

## Non punibilità per particolare tenuità del fatto

1. Mentre il presente lavoro era immediatamente prossimo alla pubblicazione, il Governo ha emanato - in ottemperanza alla legge delega n. 67 del 104, art. 1, comma 1, lett. m) - il decreto delegato n. 28 del 2015, in materia di “non punibilità per particolare tenuità del fatto”. Nelle pagine che seguono si cercherà - ovviamente senza alcuna pretesa di completezza ed in via di prima approssimazione - di illustrare compiutamente il contenuto della novella legislativa, soffermandosi sui nodi ermeneutici e sulle difficoltà applicative che, come vedremo, non mancano.

2. La riforma si compone di poche disposizioni che investono tanto il codice penale che quello di procedura.

Norma di importanza fondamentale e che rappresenta l'*ubi consistam* dell'intervento normativo è l'art. 1 del decreto in commento che - accanto ad una modifica delle denominazioni del Titolo V e del Capo I, sostituite dalle seguenti, «Titolo V - Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena. - Capo I. Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena» - introduce nel codice penale l'art. 131-bis, intitolato “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto” ed in base al quale “1. Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. 2. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. 3. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. 4. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. 5. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”.

2.1. Come detto, la disposizione sopra illustrata rappresenta il punto centrale della riforma, introducendo nel nostro sistema penale la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, anche se un istituto analogo è presente nel processo davanti al giudice di pace e con riferimento ai reati devoluti alla competenza di questo giudice laddove la scarsa rilevanza offensiva della vicenda consente di escludere la punibilità del soggetto agente.

Va detto peraltro che le similitudini fra la disposizione di cui all'art. 34 del decreto n. 274 del 2000 - contenente la disciplina innanzi al giudice di pace - e la disposizione in commento, se innegabili sotto un profilo di rilevanza pratica, vengono, almeno a leggere le espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore, assai ridimensionate laddove sui due istituti ci si sofferma con maggior attenzione. Infatti, mentre la particolare tenuità del fatto introdotta con la recente riforma incide sulla punibilità del fatto, innanzi alla magistratura onoraria la medesima circostanza incide sulla procedibilità dell'azione penale: non è questa la sede per soffermarsi su una ricostruzione dogmatica delle due figure - una delle quali, la procedibilità, sicuramente di natura processuale, l'altra invece tipicamente appartenente al diritto sostanziale -, né se è corretta l'adozione dell'uno o dell'altro istituto per riconoscere rilievo alla scarsa offensività del fatto *sub iudice*; è certo però che tale distinzione non ha solo una valenza teorica, ma è destinata - come vedremo fra un attimo - a esplicitare anche una sua rilevanza sul piano operativo, con particolare riferimento alla posizione della persona offesa.

Ma di ciò diremo più avanti. Adesso soffermiamoci sulla ratio della riforma e sulle condizioni in presenza delle quali la causa di non punibilità prevista dal nuovo art. 132-bis c.p. può operare.

2.2. Chiare sono le ragioni dell'innovazione che si va illustrando: l'intento è quello di deflazionare il carico di lavoro dell'amministrazione della giustizia, nella consapevolezza che il ricorso allo strumentario penale ha assunto nel nostro Paese connotazioni ormai patologiche e rispetto alle quali era necessario un intervento radicale.

Ciò posto, è dubbio che la riforma sia la risposta migliore alle suddette considerazioni e ciò sotto un duplice profilo. In primo luogo, la conclusione che il sistema penale vada riformato non deriva certo dalla circostanza che i Tribunali non riescono a gestire la massa di procedimenti penali che quotidianamente vengono aperti, quanto dal fatto che la reazione della collettività a qualsiasi condotta che si assuma difforme da determinati canoni è rimessa all'esercizio dell'azione penale con conseguente ipertrofismo della macchina giudiziaria: ciò significa, dunque, che per superare la crisi della giustizia penale occorre intervenire sulla disciplina penalistica di carattere sostanziale, disegnando meglio - in termini di concreta offensività le fattispecie criminose - e soprattutto riscoprendo i principi di frammentarietà e di *extrema ratio* del diritto penale, abbandonando l'illusione che le promesse di punizione possano portare ad una palingenesi etica del paese.

