al reinserimento dell'autore del reato.

La norma non predetermina i reati in relazione ai quali si può ricorrere a queste ipotesi di archiviazione condizionata e presenta una formulazione sintetica, scarna, priva di un qualsiasi presupposto legato alla gravità o, al contrario, alla tenuità del fatto. Tutto questo determina un grande potere discrezionale in capo al pubblico ministero, finalizzato ad un unico scopo: perseguire la *ratio* della riforma, che è quella di offrire delle «risposte accelerate alla piccola delinquenza»<sup>50</sup>.

**6.** Dalla comparazione svolta, in particolare con l'ordinamento tedesco, si può asserire che la vera lacuna di questa riforma è sicuramente rappresentata dalla mancata previsione di una manifestazione di volontà da parte dell'accusato rispetto alla chiusura del procedimento per particolare tenuità

<sup>47</sup> Cfr. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale. Esperienze francesi*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Quattrocolo, Torino, 2015, 155.

<sup>48</sup> PRADEL, *La rapidité de l'instance penale. Aspects de droit comparé*, in *Rev. penit. et de droit pen.*, 1995, 216.

<sup>49</sup> CARTIER, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière penale (la position du droit français)*, relazione svolta all'Incontro internazionale di diritto comparato sull'omonimo tema, svoltosi a Damasco (5-8/10/1996), dattil., 3 ss.

<sup>50</sup> AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, 108.

del fatto, salvo quanto disposto per il solo predibattimento dall'art. 469, co. 1, c.p.p.

Soffermando l'attenzione sulla nuova archiviazione, prevista nell'art. 411, co. 1 *bis*, c.p.p., la formula ha suggerito la creazione di una procedura speciale rispetto a quella ordinaria, che viene definita «garantita», in quanto coinvolge in modo inedito sia la persona offesa che l'indagato, nella necessità di investire quest'ultimo di un efficace strumento di risposta agli effetti pregiudizievoli che scaturiscono dal provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, quali la sua iscrizione nel casellario giudiziale e lo stigma morale di colpevolezza che, comunque, discende dalla prognosi di probabile condanna. Alla luce di tali considerazioni, l'ipotesi archiviativa è stata qualificata «la formula peggiore nella prospettiva dell'indagato»<sup>51</sup>, tale da giustificare l'attribuzione a quest'ultimo di diritti e poteri. Da qui sorge l'interesse dell'indagato ad opporsi, al fine di essere ascoltato e di rivendicare il proprio diritto ad ottenere un'archiviazione per una causa più favorevole di quella decretata per tenuità del fatto - quale sarebbe l'archiviazione per mancanza di una condizione di procedibilità o per estinzione del reato -, ovvero di domandare l'oblazione, oppure un accertamento di merito che possa condurre poi all'assoluzione.

Si deve, dunque, concludere che l'opposizione dell'indagato finisce con l'averne una funzione molto limitata, apprestando una tutela che si svolge solo sul piano retorico-argomentativo, non su quello dell'effettiva tutela giurisdizionale, in quanto il provvedimento archiviatorio non è in alcun modo impugnabile nel merito. L'impossibilità di impugnare la decisione sull'archiviazione sembra essere colorata di incostituzionalità sotto più profili. In primo luogo si può sostenere il contrasto con l'art. 24, co. 2, Cost., che garantisce il diritto di difesa, soprattutto laddove si riscontrino gli indicati effetti negativi per il soggetto sottoposto alle indagini. Inoltre, si può prospettare «la contrarietà dell'art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevede la predetta impugnazione, agli artt. 111 e 117 Cost., per violazione della norma interposta dell'art. 6 CEDU»<sup>52</sup>.

A questo punto sorge spontanea una domanda: sarebbe stato eccessivo postu-

<sup>51</sup> BRONZO, *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in [www.la-legislazionepenale.eu](http://www.la-legislazionepenale.eu).

<sup>52</sup> CHIAVARIO, sub art. 6, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 154, sottolinea la priorità rispetto ad una serie di «diritti nel processo», del diritto a far valere giudizialmente le proprie ragioni: «diritto alla giurisdizione» o «diritto al processo»; *contra* PALAZZO, «*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*», cit., 1707, che ritiene eccessivo conferire un vero e proprio diritto di veto all'indagato, neppure imposto dall'art. 111 Cost.

lare il consenso dell'indagato quale presupposto basilare per questa particolare non punibilità? A tale rivendicazione si è osservato, da una parte, che se si fosse attribuito all'indagato il diritto di esprimere il proprio consenso ai fini della pronuncia di archiviazione per tenuità dell'offesa, si sarebbe reso l'esercizio dell'azione penale un istituto disponibile; dall'altra parte, però, chiarita e avvertita l'importanza di riportare ordine e disciplina nell'ambito del sistema giudiziario, è da condividere l'opinione che il desiderio di efficienza non possa comprimere i diritti dell'indagato, fino a renderlo un mero spettatore di tali meccanismi.