In secondo luogo, e si tratta di considerazione di più immediata valenza pratica ed operativa, l'innovazione legislativa lascia perplessi per

la significativa discrezionalità che lascia al singolo giudice, giacché i criteri in presenza dei quali è possibile far ricorso alla causa di non punibilità in discorso sono assai poco vincolanti, oltre a consentire - o per meglio dire, imporre - in particolari circostanze di pervenire ad esiti contraddittori. Vediamo perché.

A ben vedere l'unico limite invalicabile in presenza della quale non è possibile definire il giudizio sostenendo la non punibilità del fatto è data dall'ipotesi in cui per il reato per cui si procede sia prevista una sanzione detentiva superiore nel massimo a cinque anni: secondo una impostazione generale del sistema penale - cfr. art. 4 c.p.p. - ai fini della determinazione della pena detentiva predetta "non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69". Questa dunque l'unica indicazione di portata certa ed indiscutibile che il legislatore fornisce al giudice per fare buon governo della riforma; l'interprete non può che prenderne atto e però non può accompagnarne la lettura con un amaro sorriso: la riforma non si applica ai casi tipici di particolare tenuità, come il furto in supermercato - aggravato da violenza sul dispositivo antitaccheggio - o il furto di una mela - dove ben due aggravanti (violenza sulle cose per strappo del frutto dall'albero e condotta tenuta su cose esposte per necessità alla pubblica fede) connotano il fatto come odioso e meritevole di punizione.

Il comma secondo dell'art. 131-bis, poi, prevede altre due ipotesi in presenza delle quali il giudice, non può ritenere l'offesa di particolare tenuità. In primo luogo, tale conclusione non può essere assunta laddove ricorrano alcune circostanze aggravanti, ovvero l'aver agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, aver adoperato sevizie, profittare delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa: trattasi di previsione che non pone particolari problemi interpretativi posto che, per la definizione delle situazioni connotate da tali descrizioni, può farsi riferimento alla giurisprudenza maturata con riferimento all'art. 61, nn. 1, 4 e 5 c.p. Nessun problema interpretativo si pone con riferimento alla seconda delle ipotesi predette, essendo impedito dichiarare la non punibilità del fatto "quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona"; anche qui, però, si consenta al commentatore un sorriso amaro: quale giudice riterrebbe scarsamente significativa la perdita di un organo o di un senso o il decesso di una persona...?

2.3. Lascia invece perplessi la scelta di precludere il beneficio in parola a coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza ovvero abbiano "commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate".

Da un lato, tale previsione pare condivisibile e comprensibile. Chi delinque con continuità mostra una tendenza criminale cui l'ordinamento deve porre argine mediante una severa risposta repressiva, che prescindendo anche dalla considerazione dei concreti effetti dannosi che ne sono di fatto derivati. Ma qui però è il punto: il nostro è - deve essere alla luce delle indicazioni della Carta fondamentale - un diritto penale del fatto e non della persona e 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.

Breve: dopo anni in cui gli istituti più retrivi del codice Rocco e dell'epoca fascista - come appunto le figure di delinquente abituale ecc. - erano stati messi "in soffitta", non vorremmo che l'affermarsi di un diritto mite, che lascia esenti da pena comportamenti che pur conformi alla fattispecie criminosa non presentano un significativo indice di offensività, fosse l'occasione per il ripescaggio di un triste armamentario sanzionatorio da riservare a pochi negletti.

2.4. Il punto dolente - o comunque decisamente problematico - della disposizione è tuttavia rappresentato dalla definizione dell'offesa tenue, che non merita la punizione.