Continuando ad analizzare l'effettivo coinvolgimento dell'accusato anche nelle fasi successive all'esercizio dell'azione penale, si può constatare che la preoccupazione di assicurare adeguati margini di intervento ai soggetti privati vada scemando in corrispondenza con l'avanzare del percorso processuale.

Quando, invece, è abbastanza agevole individuare molteplici motivi di interesse alla prosecuzione del processo, rappresentati non solo dagli effetti pregiudizievoli prodotti dalla sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto - iscrizione nel casellario giudiziale ed efficacia extrapenale - ma soprattutto per la quota di responsabilità che tale pronuncia fa residuare in capo all'imputato.

Proprio in virtù di tali caratteristiche si sta diffondendo nel mondo giuridico un orientamento, condivisibile, ossia che si tratti di un istituto ibrido, a metà strada tra proscioglimento e condanna, così da meritarsi l'appellativo di «criptocondanna»<sup>53</sup>.

A fronte di quanto sino a qui sostenuto, sono stati sollevati possibili contrasti tra la sentenza di proscioglimento *ex art. 131-bis c.p.* e il diritto alla presunzione di innocenza *ex art. 6, § 2 CEDU*, in base al quale: «*Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*».

Proprio questo profilo mostra i vantaggi di cui, molto probabilmente, avrebbe goduto il nostro ordinamento se l'istituto fosse stato configurato in termini di improcedibilità, così come presente nell'ordinamento tedesco e austriaco. Può essere utile, sul punto, riportare una sentenza della Corte costituzionale, relativa al § 153 StPO, che ha escluso la violazione della presunzione di innocenza basandosi principalmente sulla totale assenza di un accertamento di merito, ad eccezione del caso in cui la pronuncia intervenga al termine del dibattimento<sup>54</sup>. È evidente che la menzionata natura processuale della fattispe-

<sup>53</sup> SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Dir. e giust. min.*, 2015, 19.

<sup>54</sup> BVerfG, 17 novembre 2005- 2 BvR 878/05 (cfr. anche BVerfG, 29 maggio 1990-2 BvR 254/88, in

cie riesca a metterla al riparo da possibili censure<sup>55</sup> in maniera più efficace di quanto accada per lo strumento di natura sostanziale *ex* 131-*bis* c.p., che come si è visto presuppone un giudizio di merito.

Sicuramente le intenzioni del legislatore, questa volta, sono da apprezzare; ma la volontà non basta nella vita, per renderla concreta bisogna aggiungere una buona dose di azione mista a coraggio. Proprio quella che è mancata al legislatore di questa riforma, che, se nel momento iniziale del percorso ha mostrato spirito di iniziativa ed eccessiva ambizione, una volta giunto al traguardo, invece, ha fatto sfoggio di una velata omertà mista a superficialità, lasciando la patata bollente alla giurisprudenza e alla dottrina, che nell'ultimo anno hanno dovuto rimboccarsi le maniche e colmare le evidenti lacune. Il legislatore con tale *modus agendi* ha peccato di coraggio, di audacia: ha preferito dar voce alle paure e alle esigenze di prevenzione generale e speciale, mascherando un pericoloso passaggio dal diritto penale del fatto al diritto penale d'autore.

Non è ammesso lasciarsi spaventare dalle critiche: esse sono logici e, in questo caso, necessari corollari di un nuovo istituto che sin dall'inizio ha destato preoccupazioni e perplessità.

A un anno e mezzo dall'entrata in vigore dell'istituto è ancora troppo presto per giungere a conclusioni, di conseguenza bisogna essere aperti ad eventuali colpi di scena, proprio come è avvenuto nell'ordinamento austriaco, che a distanza di trent'anni ha deciso di tramutare la natura della clausola di irrilevanza del fatto.

Una cosa è certa. Sebbene uno dei padri del diritto processuale penale, Carnelutti, affermava che «il processo penale è una pena», nel momento in cui un soggetto ne diviene “protagonista”, ha il diritto di potersi difendere e ottenere una pronuncia più liberatoria. Qui, invece, appare sempre più nitida la compromissione del “diritto al processo”, valorizzato da tempo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con pronunce ormai risalenti<sup>56</sup>.

---

*NJW*, 1990, 2741); al riguardo, Beukelmann, *sub* § 153 *StPO*, cit.

<sup>55</sup> È emblematico che la stessa violazione stata esclusa anche in relazione al sistema austriaco, in cui nel corso degli anni, come è stato mostrato, lo strumento deflattivo ha subito una trasformazione (*Strafprozessreformgesetz*, BGBl I Nr. 19/2004) spostandosi dal piano “sostanziale” (§ 42 StGB) a quello “processuale” (§191 StPO): in questo senso v. OGH, 21 maggio 2009, in *AnwBl*, 2010, 61.

<sup>56</sup> C. eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito; C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 1980, Dewer c. Belgio; C. eur. dir. uomo, 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio, in *hudoc.echr.coe.int*. Cfr. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, 22 ss.