Due criticità possono essere in questa sede considerate. La prima attiene ai rapporti - cui sopra si è accennato - con la (apparente) analoga previsione presente nel processo davanti al giudice di pace: è evidente, infatti, che quanti guardano con favore a tale innovativa disposizione vorranno sostenere che nella necessaria attività di interpretazione il giudice potrà rifarsi a quanto elaborato sul punto con riferimento all'art. 34, d.lg. n. 274 del 2000.

Tale osservazione però sottace le differenze correnti fra le due ipotesi e che si sono in precedenza solo sommariamente evidenziate. In primo luogo - riprendendo considerazioni già svolte - va osservato che la disciplina per i procedimenti davanti al giudice di pace richiama l'istituto della improcedibilità e conformemente a ciò rinviene nell'atteggiamento della persona offesa rispetto al procedimento penale il profilo centrale per definire un comportamento criminoso come tenue o meno: il comma secondo dell'art. 34 citato è chiaro sul punto, laddove dispone che "nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento"; detto altrimenti, nel disegno complessivo del decreto del 2000, un "fatto è tenue" se della sorte del giudizio non si interessa nemmeno la persona offesa e siccome l'atteggiamento della persona offesa di frequente si riverbera nella presentazione di apposite istanze di punizione che rappresentano una condizione di procedibilità dell'azione penale, la tenuità dell'accaduto si configura come ragione di improcedibilità. Nulla di ciò può sostenersi con riferimento alla previsione di cui all'art. 131-bis c.p.: come detto in tale disposizione si parla di "non punibilità" e nessun riferimento è operato all'atteggiamento assunto dalla vittima rispetto allo svolgersi del procedimento penale, sicché - almeno per questo aspetto - il richiamo, per l'interpretazione del disposto di cui all'art. 131-bis, all'art. 34, d.lg. n. 274 del 2000 è privo di ogni rilevanza.

Tuttavia, la diversità di disciplina fra le citate disposizioni non si esaurisce in quanto ora detto, giacché sussistono ulteriori - e vieppiù - rilevanti profili di distinzione. Nel configurare i parametri per la definizione di una condotta conforme ad una fattispecie criminosa ma comunque sfornita di ogni profilo di offensività, l'art. 34 citato fa riferimento all'interesse tutelato, all'esiguità del danno o del pericolo che è derivato dal comportamento assunto, all'occasionalità ed al grado della colpevolezza della condotta, nonché al pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini

o dell'imputato: nessuna di tali considerazioni pare destinata ad operare nel procedimento penale ordinario, alcune perché non minimamente richiamate dalla norma - è il caso del pregiudizio che la prosecuzione del procedimento cagiona al singolo -, altre perché, trasposte dal procedimento davanti al giudice di pace al giudizio regolamentato dal codice di procedura penale, subiscono una mutazione "genetica", che ne modifica radicalmente le modalità con cui operano.

Il punto da considerare attiene all'omogeneità strutturale degli illeciti devoluti alla cognizione del magistrato onorario rispetto a quelli di competenza del giudice togato, con il che, mentre il primo può fare una valutazione omogenea dei parametri inerenti l'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo derivato dalla vicenda, l'occasionalità ed il grado della colpevolezza, tale possibilità è preclusa al secondo che deve confrontarsi con una pluralità di fattispecie criminose assai diverse fra loro e rispetto alle quali i suddetti parametri si atteggiavano in maniera radicalmente differente. In particolare, riprendendo le considerazioni sopra esposte, il giudice di pace si "confronta" con illeciti che si caratterizzano per l'aggressione di interessi tendenzialmente omogenei e soprattutto di carattere "individuale", nel senso che il bene giuridico protetto dalle singole disposizioni incriminatrici fa capo a soggetti singoli, sicché - come detto - che l'aggressione sia stata o meno tenue lo si può facilmente e correttamente desumere dall'intensità con cui il soggetto offeso segue le vicende processuali che lo interessano; di contro, l'art. 131-bis c.p. è destinato a trovare applicazione con riferimento ad illeciti criminali in cui sono diversi il bene giuridico - come rilevanza (chi può paragonare l'aggressione al patrimonio ad una violenza sessuale?) e come titolarità (dovendosi distinguere i beni giuridici a titolarità individuale da quelli a titolarità diffusa) - le modalità di aggressione dello stesso - andando differenziati non solo i reati di pericolo da quelli di danno, ma anche i delitti dalle contravvenzioni -, le forme della colpevolezza - giacché alla differenza fra reati dolosi e colposi, presente anche nell'ambito dei delitti di competenza del giudice di pace, si affiancano delitti che richiedono atteggiamenti psicologici particolarmente intensi e connotati, come il dolo specifico, il dolo diretto - ecc.

Questa differenza fra le tipologie di illeciti di competenza del tribunale ordinario e rispetto ai quali è destinata ad operare - indifferentemente - la causa di non punibilità della particolare tenuità rende il ricorso a tale tipologia di decisione assolutamente opinabile ed attribuisce al giudice penale una discrezionalità che, allo stato, pare decisamente eccessiva.

Qualche esempio. Quale sorte riservare alle contravvenzioni? Da un lato, la loro stessa natura, per l'appunto, "contravvenzionale" ne evidenzia la - almeno in astratto - minore gravità rispetto ai comportamenti che assumono la connotazione delittuosa, ma ciò significa che, con l'entrata in vigore dell'art. 131-bis per la gran parte di tali reati si perverrà ad una decisione di *non liquet*? Quanti propendono per la tesi negativa a tale domanda presumibilmente argomenteranno nel senso che bisogna non confondere la particolare tenuità dell'offesa al bene giuridico con il maggiore o minor spessore dello stesso, per cui vi può essere un'aggressione di poco conto ad un interesse che in astratto presenta una significativa rilevanza - si pensi ad un furto di generi alimentari in un supermercato - ed un incisivo danno ad un bene di minor pregnanza - come nel caso in cui baccani e feste notturne impediscano ai vicini di riposare. E però... non è contraddittorio mandare esente da pena condotte lesive di interessi significativi per proteggere con il ricorso alla sanzione penale posizioni giuridiche di scarso rilievo per la collettività? È la conseguenza di quanto si diceva in precedenza circa il fatto che la disposizione di cui all'art. 131-bis è destinata ad operare - a differenza di quanto previsto nell'ambito del giudizio davanti al giudice di pace - con riferimento ad una variegata pletora di illeciti penali.

Ancora. Nella competenza del giudice ordinario rientrano una serie di reati rispetto ai quali è lo stesso legislatore a configurare, in astratto, la condizione perché la condotta conforme alla fattispecie possa ritenersi anche offensiva degli interessi protetti: un esempio per tutti è dato da alcuni illeciti tributari - in particolare i reati di cui agli artt. 10-bis e 10-ter, d.lg. n. 74 del 2000 - per i quali è previsto il superamento da parte del contribuente di una soglia di punibilità, rappresentato nel caso di specie dall'importo dell'imposta evase. Orbene, in relazione a tali ipotesi, potrà il giudice ritenere il fatto inoffensivo ed immeritevole di punizione nonostante il comportamento vietato abbia raggiunto quel limite di tollerabilità al cui superamento il legislatore aveva espressamente subordinato la punizione del fatto?

Ancora. Nel caso in cui - è quanto accade, ad esempio, per le violazioni sulla normativa antifuorilegge di cui al d.lg. n. 81 del 2008 - il legislatore consente al responsabile della violazione di andare esente dopo essersi attivato a seguito della commissione del fatto - nell'esempio considerato è richiesto al responsabile di rimuovere la irregolarità e pagare una determinata somma - può il giudice applicare l'art. 131-bis nonostante la volontaria inottemperanza da parte del soggetto agente che non si avvale della possibilità che il legislatore gli aveva riconosciuto per andare esente da pena? È, in sostanza, consentito al giudice pervenire ad una conclusione il cui raggiungimento la norma aveva espressamente subordinato all'adempimento di alcune condizioni?

3. Non esente da dubbi - forse di ancora maggiore rilevanza, giacché idonei ad incidere sulla stessa effettiva operatività della riforma - è anche la parte della novella dedicata al **diritto processuale**.

**Tre** in particolare i **profili** che ci sembrano problematici.

Il primo attiene alla posizione della persona offesa ed alla rilevanza che la riforma riconnette all'atteggiamento di costei. Il nuovo comma 1-bis dell'art. 411 c.p.p. prevede che "se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5».

Da tale disposizione pare potersi ricavare la conclusione che sulla valutazione relativa alla significanza offensiva di una condotta criminosa poco o nulla incide la persona offesa, la quale - nella fase investigativa - altro non può fare che ricorrere all'ordinaria procedura oppositiva all'istanza di archiviazione, la cui definizione è rimessa all'insindacabile discrezionalità del giudice delle indagini preliminari

la quale non può dirsi limitata nel caso in cui la vittima del reato contesti la qualificazione del fatto delittuoso come particolarmente tenue. Trattasi, a nostro parere, di un'opzione assolutamente condivisibile, giacché evita di attribuire alla persona offesa una influenza pressoché decisiva nella individuazione delle modalità di definizione del processo penale: conformemente e parafrasando quanto di recente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 23 del 2015 con riferimento al rito monitorio *ex art. 459 c.p.p.*, una volta introdotta una nuova ipotesi di non punibilità del fatto di reato per la particolare tenuità dello stesso “con il dichiarato scopo di... assicurare la deflazione del carico penale necessaria per l'effettivo funzionamento del rito accusatorio..., l'attribuzione di una mera facoltà al[la persona offesa], consistente nell'opposizione alla definizione del procedimento, introdu[rebbe] un evidente elemento di irrazionalità in quanto... recherebbe] un significativo *vulnus* all'esigenza di rapida definizione del processo” (non incide sulla bontà di tale conclusione la previsione di cui al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 469 c.p.p., giusto il quale “la sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* c.p., previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare”, audizione i cui contenuti ovviamente il giudice può tenere tranquillamente in non cale).

3.1. Dirompente invece per la concreta operatività della riforma sono le incertezze in ordine ai rapporti fra la nuova causa di non punibilità e l'accertamento della responsabilità per il fatto di reato in capo all'imputato, con le conseguenti difficoltà di inserimento “gerarchica” della formula terminativa del giudizio “fatto non punibile per la particolare tenuità dello stesso” all'interno delle diverse tipologie di decisioni in qualche modo favorevoli all'accusato.

Il dubbio - che in realtà origina da una riflessione più generale e cui di seguito faremo riferimento - trova legittimazione leggendo il disposto di cui al nuovo art. 651-*bis* c.p.p. in tema di efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno: “1. la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale. 2. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato”.

Comprensibili le ragioni che hanno portato all'adozione di tale disciplina: una volta giudizialmente accertati i profili della vicenda ed individuate le responsabilità dell'imputato, il quale non merita una sanzione in sede penale solo per l'irrisorietà del danno arrecato, rimanendo comunque dimostrata la fondatezza delle pretese della persona offesa, non si vede per quale motivo non prevedere l'utilizzabilità in altra sede giurisdizionale di tali acquisizioni probatorie, non influendo certo sulla correttezza della ricostruzione giudiziale dell'accaduto la circostanza che i fatti sia andati esenti da punizione in ragione della tenuità del fatto. Norma ad impronta “economicistica ed efficientistica”, dunque, nonché diretta a salvaguardare le ragioni della parte civile - per altri aspetti, come visto, assai trascurata dal legislatore: opzione normativa pienamente condivisibile, quindi, e priva di ogni profilo di problematicità.

Mica tanto, in realtà, se solo la si legge con la dovuta attenzione. La disposizione, infatti, non si limita ad affermare che il giudice accerta l'accaduto, verifica che la condotta dell'imputato sia, tanto sotto il profilo soggettivo che materiale, conforme alla fattispecie criminosa richiamata dall'imputazione, dopo di che ne analizza la concreta portata offensiva e se la ritiene irrisoria fa applicazione del disposto dell'art. 131-*bis* c.p.; di contro, posto che nulla di ciò è previsto con riferimento all'ipotesi in cui della causa di non punibilità di recente introduzione si faccia applicazione in sede di indagini preliminari per disporre l'archiviazione del procedimento, si deve quindi ritenere - conformemente a quanto parimenti desumibile dagli artt. 411, comma 1-*bis* e 469, comma 1-*bis* - che ai sensi degli artt. 409 ss. c.p.p. il giudice possa definire il procedimento limitandosi a valutare il fatto nella sola dimensione della sua portata offensiva e sulla base della (assai) ipotetica ricostruzione che ne ha fatto il pubblico ministero, prescindendo da ogni accertamento circa la veridicità dell'accaduto e circa l'effettiva attribuibilità dello stesso al soggetto indagato.

La indiscutibile distinzione che il legislatore pone a seconda che dell'art. 131-*bis* c.p. si faccia applicazione in fase dibattimentale o in sede di conclusione delle indagini preliminari rappresenta la conseguenza del principale nodo irrisolto della riforma in esame, sintetizzabile in tali quesiti, di portata equivalente ai nostri fini: per la dichiarazione di non punibilità del fatto occorre prima accertare la responsabilità del singolo per il fatto contestatogli ovvero la formula terminativa del giudizio di non punibilità per la tenuità dell'accaduto prevale su formule di assoluzione attinenti il merito della *regiudicanda* - o meglio presuppone l'impossibilità di adottare una di tali formule - ovvero, infine, l'art. 131-*bis* (come ci si era già chiesto prima) prevede una causa di non punibilità, come fa presumere l'art. 469 comma 1-*bis* c.p.p., o una sorta di ipotesi di improcedibilità, analogamente a quanto previsto per il giudizio innanzi al giudice di pace?

3.2. Alle domande suddette non ci pare si possa dare - almeno allo stato e compatibilmente con i limiti di questo intervento - risposta, proprio perché il soggetto deputato a fornirla, ovvero il legislatore, ha assunto un atteggiamento contraddittorio, configurando l'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p.p. in maniera diversa a seconda della fase procedimentale in cui viene ad operare. Certo è, comunque, che di non poco momento sono le conseguenze che derivano se si assuma l'una o l'altra delle due prospettive che compaiono sullo sfondo delle domande che si sono sopra esposte.

Ed, infatti, enucleando le diverse questioni che possono porsi,

1) stante l'adozione (o prossima adozione) di un provvedimento giudiziale ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. si può riconoscere all'accusato la possibilità di “rinunciare” a tale beneficio?

a. Nessun dubbio ci pare possa sussistere con riferimento all'ipotesi in cui il suddetto provvedimento intervenga in sede di indagini preliminari e sia quindi rappresentato da un decreto di archiviazione. In tal caso, la configurazione dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. sarebbe quella di una causa di improcedibilità e quindi all'indagato andrebbe riconosciuto senz'altro il diritto di sollecitare la prosecuzione delle indagini con l'adozione di un provvedimento di archiviazione che si pronunci sul merito della questione ovvero

addirittura di richiedere lo svolgimento del giudizio - laddove il giudice delle indagini preliminari ritenga l'accusa fondata in termini tali da giustificare l'esercizio dell'azione penale, ma superfluo il processo per la tenuità del fatto. Tale soluzione ci sembra imposta da due considerazioni: da un lato, analoga disciplina è dettata con riferimento all'istituto della remissione di querela (a sua volta, causa di non procedibilità dell'azione penale) e dall'altro nessun dubbio sui pregiudizi che potrebbero derivare ad un soggetto che, pur ritenendosi estraneo ai fatti, veda la sua posizione definita in senso "liberatorio" solo in ragione della scarsa importanza dell'accaduto;

b. Medesima conclusione evidentemente non può essere assunta con riferimento al caso in cui il giudizio di tenuità segua l'accertamento dibattimentale secondo le cadenze dell'art. 651 comma 1-bis: in questa ipotesi, infatti, intanto il giudice si pronuncia per la tenuità della vicenda in quanto ha accertato la fondatezza dell'accusa e di conseguenza per l'imputato rinunciare al beneficio di cui all'art. 131-bis c.p. vorrebbe dire richiedere al giudice di essere punito per il fatto commesso. Tuttavia, se ciò è corretto ne segue una conseguenza ineludibile: l'imputato ha diritto ad impugnare la sentenza che ne sancisce la non punibilità, stante da un lato il fatto che la stessa presuppone la sua responsabilità e dall'altro che tale pronuncia può pregiudicarne la posizione in altri procedimenti

2) È possibile per il giudice del dibattimento l'adozione di una pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* per la tenuità del fatto. Il provvedimento giudiziale emesso ai sensi dell'art. 131-bis c.p. può riconoscere all'accusato la possibilità di "rinunciare" a tale beneficio? Già la formula linguistica del citato art. 651 comma 1-bis lascia residuare qualche dubbio, ma la certezza negativa discende da una lettura dell'art. 129 c.p.p. il quale obbliga all'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, fra le quali non rientra la tenuità del fatto. Però che paradosso: il giudice dell'udienza preliminare può pronunciare per tale ragione una sentenza di non luogo a procedere mentre il giudice del dibattimento non può far luogo ad analoga decisione ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

3) Cosa accade quando l'azione penale è esercitata nei confronti di un soggetto irreperibile quando vi sia ragione di ritenere che lo stesso non abbia ricevuto notizia del procedimento nei suoi confronti? L'art. 420-quater c.p.p. - come modificato dalla legge n. 67 del 2014 - prevede che il procedimento resti sospeso, ma tale disciplina deve trovare applicazione anche nel caso in cui dagli atti sia desumibile la particolare tenuità del fatto (ovviamente, medesima questione può porsi con riferimento al soggetto incapace di stare in giudizio)? Chiaramente, la risposta alla domanda deriva dalla soluzione che si fornisce con riferimento alla natura dell'istituto di cui all'art. 131-bis: se si ritiene di essere in presenza di una causa di improcedibilità, non troverà applicazione l'art. 420-quater sopra menzionato ed il giudice - in sede di udienza preliminare o in sede dibattimentale, in caso di giudizio a citazione diretta - potrà concludere il procedimento dichiarando l'improcedibilità dell'azione penale per la scarsa rilevanza dell'accaduto; di contro, se la tenuità del fatto rileva quale causa di non punibilità allora, presupponendo la relativa pronuncia un accertamento dell'accaduto con attribuzione del fatto, riconosciuto come penalmente rilevante, alla responsabilità dell'imputato, allora l'irreperibilità dello stesso impedirà di pronunciare una decisione di tal fatta. A volte la dogmatica e la riflessione in termini generali sugli istituti del diritto penale sostanziale e processuale possono apparire fuori moda rispetto alle esigenze di immediatezza e celerità di intervento che devono caratterizzare le riforme normative di cui oggi ha bisogno la giustizia. Poi si va a leggere il prodotto normativo e ci si pente che il legislatore non avesse sotto mano - non un trattato di diritto penale e diritto processuale - ma almeno un buon manuale....